

Les Cahiers de droit



Quelques réflexions sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de justice

J.-Maurice Arbour

Volume 16, numéro 3, 1975

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042036ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042036ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Arbour, J.-M. (1975). Quelques réflexions sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de justice. *Les Cahiers de droit*, 16(3), 531–573. <https://doi.org/10.7202/042036ar>

Quelques réflexions sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de justice

J. M. ARBOUR *

Most frequently, the real problem is not in arriving at an answer in law, but in enforcing an answer in law. In the final analysis, law is not only, as the Legal Realists contend, what the courts say but also what the sheriff does.

W. M. REISMAN,
« The Enforcement of
International Judgments »,
[1969] *AJIL* L. I.

	Page
Introduction – Théories et réalités en matière de mesures conservatoires	532
Section préliminaire – Une illustration : l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. devant le Conseil de Sécurité	536
Section I : De la force obligatoire des mesures conservatoires	538
— L'article 41 à la lumière des travaux préparatoires à son élaboration et à son éventuelle révision	541
— L'article 41 à la lumière des principes généraux du droit et du principe de l'effet utile	547
— Conclusion	550
Section II : De la force exécutoire des mesures conservatoires	551
— L'article 94 et son champ d'application théorique	551
— L'article 94 et ses difficultés d'application pratique	553
— Conclusion	557
Section III : Le critère de la compétence de la Cour pour les fins d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires	558
— Le critère retenu : celui de la possibilité formelle de compétence	561
— Le critère écarté : celui de la possibilité réelle ou de la probabilité raisonnable de compétence	567
Conclusion générale	569
Bibliographie sommaire	571

* Professeur assistant, Faculté de droit, Université Laval.

INTRODUCTION

Théories et réalités en matière de mesures conservatoires

L'art. 41 du *Statut* de la Cour internationale de justice donne à celle-ci le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires afin de sauvegarder les droits que l'arrêt qu'elle aura à rendre pourrait éventuellement reconnaître soit au demandeur, soit au défendeur. Cet article se lit comme suit :

1. La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.
2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité.

À côté de la disposition de l'art. 41 de son *Statut*, la Cour a réglementé le problème de l'indication des mesures conservatoires dans l'art. 66 de son *Règlement intérieur*¹, dont la teneur est la suivante :

1. Une demande en indication de mesures conservatoires peut être présentée à tout moment au cours de la procédure relative à l'affaire au sujet de laquelle elle est introduite. Elle spécifie quelle est cette affaire, quels sont les droits dont la conservation serait à assurer et quelles sont les mesures conservatoires dont l'indication est proposée.
2. La demande en indication de mesures conservatoires a la priorité sur toutes autres affaires. Il est statué d'urgence à son sujet.
3. Si la Cour ne siège pas, le président en convoque sans retard les membres. En attendant que la Cour se réunisse et se prononce, le président prend, s'il y a lieu, les mesures qui lui paraissent nécessaires afin de permettre à la Cour de statuer utilement.
4. La Cour peut indiquer des mesures conservatoires autres que celles qui sont déposées dans la demande.
5. Le rejet d'une demande en indication de mesures conservatoires n'empêche pas la partie qui l'avait introduite de présenter une nouvelle demande fondée sur des faits nouveaux.
6. La Cour peut indiquer d'office des mesures conservatoires. Si la Cour ne siège pas, le président peut en convoquer les membres pour soumettre à la Cour la question de l'opportunité d'en indiquer.
7. La Cour peut en tout temps, à raison de changement des circonstances, rapporter ou modifier la décision portant indication de mesures conservatoires.

1. Conformément à l'article 30 du *Statut*, paragraphe 1 : « La Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment sa procédure ».

8. La Cour n'indique des mesures conservatoires qu'après avoir donné aux parties la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet. Il en est de même si la Cour rapporte ou modifie la décision qui les avait indiquées².

L'effet de l'ordonnance portant indication de mesures conservatoires est chose connue : les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend³. Voilà pour la théorie. La pratique est une autre affaire. Les ordonnances du 22 juin 1973 de la Cour internationale de justice⁴, demandant à la France de surseoir à ses prochains essais nucléaires à l'air libre, n'ont pas empêché les tirs atomiques français dans la région de Mururoa. Les ordonnances du 17 août 1972 de la C.I.J.⁵, enjoignant plus spécialement à l'Islande de s'abstenir de toute mesure visant à appliquer le règlement du 14 juillet 1972 aux navires immatriculés au Royaume-Uni ou en République fédérale allemande et pêchant dans les eaux avoisinant l'Islande au-delà de la zone de pêche de 12 milles, n'ont pas su prévenir les tirs de la canonnière « Aegir » sur le chalutier britannique « Everton », qui s'était aventuré à « braconner » à l'intérieur de la zone de 50 milles marins⁶. Et

-
2. À noter que l'ancien article 61 du *Règlement de la Cour*, devenu l'article 66 suite à la renumérotation nécessitée par les réformes de mai 1972, est demeuré tel quel. Le texte du Règlement nouveau apparaît à : 67 *A.J.I.L.*, 195-226.
3. *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie (mesures conservatoires) C.P.J.I.*, Série A/B, n° 79, p. 199. Dans l'affaire relative à la compétence en matière de pêcheries, la Cour demande au Royaume-Uni et à l'Islande de veiller « l'un et l'autre à éviter tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour est saisie ». *C.I.J. Rec.* 1972, à la p. 17.
4. *Affaire des essais nucléaires (Australie v. France ; Nouvelle-Zélande v. France)*, Ordonnances du 22 juin 1973.
5. *Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord v. Islande ; République fédérale allemande v. Islande)*, *C.I.J.*, Recueil, 1972, p. 12 ; p. 29.
6. Voir le reportage de Christina Bener in : *Le Nouvel Observateur*, n° 497, 4-10 juin 1973, à la p. 32. Le 18 août, en effet, le gouvernement islandais publiait la déclaration suivante : « Le gouvernement islandais qui, ainsi que la Cour le sait, a toujours manifesté sa volonté de résoudre le présent conflit par un accord provisoire considère que cette ingérence dans un différend, encore au niveau des négociations, est très malencontreusement de nature à gêner les négociations. Ainsi qu'il l'a déclaré jusqu'ici, le gouvernement islandais rejette la compétence de la Cour dans le différend actuel. Il ne considérera les décisions rendues par elle comme obligatoires à son égard à quelque degré que ce soit. Le gouvernement islandais maintient fermement sa décision d'étendre les zones de pêche à 50 milles nautiques à partir du 1^{er} septembre 1972 conformément à la résolution adoptée à l'unanimité par le Parlement islandais ». Voir (1972), n° 3, *R.G.D.I.P.*, pp. 890-899 ; voir aussi la lettre, en date du 28 mai 1973, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Royaume-Uni, Document S/10936.

finallement l'ordonnance du 5 juillet 1951 où la C.I.J.⁷ qui, faisant droit aux demandes du Royaume-Uni, invitait le gouvernement de l'Iran à ne pas entraver la continuation de l'exploitation industrielle et commerciale de l'*Anglo-Iranian Oil Company Limited*, ne connut guère de succès: on sait que l'Iran ne s'inclina pas devant cette ordonnance et continua à prendre des mesures contraires à l'invitation de la Cour⁸. Devant un tel dossier, on ne peut que se réjouir du fait que dans la seule autre affaire en matière de mesures conservatoires, l'affaire de l'*Interhandel*⁹, la C.I.J. n'a pas cru nécessaire de se rendre à la demande portée devant elle¹⁰.

L'irrespect, par les États, des ordonnances portant indication de mesures conservatoires est, en soi, un phénomène troublant et sérieux que l'on ne saurait passer sous silence, tellement néfastes nous paraissent être les retombées au niveau plus général de la solution pacifique des différends internationaux. Car c'est là autant de discrédit jeté à l'autorité et à l'efficacité de la juridiction de La Haye. On pourrait certes parler, sans plus, de ce que le droit international peut avoir de désuet par rapport à la force; mais une telle constatation, au demeurant inexacte, ne ferait guère progresser le débat. Ce n'est pas, non plus, en spéculant sur les rapports abstraits d'États idéaux que l'on apportera un peu plus d'ordre dans les relations internationales; c'est, au contraire, « en considérant les faits dans leur réalité et en recherchant sans illusion [...] les lois qui les régissent »¹¹ que l'approche d'une solution plus satisfaisante pourra être envisagée.

La première constatation que nous faisons est la suivante: les mesures provisoires ont, en droit international, un caractère tout à fait exceptionnel, parce qu'elles sont facilement considérées comme « une ingérence à peine tolérable dans les affaires d'un État souverain »¹². Il semble, en effet, très juste de souligner « que l'indication de mesures conservatoires est le plus souvent ressentie par l'État défendeur comme une décision à caractère plus ou moins vexatoire, *a fortiori* s'il

7. *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, C.I.J., Recueil 1951, à la p. 89.

8. Sur cette affaire, voir les débats devant le Conseil de sécurité in: *Répertoire de la Pratique au Conseil de sécurité 1946-1951*, New York, 1954, aux pages 249-251, 385, 507-509; voir aussi L. CAVARÉ, « Les sanctions dans le cadre de l'O.N.U. », t. II, (1952), R.C.A.I., pp. 263 ss.

9. *Affaire de l'Interhandel (Suisse v. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J., Recueil 1957, p. 105.

10. Bien que l'argumentation menant au dispositif du jugement n'est pas exempte de tout reproche, comme nous le verrons plus loin.

11. FUNK-BRENTANO et A. SOREL, *Précis du Droit des Gens*, Paris, 1900, à la p. 496.

12. Voir l'opinion dissidente des juges Winiarski et Pasha dans l'*affaire de l'Anglo-Iranian Oil*, *supra*, note 7, à la p. 97. Voir également la déclaration du gouvernement islandais, *supra*, note 6.

ne reconnaît pas la compétence de la Cour en l'espèce »¹³. La deuxième constatation, sans doute la plus importante et la plus facile à démontrer également, c'est le principe du consentement des États à la juridiction de la Cour: « Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse », dira elle-même la Cour en 1950¹⁴. L'article 36 du *Statut* de la Cour, tout comme le paragraphe 6 du nouvel article 67 de son *Règlement*, parlent d'ailleurs par eux-mêmes. La troisième constatation, élémentaire certes mais toujours utile, c'est qu'il n'y a pas, dans l'ordre juridique international, de bons et de mauvais États; il peut y avoir, au contraire, de « mauvaises » règles juridiques parce que mal adaptées aux situations qu'elles doivent régir; la réglementation des mesures conservatoires nous apparaît être de cette dernière catégorie parce qu'elle s'avère impuissante, en définitive, à s'assurer de la mission pour laquelle elle a été instituée¹⁵.

C'est en tenant compte de ces trois constatations, intimement reliées entre elles, que nous allons tenter d'expliquer le pourquoi de l'échec manifeste de l'article 41 du *Statut* de la C.I.J. La première explication, selon nous, n'est pas étrangère à la difficile interprétation de l'article 41 lui-même, relativement au caractère obligatoire des mesures qui peuvent en découler (Section I). La seconde explication tient vraisemblablement au fait que, même si nous tenons pour obligatoire l'ordonnance provisoire, celle-ci n'a probablement pas de force exécutoire, du moins aux termes de l'article 94 de la *Charte* de l'O.N.U. (Section II). La troisième explication, beaucoup plus significative à nos yeux, mais beaucoup plus complexe aussi, se rattache possiblement à l'absence de consentement de l'État défaillant à la juridiction de la Cour, en matière de mesures provisoires (Section III). Le bref rappel historique d'un précédent, celui de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, illustre d'ailleurs ce triptyque d'une manière saisissante.

13. GUYOMAR, Genève, « La révision du règlement de la Cour internationale de justice », [1973], *R.G.D.I.P.*, p. 751, à la p. 771. Voir également Louis FAVOREU, « Les ordonnances des 17 et 18 août 1972 dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries », [1972], *A.F.D.I.*, aux pages 307-308.

14. *Interprétation des traités de paix*, première phase, avis consultatif, C.I.J., *Recueil* 1950, p. 71.

15. Consulter, sur cette question: Ch. DE VISSCHER, *Théories et Réalités en droit international public*, Paris, Pédone (4^e éd., 1970). La règle de droit international ne conserve sa pleine force d'application et, par conséquent, toute sa positivité, que tant qu'elle satisfait à cette double exigence: le degré de correspondance de son contenu avec des besoins sociaux et l'exactitude de son expression formelle au regard de la pratique des États (à la p. 164).

SECTION PRÉLIMINAIRE

Une illustration : l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil*
devant le Conseil de Sécurité

L'exécution des décisions de la C.I.J. est théoriquement assurée par l'article 94 de la *Charte* des Nations Unies qui dispose que :

1. Chaque membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie.
2. Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt.

L'esprit moins perspicace voit déjà là le mariage heureux entre cet article 94 et l'obligation faite à la C.I.J., par le paragraphe 2 de l'article 41 de son *Statut*, de notifier au Conseil de sécurité toute ordonnance en matière de mesures conservatoires ; il apparaît, en effet, que l'obligation juridictionnelle qui incombe à un État en vertu de l'article 41 est garantie par la possibilité de saisir le Conseil de sécurité. Ce mariage de raison allait cependant être durement éprouvé pour la première fois, mais pour la seule fois également dans toute la pratique du Conseil de sécurité, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, en 1951¹⁶.

Par une lettre, en date du 29 septembre 1951¹⁷, le Royaume-Uni fait appel au Conseil de sécurité, à la suite du refus de l'Iran de se soumettre aux mesures conservatoires indiquées par la C.I.J. le 5 juillet 1951¹⁸. Au cours de l'examen de cette question par le Conseil de sécurité¹⁹, le problème de la responsabilité incombant à ce dernier, en regard de l'article 41 du *Statut*, s'est posé dans des termes assez intéressants. Afin de contrer la demande anglo-saxonne, les représentants de l'Iran font valoir que, conformément à l'article 94 de la *Charte*, pour qu'une partie à une affaire portée devant la C.I.J. soit tenue de se conformer à une décision de la Cour, il faut que cette décision soit définitive et obligatoire. Or, selon la thèse iranienne, si

16. *Supra*, note 7.

17. S/2357, *Procès-verbaux officiels*, 6^e année, suppl. pour octobre-décembre 1951, pp. 1-2.

18. Ces mesures, comme nous le savons, visaient essentiellement à maintenir le *statu quo*, i.e., la continuation de l'exploitation par la compagnie et l'arrêt temporaire des effets de la nationalisation dont le bien-fondé était contesté par le Royaume-Uni.

19. Sur cette affaire, consulter : *Répertoire de la Pratique du Conseil de Sécurité, 1946-1951* Nations-Unies, New-York 1954, notamment aux pp. 249-251, 385 et 507-509.

l'article 41 du *Statut* confère à la C.I.J. le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, ces mesures ne sauraient, pour autant, être qualifiées de définitives, puisque ce même article 41 déclare qu'elles doivent être indiquées « en attendant l'arrêt définitif » ; n'étant pas définitives, les mesures conservatoires ne sont donc pas obligatoires, puisque ce n'est qu'au jugement définitif que l'article 59 du *Statut*²⁰ attribue force obligatoire. Conséquence pratique de ce raisonnement : ce n'est qu'à des décisions obligatoires que les membres des Nations Unies se sont engagés à se conformer, aux termes de l'article 94 de la *Charte*.

Le 19 octobre 1951, sur une proposition de la France, le Conseil de sécurité ajourne le débat sur cette affaire²¹, jusqu'au moment où la C.I.J. aura statué sur sa propre compétence *in merito*. La Cour, ayant décliné sa compétence en l'espèce²², déclare donc caduques les mesures conservatoires indiquées par elle en 1951.

En définitive, la question de la nature juridique des mesures conservatoires n'a pas été tranchée par le Conseil de sécurité ; il est à noter, également, que l'ajournement du débat fut précipité moins par les difficultés d'interprétation des articles 41 du *Statut* et 94 de la *Charte* que par la question fondamentale de savoir si le litige relevait essentiellement de la compétence nationale de l'Iran²³. Il reste donc possible, comme le souligne Rosenne, que « l'affaire de l'*Anglo-Iranian* contienne un nombre suffisant de traits distinctifs pour le rendre de peu de valeur en tant que précédent, si jamais le Conseil de sécurité se trouvait en face du problème réel »²⁴. Cependant, cette affaire posait à la pratique juridique, pour la première fois et d'une façon spectaculaire, le double problème de la force obligatoire et de la

20. Article 59 : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

21. *Op. cit.*, *supra*, note 19, p. 385.

22. C.I.J., *Rec.* 1952, p. 114.

23. *Supra*, note 19 ; l'Iran soutenait en effet que le Conseil de sécurité n'avait pas compétence pour s'occuper de cette affaire parce qu'aucun État étranger ou organisme international ne pouvait limiter l'exercice des droits de souveraineté de l'Iran, ni intervenir en cette matière (à la p. 508) comme le souligne également Peter J. GOLDSWORTHY : « ... *The real emphasis of the debate concentrated on the question of domestic jurisdiction and not on the enforceability of an indication of interim measures under Article 94* ». Peter J. GOLDSWORTHY, « Interim measures of protection in the International Court of Justice », [1974] *A.J.I.L.*, vol. 68, n° 2, pp. 258-277, à la p. 274.

24. ROSENNE, « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la C.I.J. » R.G.D.I.P. 1953 p. 532, à la p. 582. C'est également l'opinion de SCHACHTER, « The enforcement of international judicial and arbitral decisions » [1960] *A.J.I.L.*, pp. 1-24, à la p. 24. GOODRICH, HAMBRO and SIMONS abondent aussi dans le même sens ; voir : *Charter of the United Nations. Commentary and Documents*, Columbia University Press, (3^e éd.) New York and London, 1969, à la p. 558.

force exécutoire des mesures conservatoires telles qu'indiquées par la C.I.J.; elle illustre finalement le risque assumé par la Cour en décidant des mesures conservatoires sans avoir, au préalable, réglé le problème de sa compétence d'une façon satisfaisante.

SECTION I:

De la force obligatoire des mesures conservatoires

« Selon la thèse iranienne, l'article 41 est rédigé comme une exhortation et non comme une obligation »²⁵; les mesures conservatoires n'auraient force obligatoire que si les parties étaient liées par un traité d'arbitrage les obligeant expressément à observer ces mesures²⁶. À cette argumentation, le Royaume-Uni réplique par un argument non moins logique :

[...] tout l'objet des mesures conservatoires est — l'article 41 du *Statut* l'indique clairement — de préserver les droits respectifs des parties en attendant l'arrêt définitif; en d'autres termes, il est d'empêcher que ne se crée une situation dans laquelle l'arrêt définitif serait rendu inopérant ou impossible à exécuter parce que l'une des parties aurait, entre temps, pris des dispositions pour s'y soustraire [...]. Il découle donc nécessairement, selon nous, du caractère obligatoire de l'arrêt définitif que les mesures conservatoires destinées à préserver l'efficacité de l'arrêt doivent être également obligatoires²⁷.

C'est l'avis également de Sir Gerald Fitzmaurice lorsqu'il écrit :

The whole logic of the jurisdiction to indicate interim measures entails that, when indicated, they are binding — for this jurisdiction is based on the absolute necessity, when the circumstances call for it, of being able to preserve, and to avoid prejudice to, the rights of the parties, as determined by the final judgment of the Court. To indicate special measures for that purpose, if the measures, when indicated, are not even binding [...] lacks all point, except in so far as the parties may be expected to give a voluntary compliance to the Order of the Court. Even so, such a position in no way accords with the urgency and importance so clearly and deliberately imparted to the matter [...] ²⁸.

Cette interprétation logique, qui découle de l'économie générale des mesures conservatoires, est supportée par d'autres arguments de

25. Cf. *supra*, note 19, à la p. 250.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, à la p. 249.

28. Sir Gerald FITZMAURICE: « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1950-5: questions of jurisdiction, competence and procedure » (1958) 34 *BYBIL*, pp. 1-161, aux pp. 122-123. À noter cependant que cet auteur ne se prononce pas expressément dans un sens ou dans l'autre.

valeur incontestable. On dira ainsi que toute soumission de justiciables à une juridiction, et *a fortiori* toute soumission volontaire, implique l'obligation de s'abstenir en cours d'instance de tout acte susceptible soit de contrarier le fonctionnement du tribunal, soit de paralyser éventuellement l'efficacité de la décision²⁹. On pourra encore rappeler que le *Statut* de la Cour est un instrument légal et que l'on ne saurait y voir, *a priori*, qu'un pur énoncé de principes moraux. En réalité, si attrayants que soient ces arguments, ils ne se heurtent pas moins à des difficultés véritables, pour peu que nous scrutons de près les textes de droit sur le sujet.

Un juriste aussi réputé que Sir Hersch Lauterpacht pose très correctement le problème lorsqu'il écrit à propos de l'article 41 du *Statut* :

While the Statute in using studiously restrained language on the subject, seems to negative the notion of a binding effect of conservatory measures as a matter of legal obligation, the caution with which the Court administers this Article of the Statute suggested that outright denial of any binding effect of conservatory measures may be misleading. It cannot be lightly assumed that the Statute of the Court — a legal instrument — contains provisions relating to any merely moral obligations of states and that the Court weighs minutely the circumstances which permit it to issue what is no more than an appeal to the moral sense of the parties. At the same time, the language of Article 41 of the Statute precludes any confident affirmation of the binding force of the measures issued by it under that Article³⁰.

Sans aucun doute, le terme « indiquer » de l'article 41 du *Statut* n'a pas, par lui-même, une « vertu impérative »³¹; de plus, si on regarde le texte anglais³² de l'article 41, on réalise bientôt que le terme « *suggested* » est présenté comme synonyme « d'indiquer », ce qui a déjà fait écrire à Hudson les remarques qui suivent :

29. ROLIN, Henri-A. : « Force obligatoire des ordonnances de la Cour permanente de justice internationale en matière de mesures conservatrices » in : *Mélanges offerts à Ernest Mahaim* 1935, vol. II, pp. 280-298, à la p. 295.

30. LAUTERPACHT, Sir Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Limited, London 1958, aux pages 253-254. À noter que cet auteur ne se prononce pas sur ce point, bien qu'il tire certaines conclusions. « *Whatever may be the answer — and none is here ventured — to this question, it ought to be clear that a party disregarding an order indicating provisional measures acts at its peril and that the order must be regarded at least as a warning estopping a party from denying knowledge of any probable consequences of its action* ». Par ailleurs, le même auteur, dans son ouvrage « *The Function of Law in the International Community* », Archon Books, Hamden 1966, note 1, à la p. 208, remarque ce qui suit : « *It will be noted that the orders of the Court under Article 41 have no binding effect; they merely indicate the provisional measures* ».

31. ROLIN, *loc. cit.*, *supra*, note 29, à la p. 280.

32. Article 41, alinéa 2 : « Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and the security Council ».

Il est à remarquer que les auteurs du *Statut* se sont abstenus d'attacher toute conséquence particulière à une indication de mesures conservatoires. La faiblesse du terme « indiquer » est mise en lumière par l'article 41 du *Statut* qui parle de ces mesures en anglais : *measures suggested*, littéralement (mesures suggérées). Une indication de mesures conservatoires semble donc être une suggestion. La force obligatoire attribuée par l'article 59 à une décision lui fait de toute évidence défaut³³.

Guggenheim, cependant, ne va pas aussi loin que Hudson dans cette interprétation minimaliste de l'article 41 ; tout en concluant au caractère non obligatoire des mesures conservatoires, il dénie le fait qu'elles soient de pures suggestions³⁴. C'est l'opinion, également, de Dumbauld : « *The interim measures indicated by the Court are not suggestions, proposals or recommendations as sometimes said* »³⁵. Il appert, en effet, que si les termes « indiquer » et « indication » ont été

33. HUDSON, *La Cour permanente de justice internationale*, (Paris 1936). En 1952, cependant, Hudson réétudie le problème en ces termes : « *The term 'indicated' [French, d'indiquer;...] was borrowed in 1920 from some of the so-called 'Bryan treaties' concluded by the United States in 1914; it possesses a diplomatic flavor, being designed to avoid offense to the susceptibilities of the States. At one time the writer entertained some doubt as to the extent to which an indication imposed an obligation on a party to take the measures indicated by the Court; later however, after a re-study of the question and in the light of the accumulating jurisprudence, the writer reached the conclusion that the term 'indicate' was not less definite than the term order would have been, and it would seem to have as much effect* ». HUDSON, « *The Thirtieth Year of the World Court* » [1952] A.J.I.L., vol. 46, pp. 1-39, aux pages 22-23.

34. GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire » (1932) *R.C.A.D.I.*, t. II, 656, aux pp. 676 ss, notamment aux pp. 678-679 : « Il n'y a donc pas de doute que le caractère non obligatoire des mesures conservatoires a été sauvegardé. Cependant, la disposition du statut diffère, à notre avis, des traités Bryan sur deux points essentiels : tout d'abord, il y est formellement question du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires et non pas d'une simple faculté ou de pures suggestions... (p. 679). En deuxième lieu, il y a dans la disposition du statut une dérogation indirecte au principe de la mesure conservatoire sans force obligatoire consacré par les traités Bryan. Cette dérogation résulte du texte de l'article 41, où a été introduite l'obligation de notifier les mesures conservatoires au Conseil de la Société des Nations. La teneur de cette disposition indique l'existence d'un lien étroit entre les mesures établies par la Cour de justice et l'organe politique le plus important de la Société des Nations (...). En conséquence, les dispositions du Pacte pour le règlement des conflits sont dans une certaine mesure également applicables à la solution des litiges susceptibles de se produire par suite de l'inobservation des mesures conservatoires indiquées par la Cour (...). Ainsi donc, il est incontestable que les mesures conservatoires n'ont plus exclusivement le caractère de simples recommandations, puisqu'on peut chercher à remédier à l'inobservation de l'ordonnance de la Cour, grâce aux moyens de pression morale et politique dont dispose la Société des Nations ». Dumbauld, par ailleurs, abonde dans le même sens : « *At the suggestion of Dr. Max Huber the subcommittee of the third committee of the First Assembly on November 1920 amended the English text to conform with the French text as found in the Bryan treaties, taking as authentic 'indicate' rather than suggest (...). It will be noticed that the English text of the second paragraph of article 41 and of former rule 57 escaped correction* ». DUMBAULD, Edward, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Nijhoff, The Hague 1932, à la p. 145, note 3.

35. Cf. DUMBAULD, *op. cit.*, *supra*, note 34, à la p. 166 ; voir aussi, p. 145 et 169.

adoptés dans l'article 41, c'est avant tout pour ménager la susceptibilité des États³⁶. Il semble donc qu'une indication de mesures conservatoires n'a pas moins de force morale qu'une prescription ; elle ne saurait, en tout cas, ne constituer qu'une simple recommandation car l'article 41 dispose formellement que ces mesures « doivent être prises »³⁷.

Mais alors, quelle est la nature de l'ordonnance portant indication de mesures conservatoires ? Si elle n'est pas une simple recommandation peut-on, du même souffle, prétendre qu'elle crée des obligations juridiques à la charge des États en litige ? C'est là une question complexe et fort controversée qui mérite quelque attention.

— L'article 41 à la lumière des travaux préparatoires à son élaboration et à son éventuelle révision

Ce qui peut laisser croire, *prima facie*, à la force obligatoire des mesures conservatoires est le fait qu'elles doivent être notifiées au Conseil de sécurité. Guggenheim a vu, dans cette disposition, une dérogation indirecte au principe de la mesure conservatoire sans force obligatoire³⁸. Mais dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil*, le représentant de l'Iran a opéré une distinction, au sujet de cette disposition, et n'a pas tardé à signaler que l'autorité du Conseil de sécurité dérive de la *Charte* et non pas du *Statut* :

Le représentant du Royaume-Uni essaie également de faire découler l'autorité du Conseil de sécurité des dispositions du paragraphe 2 de l'article 41 du *Statut* qui déclarent que la Cour notifiera au Conseil de sécurité les mesures conservatoires qu'elle aura indiquées. Cette objection est forcée et se heurte à une objection irréfutable : un instrument international qui a trait exclusivement aux droits et aux devoirs de la Cour internationale ne peut être interprété comme confirmant implicitement des pouvoirs au Conseil de sécurité. Le sens qu'il faut attacher à l'obligation imposée à la Cour d'aviser le Conseil de sécurité est assez simple : c'est de favoriser la collaboration qui est requise de tous les organes des Nations Unies³⁹.

36. *Cour permanente de justice internationale*, Série D, Deuxième addendum au n° 2, *Modifications apportées au Règlement en 1931*, Leyde 1931, à la p. 183 : citant le rapport du Comité des DIX de 1920, le greffier montre que ce terme avait été tiré des traités Bryan et qu'il n'avait pas été jugé possible, vu les droits souverains des États, d'employer un terme plus énergique. En fait, le Comité avait rejeté une proposition portant que la Cour « ordonne » des mesures conservatoires ; voir aussi p. 282. Dans le même sens : HUDSON, *op. cit.*, *supra*, note 33. Rolin, *loc. cit.*, *supra*, note 29, à la p. 295.

37. Le texte anglais est plus ambigu sur ce point : au lieu de l'expression très nette « mesures qui doivent être prises », on se trouve en présence d'un conditionnel : « any measures which ought to be taken ».

38. GUGGENHEIM, *loc. cit.*, *supra*, note 34, à la p. 679.

39. *Op. cit.*, *supra*, note 19, à la p. 250.

Que les mesures conservatoires « aient seulement l'effet d'indications dépourvues d'un caractère obligatoire »⁴⁰, c'est là une conclusion qui semble assez inévitable, pour peu que l'on veuille bien considérer les travaux préparatoires à l'élaboration du *Statut* de la Cour permanente de justice internationale, en 1920, de même que les débats entourant les modifications apportées au *Statut* en 1929 et au *Règlement* en 1931.

L'origine de l'article 41 du *Statut* actuellement en vigueur remonte à la création même de la Cour permanente de justice internationale⁴¹. Dans les travaux du Comité de juristes⁴² qui, en 1920, élaborait pour le compte de la Société des Nations, le projet de Cour permanente de justice internationale, on peut retrouver en effet quelques indices, si minces soient-ils, de l'intention de ceux qui rédigèrent cet article. La proposition initiale de M. Raoul Fernandes se lit comme suit : « Dans le cas où la cause du différend consiste en actes déterminés déjà effectués ou sur le point de l'être, la Cour pourra ordonner, dans le plus bref délai, à titre provisoire, des mesures conservatoires adéquates, en attendant le jugement définitif »⁴³. Il apparaît de plus que M. Fernandes voulait voir appuyer les mesures conservatoires par des sanctions efficaces, tout en laissant à la Cour l'appréciation des limites imposées par les circonstances à la portée de ces sanctions⁴⁴. MM. Root, Adatci, De Lapradelle et Lord Phillimore s'opposèrent à cette idée qui leur semblait imprudente⁴⁵. L'article est ensuite adopté avec des modifications rédactionnelles. C'est le texte suivant qui fut inséré dans le projet du Comité de rédaction :

Dans le cas où la cause du différend consiste en un acte effectué ou sur le point de l'être, la Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. En attendant son arrêt, cette

40. GUGGENHEIM, *loc. cit.*, *supra*, note 34, à la p. 695.

41. L'article 41 du *Statut de la Cour permanente de justice internationale* se lit comme suit : « La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux Parties et au Conseil ».

42. Même avant l'entrée en vigueur du *Pacte de la Société des Nations*, à la date du 10 janvier 1920, on avait envisagé la constitution d'un comité de juristes qui serait chargé d'établir un projet de la Cour. Le Comité, tel qu'il fut finalement constitué, se composait de dix jurisconsultes des plus réputés. Cf. HUDSON, *op. cit.*, *supra*, note 33, aux pp. 122 ss.

43. Cf. *Cour permanente de justice internationale, Comité Consultatif de Juristes, Procès-verbaux des Séances du Comité, 16 juin — 24 juillet 1920*, (La Haye 1920) à la p. 609.

44. *Ibid.*, à la p. 588.

45. *Ibid.*

suggestion de la Cour est immédiatement transmise aux parties et au Conseil ⁴⁶.

Entre le texte primitivement proposé par M. Fernandes et celui que le Comité de rédaction a inséré dans son projet, deux différences notables apparaissent: 1) Le Comité a remplacé l'expression « la Cour pourra ordonner » par les mots « la Cour a le pouvoir d'indiquer ». 2) Le Comité a ajouté un alinéa prescrivant la transmission aux parties en litige et au Conseil de la Société des Nations de la « suggestion » de la Cour.

Lors de la discussion de ce projet devant le Comité plénier, le mot « suggestion » qui figure à ce dernier alinéa fut remplacé par le mot « indication »; M. Fernandes semblerait s'être plaint, mais sans succès, de l'affaiblissement de son texte ⁴⁷. Le rapport par lequel le Comité consultatif de juristes a accompagné son avant-projet en le communiquant au Conseil de la S.D.N. s'exprime comme suit au sujet des mesures conservatoires:

Dès le début de l'instance, les circonstances peuvent exiger qu'il soit pris, à titre provisoire, des mesures conservatoires du droit de chacun. Il en est ainsi quand le différend naît d'un acte qui vient d'être effectué, par exemple de la saisie d'un objet, de l'invasion d'un territoire. Lorsqu'un tel acte est ainsi effectué, ou sur le point de l'être, il peut être extrêmement opportun, ou d'en effacer, momentanément, les conséquences, ou d'en empêcher, s'il en est encore temps, l'accomplissement.

S'inspirant d'une mesure qui figure aux traités signés par les États-Unis par le Secrétaire d'État Bryan avec un certain nombre d'États (la France, la Chine, la Suède), le Comité donne à la Cour le pouvoir de suggérer les mesures à prendre, à titre provisoire, pour assurer la conservation du droit de chacun.

Mais il ne s'agit pas ici d'un arrêt, même interlocutoire, immédiatement exécutoire, par provision. Quand il s'agit de limiter la souveraineté des États, il convient d'être circonspect. Déjà il est difficile d'obtenir l'exécution d'une décision définitive, à plus forte raison sera-t-il difficile d'obtenir l'exécution d'une décision purement provisoire. [...] Les traités Bryan, auxquels est empruntée l'idée d'un tel pouvoir de la Cour, s'expriment avec une grande prudence, en ne donnant à la Cour d'autre droit que d'indiquer les mesures à prendre à titre provisoire, en attendant le rapport d'une commission internationale d'enquête.

Mais tandis que, par les traités Bryan, l'indication des mesures à prendre à titre provisoire était simplement transmise par la Cour aux parties, elle l'est naturellement, une fois donnée par une Cour de la Société des Nations, au Conseil, organe particulièrement compétent de cette

46. *Ibid.*, aux pp. 567-568.

47. Cf. HAMMARSKJÖLD, « Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif » in *Juridiction internationale*, Société d'éditions A. W. Sijthoff (Leyde 1938) pp. 299-328, à la p. 302.

Société pour proposer au regard des sentences arbitrales les mesures qui doivent en assurer l'effet ⁴⁸.

L'avant-projet du *Statut* de la Cour élaboré par le Comité des juristes fut donc successivement déféré au Conseil de la S.D.N. puis à l'Assemblée de la S.D.N. Or, devant l'Assemblée ⁴⁹, M. Huber fit observer que le mot « *suggest* » dans le texte anglais était moins fort que le mot « *indiqué* » dans le texte français et insista pour que le terme le plus fort « *indiqué* » soit considéré comme authentique. La version définitive allait toutefois laisser subsister l'adjectif « *suggested* » ⁵⁰.

En 1928, le Conseil de la S.D.N., sur l'invitation de l'Assemblée, décida de faire examiner le *Statut* de la Cour par un Comité de juristes, en vue de sa révision éventuelle. Bien que le texte de l'article 41 ne fût pas modifié, il en fut question ; voici comment le procès-verbal rend compte de l'intervention principale de M. Root sur une question d'un membre ⁵¹.

À son avis, les mesures prises par le Président diffèrent d'un jugement ou d'un ordre. Les parties à un litige, lorsqu'elles soumettront leur controverse à la Cour, pourraient être considérées comme comparaissant avec l'obligation de ne pas faire disparaître le sujet qui fait la matière de leur controverse, ou, en tout cas, avec l'obligation de ne pas anticiper sur le jugement de la Cour en prenant l'initiative de certaines mesures. Une telle obligation est implicitement comprise dans leur acceptation de la juridiction de la Cour.

Aux termes de l'article 41 du *Statut*, la Cour indique simplement ce que comporte le devoir des parties et quelles mesures il est nécessaire de prendre dans le cas où les parties se conforment aux obligations qu'implique leur soumission à la Cour. L'indication d'obligations de cette nature ne doit pas être considérée comme un jugement à faire exécuter. La Cour, ou son Président, doit simplement indiquer ce qu'il est nécessaire de faire, et un refus de s'incliner serait naturellement consigné dans un rapport. La Cour, dans les jugements définitifs, devra examiner si les indications fournies par le Président ont été l'expression exacte des obligations incombant aux parties. Il appartient au Président de les indiquer, mais liberté est laissée aux parties de se conformer à cette indication. Le Président donne simplement à entendre, en sa qualité de Président de la Cour, ce qu'il considère être les obligations des parties ⁵².

48. Cf. *supra*, note 43, à la p. 735.

49. *Actes de la 1^{re} Assemblée de la Société des Nations. Séances des commissions.* (3^e Commission) à la p. 368.

50. Cf. *supra*, note 34.

51. M. Politis voulait, en effet, faire dissiper les doutes qui avaient surgi sur la question de savoir si un gouvernement était tenu de respecter l'ordonnance du Président étant donné que le statut de la Cour n'indique aucune obligation à cet égard. Cf. *infra* note 52, à la p. 63.

52. *Procès-verbal de la Session de mars 1929 du Comité des Juristes*, Doc. de la S.D.N., n° c. 166, n. 66 (1929) à la p. 64.

De toute évidence, le Comité se rallia à ce point de vue.

Par ailleurs, les débats entourant les modifications apportées au règlement intérieur de la Cour, en 1931⁵³, tendent également à démontrer le caractère non obligatoire des mesures conservatoires, bien qu'ils n'échappent pas à une certaine confusion sur ce point. Le juge Fromageot, en préparant une nouvelle rédaction de l'article 57 du *Règlement*, fait intentionnellement usage du mot « prescrire », le mot « indiquer » qui se trouve dans le *Statut* et le *Règlement* lui paraissant trop vague⁵⁴. Un consensus s'est bientôt dégagé à l'effet que « la Cour dépasserait ses pouvoirs si elle « prescrivait » des mesures conservatoires⁵⁵. Sir Cecil Hurst parle d'obligation morale⁵⁶; pour le juge Schucking, « les mesures conservatoires, simples recommandations, n'ont pas de force obligatoire »⁵⁷. Cependant, on demeure surpris d'entendre le vice-président Guerrero soumettre que c'est au Conseil qu'il incombe de s'assurer de la suite donnée à la décision de la Cour et de mettre en mouvement, le cas échéant, la procédure prévue par le *Pacte* contre l'État qui se refuse à remplir ses obligations »⁵⁸. Dans le même sens, M. Van Eysinga, parlera d'une sentence de la Cour puisqu'il fait observer que « l'article 13 du *Pacte de la Société des Nations* prévoit le cas où un État ne se conformerait pas à une sentence de la Cour: c'est le Conseil qui intervient alors. Or, dans la matière des mesures conservatoires, il y a un lien constitutionnel reconnu par l'article 41, alinéa 2, du *Statut* lui-même, entre la Cour et le Conseil »⁵⁹.

Dans l'ensemble toutefois, malgré une certaine confusion, dans les débats, nous croyons ne pas trop errer en affirmant que les opinions émises en 1931 rejoignent sensiblement celle émise par M. Root, deux ans plus tôt⁶⁰.

53. *Cour permanente de justice internationale Série D, Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour — Deuxième addendum au n° 2 — Modifications apportées au Règlement en 1931*, Leyde, Société d'éditions A. W. Sijthoff, 1931.

54. *Ibid.*, à la p. 182.

55. *Ibid.*, à la p. 183.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*, à la p. 199.

58. *Ibid.*, à la p. 198.

59. *Ibid.* Pour le baron Rolin — Jacque Myns, l'indication de mesures conservatoires ne constitue pas une simple recommandation car l'article 41 du *Statut* dispose formellement que ces mesures doivent être prises (*ibid.*).

60. Voir cependant ROSENNE, « L'Exécution et la mise en vigueur des décisions de la C.I.J. » [1953] *R.G.D.I.P.* p. 532, à la p. 564, note 36.

De ce qui précède et sous réserve de la valeur juridique qu'il convient d'accorder aux travaux préparatoires⁶¹ pour l'interprétation du *Statut* de la Cour, nous pouvons tirer quelques conclusions⁶². C'est intentionnellement, tout d'abord, que le texte parle « d'indiquer » et non pas « d'ordonner » des mesures conservatoires ; c'est intentionnellement ensuite et en vue d'une application possible de l'article 13, paragraphe 3 du *Pacte*, que le texte prévoit une communication au Conseil ; troisièmement, l'ordonnance en vertu de l'article 41 est opposée soit à un arrêt, même interlocutoire, soit à une décision définitive. Il semble finalement que l'on ait fait la confusion entre la force obligatoire (*binding force*) des mesures conservatoires et le problème de leur exécution (*enforceability*) ; M. Hagerup, membre du Comité des juristes, signalera lui-même que le motif pour lequel le mot « ordonner » avait été écarté, en 1920, avait été le fait que la « Cour manquait de moyens d'exécution »⁶³. Rolin⁶⁴ a souligné, avec justesse croyons-nous, le manque de pertinence de ce motif. On ne saurait, en effet, conclure au caractère non obligatoire des mesures conservatoires du seul fait de ne pouvoir en assurer l'exécution : ce sont là deux problèmes distincts⁶⁵.

Par ailleurs, ce qui peut emporter une pleine adhésion au caractère non obligatoire des mesures conservatoires est bien le fait que les États ont senti le besoin, dans un très grand nombre de cas, de reconnaître comme obligatoires, dans leurs relations mutuelles, les indications de mesures conservatoires. Comme preuve, mentionnons les traités d'arbitrage de Locarno⁶⁶ et, l'*Acte général d'arbitrage* conclu à Genève en 1928 ; ce dernier contient en effet, une clause, à l'article 33, qui se lit comme suit :

61. Cf. art. 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

62. L'interprétation historique de l'article 41 ne peut conduire à d'autres conclusions. Ces conclusions ont déjà été tirées d'ailleurs par HAMMARSKJOLD, *loc. cit.*, *supra*, note 47, à la p. 304.

63. *Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, Genève 1921, à la p. 134.

64. Henri A. ROLIN, « Force obligatoire des ordonnances de la Cour permanente de justice internationale en matière de mesures conservatoires » in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, Librairie du Recueil Sirey, (Paris 1935) vol. 11, pp. 280-298, à la p. 286.

65. Ceci ouvre le débat, bien entendu, sur le lien entre l'idée de droit et sa sanction. Ou bien le droit est essentiellement coercible ou bien la sanction n'est pas de l'essence du droit. Sur cette question, voir *inter alia* : DEL VECCHIO, *Philosophie du Droit* (Paris 1953) Dalloz ; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey 1920, rééd. C.N.R.S. 1962. Kelsen, *Théorie générale du Droit international public* R.C.A.D.I. (1932) ; CAVARE, « L'idée de sanction et sa mise en œuvre en droit international public », [1937] R.G.D.I.P. p. 385.

66. Cf. *Collection de textes régissant la compétence de la Cour*, Série D, n° 6.

Dans tous les cas où le différend fait l'objet d'une procédure arbitrale ou judiciaire, notamment si la question au sujet de laquelle les parties sont divisées résulte d'actes déjà effectués ou sur le point de l'être, la Cour internationale de Justice, statuant conformément à l'article 41 de son statut, ou le tribunal arbitral, indiquera, dans le plus bref délai possible, quelles mesures provisoires doivent être prises. Les parties en litige seront tenues de s'y conformer⁶⁷.

Ce type de clause est intéressant parce qu'il prouve, à sa façon, qu'au sens des signataires ceux-ci ne seraient pas liés par une indication faite aux termes de l'article 41, à moins d'accepter une obligation spéciale à cet effet⁶⁸.

— L'article 41 à la lumière des principes généraux du droit et du principe de l'effet utile

Parmi les publicistes qui ont accordé leur attention à la matière des mesures conservatoires, on peut distinguer deux écoles de pensée : alors que la première, de loin la plus représentative, se prononce pour le caractère non obligatoire des mesures conservatoires, la seconde soutient la thèse opposée.

Dumbauld, Guggenheim, Hammar skjold, Hudson dans un premier temps, sont les principaux représentants de la première école. Dumbauld, de même qu'Hammar skjold, assimilent l'ordonnance de l'article 41 à un avis consultatif :

Comme les avis — écrit Hammar skjold — ces indications sont privées, au point de vue constitutionnel, du caractère obligatoire qui revient aux arrêts. Les uns et les autres, cependant, possèdent une certaine force intrinsèque limitée et les uns et les autres peuvent, en vertu d'un accord spécial entre États et participant de la nature d'une clause compromissoire, acquérir la pleine force d'une sentence rendue garantie, quant à son exécution, par l'article 13, alinéa 4, du *Pacte*⁶⁹.

67. Cf. REUTER et GROS, *Traité et Documents diplomatiques*, P.U.F. 3^e éd. (Paris 1970) à la p. 156.

68. HAMMAR SKJOLD, *supra*, note 47, à la p. 322.

69. *Supra*, note 47, aux pp. 324-325. Dumbauld écrit pour sa part qu'il n'est pas question d'un « binding order », les parties demeurant libres « to observe such indication or not as they choose ». Cf. DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, The Hague, NIJHOFF 1932, aux pp. 168-169. Guggenheim se prononce également pour le caractère non obligatoire des mesures conservatoires ; Cf. GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire » (1932) 40 *R.C.A.D.I.* T. II, Q 656, aux pp. 676 ss. Voir également : HUDSON, *La Cour permanente de justice internationale*, Pedone, Paris, 1936, pp. 485 ss ; André COCATRE-ZILGIEN, « Les mesures conservatoires en droit international » [1955] *Revue Égyptienne de Droit International* p. 73, aux pp. 105 ss.

Il faut dire que cette première école recourt généralement aux travaux préparatoires pour dégager leurs conclusions.

La seconde école, représentée notamment par Hambro, Rolin et Dubisson, tend, au contraire à démontrer que les mesures conservatoires sont obligatoires en droit. Deux sortes d'arguments sont généralement mis de l'avant pour étayer cette conclusion : on affirme tout d'abord que la nature obligatoire des mesures conservatoires trouve son fondement dans les principes généraux de droit reconnus par les États ; on recourt ensuite à un canon d'interprétation bien connu : le principe de l'effet utile. Les propos de M. Hambro illustrent fort bien, d'ailleurs, cette approche.

In any case, it is perfectly certain that all States parties to an international dispute *subjudice* have an absolute obligation to abstain from any act that would nullify the result of the judgment to be rendered by the international court in question [...].

The Court in exercising its authority under Article 41 does only in effect give life and blood to a rule that already exists in principle. The measures are only the practical application of an obligation that exists already in virtue of general international law ⁷⁰.

— L'appel aux principes généraux du droit

L'analogie avec les droits internes des divers États, où le concept des mesures intérimaires est connu, demeure une opération séduisante. Mais comme le signalait déjà le juge Anzilotti en 1931, la notion des mesures conservatoires revêt, dans les procès entre États, une forme très différente de celle sous laquelle elle se présente en droit national ⁷¹. Il est en effet inutile de préciser que la « situation et les intérêts des États plaideurs sont très différents de ceux du débiteur et du créancier » ⁷². Cependant, la Cour permanente de Justice internationale semble bien accrédi-ter la thèse du principe général du droit international, dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, lorsqu'elle considère, après avoir cité l'article 41 de son

70. HAMBRO, « The binding character of the provisional measures of protection indicated by the International Court of Justice » in *Rechtsfragen der internationalen organisations-festschrift für Hans Wehberg* (1956) pp. 152-171, à la p. 167. C'est là également l'opinion de Mani, « Interim Measures of Protection ; Article 41 of the *I.C.J. Statute* and Article 94 of the *U.N. Charter* » (1970) 10 *Indian Journal of International Law* pp. 359-372, à la p. 366 : « The power to indicate interim measures, it is needless to repeat, is one of the essential features of the Court entrusted with the responsibility of judicial process ».

72. *Cour permanente de justice internationale*, Série D, *Actes et Documents Relatifs à l'Organisation de la Cour* — Deuxième Addendum au n° 2 — *Modifications apportées au Règlement en 1931*, (Leyde 1931) à la p. 194.

Statut, que ce dernier applique le « principe universellement reconnu devant les juridictions internationales » d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir⁷³. On pourrait donc conclure, comme le soutient Hambro⁷⁴, que l'obligation impartie aux États de se conformer à une ordonnance prise en vertu de l'article 41 découle du seul fait qu'ils sont parties au *Statut* de la Cour ou encore du fait qu'ils ont accepté la juridiction de la Cour⁷⁵. Rosenne n'en pense pas moins autrement lorsqu'il affirme que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires « *is a decision and, so long as it is in force, is comprehended within the conventional and customary obligations to comply with the decision of the Court, incumbent upon every litigating State* »⁷⁶.

À notre avis, l'appel aux principes généraux du droit pour justifier le caractère obligatoire des mesures conservatoires est probablement l'argumentation la plus solide qui soit. S'il est vrai que l'analogie avec les droits internes ne saurait s'effectuer sans quelque précaution de méthode, il n'en reste pas moins que les signataires du *Statut* de la Cour ont fait une place spéciale aux principes généraux du droit comme source de droit international. Dans la mesure où les divers droits internes des grandes familles juridiques donnent pleine force obligatoire aux mesures interlocutoires ou intérimaires, le reste est affaire de politique juridique : il s'agit alors de vérifier s'il y a une raison profonde « enracinée dans la conscience juridique de tous les peuples »^{77a} qui favoriserait l'application des mêmes principes au plan du droit international.

— L'appel au principe de l'effet utile

Par ailleurs, le principe de l'effet utile, exprimé par la maxime « *ut res majis valeat quam pereat* », rappelle qu'il faut interpréter les stipulations d'un traité dans le sens avec lequel elles peuvent avoir

73. *Ibid.*

74. *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, C.P.J.I., Série A/B n° 79, à la p. 199.

75. *Loc. cit.*, *supra*, note 70, à la p. 166.

76. La thèse que soutient Hambro est à rapprocher de celle soutenue par Niemeyer en 1932 : voir le résumé de cette thèse fait par HAMMARSKJOLD, *loc. cit.*, *supra*, note 47, à la p. 321, ainsi que la critique qui en est faite.

77. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, A. W. Sijthoff, vol. 1. (Leyde 1965) à la p. 141.

77a. *Affaire du Droit de passage sur le territoire indien*, C.I.T. Recueil 1960. Opinion dissidente du juge *ad hoc* Fernandes.

quelque effet plutôt que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun. Degan^{77b} a clairement démontré, à notre avis, que cette règle d'interprétation est appliquée par la jurisprudence internationale. Toutefois, ce principe connaît certaines limites : comme le démontre l'affaire de l'*Interprétation des traités de Paix*^{77c}, l'application du principe de l'efficacité ne joue pas s'il apparaît que les parties se sont abstenues, à dessein, de rendre pleinement efficaces des mesures données. Puisque l'intention des parties ne peut être décelée que par le choix d'une méthode subjective d'interprétation, la question semble bien devoir demeurer controversée, vu sous cet éclairage particulier.

Conclusion

La confrontation des principales thèses en présence ne nous permet pas de conclure d'une façon certaine, dans un sens ou dans l'autre, tellement contradictoires nous paraissent être les données au sein d'une même théorie.

Par exemple, Guggenheim, tout en tenant pour non obligatoires les mesures conservatoires de l'article 41, prétend que « le refus de se conformer aux mesures conservatoires indiquées pourrait amener la Cour à accorder une réparation à la Partie qui a subi un dommage de ce fait »⁷⁸. Si l'ordonnance portant indication de mesures conservatoires ne lie pas les parties en cause, au sens où le fait un arrêt, on voit mal comment la Cour pourrait créer un droit à la réparation puisqu'il est généralement admis que la responsabilité internationale découle de la violation d'une obligation internationale.

D'un autre côté, on s'imagine mal pourquoi la Cour se donnerait autant de mal à édicter une ordonnance, du point de vue de l'attention qu'elle y consacre, si celle-ci ne devait être, à toutes fins utiles, qu'une simple suggestion aux parties, dépourvue de toute autorité. Mais surtout, la logique du règlement judiciaire impose tellement l'idée du caractère obligatoire des mesures conservatoires que la nier équivaut à consentir dès le début à ce que l'arrêt final puisse ne s'avérer d'aucune utilité pratique. Cependant, la faiblesse congénitale de l'article 41, de même que les travaux entourant son élaboration, empêchent toute démonstration convainquante sur la question.

77b. DEGAN, V. D., *L'interprétation des accords en droit international*, NIJHOFF (La Haye 1963) pp. 102-106.

77c. C.I.J., *Avis consultatif du 18 juillet 1950*, *Recueil* 1950 p. 229.

78. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, (Genève 1953) T. II, à la p. 153.

SECTION II:

De la force exécutoire des mesures conservatoires

Même dans l'hypothèse où l'on tient pour obligatoires les mesures conservatoires de l'article 41 du *Statut* de la C.I.J., il reste encore à nous demander si l'article 94 de la *Charte* est susceptible d'application. En théorie, l'article 94 pose certains problèmes d'interprétation et, en pratique, sa mise en œuvre n'est pas assurée automatiquement.

— L'article 94 et son champ d'application théorique

L'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* a démontré, tout au moins, que des doutes sérieux pouvaient être émis quant à la couverture théorique de l'article 41 du *Statut* par l'article 94 de la *Charte*, bien que cette affaire soit loin d'être concluante sur ce point⁷⁹. C'est que l'article 94 est d'une ambiguïté fondamentale: tandis que l'alinéa premier fait devoir aux États de se conformer de bonne foi aux « décisions » de la Cour, le second alinéa permet au Conseil de sécurité de faire des recommandations ou de décider des mesures à prendre au cas où l'une des parties n'exécuterait pas un « arrêt » de la Cour; la différence de terminologie entre les deux alinéas (« décision » d'une part et « arrêt » d'autre part) soulève des interrogations telles qu'en l'absence de toute pratique constitutionnelle du Conseil de sécurité sur ce point — sous réserve de l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* — nous en sommes nécessairement réduits à des hypothèses d'école lorsqu'il s'agit de déterminer si, oui ou non, cet article est assez large pour assurer l'exécution éventuelle d'une ordonnance indiquant des mesures conservatoires.

Techniquement, l'ordonnance édictée en vertu de l'article 41 du *Statut* de la C.I.J. n'est pas un arrêt: elle n'a pas la force de *res judicata* conférée par l'article 60 du *Statut* à un arrêt définitif⁸⁰ et non seulement peut-elle être modifiée *pendente lite* mais encore est-elle sujette à une réévaluation lors du jugement final⁸¹. Puisque l'article 94, alinéa 2, à la différence de l'alinéa premier, parle seulement « d'arrêt », il semble donc que cet alinéa 2 ne peut être invoqué en regard des décisions de la Cour qui ne sont pas des arrêts, telles les

79. Cf. *supra*, note 23.

80. Voir: ROSENNE, *op. cit.*, *supra*, note 77, à la p. 141.

81. Cf. DUMBAULD, *op. cit.*, *supra*, note 34, à la p. 168.

ordonnances en matière de mesures conservatoires⁸². Cependant, à cette question de savoir si le mot « arrêt » de l'article 94 de la *Charte* est assez large pour inclure une ordonnance prise en vertu de l'article 41 du *Statut*, des auteurs répondent par l'affirmative. Pour Dubisson, le fait que de telles ordonnances n'aient pas été mentionnées par l'article 94 (2) de la *Charte* est le résultat d'une simple inadvertance de la part des rédacteurs de cet article⁸³; Goldsworthy note par ailleurs ceci :

Although Article 94 (2) does not speak of an « order », clearly an order indicating interim measures is, for the purpose of Article 94, included within the concept « judgment » by virtue of the policies of enforcement and prevention of breaches of the peace evident in Article 94⁸⁴.

Que l'ordonnance portant indication de mesures conservatoires soit une décision de la Cour, c'est là une affirmation qui ne saurait heurter le sens commun. Mais, comme le souligne Perrin, « il ne sert à rien d'affirmer que les ordonnances rendues en application de l'article 41 du *Statut* relèvent de l'article 94, al. 1, de la *Charte*, car il faudrait alors montrer qu'elles constituent des décisions au sens de cette disposition »⁸⁵. Selon Rosenne, toutefois, « *It seems that the word « decision » in the Charter refers to all decisions of the Court, regardless of their form* »⁸⁶. Le même auteur ajoute, un peu plus loin : « *It [the order indicating interim measures of protection] is a decision and so long as it is in force, is comprehended within the conventional and customary obligations to comply with the decision of the Court, incumbent upon every litigating State* »⁸⁷.

Il est intéressant de noter ici que Guggenheim et Dumbauld, même s'ils concluaient tous les deux au caractère non obligatoire des mesures conservatoires, n'ont pas écarté l'application possible de l'article 11, alinéa 2, du *Pacte de la S.D.N.*, en cas de non-observance de ces

82. ROSENNE, *op. cit.*, *supra*, note 77, à la p. 156, note 1.

83. DUBISSON, *La Cour internationale de justice*, L.G.D.J. (Paris 1964), à la p. 274.

84. GOLDSWORTHY, « Interim measures of protection in the international court of justice » *A.J.I.L.*, vol. 68, n° 2, pp. 258-277, à la p. 275, note 74.

85. PERRIN, « Les mesures conservatoires dans les affaires relatives à la compétence en matière de pêcheries » [1973] *R.G.D.I.P.*, n° 1, pp. 16-34, à la p. 34, note 58.

86. ROSENNE, *op. cit.*, *supra*, note 77, à la p. 125.

87. *Ibid.*, à la p. 141. Par ailleurs, peut-on être d'accord avec le professeur Pinto lorsqu'il soutient que la Cour pourrait, par simple changement de la forme donnée à sa décision, permettre ou interdire l'intervention du Conseil de sécurité, vu que ni le *Statut* ni le règlement ne prescrivent la forme à donner à la décision prise en vertu de l'article 41 ? Voir PINTO, *Le droit des relations internationales*, Payot, (Paris 1972) à la p. 228.

mesures⁸⁸. Dumbauld admet même que l'article 13, alinéa 4, du *Pacte*, peut être interprété « *so as to apply to interim protection* »⁸⁹.

Chose certaine, on ne peut conclure au caractère non obligatoire des mesures conservatoires du seul fait que l'article 94, alinéa 2, se réfère uniquement aux arrêts de la Cour; cet argument *a contrario*, loin d'être convainquant, témoigne plutôt d'une confusion dans les concepts, entre l'idée de la force obligatoire d'une part et l'idée de la force exécutoire d'autre part; tout ce que l'alinéa 2 de l'article 94 prouve, c'est qu'il revêt de la force exécutoire la plus importante des décisions de la Cour, soit l'arrêt; il ne dit rien de plus, surtout pas que les mesures provisoires n'ont pas de force obligatoire. L'ordonnance prise en vertu de l'article 41 est peut-être une décision au sens de l'article 94, paragraphe 1, mais il est douteux qu'elle soit exécutoire en vertu du second paragraphe du même article. Selon la formule de Hammarskjöld, « les indications de mesures conservatoires sont obligatoires seulement pour autant que cette notion peut s'appliquer à une décision non exécutoire »⁹⁰.

Il ne faut pas perdre de vue, finalement, que cette distinction entre les décisions et les arrêts de la Cour que semble opérer l'article 94 de la *Charte* est sans portée pratique dans la mesure où nous admettons que le Conseil de sécurité puisse être saisi de la non-exécution d'un arrêt sur le fondement d'autres articles de la *Charte*⁹¹. Mais c'est là un autre problème sur lequel nous aurons l'occasion de revenir un peu plus tard.

— L'article 94 et ses difficultés d'application pratique

L'article 94 pose par ailleurs une seconde série de considérations relatives à son application effective. Notons tout d'abord que le Conseil de sécurité jouit d'un pouvoir discrétionnaire sous ce chapitre :

88. L'alinéa 2 de l'article 11 se lisait comme suit : « Il est, en outre déclaré que tout membre de la Société a le droit, à titre amical, d'appeler l'attention de l'Assemblée ou du Conseil sur toute circonstance de nature à affecter les relations internationales et qui menace par suite de troubler la paix ou la bonne entente entre nations, dont la paix dépend ». Voir GUGGENHEIM, *loc. cit.*, *supra*, note 34, aux pp. 169-171.

89. L'alinéa 4 de l'article 13 se lisait comme suit : « Les membres de la Société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout membre de la Société qui s'y conformera. Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet ». Voir DUMBAULD, *op. cit.*, *supra*, note 34, à la p. 170.

90. *Loc. cit.*, *supra*, note 47, à la p. 322. MANI, au contraire, tiendra pour exécutoires les mesures conservatoires sur la base des articles 41 du *Statut* et 94 de la *Charte* : *loc. cit.*, *supra*, note 70, aux pp. 370 ss.

91. Voir DUBISSON, *op. cit.*, *supra*, note 83, à la p. 274.

il peut décider de ne pas agir tout comme il peut décider d'agir. Des raisons pour lesquelles le Conseil de sécurité décide de ne pas agir, il peut y en avoir beaucoup. La plus importante, à nos yeux, semble bien être d'une nature strictement procédurale : c'est l'exercice du droit de veto sur la question.

La doctrine⁹² est, en effet, généralement unanime à déclarer qu'il ne s'agit pas là d'une « question de procédure » ; par conséquent, en vertu de l'article 27, alinéa 3, de la *Charte*⁹³, toute décision prise sur la base de l'article 94 devrait normalement procéder d'un « vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents [...] ». Ainsi, le droit de veto semble jouer en la matière et il faut bien reconnaître la possibilité ou la tentation, pour un membre permanent du Conseil, d'exercer son droit de veto ; qui plus est, un État récalcitrant qui serait déjà membre du Conseil de sécurité peut voter sur la question, étant donné que l'obligation d'abstention prévue à l'alinéa 3 de l'article 27 ne joue que pour les décisions prises aux termes du chapitre VI et du paragraphe 3 de l'article 52 ; un État récalcitrant qui serait déjà membre permanent du Conseil pourrait alors bloquer, à lui seul, toute mesure dirigée contre lui. Dans l'affaire des essais nucléaires, par exemple, on imagine difficilement la France appuyer une proposition australienne ou néo-zélandaise et voter contre la France..., sans même penser à utiliser son droit de veto ! Évidemment, on pourrait toujours prétendre, comme le souligne Goldsworthy, « *that the resolution proposing action in respect of disobedience of interim measures is a « decision under chapter VI » from which « a party to a dispute shall abstain from voting » in accordance with Article 27 (3)* »⁹⁴. Mais alors, il s'agirait nécessairement d'une recommandation sans force obligatoire⁹⁵.

En définitive, si le Conseil de sécurité s'abstient d'intervenir, le bénéficiaire de l'arrêt se trouve dans la même situation qu'avant d'avoir eu recours au Conseil. On réalise vite combien incertain demeure ce recours.

92. Voir notamment : DUBISSON, *ibid.*, à la p. 273 ; VULCAN, « L'Exécution des décisions de la C.I.J. d'après la *Charte des Nations Unies* », [1947] *R.G.D.I.P.*, pp. 186-205, à la p. 201 ; SCHACHTER, « The Enforcement of international judicial and arbitral decisions » [1960] *A.J.I.L.*, pp. 1-24, à la p. 23 ; KELSEN, *The Law of the United Nations* (New York 1950) à la p. 541.

93. L'alinéa 2 de l'article 27 pose le principe que les décisions du Conseil de sécurité, sur des questions de procédure, sont prises par un vote affirmatif de neuf membres. L'alinéa 3 précise cependant que les décisions sur toutes autres questions, i.e. des questions qui ne sont pas des questions de procédure, sont prises par un « vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents ».

94. Cf. GOLDSWORTHY, *loc. cit.*, *supra*, note 84, à la p. 276.

95. Comme le souligne d'ailleurs le même auteur.

Si, par impossible, le Conseil de sécurité décide d'intervenir, il lui reste encore à juger s'il va émettre une recommandation juridiquement non obligatoire ou prendre une décision obligatoire.

Dans l'hypothèse où le Conseil de sécurité opte pour des recommandations, il peut, bien entendu, recommander à l'État récalcitrant de se conformer à la décision judiciaire. Mais ne peut-il pas recommander une solution qui serait tout à fait différente de celle issue des débats devant la Cour ? La rédaction de l'article 94, alinéa 2, offre, il est vrai, deux interprétations possibles. Elle peut signifier, d'une part, que le Conseil de sécurité a le choix entre a) toutes espèces de recommandations — même celles qui ne seraient pas liées à l'exécution de l'arrêt — et b) une décision comprenant des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt⁹⁶. La seconde interprétation, d'autre part, est à l'effet que non seulement les décisions mais aussi les recommandations doivent tendre à faire exécuter l'arrêt. Analysant étroitement l'article 94, Kelsen semble favoriser la première interprétation quand il écrit :

But the other interpretation, according to which the Security Council has the choice between any kind of recommendation and a decision to give effect to the judgment of the Court, is not only possible but grammatically, more adequate. In accordance with this interpretation, the Security Council may recommend a solution of the dispute totally different from that decided by the Court [...] Even if it is assumed that recommendations made by the Security Council are not binding upon the parties, a recourse under Article 94, paragraph 2, may have the effect of an appeal [...]⁹⁷.

Rosenne⁹⁸ a très bien démontré, à notre avis, qu'une telle interprétation permettrait au Conseil de sécurité de mettre en doute et même de détruire la force de la chose jugée ; aussi n'hésite-t-il pas à l'écarter pour le motif que non seulement elle contredit l'article 60 du *Statut*, selon lequel l'arrêt est définitif et sans recours, mais encore l'article 59 du *Statut* relatif à la force obligatoire du jugement, dont la validité ne saurait dépendre, en dernier ressort, de l'action du Conseil de sécurité.

Envisageons maintenant l'hypothèse où le Conseil de sécurité juge opportun de prendre une décision pour faire exécuter l'arrêt : sur la nature des mesures que le Conseil peut arrêter, l'article 94 est silencieux. Le Conseil est-il tenu de s'en tenir au genre de mesures

96. Voir, sur ce point : ROSENNE, « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la C.I.J. » [1953] *R.G.D.I.P.*, à la p. 570.

97. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, note 92, à la p. 539.

98. ROSENNE, *loc. cit.*, *supra*, note 96, aux pp. 570 ss. Voir également : SORESENSEN, *Manual of Public International Law*, (New York 1968) à la p. 712.

prévues au chapitre VII de la *Charte*? Ne peut-il pas, au contraire, prendre d'autres mesures que celles des articles 41 et 42 de la *Charte*? Ces questions, en réalité, posent tout le problème des pouvoirs du Conseil de sécurité, aux termes de l'article 94, avec ceux qui lui sont conférés par d'autres articles de la *Charte*.

On a déjà prétendu, tout d'abord, que le Conseil de sécurité ne pouvait faire exécuter un arrêt de la C.I.J. que dans la mesure où il pouvait constater une menace contre la paix ou une rupture de la paix, au sens de l'article 39 de la *Charte*⁹⁹. Cette prétention, d'origine américaine¹⁰⁰, lie en effet l'application de l'article 94 au cadre plus général des chapitres VI et VII de la *Charte*. La doctrine¹⁰¹ nie généralement une telle interprétation, car la soutenir équivaut à encourager le bénéficiaire de l'arrêt à créer une situation de force, mettant en danger la paix internationale, afin de pouvoir, par la suite, saisir le Conseil de sécurité sur la base de l'article 94 (2); de fait, le refus d'exécuter une décision de la Cour n'équivaut pas, automatiquement et nécessairement, à un acte qui pourrait être qualifié comme une « menace contre la paix » ou à une « rupture de la paix ». Du reste, l'article 94 (2) ne prévoit aucune condition spécifique à la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire du Conseil; le but de cet article apparaît plutôt, en effet, comme « *a possible means for giving effect to the Court's judgment irrespective of whether peace and security were endangered* »¹⁰².

Il nous semble logique de croire, cependant, que l'article 39 de la *Charte* s'applique lorsque le Conseil de sécurité estime que l'exécution d'un arrêt constitue réellement une menace contre la paix ou une rupture de la paix; dans ce dernier cas, il paraît évident que le Conseil n'a pas à attendre la requête du bénéficiaire de l'arrêt avant de procéder¹⁰³. Il semble, en effet, que tout État membre de l'O.N.U.

99. « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

100. Consulter sur ce point : SCHACHTER, *loc. cit.*, *supra*, note 92, à la p. 19.

101. Voir : CASSAN, *Les garanties d'exécution des obligations en droit international public*. Thèse de doctorat, Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier I, (1974) pp. 57 ss; SCHACHTER, *loc. cit.*, *supra*, note 92, pp. 20 ss; GOODRICH, HAMBRO and SIMONS, *Charter of the United Nations Commentary and Documents* (3^e éd.) Columbia University Press, (New York & London 1969) à la p. 556; DUBISSON, *op. cit.*, *supra*, note 83, à la p. 274; CAVARE, *Le droit international public positif*, Pedone, Paris, 1961-62, nlle éd. par J. P. Quéneudec, 1967-69, à la page 387.

102. Cf. GOODRICH, HAMBRO and SIMONS, *op. cit.*, *supra*, note 101, à la p. 556.

103. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, note 92, à la p. 542.

pourrait attirer l'attention du Conseil de sécurité sur la situation créée par l'inexécution de l'arrêt de la Cour en se fondant, notamment, sur l'article 35 de la *Charte*¹⁰⁴.

On a prétendu, également, et dans la même logique, que les seules mesures que le Conseil de sécurité était autorisé à prendre, sur la base de l'article 94, devaient être du genre de celles prévues aux chapitres VI et VII de la *Charte* : « *It is more plausible, écrit Kelsen, to assume that a judgment of the Court can be enforced only by measures taken under Article 41 or 42* »¹⁰⁵.

Greig est sensiblement du même avis, en voyant dans la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 94 une référence implicite à la structure générale des chapitres VI et VII¹⁰⁶. Pour Dubisson, au contraire, le Conseil de sécurité peut prendre d'autres mesures que celles prévues aux chapitres VI et VII¹⁰⁷. Qu'en est-il, exactement ? Chose certaine, acquiescer à l'interprétation kelsennienne rend l'article 94 (2) tout à fait inutile et superflu ; de plus, rien ne serait plus contraire aux intentions des rédacteurs de la *Charte*, qui voulaient s'assurer, avant tout, de l'exécution des arrêts de la Cour, indépendamment du fait de savoir si l'inexécution était de nature à mettre en danger la paix et la sécurité internationales¹⁰⁸. Il nous apparaît plutôt que le Conseil de sécurité, s'il peut prendre les mesures visées aux chapitres VI et VII de la *Charte*, peut prendre également d'autres mesures qu'il juge opportunes en l'espèce. Si l'article 94 (2) investit le Conseil de sécurité d'un pouvoir autonome en regard de l'inexécution des arrêts judiciaires de la Cour, on voit mal, en effet, pourquoi il devrait se limiter aux mesures des chapitres VI et VII.

Conclusion

Il demeure donc possible, vu la différence de terminologie entre les alinéas 1 et 2 de l'article 94 de la *Charte de l'O.N.U.*, que l'ordonnance portant indication de mesures conservatoires ne soit pas exécutoire aux termes de cet article. Dans la mesure, cependant, où

104. DUBISSON, *op. cit.*, *supra*, note 83, à la p. 271.

105. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, note 92, à la p. 542.

106. GREIG, *International Law*, Butterworths (London 1970) aux pp. 529-530 ; replacée dans son contexte, l'affirmation se lit comme suit : « *Indeed, the choice of the expressions "make recommendations decide upon measures" would seem to be an implied reference to the framework within which the Council generally acts under the charter* ».

107. DUBISSON, *op. cit.*, *supra*, note 83, à la p. 274 ; voir également SORESENSEN, *op. cit.*, *supra*, note 98, à la p. 712.

108. SCHACHTER, *loc. cit.*, *supra*, note 92, à la p. 21.

l'on est prêt à admettre que l'article 94, alinéa 2, de la *Charte* vise également l'ordonnance provisoire de l'article 41 du *Statut*, l'exécution de cette ordonnance est soumise aux mêmes incertitudes qu'un arrêt de la Cour : le Conseil de sécurité jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'intervention, et s'il veut intervenir, l'exercice du droit de veto peut toujours paralyser une éventuelle action de sa part. De plus, même dans l'hypothèse où aucun membre permanent du Conseil de sécurité ne désire se prévaloir de son droit de veto, le Conseil peut toujours opter pour une recommandation, sorte de vœu pieux qui ne lie pas l'État récalcitrant au plan juridique ; le Conseil voudrait-il opter pour une décision que de longues discussions risqueraient de se produire sur la nature de la décision que cet organe est en droit de prononcer dans le cadre de l'article 94 de la *Charte*. On perçoit déjà la futilité d'un tel recours.

N'étant, possiblement, ni obligatoire, ni exécutoire, on se demande encore comment une ordonnance conservatoire pourrait être respectée. Hormis l'hypothèse d'une révision des textes sur la question, c'est inévitablement du côté de la Cour internationale de justice qu'il faut tourner notre attention : car c'est peut-être de ce côté qu'une solution pourrait éventuellement s'esquisser afin de pallier aux graves incertitudes des textes de droit positif.

SECTION III :

Le critère de la compétence de la Cour pour les fins d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires

En droit international, c'est le consentement des parties qui confère juridiction à la Cour ; et celle-ci n'a de compétence que dans la mesure où les États ont entendu la lui conférer. Ce principe étant posé, on peut estimer que dans le cas où, dans une affaire donnée, aucune exception d'incompétence n'est soulevée par l'État défendeur, la compétence de la Cour aux fins d'une ordonnance de mesures conservatoires ne pose pas tellement de problèmes, du moins en théorie ; mais si nous considérons le fait qu'une demande en indication de mesures provisoires ne se présente guère, en pratique, que lorsque la Cour est saisie par voie de requête unilatérale et si nous considérons également le fait que la requête unilatérale est souvent suivie (sinon toujours) de l'exception d'incompétence, le problème de la compétence de la Cour, lorsqu'elle agit en vertu de l'art. 41 de son *Statut*, pose fatalement celui de sa compétence pour statuer au fond. Dans quelle mesure la Cour est-elle autorisée à dissocier sa compétence pour juger

au fond de sa compétence pour indiquer des mesures provisoires, voilà bien toute la question. Que doit faire la Cour, par exemple, face à une demande d'ordonnance, lorsque l'État défendeur conteste la compétence de cette dernière pour le motif que le conflit n'est pas couvert par les termes de sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ? Doit-elle s'assurer, au préalable, de sa compétence quant au fond, ou peut-elle encore émettre une ordonnance sans être totalement convaincue de sa juridiction pour connaître de toute l'affaire ? Selon la position des parties devant la Cour — État demandeur ou État défendeur —, la réponse à de telles interrogations varie, très certainement. Comme le constate, avec justesse, Sir Hersch Lauterpacht :

From the defendant State's point of view it seems improper that the Court should indicate interim measures of protection so long as it has not ascertained that it possesses jurisdiction. For compliance with the Order may prevent the defendant State — conceivably for a prolonged period — from exercising its legitimate rights in a matter with regard to which the Court may eventually find that it has no jurisdiction. On the other hand, from the point of view of the plaintiff State, an Order « indicating » interim measures may be of such urgency that to postpone it until the Court has finally decided, in proceedings which may take a long time, upon the question of its jurisdiction on the merits may well render the remedy illusory [...]¹⁰⁹.

C'est là, en effet, un véritable dilemme qui n'est pas facile à résoudre, au plan de la théorie du droit. La Cour, cependant, afin sans doute d'éviter une situation similaire à celle où se trouvait l'âne de Buridan, donne à ce problème une solution vraisemblablement plus pragmatique lorsqu'elle opte, sans hésitation, en faveur de l'État demandeur. Dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, celle-ci n'a pas besoin, avant d'indiquer des mesures conservatoires, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire ; il lui suffit, en effet, d'établir sa compétence *prima facie*. Il s'agit là d'une jurisprudence constante¹¹⁰ à laquelle l'*affaire relative à la compétence en matière de pêcheries*, tout comme l'*affaire des essais nucléaires* d'ailleurs, n'ont pas dérogré ; il est vrai, toutefois, qu'en ce faisant, la Cour s'empresse toujours de préciser que l'ordonnance portant indication de mesures conservatoires ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire ni aucune

109. *Op. cit.*, *supra*, note 30, aux pp. 110-111.

110. La jurisprudence de la C.I.J. continue, sur ce point, la jurisprudence antérieure établie par la C.P.J.I., notamment dans les affaires suivantes : *Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, C.P.J.I., Série A/B n° 8 ; *Affaire concernant la réforme agraire polonaise et la minorité allemande*, C.P.J.I., Série A/B n° 58.

question relative au fond lui-même et que le droit des défendeurs de faire valoir leurs moyens, tant sur la compétence que sur le fond, reste intact¹¹¹. Au plan juridictionnel, il existe donc une compétence de fond mais il existe aussi une compétence préliminaire ou incidente que la Cour peut exercer avant même d'avoir statué sur sa compétence quant au fond, même si cette dernière est contestée et même s'il se révèle, en dernière analyse, que la Cour n'a pas compétence à cet égard. D'aucuns soutiennent qu'il s'agit là d'un pouvoir inhérent au statut même de la Cour¹¹². Quoi qu'il en soit de la justesse de cette affirmation, une telle situation ne conduit pas moins à des bizarreries juridiques dont les conséquences politiques ne sauraient échapper à personne; par exemple, dans l'*affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, la Cour émet une ordonnance conservatoire le 5 juillet 1951; dans son arrêt du 22 juillet 1952, elle devait décliner toute juridiction en l'espèce; pareillement, dans l'*affaire des essais nucléaires*, la Cour indique des mesures conservatoires le 22 juin 1973; or en décembre 1974, elle se déclare incompétente pour trancher le fond du litige. Dans les deux cas, est-il besoin de le souligner, la compétence de la Cour était vivement contestée dès le début des procédures. Et invariablement, à chaque ordonnance, des voix dissidentes se font entendre pour affirmer que la Cour aurait dû pousser plus avant l'examen de sa compétence quant au fond avant de statuer sur la demande en indication de mesures conservatoires. Il est indéniable que, sur le plan pratique, la Cour prend le risque, en dissociant les deux aspects de sa compétence, de voir sa décision inexécutée; comme le note Dubisson¹¹³, « il y a tout lieu de craindre, en effet, que le défendeur ne se refuse à exécuter les mesures provisoires [...] quand il peut espérer que celles-ci seront mises à néant par l'arrêt d'incompétence qu'il va s'efforcer d'obtenir ».

Retenons donc que la jurisprudence constante de la Cour permet d'identifier deux grands principes qui doivent guider le tribunal: a) la compétence de la Cour n'a pas à être établie de manière concluante pour qu'elle puisse indiquer des mesures conservatoires; b) la Cour ne doit pas en indiquer dans une affaire où son incompétence est manifeste. Il s'agit donc, pour nous, d'essayer de détecter, « dans la zone s'étendant entre la compétence établie de manière concluante et l'incompétence manifeste »¹¹⁴, le point-milieu où la Cour pourra

111. Voir par exemple, l'*Affaire des essais nucléaires*, *supra*, note 4, à la p. 105, par. 33.

112. Voir l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice dans l'*Affaire du Cameroun Septentrional*, C.I.J. Rec. 1963, p. 11; voir également FITZMAURICE, *loc. cit.*, *supra*, note 28, pp. 107 ss. pour une discussion éclairée de ce problème.

113. *Supra*, note 83, à la p. 226.

114. L'expression est du juge Petren dans l'*Affaire des essais nucléaires*, *supra*, note 4, à la p. 125.

mettre en œuvre, du point de vue de sa compétence, l'article 41 de son *Statut*. Une telle recherche conduit nécessairement à déterminer le critère de la compétence de la Cour. Or, par ordre croissant de compétence, on peut penser au critère de la possibilité formelle, au critère de la possibilité réelle, ou au critère de la probabilité raisonnable.

Nous pouvons facilement distinguer, dans le domaine des possibilités, divers degrés, variant d'une possibilité très mince à une possibilité réelle. Or, en étant saisie d'une demande en indication de mesures provisoires, la Cour, en évaluant l'éventualité de sa compétence au fond, peut arriver à des conclusions opposées, selon le degré de possibilité qu'elle estime adéquat de retenir. Ainsi, dans l'hypothèse où le tribunal évalue sa compétence au fond en ne tenant compte que de l'existence de titres qui, apparemment, lui confèrent juridiction, nous sommes autorisés à conclure qu'il s'agit là d'une possibilité formelle; au contraire, si, lors de l'examen de sa compétence, la Cour scrute ces titres pour s'assurer de leur pertinence en l'espèce, on peut estimer conséquemment qu'elle fait un pas de plus afin d'évaluer les possibilités réelles de sa compétence au fond. Goldsworthy pose très clairement l'état de la question quand il écrit :

Is it enough that the applicant be able to point to a provision or set of provisions in a treaty or declaration indicating a formal possibility of jurisdiction; or is the Court concerned also with a real possibility of jurisdiction, that is, is the degree of legal controversy over the applicability of the jurisdictional provisions relevant¹¹⁵.

Compte tenu de ces distinctions, nous estimons que le critère de la compétence *prima facie* retenu par la Cour est bien celui d'une possibilité formelle, sans plus, bien que l'*affaire des essais nucléaires* apporte des développements intéressants sous ce chapitre. Une rétrospective de la jurisprudence de la Cour s'impose donc afin de mieux situer le débat.

— Le critère retenu : celui de la possibilité formelle de compétence

Dans l'affaire relative à l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, la majorité des juges de la Cour internationale de justice adopte les considérants suivants :

Considérant que le grief invoqué dans la requête introductive d'instance est celui d'une prétendue violation du Droit international constitué par la

115. *Loc. cit.*, *supra*, note 84, à la p. 265.

rupture du contrat de concession du 29 avril 1933 et par un déni de justice qui, selon le gouvernement du Royaume-Uni, résulterait du refus du gouvernement de l'Iran d'accepter l'arbitrage prévu par ce contrat et qu'on ne saurait admettre *a priori* qu'une demande fondée sur un tel grief échappe complètement à la juridiction internationale.

Considérant que la constatation précédente est suffisante pour autoriser en droit la Cour à examiner la demande en indication de mesures conservatoires ¹¹⁶.

Très clairement, la Cour recherche d'abord si son incompétence ne saute pas aux yeux ; autrement dit, la majorité du tribunal admet le principe que l'article 41 l'autorise à indiquer des mesures conservatoires si, *prima facie*, son incompétence n'est pas manifeste. Que la possibilité de sa compétence soit très faible, peu lui importe, du moment qu'une possibilité existe. Cette approche du problème sera vivement contestée par la dissidence des juges Winiarski et Pasha, comme nous le verrons un peu plus loin.

Une autorité aussi reconnue que Sir Hersch Lauterpacht, commentant l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, conclut ce qui suit :

The rule which underlies — or which can be deduced from — the Order in this case is that in cases in which its jurisdiction is challenged or doubtful the Court will, without committing itself in any way, make an Order provided that there is an instrument, such as the Optional clause adhered to by both Parties, which *prima facie* confers jurisdiction upon it and provided that there are no reservations attached to that instrument which clearly exclude the jurisdiction of the Court ¹¹⁷.

Si cette interprétation est correcte, on se rend compte aussitôt que la simple possibilité formelle de la compétence éventuelle de la Cour ne constitue pas un critère suffisant permettant à la Cour d'émettre une ordonnance en vertu de l'article 41 :

To do so would be to open the door to abuse by enabling States with no more than a flimsy claim to the jurisdiction of the Court to obtain an interim Order limiting severely and for a relatively prolonged period the freedom of action of the State confirmed ¹¹⁸.

Ces remarques ne sont pas dénuées de tout intérêt ; car on peut se demander, comme certains auteurs le prétendent ¹¹⁹, si la compétence de la Cour, en cette matière, ne serait pas inhérente à sa simple saisine. Il est en effet possible de soutenir que le critère véritable, adopté par la

116. Cf. *supra*, note 7, à la p. 93.

117. Voir *supra*, note 30, à la p. 255.

118. *Ibid.*, à la p. 111.

119. DUBISSON, *op. cit.*, *supra*, note 83, à la p. 225, Favoreu, « Les ordonnances des 17 et 18 août 1972 dans l'affaire de la compétence en matière de Pêcheries (Royaume-Uni C/Islande. Allemagne fédérale C/Islande) ». [1972] *A.F.D.I.*, pp. 290-327, à la p. 297.

Cour en 1951, équivaut au critère d'une saisine valable ¹²⁰, la saisine étant considérée comme valable « lorsque existent un acte introductif d'instance et un titre de compétence admissible *prima facie* » ¹²¹. Si tel est le cas, la reconnaissance de ce critère par la Cour ouvre la porte au genre d'abus que dénonce précisément Lauterpacht. Or dans l'affaire de l'*Interhandel*, la majorité de la Cour n'accepte pas l'interprétation étroite donnée à son ordonnance du 5 juillet 1951 par Lauterpacht ; ce dernier, alors membre de la Cour, ne peut donc que signaler son désaccord sur ce point.

Face à la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Confédération suisse, le gouvernement des États-Unis soulève une exception fondée sur la réserve b) de sa déclaration du 14 août 1946, acceptant la juridiction obligatoire de la Cour, conformément à l'article 36, paragraphe 2, du *Statut*. La réserve b) précise que la déclaration ne s'appliquera pas « [...] aux différends relatifs à des questions relevant essentiellement de la compétence nationale des États-Unis d'Amérique, telle qu'elle est fixée par les États-Unis d'Amérique ». Invoquant l'exception préliminaire fondée sur cette réserve, les États-Unis affirment donc que cette exception enlève toute base à l'exercice par la Cour de sa compétence *prima facie* sur le fond du différend et que la Cour, par conséquent, n'a pas le pouvoir d'exercer sa compétence aux termes de l'article 41 du *Statut*.

Bien que la majorité juge qu'il n'y a pas lieu d'indiquer des mesures conservatoires, vu les circonstances de l'espèce, elle n'estime pas moins qu'elle possède la compétence nécessaire à cet effet : elle considère en effet que l'examen du moyen soulevé par le gouvernement américain exige l'emploi d'une procédure différente de celle qui est déterminée par l'article 61 du *Règlement* intérieur de la Cour ¹²² et que si ce moyen est maintenu, celui-ci devra être examiné le moment venu, conformément à la procédure fixée par l'article 62, relatif aux exceptions préliminaires.

Il est significatif, en cette espèce, que 5 juges ¹²³ se sentent obligés de joindre à l'ordonnance l'exposé de leur opinion individuelle, exprimant leur accord avec le dispositif de la Cour de ne pas indiquer

120. Voir sur ce point : SHIHATA, *The Power of the International Court to determine its own jurisdiction*, NIJHOFF, The Hague 1965, à la p. 170.

121. FAVOREU, *loc. cit.*, *supra*, note 120, à la p. 297.

122. L'article 61 *ante* traite des mesures conservatoires tandis que l'article 62 *ante* traite des exceptions préliminaires.

123. Ce sont les juges Koo, Lauterpacht et Klaestad auxquels se joignent les juges Hackworth et Read. Par ailleurs, on prend bonne note du fait que les deux juges dissidents dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, les juges Badawiet Winiarski, participent au jugement majoritaire.

de mesures conservatoires en l'espèce mais regrettant de ne pouvoir partager les motifs de cette décision. Le juge Lauterpacht est particulièrement explicite lorsqu'il affirme :

Le principe exact qui se dégage de ces considérations apparemment contradictoires et qui a été adopté uniformément par la pratique arbitrale et judiciaire internationale est le suivant : la Cour peut légitimement agir en application de l'article 41, pourvu qu'il existe un instrument, tel qu'une déclaration d'acceptation de la disposition facultative, émanant des Parties au différend, conférant à la Cour compétence *prima facie* et ne contenant aucune réserve excluant manifestement cette compétence. Ces conditions n'existent pas dans l'affaire actuellement soumise à la Cour ¹²⁴.

On peut se demander, avec le juge Klaestad ¹²⁵, si la Cour n'avait pas plutôt à examiner sommairement et de manière provisoire s'il apparaissait, *prima facie*, qu'elle n'avait pas compétence pour agir en vertu de l'article 41 de son *Statut*. Le recours à la distinction procédurale des articles 61 et 62 de son *Règlement* dispensait-elle réellement la Cour « de décider, dans la phase des mesures conservatoires, si la réserve américaine, ainsi que le soutenait Sir Hersch Lauterpacht, ne lui enlevait pas, *prima facie*, toute compétence, quitte à revenir sur ce point d'une manière approfondie dans la procédure consacrée aux exceptions » ? ¹²⁶

Cet arrêt indique, selon nous, que la Cour semble disposée à mettre en œuvre, du point de vue de sa compétence, les pouvoirs que lui confère l'article 41 de son *Statut* du moment qu'elle est saisie valablement, ce qui n'est guère rassurant. Le test qui se dégage de l'affaire de l'*Interhandel* semble donc être le suivant : la Cour est compétente s'il existe une base formelle pouvant établir, *prima facie*, sa compétence ; il faut prendre bonne note, cependant, des sons discordants.

Dans l'affaire relative à la compétence en matière de pêcheries, les ordonnances du 17 août 1972 semblent davantage correspondre à l'opinion de Lauterpacht telle qu'exprimée dans l'affaire *Interhandel*. La Cour considère en effet :

Lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais [...] elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du *Statut* lorsque son incompétence au fond est manifeste ¹²⁷.

124. *Affaire de l'Interhandel*, *supra*, note 9, aux pp. 118-119.

125. *Ibid.*, à la p. 115.

126. C'est la question que pose Perrin et qu'il résoud d'ailleurs par l'affirmative ; Cf. *supra*, note 85, aux pp. 24-25.

127. Cf. *supra*, note 5, à la p. 15.

La Cour considère en l'espèce que l'échange de notes intervenu le 11 mars 1961 entre les gouvernements de l'Islande et du Royaume-Uni et qui prévoit notamment, *expressis verbis*, un recours possible, à la demande de l'une ou l'autre partie, devant la Cour internationale de justice, constitue « *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée »¹²⁸. La seule voix dissidente, celle du juge Nervo, reprend les remarques des juges Winiarski et Pasha estimant que la compétence de la Cour n'a pas été complètement examinée¹²⁹.

La formulation nouvelle utilisée par la Cour livre peu de lumière, malheureusement, sur la nature du critère permettant d'établir une ligne de démarcation entre les situations qui permettent l'application de l'article 41 et celles qui ne le permettent pas. Si le tribunal veut signifier par là qu'il ne se reconnaît pas le droit d'indiquer des mesures conservatoires lorsque son incompétence est manifeste, il n'ajoute strictement rien à sa jurisprudence antérieure; et si la Cour entend plutôt dire qu'elle ne peut en indiquer que lorsque sa compétence est possible, elle nous laisse également songeur sur le degré de possibilité requis¹³⁰. En ce sens, les ordonnances de 1972 reprennent le test de la possibilité formelle tel qu'appliqué dans les précédentes affaires¹³¹.

Dans l'*affaire des essais nucléaires*, la Cour reprend substantiellement la même formule qu'en 1972 :

[...] la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de façon concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire mais [...] elle ne doit cependant pas indiquer de telles mesures si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée¹³².

La Cour évalue, en effet, que les éléments soumis devant elle l'amènent à conclure, au stade actuel de la procédure, « que les dispositions invoquées par le demandeur se présentent comme constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée »¹³³. Cette assurance de la Cour est néanmoins gravement mise en doute par le contenu des voix dissidentes; la majorité de la Cour, en effet, ne s'est guère arrêtée à la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour, signée le 16 mai 1966 par

128. *Ibid.*, à la p. 16.

129. *Ibid.*, à la p. 21. Pour un commentaire de cette opinion, voir PERRIN, *loc. cit.*, *supra*, note 85.

130. Cf. GUYOMAR, *loc. cit.*, *supra*, note 13, aux pp. 770-771.

131. Voir GOLDSWORTHY, *loc. cit.*, *supra*, note 84, à la p. 265.

132. Voir *supra*, note 4, à la p. 101.

133. *Ibid.*, à la p. 102.

la France, et qui exclut de la juridiction obligatoire de la Cour les différends concernant des activités se rapportant à la défense nationale¹³⁴. La Cour ne semble-t-elle pas préférer, en effet, s'en tenir à un critère formel de compétence — soit l'*Acte Général* de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux dont elle ne discute pas, au préalable, le problème de sa survie, ainsi que la déclaration française d'acceptation de la juridiction obligatoire, dont elle n'analyse pas la portée de la réserve quant à la défense nationale? En réalité, il faudrait répondre par l'affirmative, n'eût été l'éclairage nouveau apporté à ce problème par deux juges de la majorité.

Particulièrement intéressantes et révélatrices de l'attitude de la Cour nous paraissent être les opinions individuelles des juges Jimenez De Arechaga et Nagendra Singh, au sujet du rapport entre la compétence de la Cour et l'indication de mesures conservatoires. La question juridictionnelle, selon le premier, est l'une des circonstances « — et peut-être la plus importante — qu'un membre de la Cour doit prendre en considération lorsqu'il se prononce pour ou contre l'indication de mesures conservatoires »¹³⁵; et le juge Arechaga de poursuivre:

D'un point de vue subjectif, cette appréciation ou estimation ne peut être considérée à proprement parler comme un simple examen préliminaire ou même sommaire de la question juridictionnelle: au contraire, il faut être parvenu à la conviction que cette question fondamentale de la compétence de la Cour a reçu toute l'attention qu'il est possible de lui accorder dans les limites de temps et avec les moyens d'information disponibles¹³⁶.

Tout en souscrivant pleinement aux motifs de la décision, le juge Singh n'approuve pas moins l'opinion individuelle de Sir Lauterpacht dans l'affaire de l'*Interhandel*. Et pour qu'il ne subsiste pas d'ambiguïté possible dans les esprits, il précise:

Il convient par suite de préciser que même à ce stade préliminaire où elle vérifie sa compétence *prima facie*, la Cour doit examiner les réserves et déclarations affectant le traité qu'une partie invoque comme fondement de la juridiction de la Cour, ainsi que la validité de ce traité si elle est contestée en ce qui concerne les parties au différend¹³⁷.

Dans la mesure où les juges Arechaga et Singh traduisent fidèlement la pensée de la majorité, il devient logique de conclure alors que le critère de la compétence revient à poser le test d'une possibilité

134. Dans sa lettre du 15 mai 1973 remise au Greffier de la Cour, le gouvernement français invoque d'ailleurs cette réserve.

135. *Ibid.*, à la p. 107.

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*, à la p. 109.

réelle de compétence¹³⁸. Mais encore là, l'arrêt d'incompétence que la Cour rendra en décembre 1974 démontre bien les limites de ce test !

Il y a lieu de rapprocher ici le critère de la possibilité réelle de celui de la probabilité raisonnable, la nuance entre ces deux critères étant trop faible pour justifier une distinction subtile qui, en dernière analyse, se révélerait probablement non opérationnelle¹³⁹. Toute la question est de savoir, en effet, si la Cour doit, ou non, se livrer à un examen sérieux de sa compétence, au stade de l'instance sur les mesures conservatoires.

— Le critère écarté : celui de la possibilité réelle ou de la probabilité raisonnable de compétence

Tout en admettant qu'on ne saurait demander qu'en cas de contestation la Cour trancha définitivement la question de sa compétence avant d'indiquer des mesures conservatoires, les juges dissidents Winiarski et Pasha, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil*, se désolidarisent cependant de la procédure suivie par la majorité ; pour eux, en effet, « la Cour doit apprécier sa compétence comme raisonnablement probable ». Et ils ajoutent :

Il nous est difficile d'admettre le point de vue d'après lequel, si *prima facie* l'incompétence totale n'est pas évidente, donc s'il existe une possibilité si faible soit-elle, de compétence pour la Cour, elle peut indiquer des mesures conservatoires. Cette méthode qui comporte, elle aussi, un élément d'appréciation et qui ne réserve pas dans une plus grande mesure la liberté de la Cour de statuer définitivement sur sa compétence paraît cependant partir de la présomption en faveur de la compétence de la Cour, ce qui ne s'accorde pas avec les principes du droit international. Pour être en accord avec le droit international, il faut renverser les positions : s'il existe de fortes raisons en faveur de la compétence contestée, la Cour peut indiquer des mesures conservatoires, s'il existe des doutes sérieux ou de fortes raisons contre cette compétence, elle ne peut les accorder¹⁴⁰.

La différence entre ce dernier point de vue et celui de la majorité repose essentiellement sur la qualité de l'examen que la Cour doit

138. Pour sa part, le juge *ad hoc* Barwick parlera des discussions très approfondies auxquelles la Cour a procédé et conclura, *prima facie*, à une base possible de compétence (à la p. 110).

139. Goldsworthy semble établir cette distinction lorsqu'il se prononce contre l'adoption du test de la probabilité tout en soulignant l'importance entre « *a formal possibility* » et « *a real possibility* » ; cf. *supra*, note 84, à la p. 265. LAUTERPACHT, *loc. cit.*, *supra*, note 30, à la p. 255, lorsqu'il donnera son interprétation du principe émis en 1951 par la Cour, mettra en garde le lecteur contre une telle tentative de rapprochement entre les deux tests de la possibilité réelle et de la probabilité raisonnable ; ce qui peut nous laisser croire, *prima facie*, qu'une telle distinction n'est pas aussi évidente qu'on pourrait l'imaginer.

140. *Supra*, note 7, à la p. 97.

réaliser au chapitre de sa compétence. La majorité de la Cour, en l'espèce, adopte un point de vue négatif, fondé sur l'idée que l'incompétence de la Cour, *prima facie*, n'est pas manifeste ; tel serait le cas, par exemple, où l'État requérant demanderait une ordonnance contre un État qui n'aurait jamais accepté antérieurement la compétence de la Cour ; la minorité, par contre, cherche à établir un critère plus positif : la Cour doit apprécier sa compétence comme « raisonnablement probable », ce qui exige, bien entendu, un examen plus approfondi du problème de sa compétence.

Cette approche sera également celle du juge Petren, dissident, dans l'*affaire des essais nucléaires*. La Cour, écrit-il, en rappelant le test adopté par la majorité :

Ne doit pas indiquer de mesures conservatoires si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée. Je peux me rallier à cette formule, qui, à mes yeux, signifie qu'il ne suffit pas, pour l'applicabilité de l'article 41 du *Statut*, qu'un simple commencement de preuve envisagé isolément, indique la possibilité de la compétence de la Cour, mais qu'il faut une probabilité résultant d'un examen de l'ensemble des éléments dont dispose la Cour ¹⁴¹.

Il est possible, comme le note Perrin, qu'une décision basée sur une probabilité raisonnable ou sur des doutes sérieux « aurait une telle autorité qu'elle risquerait fort de peser sur la décision définitive » ¹⁴² ; la Cour pourrait être amenée, ainsi, à préjuger sa compétence. Il peut être encore juste de souligner, comme l'a fait Lauterpacht, qu'une décision « *based on the assumption that its jurisdiction on the merits is probable presupposes a measure of investigation [...] which the Court cannot properly undertake at this stage* » ¹⁴³. On peut finalement estimer que le test de la probabilité « *does not squarely face the reasonable argument that as long as there exists a possibility of jurisdiction the Court should be entitled to protect the rights at issue in the case* » ¹⁴⁴. Tels sont, généralement, les objections le plus souvent mises de l'avant pour contester la pertinence du test de la probabilité raisonnable.

Ces objections, à notre avis, ne manquent pas de poids ; elles sont mêmes difficilement contestables. Mais envisagé sous un autre plan, on peut estimer, avec Greig ¹⁴⁵, que le critère de la possibilité formelle

141. *Supra*, note 4, à la p. 125.

142. *Loc. cit.*, *supra*, note 85, à la p. 27.

143. *Op. cit.*, *supra*, note 30, à la p. 255, note 42.

144. GOLDSWORTHY, *loc. cit.*, *supra*, note 84, aux pp. 263-264.

145. GREIG, *International Law*, Butterworths (London 1970), à la p. 515.

est peut-être trop dangereux pour l'image et les meilleurs intérêts de la Cour. Et nous sommes d'accord avec Rosenne lorsqu'il affirme: « Having regard to the exceptional power which this jurisdiction involves it may be arguable that it ought to be more closely integrated with the principal jurisdiction to deal with the case on the merits than it now is »¹⁴⁶. Dans la mesure où l'on admet que l'efficacité d'une ordonnance de la Cour est liée au consentement des parties à la juridiction de la Cour, on peut croire, en effet, que le test de la probabilité serait plus adéquat; et pour peu que l'on soit soucieux de l'exécution de l'ordonnance, on ne peut que favoriser l'adoption de ce test par la Cour.

C'est dans l'*affaire des essais nucléaires* finalement, qu'un membre de la Cour internationale de justice réclamera, pour la première fois à notre connaissance, l'application du critère de la compétence concluante. Le juge Forster, dissident, dénonce, en effet, dans des termes vigoureux, la jurisprudence antérieure de la Cour et affirme que le problème de la compétence de la Cour en matière de mesures provisoires est lié à celui de sa compétence au fond; il s'exprime de la façon suivante:

Pour exercer ce pouvoir conféré par l'article 41 précité, la Cour doit être compétente. Même lorsqu'elle estime que les circonstances l'exigent, la Cour doit, avant toute indication de mesures conservatoires, s'assurer de sa compétence [...].

À mon avis, la Cour ne dispose pas de deux sortes de compétences distinctes l'une de l'autre: la première qui s'exercerait à propos des mesures conservatoires et la seconde qui connaîtrait au fond même du procès¹⁴⁷.

Cette opinion, à notre avis, constitue l'aboutissement logique d'une guerre d'escalade, entreprise en 1951 et conduite par des juges minoritaires, ayant comme objectif ultime de ramener la Cour à un rôle plus modeste dans l'interprétation de ses pouvoirs au titre de l'article 41 de son *Statut*; elle a le mérite, également, de poser les termes du débat dans sa véritable dimension. Vu la jurisprudence de la Cour, toutefois, une telle opinion risque fort de demeurer isolée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Des trois ordonnances que la Cour a indiquées depuis sa création, aucune ne fut exécutée. Or si nous nous interrogeons sur les causes de

146. *Op. cit.*, *supra*, note 77, à la p. 428. Dans le même sens, voir SHIHATA, *op. cit.*, *supra*, note 121, à la p. 180.

147. Opinion dissidente du juge Forster, *supra*, note 4, à la p. 111.

cette fuite en avant de la part des États concernés, nous pouvons distinguer trois raisons principales.

Tout d'abord, il n'est pas certain que l'ordonnance prise en vertu de l'article 41 soit obligatoire. Une telle conclusion se dégage rapidement de l'analyse des travaux du Comité de juristes qui, en 1920, élaborait pour le compte de la S.D.N. le projet de la Cour permanente de justice internationale; elle se dégage également de l'ensemble des discussions entourant la modification du *Règlement intérieur* de la Cour, en 1931. Par contre, une argumentation fondée sur les principes généraux du droit peut nous conduire à reconnaître pleine force obligatoire aux mesures conservatoires, car nier ce caractère implique que l'on est prêt à accepter que l'arrêt final soit dépourvu de toute utilité. Comme chacune de ces deux approches possède, en elle-même, une valeur propre¹⁴⁸, il est bien difficile de trancher positivement dans un sens ou dans l'autre. À tout le moins, on constate qu'il existe un doute sérieux sur la nature de l'ordonnance et ce doute suffit largement pour tenter un État de le faire jouer à son avantage lorsqu'il a l'intention de ne pas obtempérer à un ordre de la Cour.

Deuxièmement, il n'est pas certain que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires soit exécutoire aux termes de l'article 94 de la *Charte*. Le Conseil de sécurité paraît plutôt jouir d'un pouvoir discrétionnaire, à ce titre, lorsqu'il s'agit de la non-exécution d'un jugement au sens des articles 59 et 60 du *Statut* de la Cour. De plus, à supposer même que l'ordonnance soit exécutoire, l'exercice éventuel du droit de veto sur la question rend ce recours assez fragile. Par ailleurs, en admettant que le Conseil obtienne l'unanimité des membres permanents sur la question, il peut toujours opter pour une recommandation qui, par définition, ne lie pas les États en cause. À tout le moins, le fait d'attirer l'attention du Conseil de sécurité sur la question peut vraisemblablement constituer un avantage politique aux yeux de l'opinion publique internationale¹⁴⁹.

Troisièmement, on peut se demander « s'il est normal qu'une juridiction internationale puisse indiquer des mesures conservatoires, qui peuvent être très lourdes de conséquences, sans avoir donné

148. Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit* (Neuchâtel 1953) pp. 137-138, où l'auteur démontre que l'interprétation d'une norme ne conduit pas nécessairement à une solution unique qui serait la seule juste.

149. Voir, en exemple, la lettre, en date du 28 mai 1973, adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant du Royaume-Uni, Doc. S/10936. Cette lettre, dont l'objet manifeste est de faire connaître les actes de violence causés par l'Islande, se termine comme suit: « Je vous saurais gré de bien vouloir faire distribuer le texte de la présente lettre comme document du Conseil de sécurité. »

suffisamment de crédibilité à sa propre compétence »¹⁵⁰. Faute, possiblement, d'un caractère obligatoire et d'une force exécutoire, nous sommes d'avis que la seule façon de faire respecter l'ordonnance de la Cour est de fonder cette ordonnance, du point de vue de la compétence de la Cour, sur un test plus sérieux que celui de la simple possibilité formelle de compétence ; car tant que l'incompétence de la Cour demeure possible, on ouvre ainsi la porte à l'État qui veut s'y soustraire. De même qu'on ne saurait admettre qu'il suffit à un État de soulever une exception d'incompétence, *in limine litis*, pour empêcher la Cour d'indiquer des mesures conservatoires¹⁵¹, de même on ne saurait admettre que la Cour puisse indiquer de telles mesures sur la base d'un examen formel de sa compétence. À cet égard nous retenons les remarques du juge Gros, dissident, dans l'*affaire des essais nucléaires* : « Il n'y a pas de présomption de compétence de la Cour en faveur du demandeur, ni de présomption d'incompétence en faveur du défendeur ; il y a un droit de chacun à un examen utile et sérieux de sa thèse »¹⁵². En ce sens, nous estimons que le test de la probabilité raisonnable favorise mieux cette recherche de l'équilibre qui doit se réaliser entre la notion de compétence et celle de l'urgence ; les risques de la méthode¹⁵³ sont encore bien moindres que ceux qui existent actuellement, où l'on interdit un jour ce que, demain, on ne se reconnaît plus la compétence d'interdire !

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

I - Ouvrages

DUBISSON, Michel, *La Cour internationale de Justice*, L.G.D.J., Paris, 1964.

DUMBAULD, Edward, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Nijhoff, La Haye, 1932.

GOODRICH, HAMBRO et SIMONS, *Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, 3^e éd., Columbia University Press, New York & Londres, 1969.

GREIG, *International Law*, Butterworths, Londres, 1970.

GUGGENHEIM, M., *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Sirey, Paris, 1931.

150. Philippe MANIN, in : *Le Monde*, 26 juin 1973, p. 3 ; soulignons que cet auteur est professeur de droit international public à l'Université de Paris-Sud.

151. *L'affaire relative à la compétence en matière de pêcheries*, *supra*, note 5, illustre bien le danger à éviter ; car la Cour, après avoir indiqué des mesures conservatoires, se déclarera, par la suite, compétente à connaître du fond. Il serait trop facile, en effet, de bloquer tout le mécanisme des mesures conservatoires si la Cour devait s'abstenir d'en indiquer du seul fait qu'un État soulève une exception d'incompétence.

152. *Supra*, note 4, à la p. 120.

153. Cf. *supra*, notes 143, 144 et 145.

- HUDSON, *Permanent Court of International Justice*, 2^e éd., 1943, World Peace Foundation.
- HUDSON, *La Cour permanente de justice internationale*, Pedone, Paris, 1936.
- KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, New York, 1950, Frederick A. Praeger, Mc. Publisher.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens and Sons Limited, Londres, 1958.
- NANTWI, E. K., *The enforcement of International Judicial decisions and arbitral awards in public international law*, Sijthoff, Leyden, 1961.
- ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, SIJTHOFF, Leyde, 1965.
- ROSENNE, Shabtai, *The International Court of Justice*, Sijthoff, Leyde, 1961.
- SHIHATA, Ibrahim, *The Power of the International Court to determine its own jurisdiction*, Nijhoff, La Haye, 1965.

II - Articles

- COCATRE, « Les mesures conservatoires en droit international », (1955) 11 *Revue égyptienne de Droit international*, pp. 73-114.
- DUMBAULT, Edward, « Relief pendente lite in the Permanent Court of International Justice », vol. 39 (1945) *AJIL*, pp. 391-406.
- ELKIND, Jerome B., « French nuclear testing and article 41 — Another blow to the authority of the Court », (1974) 1 *Vand. J. Transnat'l L.*, pp. 39-84.
- FAVOREU, Louis, « Les ordonnances des 17 et 18 août 1972 dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries: (Royaume-Uni v. Islande. Allemagne fédérale v. Islande) », [1972] *A.F.D.I.*, pp. 290-327.
- FRANKEL, Kathie, « International Court of Justice has preliminary jurisdiction to indicate interim measures of protection: The nuclear tests cases », vol. 7, n° 1, *New York University Journal of International Law and Politics*, pp. 163-176.
- FITZMAURICE, Sir Gerald, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1950-4: questions of jurisdiction, competence and procedure », 34 *B.Y.B.I.L.*, pp. 1-161.
- GOLDSWORTHY, Peter, « Interim measures of protection in the International Court of Justice », vol. 68, n° 2, *A.J.I.L.*, pp. 258-277.
- GRAWITZ, Madeleine, « L'ordonnance de la Cour internationale de justice dans l'Affaire Interhandel », [1957] *A.F.D.I.*, pp. 164-172.
- GUGGENHEIM, M., « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire », (1932) 40 *R.C.A.D.I.*, T. II, pp. 649-761.
- GUYOMAR, Geneviève, « La révision du règlement de la Cour internationale de justice », [1973] *R.G.D.I.P.*, p. 751.
- HAMBRO, « The binding character of the provisional measures of protection indicated by the International Court of Justice » in: Schätzle et Scholchauer (éd.), *Rechtsfragen der internationalen organisation: Festschrift für Hans Wehberg* (1956), pp. 152-167.
- HAMBRO, « The Jurisdiction of the International Court of Justice », t. I (1950) *R.C.A.D.I.*, pp. 125-213.
- HAMMARSKJOLD, « Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif », in: *Jurisdiction internationale*, Sijthoff, Leyde, 1938, pp. 299-328.
- MALONEY, « Injunction without sanctions: the Iranian Fiasco », (1952) 27 *Ind. L.J.*, p. 333.
- MANI, « Interim measures of Protection: Article 41 of the I.C.J. Statute and Article 94 of the U.N. Charter », (1970) 10 *Ind. J. Int'l L.*, p. 359.
- MANIN, « Les ordonnances de la Cour de LaHaye reflètent une conception très large des mesures conservatoires », *Le Monde*, 26 juin 1973, p. 3.
- PERRIN, Georges, « L'affaire de l'Interhandel, les mesures conservatoires et la réserve de la compétence nationale », [1958] *Annuaire suisse de droit international*, p. 66.

- PERRIN, Georges, « Les mesures conservatoires dans les affaires relatives à la compétence en matière de pêcheries », n° 1 (1973) *R.G.D.I.P.*, pp. 16-34.
- PERRY, « International Court of Justice — Procedure — Temporary relief in the form of interim measures granted on *prima facie* evidence of jurisdiction and jurisdiction on the merits found on basis of prior agreement to compulsory I.C.J. jurisdiction », vol. 7, n° 2, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 512-520.
- REISMAN, W. M., « The enforcement of international judgments », [1969] *AJIL*, pp. 1-27.
- RIS, W. K., « French Nuclear Testing : a crisis for international law », vol. 4, n° 1 (1974) *Denver Journal of international law and policy*, pp. 111-132.
- ROLIN, Henri, « Force obligatoire des ordonnances de la Cour permanente de justice internationale en matière de mesures conservatoires » in : *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, Sirey, Paris, 1935, vol. II, pp. 280-298.
- ROSENNE, « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la Cour internationale de justice », [1953] *R.G.D.I.P.*, p. 532.
- SCHACHTER, O., « The enforcement of international judicial and arbitral decisions », [1960] *AJIL*, pp. 1-24.
- TINCEL, E., *L'exécution des décisions de la C.I.J. selon la Charte des Nations Unies*, thèse, Neuchâtel, 1960.
- VULCAN, « L'exécution des décisions de la C.I.J. d'après la Charte des Nations Unies », [1947] *R.G.D.I.P.*, pp. 186-205.

III - Documents divers

- COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, *Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité — 16 juin, 24 juillet 1920*, LaHaye, 1920.
- COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, *Série D, Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour*, deuxième addendum au n° 2 — *Modifications apportées au Règlement en 1931*, Sijthoff, Leyde, 1931.