

OPINION INDIVIDUELLE DE M. AJIBOLA

[Traduction]

1. INTRODUCTION

J'ai voté pour la décision par laquelle la Cour a réaffirmé les mesures conservatoires indiquées au paragraphe 52 de son ordonnance du 8 avril 1993, mais, eu égard à la nature de la demande, qui me paraît unique, et à l'importance de son objet pour la paix mondiale et le développement de la jurisprudence de la Cour, spécialement du point de vue des questions de procédure que soulèvent toutes les demandes en indication de mesures conservatoires, j'aimerais consacrer quelques observations et développements à certains aspects de la demande.

2. LES DEMANDES

Le 27 juillet 1993, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a déposé devant la Cour une demande — la seconde — en indication de mesures conservatoires dont la raison était indiquée dans sa lettre de couverture.

M. Rodoljub Etinski, agent de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), a lui aussi déposé au Greffe une demande en indication de mesures conservatoires en date du 9 août 1993.

Il n'est pas hors de propos, dans cette affaire, de nous rappeler que, dans le préambule de la Charte, les Nations Unies se sont déclarées *résolues*:

« à préserver *les générations futures* du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances,

à proclamer à nouveau [leur] foi dans les *droits fondamentaux de l'homme*, dans la *dignité et la valeur de la personne humaine*, dans l'égalité de droits *des hommes et des femmes*, ainsi que *des nations, grandes et petites*,

à créer les conditions nécessaires au maintien de la *justice* et du respect des *obligations nées des traités* et autres sources du *droit international...* » (les italiques sont de moi).

Ces déclarations louables par lesquelles les Nations Unies ont exprimé leur détermination d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité dans le monde ne peuvent pas être considérées comme un simple verbiage qui n'irait pas de pair avec une ferme volonté de leur donner effet par l'entremise des organes principaux de l'Organisation comme le Conseil de sécu-

rité, l'Assemblée générale et évidemment, en l'espèce, la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation, ainsi saisie de la question. La première guerre mondiale a débouché sur la création de la Société des Nations, qui avait comme organe judiciaire la Cour permanente de Justice internationale, et l'une et l'autre ont cessé d'exister à la fin de la seconde guerre mondiale.

Les Etats qui se sont réunis à San Francisco pour faire œuvre de pionniers et rédiger la Charte des Nations Unies ont déployé des efforts considérables pour faire en sorte que la paix, la sécurité, la justice et le règlement pacifique des différends soient assurés et soient pleinement garantis par la Charte. Aussi ont-ils énoncé en termes dépourvus d'ambiguïté certains de leurs buts et certaines de leurs aspirations en vue d'assurer la primauté du droit international et la paix, la sécurité et la justice entre toutes les nations.

Comme il est dit dans la deuxième partie du préambule de la Charte, les Membres se sont engagés :

« à pratiquer la *tolérance*, à *vivre en paix l'un avec l'autre* dans un esprit de bon voisinage,

à unir [leurs] forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales,

à accepter des principes et instituer des méthodes garantissant qu'il ne sera *pas fait usage de la force des armes*, sauf dans l'intérêt commun... » (les italiques sont de moi).

C'est peut-être pour répondre à ceux qui diraient que le préambule de la Charte n'est pas justiciable et pour éviter ce problème que nombre des déclarations, manifestations de volonté, buts et objectifs des Etats Membres ont été résumés comme suit dans le premier paragraphe du tout premier article de la Charte :

« 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix. »

Si j'ai cité certaines de ces dispositions de la Charte des Nations Unies, ce n'est pas sans raison : c'est notamment pour mettre en relief, aux fins de mon argumentation, les désirs ardents et les aspirations à la paix grâce au droit international et au règlement pacifique des différends internationaux qu'éprouvent à cette époque cruciale toutes les nations du monde. C'est pour toutes ces raisons que j'approuve, en m'en félicitant, la décision qu'a prise la Cour sur la base des dispositions de la convention sur le génocide. Pour toutes les raisons susmentionnées, j'aborderai maintenant

certains aspects pertinents des demandes en indication de mesures conservatoires de la Bosnie-Herzégovine ainsi que de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).

3. L'UNICITÉ DES DEMANDES

Il suffit de jeter un regard sur l'histoire récente de la Cour pour constater qu'il y a eu une seule affaire dans laquelle la Cour a été appelée à statuer sur une seconde demande en indication de mesures conservatoires: l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, dans laquelle une telle demande a été déposée au Greffe de la Cour le 25 juin 1984. Dans sa seconde demande, présentée en application du paragraphe 41 C de l'ordonnance rendue par la Cour le 10 mai 1984, le Nicaragua a déclaré que cette demande était occasionnée par le fait que, selon lui, les Etats-Unis ne s'étaient pas conformés à l'ordonnance susmentionnée de la Cour et que celle-ci devrait rendre une seconde ordonnance pour assurer la mise en œuvre de la première. Comme en l'espèce, le Nicaragua a joint en annexe à sa demande de nouveaux éléments devant établir que l'ordonnance de la Cour avait été enfreinte. La Cour n'a pas statué sur cette seconde demande, considérant, comme indiqué dans la lettre du Président de la Cour en date du 16 juillet 1984, que le Nicaragua devait attendre l'issue de la procédure concernant la compétence de la Cour qui se poursuivait alors devant celle-ci. Cet épisode a été mentionné au paragraphe 287 de l'arrêt rendu par la Cour en 1986. Au paragraphe 288 du même arrêt, toutefois, la Cour a *souligné à nouveau*, à la lumière de ses conclusions quant au fond, ce qu'elle avait indiqué dans l'ordonnance qu'elle avait rendue le 10 mai 1984.

L'autre affaire qui a une certaine ressemblance avec celle mentionnée ci-dessus a été portée devant le Conseil de sécurité. Il s'agit de l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle l'Iran avait ignoré l'ordonnance rendue par la Cour en juillet 1951. Le Conseil de sécurité, dans cette affaire, a décidé que le Royaume-Uni devait attendre l'issue de la procédure au sujet de la compétence de la Cour qui se déroulait alors devant celle-ci. Alors même que, dans la présente affaire, le défendeur s'est réservé le droit de soulever une exception préliminaire en ce qui concerne la compétence de la Cour, il ne l'a pas encore fait et la Cour n'est actuellement saisie d'aucune action concernant sa compétence, ce qui l'aurait peut-être empêchée d'accepter de statuer sur cette nouvelle demande de la Bosnie-Herzégovine. Au contraire, la Yougoslavie, défendeur, a elle aussi déposé sa propre demande en indication de mesures conservatoires. Le Conseil de sécurité est déjà fermement saisi de ce différend et celui-ci a déjà fait l'objet de multiples résolutions, peut-être en plus grand nombre que toute autre affaire dont le Conseil de sécurité ait jamais eu à connaître. Dans sa résolution 819 (1993) du 16 avril 1993, le Conseil de sécurité a pris note de l'ordonnance rendue par la Cour le 8 avril 1993 et a réaffirmé

sa condamnation de toutes les « violations » du droit humanitaire international et du « nettoyage ethnique » en particulier. Il est clair pour moi qu'aussi bien la Cour que le Conseil de sécurité ont adopté des mesures pour qu'il soit mis fin aux actes de génocide qui se poursuivent en Bosnie.

4. LA PREMIÈRE ORDONNANCE DE LA COUR A-T-ELLE ÉTÉ RESPECTÉE ?

Le 26 août 1993, à l'audience tenue par la Cour au sujet des demandes en indication de mesures conservatoires dans la présente affaire, j'ai posé aux deux Parties une question dont le texte était le suivant :

« La Cour, statuant sur la première demande en indication de mesures conservatoires qui lui a été présentée par le demandeur dans cette affaire, a rendu le 8 avril 1993 l'ordonnance suivante :

« LA COUR,

Indique à titre provisoire, en attendant son arrêt définitif dans l'instance introduite le 20 mars 1993 par la République de Bosnie-Herzégovine contre la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), les mesures conservatoires suivantes :

A. 1) A l'unanimité,

Le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) doit immédiatement, conformément à l'engagement qu'il a assumé aux termes de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide ;

2) Par treize voix contre une,

Le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) doit en particulier veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité, ou son influence ne commettent le crime de génocide, ne s'entendent en vue de commettre ce crime, n'incitent directement et publiquement à le commettre ou ne s'en rendent complices, qu'un tel crime soit dirigé contre la population musulmane de Bosnie-Herzégovine, ou contre tout autre groupe national, ethnique, racial ou religieux ;

.....

B. A l'unanimité,

Le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine doivent ne prendre aucune mesure

et veiller à ce qu'il n'en soit prise aucune, qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend existant sur la prévention et la répression du crime de génocide, ou à en rendre la solution plus difficile.»

Quelles mesures chacune des Parties a-t-elle adoptées pour assurer la mise en œuvre de cette ordonnance?»

Les deux Parties ont répondu à cette question, mais je regrette de dire que leurs réponses ne m'ont guère convaincu que l'une ou l'autre d'entre elles se soit conformée aux mesures relatives à la commission d'actes de génocide que la Cour avait indiquées dans l'ordonnance citée ci-dessus.

Si, par conséquent, l'on peut dire que la première ordonnance n'a pas été observée, la Cour ne serait-elle pas fondée à s'abstenir d'édicter une seconde ordonnance jusqu'à ce que la première série de mesures ait été appliquée? Quelle que puisse être la controverse concernant l'effet juridique d'une ordonnance de la Cour, celle-ci n'a-t-elle pas le pouvoir de refuser de rendre une ou plusieurs autres ordonnances jusqu'à ce que la première ait été mise en œuvre? La Cour doit-elle rendre ses ordonnances en vain? Ne rentre-t-il pas dans les pouvoirs inhérents à la Cour de rendre une ordonnance ou de rejeter une demande sans pour autant devoir invoquer les dispositions de l'article 41 du Statut ainsi que les pouvoirs que lui confère la section D du Règlement de la Cour, et spécialement les articles 73, 74, 75 et 76 de son Règlement? La Cour ne peut-elle pas exercer son pouvoir discrétionnaire comme elle le juge bon au sujet de toutes les questions de cette nature? Tels sont certains des points sur lesquels je me suis interrogé depuis que les dernières demandes ont été déposées devant la Cour. Pour en revenir à ma première question, qui est de savoir si la Cour a le pouvoir de refuser de rendre une ou plusieurs autres ordonnances tant que la première n'a pas été respectée, je devrais, me semble-t-il, la nuancer en limitant ce pouvoir de la Cour seulement au même type de demandes en indication de mesures conservatoires *ratione materiae* et *ratione personae*. Je n'ai pas à l'esprit des demandes comme celles qui ont été présentées à la Cour dans l'affaire du Nicaragua, dans laquelle le demandeur avait prié la Cour de rendre une ordonnance tendant à ce que:

«Tant que les Etats-Unis n'auront pas mis fin et renoncé à toutes activités contraires à l'ordonnance du 10 mai 1984, ils n'auront pas accès à la Cour pour qu'elle se prononce en leur faveur dans toute autre affaire pendante ou future et ne seront pas autorisés à faire appel à l'assistance de la Cour à quelque fin que ce soit.» (*C.I.J. Mémoires, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, demande de la République du Nicaragua, en date du 25 juin 1984, concernant la mise en œuvre de l'ordonnance rendue par la Cour le 10 mai 1984.)

Il me semble, avec tout le respect voulu, que c'était là aller trop loin, et je partage l'avis exprimé par la Cour, tel qu'il a été reflété dans la lettre

susmentionnée du 16 juillet 1984, lorsqu'elle a répondu qu'elle « considère que cette demande assez inédite est difficile à envisager » (lettre du 6 juillet 1984 adressée à l'agent du Nicaragua par le Président de la Cour) et a donné des raisons auxquelles je souscris. Dans de nombreuses juridictions du droit interne, et spécialement dans les pays de *common law*, les actions avant dire droit relèvent exclusivement des pouvoirs discrétionnaires des tribunaux et, le plus souvent, lorsque ceux-ci sont appelés à exercer ce pouvoir discrétionnaire (qui fait partie de leurs pouvoirs inhérents), l'« équité » joue un très grand rôle, et le demandeur qui « sollicite l'équité doit lui-même être équitable », ce qui veut dire que le demandeur doit « avoir les mains propres ». Cela signifie que si le demandeur prie le tribunal d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires en équité au sujet d'une affaire, il doit commencer par convaincre le tribunal que l'ordonnance déjà rendue par celui-ci a été observée, faute de quoi le tribunal pourra refuser de prononcer toute autre ordonnance.

Fitzmaurice a dit douter que la juridiction de la Cour soit inhérente en soi, et a estimé que l'on pouvait débattre de toute la question de savoir si la compétence de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires doit être considérée comme faisant normalement ou automatiquement partie de ses pouvoirs inhérents en tant que juridiction internationale en l'absence de dispositions spécifiques comme l'article 41 du Statut de la Cour. Il a cependant conclu son exposé en exprimant une opinion ambivalente, rédigée dans les termes suivants :

« A cette occasion, j'ai exprimé l'avis que, dans la conjoncture internationale actuelle, les arguments avancés pour *nier* le caractère « inhérent » du pouvoir en question prévaudraient dans toute affaire destinée à faire jurisprudence. J'ai cependant dit aussi que, à mon avis, les arguments *en sens inverse* ont beaucoup plus de poids, et je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. » (Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, 1986, p. 774.)

En ce qui concerne toutefois les pouvoirs inhérents à la Cour en vertu de son Statut, Fitzmaurice a exprimé son avis dans ces termes :

« La compétence d'indiquer des mesures conservatoires, en ce qui concerne la Cour internationale, fait partie de la compétence incidente de la Cour, qui est caractérisée par le fait qu'elle ne dépend pas du consentement direct donné par les parties à son exercice, mais *est un élément inhérent* des pouvoirs permanents qu'a la Cour en vertu de son Statut. Son exercice est donc régi, non pas par le *consentement des parties* (sauf en un sens lointain), mais par les dispositions pertinentes du Statut et du Règlement de la Cour. » (*Ibid.*, p. 533; les italiques sont de moi.)

On pourra soutenir que cela n'en demeure pas moins un pouvoir inhérent découlant du Statut et du Règlement de la Cour. Il est peut-être important de relever que la juridiction de la Cour est alors incidente,

comme tous les autres pouvoirs incidents des autres tribunaux qui statuent au plan international. Par conséquent, dès lors que la Cour est saisie d'une affaire à l'égard de laquelle elle a *prima facie* compétence, tous ses pouvoirs incidents devraient naturellement découler de cette compétence, qu'elle soit dérivée de son Statut ou non, comme tout autre tribunal international, même si la plupart de ces pouvoirs, fonctions et compétences sont prévus dans le Statut et le Règlement de la Cour.

Cet éminent auteur est allé encore plus loin lorsqu'il a dit que :

« Comme il a été établi ci-dessus, le pouvoir qu'a la Cour d'indiquer des mesures conservatoires relève de la même catégorie que sa compétence de la compétence. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de l'exercice d'une compétence incidente, nécessaire, dans le cas de la compétence de la compétence, pour permettre à la Cour de fonctionner, et, dans le cas du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, pour empêcher que ses décisions soient privées d'effet... Il est néanmoins une règle établie du droit que ce pouvoir fait partie des pouvoirs inhérents à *tous* les tribunaux internationaux, sans égard à la question de savoir s'ils leur ont été expressément conférés ou non. » (Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 542.)

L'avis ainsi exprimé par sir Gerald Fitzmaurice a été confirmé de façon concluante dans l'affaire *Nottebohm*, où la Cour a revendiqué de façon claire et positive un tel pouvoir incident lorsqu'elle a fait observer que :

« Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international. Depuis l'affaire de l'*Alabama*, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci. » (C.I.J. *Recueil* 1953, p. 119.)

Deux thèses possibles peuvent donc se dégager du passage cité ci-dessus; comme la question de la compétence est une question incidente — comme l'est le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires — il s'ensuit qu'un tel pouvoir doit lui aussi faire partie des pouvoirs inhérents à la Cour. Encore une fois, comme, en droit international, les tribunaux arbitraux internationaux ont ce pouvoir, la Cour doit à fortiori l'avoir elle aussi. De plus, à en juger par la décision rendue par la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* à la suite d'une procédure marquée par un défaut de comparution, l'on peut conclure qu'en règle générale, en matière de procédure, la Cour peut faire tout ce qui n'est pas spécifiquement interdit par le Règlement (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. II, p. 590-591, par. 244). Il ne manque pas d'éléments permettant de considérer que :

« le fait pour un Etat de ne pas se conformer à une décision avant dire droit peut déboucher sur l'imposition automatique par la Cour elle-

même d'une sanction contre ledit Etat et ne peut être que désavantageux pour lui ... étant donné que la décision avant dire droit, en elle-même, n'affecte pas, quant au fond, les droits des parties » (Rosenne, *op. cit.*, vol. I, p. 124-125).

Le pouvoir discrétionnaire de la Cour, même s'il repose sur le Statut, découle de l'article 75 du Règlement de la Cour. Le paragraphe 1 de cet article stipule clairement que la Cour peut à tout moment décider d'office d'indiquer des mesures conservatoires si les circonstances de l'affaire l'exigent, et aussi que les parties ou l'une d'elles doivent prendre ou exécuter ces mesures. Le paragraphe 2 va plus loin et habilite la Cour à indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande si elle considère, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que les parties devraient prendre ou exécuter de telles mesures. Cet article donne à la Cour un pouvoir discrétionnaire plus large que celui que lui confère l'article 41 de son Statut. Il s'agit d'un article qui, dans une large mesure, permet à la Cour de fonctionner comme elle le doit et qui, à son tour, tire sa validité du paragraphe 1 de l'article 30 du Statut, qui dispose que : « La Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment sa procédure. »

Indépendamment donc des pouvoirs discrétionnaires et inhérents de la Cour, ces pouvoirs réglementaires sont nécessaires pour lui permettre de fonctionner en tant que juridiction et pour faire en sorte que les ordonnances qu'elle rend soient obéies. Je pense que la Cour a par conséquent, sur la base de son Statut et de façon inhérente, le pouvoir d'assurer l'application des directives ou des ordonnances avant dire droit, quelles qu'elles soient, qu'elle peut édicter dans toute affaire dont elle est saisie. Si ce pouvoir échappait à la Cour ou lui était refusé, il pourrait surgir une situation absurde, eu égard en particulier aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 74, la Cour risquant d'être constamment inondée de demandes en indication de mesures conservatoires par les mêmes parties alors que, en fait, une ordonnance antérieure n'a pas été mise en œuvre.

5. L'ORDONNANCE EST-ELLE OBLIGATOIRE ?

Il est difficile de répondre à cette question. On aurait pensé qu'une question apparemment aussi simple aurait pu recevoir une réponse positive étant donné que, dans le cas des arbitrages internationaux et des affaires portées pour règlement devant d'autres tribunaux, de telles ordonnances, comme les sentences, ont un caractère définitif et obligatoire. La controverse sur le point de savoir si une ordonnance de la Cour a force obligatoire découle du libellé de l'article 41 du Statut et de l'article 94 de la Charte. Sir Hersch Lauterpacht, regrettant cette situation, a suggéré un amendement pour y porter remède. Je voudrais citer ce qu'il a dit de l'effet utile du droit :

« Cette circonstance illustre dans une certaine mesure la difficulté et l'artifice qui caractérisent le sujet des mesures conservatoires, inconvenients qui tiennent au fait que selon le libellé et, peut-être, l'intention du Statut aucune force *juridiquement obligatoire* ne s'attache aux ordonnances édictées en vertu de l'article 41 du Statut. Cette dernière affirmation est controversée. Toutefois, ce fait même peut suggérer la nécessité de modifier le Statut en vue d'éliminer ce qui est soit une ambiguïté, soit, à supposer que les ordonnances édictées en vertu de cet article *soient dépourvues de force juridique*, une disposition qui n'est pas appropriée à un instrument juridique. » (Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court, 1958-1982*, p. 112-113; les italiques sont de moi.)

Que peut-on donc reprocher à l'article 41 du Statut qui fasse qu'une telle ordonnance ne serait pas obligatoire ? Ce vice, si tant est qu'il y en ait un, tient-il à une « omission » ou à une « commission » ? Cette disposition est-elle réellement ambiguë ? Comment aurait-elle du être rédigée ? Après tout, cet article est le principal véhicule emprunté par toutes les demandes en indication de mesures conservatoires pour franchir le portail de la justice au Palais de la Paix. A première vue, le texte de cet article ne contient aucune disposition qui conduit spécifiquement à conclure qu'il n'a pas force obligatoire. Le premier paragraphe de l'article 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. »

Si l'on considère la jurisprudence de la Cour, l'on constate qu'il n'y a pas eu d'affirmation catégorique sur ce point mais que le 19 août 1929, dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré qu'à la différence de l'arrêt définitif de la Cour ses ordonnances n'ont pas de « force obligatoire » ou d'« effet définitif » s'agissant de décider le différend. Le passage pertinent de cet arrêt se lit comme suit :

« considérant ... que, à la différence des arrêts visés par l'article 58 du Statut, auquel se réfère l'article 2, alinéa premier, du compromis, les ordonnances rendues par la Cour, bien qu'étant, en règle générale, lues en audience publique, les agents dûment prévenus, ne décident pas avec force « obligatoire » (article 59 du Statut) et avec effet « définitif » (article 60 du Statut) le différend que les Parties ont porté devant la Cour » (*C.P.I.J. série A n° 22*, p. 13).

Depuis lors (voilà de cela quelque soixante-quatre ans), la question de savoir si les mesures conservatoires indiquées ont ou n'ont pas de force juridiquement contraignante est demeurée controversée.

Je crois cependant le moment venu pour la Cour de prendre définitivement position sur ce point. Après tout, le principe *stare decisis* n'est pas applicable à la Cour. En fait, il suffit d'analyser attentivement le paragraphe 1 de l'article 41 pour voir que, *prima facie*, il est manifestement dépourvu de toute ambiguïté. Selon le sens usuel et ordinaire attaché à la forme du verbe et aux mots utilisés, l'emploi des mots « a » et « pouvoir » a indubitablement une connotation obligatoire et impérative et donne à la Cour la prérogative indiscutable d'indiquer des mesures conservatoires. Le membre de phrase « si elle estime que les circonstances l'exigent » a trait à l'exercice discrétionnaire de ce pouvoir, lequel doit être utilisé ou appliqué dans les cas qui le méritent. La raison pour laquelle ce pouvoir a été accordé à la Cour ressort clairement de la fin de l'article : c'est pour lui permettre de s'acquitter de la fonction qui est la sienne en sauvegardant le « droit » de chacun. La logique et le bon sens font qu'il serait ridicule et absurde pour la Cour de ne pouvoir sauvegarder le droit de chacun en attendant l'arrêt définitif.

Si la Cour n'est pas suffisamment efficace et si elle n'est pas réellement habilitée à préserver le *statu quo*, à quoi servirait-il de poursuivre l'instance jusqu'à son issue finale, jusqu'à ce qu'elle débouche sur le prononcé de l'arrêt ? Une telle absurdité équivaldrait à affirmer que c'est à la minute du jugement et non au juge qu'il convient d'accorder crédit : *Absurdum est affirmare (re judicata) credendum esse non judici*. Dans le texte que j'ai déjà cité, Lauterpacht a fait observer que « selon le libellé et, peut-être, l'intention du Statut aucune force juridiquement obligatoire ne s'attache aux ordonnances ». Pour ce qui est de la première partie de cet argument, je ne vois rien de critiquable, *prima facie*, dans le libellé de cet article. Son texte est clair car il envisage même le risque que la Cour ne puisse s'acquitter de la fonction qui est la sienne si elle ne peut pas exercer un tel pouvoir d'indiquer de telles mesures conservatoires, lorsqu'il parle des « mesures conservatoires du droit de chacun [qui] doivent être prises à titre provisoire ». L'on peut même dire qu'il ressort clairement du texte de l'article que le risque existe qu'une décision ultérieure de la Cour devienne irréalisable ou vaine, peut-être comme en l'espèce — ou comme dans l'affaire du Nicaragua — si de telles mesures conservatoires ne peuvent pas être indiquées immédiatement pour mettre un terme à la situation dont il s'agit.

On pourrait se demander aussi quelle utilité il y a à considérer une demande en indication de mesures conservatoires comme une question urgente, à tenir immédiatement une audience rapide à son sujet et à lui accorder la priorité (la procédure débouchant le plus souvent sur le prononcé d'une ordonnance dans un délai d'une ou deux semaines) si, malgré tous les efforts qui lui sont consacrés, l'ordonnance qui en résulte doit être considérée comme n'étant pas juridiquement obligatoire et comme dépourvue d'effet ? Il convient de relever à cet égard, par exemple, la situation d'urgence envisagée par l'article 74 du Règlement de la Cour, qui ressemble en quelque sorte à un recours en *habeas corpus* dans les pays de *common law*. Cet article se lit en partie comme suit :

« 1. La demande en indication de mesures conservatoires a *priorité* sur toutes autres affaires.

2. Si la Cour ne siège pas au moment de la présentation de la demande, elle est immédiatement convoquée pour statuer d'*urgence* sur cette demande. » (Art. 74, p. 1 et 2; les italiques sont de moi.)

Il y a un autre aspect de cette question qu'il convient de mentionner ici. Si l'on admet, et je pense qu'il ne subsiste aucun doute sur ce point, que la compétence de statuer sur une demande en indication de mesures conservatoires fait partie de la compétence incidente de la Cour, l'on peut affirmer sans crainte de se tromper qu'une ordonnance incidente fait *partie* de l'issue de la mission judiciaire de la Cour, qui est l'objectif final ou le *tout*. Si le jugement envisagé comme un « tout » est obligatoire, pourquoi n'en irait-il pas de même de cette « partie » du « tout » ?

Pour conclure cette partie de mon opinion, consacrée à la question de savoir si l'ordonnance de la Cour est obligatoire ou non, il n'y a à mon sens aucune raison que l'ordonnance de la Cour ne lie pas les Parties; dans le cas contraire, la Cour ne serait pas habilitée à prononcer de telles ordonnances conformément aux dispositions de son Statut et de son Règlement. La Cour a un pouvoir réglementaire en vertu de l'article 30 du Statut; par conséquent, en évoquant cet article, les ordonnances prononcées en vertu du Règlement de la Cour sont tout aussi valables et obligatoires. S'il devait subsister dans l'esprit de la Cour ne serait-ce que le moindre doute quant à la force qui sous-tend les pouvoirs envisagés dans le Statut, il me semble que toutes les dispositions du Règlement relatives aux demandes en indication de mesures conservatoires, considérées ensemble, donnent à la Cour un pouvoir suffisant de prononcer une ordonnance.

6. CONSÉQUENCE DE L'INOBSERVATION : L'EXÉCUTION DE L'ORDONNANCE PEUT-ELLE ÊTRE OBTENUE ?

Si une ordonnance n'est pas obligatoire, l'on voit difficilement comment son exécution pourrait être obtenue. Cette difficulté a été bien mise en relief dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 20-21, par. 74). En fait, cette affaire a été le premier « test » important, depuis l'adoption de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, entre deux Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies, les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran.

Cette affaire avait été portée devant la Cour au moyen d'une requête introduite par les Etats-Unis d'Amérique le 29 novembre 1979 contre le Gouvernement iranien à propos du différend relatif à la capture et à la détention d'otages qui étaient membres du personnel de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran. Une demande en indication de mesures conserva-

toires avait été jointe à la requête, et l'une et l'autre visaient à obtenir la libération immédiate des otages. Le Gouvernement iranien, bien que la requête et la demande lui aient été notifiées, a refusé de participer à l'instance, se bornant à envoyer un télégramme niant que la Cour eût compétence. La Cour a cependant exercé son pouvoir discrétionnaire — à bon droit me semble-t-il — et a décidé d'accueillir la demande des Etats-Unis d'Amérique. La Cour a indiqué cinq mesures conservatoires dans une ordonnance dont la partie A (contenant trois mesures) demandait au Gouvernement iranien de libérer les otages, de restituer la chancellerie et les consulats des Etats-Unis d'Amérique qui avaient été occupés, d'accorder à tous les membres du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis d'Amérique la pleine protection et les privilèges et immunités auxquels ils avaient droit en vertu des conventions de Vienne susmentionnées et de permettre aux otages de quitter l'Iran. Les autres mesures ne sont pas si pertinentes pour la thèse que j'expose ici. L'important était que la République islamique d'Iran a refusé d'appliquer les mesures ordonnées par la Cour. La Cour n'a à sa disposition aucun mécanisme d'exécution et peut seulement avoir recours au Conseil de sécurité pour qu'il assure cette exécution conformément à l'article 94 de la Charte.

Il n'est pas inutile, à ce stade, de citer les dispositions de l'article 94 de la Charte, qui est ainsi rédigé :

« 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. » (Les italiques sont de moi.)

Les conséquences de cet article et le problème qu'il suscite du point de vue de la justiciabilité et de l'exécution des ordonnances indiquant des mesures conservatoires dans des affaires en suspens devant la Cour ressortent clairement de l'argumentation développée par sir Gladwyn Jebb lorsque le Royaume-Uni a déposé une plainte devant le Conseil de sécurité — vraisemblablement en vertu du paragraphe 1 de l'article 94 — dans l'affaire de l'*Anglo Iranian Oil Co.*, qui est un autre exemple classique de la difficulté qu'il y a à obtenir l'exécution des mesures conservatoires indiquées par la Cour. Dans cette affaire, et comme cela allait de nouveau être le cas dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, l'Iran avait refusé de se conformer à l'ordonnance rendue par la Cour. Mais officiellement et légitimement, à mon avis, le Royaume-Uni a soumis sa plainte au Conseil de sécurité en vertu des articles 34 et 35 de la Charte des Nations Unies.

Je voudrais m'arrêter ici un instant. On peut dire sans crainte de se tromper que même si des questions de cette nature — concernant des ordonnances de la Cour — ne peuvent pas être soumises au Conseil de sécurité

en vertu de l'article 94, rien n'empêche l'Etat affecté de saisir le Conseil de sécurité en vertu des articles 34 et 35 de la Charte pour faire en sorte que l'ordonnance de la Cour ne soit pas traitée à la légère, même si, ce qui est extrêmement regrettable, cela peut aussi parfois se révéler vain en définitive. Comme, dans sa déclaration, sir Gladwyn a exposé la thèse que je défends en termes à la fois clairs et succincts, je voudrais ici citer ses propos :

« le Conseil a des *fonctions* spéciales qui résultent des *décisions* de la Cour, en vertu du *paragraphe 2 de l'article 94 de la Charte*, et du *paragraphe 2 de l'article 41* du Statut de la Cour ... et cela implique clairement que le Conseil a le *pouvoir* d'examiner les questions que posent ces mesures conservatoires... Or, il est établi que l'arrêt définitif de la Cour est obligatoire pour les parties. C'est ce que stipulent expressément les *articles 59 et 60 du Statut* et le paragraphe 1 de l'article 94 de la Charte. *Mais il est évident qu'il serait vain de rendre obligatoire l'arrêt définitif si l'une des parties pouvait à l'avance s'y soustraire par des actes qui rendraient sans valeur le jugement définitif. 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 obligatoires.* » (Nations Unies, *Documents officiels du Conseil de sécurité*, 559^e séance, 1^{er} octobre 1951, S/PV.559, p. 20; les italiques sont de moi.)

Cette déclaration de sir Gladwyn appelle un examen un peu plus approfondi eu égard aux difficultés que suscitent les questions découlant de l'indication de mesures conservatoires par la Cour. Si, en se référant au paragraphe 2 de l'article 94 de la Charte, sir Gladwyn voulait parler du pouvoir qu'a le Conseil de sécurité face à celui qu'a la Cour d'indiquer des mesures conservatoires sous forme d'une ordonnance, j'ai certaines réserves à formuler. Le paragraphe 2 de l'article 94 traite uniquement de l'arrêt et non d'ordonnances incidentes ou d'actions avant dire droit. Si le mot *arrêt* est interprété comme englobant une ordonnance comme celle dont il s'agit ici, force est pour moi d'exprimer un avis différent. Sur ce point, je considère que les rédacteurs de la Charte avaient à l'esprit une décision définitive de la Cour ou peut-être un arrêt définitif. Si nous voyons dans le mot « décision » un terme générique qui englobe à la fois ordonnances et arrêts, je pense qu'il vaut mieux se référer au paragraphe 1 de l'article 94 étant donné que ce paragraphe traite de *décisions*. Dans ce cas également, toutefois, je tiens à souligner que le paragraphe 1 est faible et trop général car l'emploi du mot « s'engage » donne l'idée d'un appel à l'« obligation morale » d'un Etat. Il aurait peut-être fallu employer des mots plus impératifs comme « doit », « est tenu de », « se conforme » ou « a l'obligation de ». L'aspect du libellé du texte finalement adopté qui continue de m'étonner est que le mot « décision » a été utilisé au paragraphe 1 et le mot « arrêt » au paragraphe 2.

A mon sens, il eût été préférable d'employer le mot « décision » dans les deux cas, mais il aurait encore mieux valu bien préciser les choses en

parlant, dans ces deux dispositions, des « arrêts ou ordonnances », ce qui manifesterait de façon élégante le désir de veiller à ce que toutes les décisions de la Cour soient observées. Mais, comme je l'ai déjà dit, la plainte du Royaume-Uni a été déposée en vertu des articles 34 et 35, ce qui, à mon avis, reflétait une attitude de prudence. Faute de temps, je ne pourrai pas m'étendre davantage sur les paragraphes 1 et 2 de l'article 94 de la Charte, et il suffira de dire que ces dispositions ne sont pas rédigées de façon satisfaisante ni élégante et que, de ce fait, elles n'aident pas la Cour à faire en sorte que ses ordonnances soient dûment appliquées.

Sir Galdwyn s'est également référé à la force obligatoire des décisions rendues par la Cour en vertu des articles 59 et 60 de son Statut. D'une façon générale, je suis d'accord avec lui sur ce point, mais je m'empresse-rais d'ajouter que, alors même que l'article 59 du Statut de la Cour est rédigé en termes négatifs, rien n'empêcherait de le coucher en termes positifs, le cas échéant en stipulant que « la décision de la Cour est obligatoire pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». La façon dont cet article est rédigé met un accent trop marqué sur les éléments *ratione personae* et *ratione materiae*. S'agissant de l'article 60, je pense que cet article renforce comme il convient les pouvoirs et la fonction de la Cour de manière à garantir que le règlement de tout différend porté devant elle ait un caractère définitif.

Cependant, le passage le plus important de la déclaration de sir Gladwyn est celui qui contient les deux dernières phrases citées ci-dessus. Assurément, il n'y a aucune raison qu'un arrêt soit rendu ou prononcé en pareille situation si l'ordonnance de la Cour est d'avance privée d'effet, ce qui ferait de l'arrêt une opération tout à fait vaine. Cette déclaration me conforte nettement dans mon avis, à savoir que la Cour ne doit pas apparaître comme rendant une nouvelle ordonnance si les parties en litige n'ont pas adopté les mesures nécessaires pour donner effet à celles qu'elle a déjà prononcées. C'est pour cette raison que je partage l'avis de Rosenne lorsqu'il écrit :

« Ce droit, qui pour les Etats a un caractère impersonnel et non éclectique, est par hypothèse obligatoire pour tous les Etats. *Lex vera, atque princeps, apta ad jubendum, et ad vetandum!* Aussi me semble-t-il que l'obligation de se conformer à la décision de la Cour ne peut pas être considérée uniquement comme une « obligation morale. » (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. I, p. 120.)

7. LA COUR ET LE CONSEIL DE SÉCURITÉ

La Charte des Nations Unies stipule clairement, à son article 94, que le Conseil de sécurité peut être appelé à prendre des mesures pour faire exécuter les décisions de la Cour. Le Conseil de sécurité est investi d'immenses pouvoirs par le chapitre VI et le chapitre VII de la Charte, qui

lui confient à cet égard en quelque sorte un rôle « exécutif ». Toutefois, lors des audiences concernant la demande en indication de mesures conservatoires, la Bosnie s'est référée maintes fois à l'embargo sur les livraisons d'armes qui lui avait été imposé ainsi qu'à la nécessité pour elle d'exercer son droit de légitime défense pour empêcher la poursuite d'actes de génocide. A l'article premier de la convention sur le génocide, les hautes parties contractantes confirment :

« que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime *du droit des gens*, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir » (les italiques sont de moi).

Pour ce qui est de la légitime défense, l'agent de la Bosnie s'est référé maintes fois pendant les audiences ainsi que dans sa demande à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Cette importante disposition relative à la légitime défense se lit comme suit :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

Il ne fait aucun doute que le Conseil de sécurité a examiné attentivement la situation créée par les hostilités en Bosnie et, à la suite de cet examen, il a adopté de nombreuses résolutions à ce sujet. Le 16 avril 1993, par exemple, c'est-à-dire juste une semaine après l'ordonnance de la Cour, le Conseil de sécurité a adopté sa résolution 819 (1993), dans laquelle il a pris note de l'ordonnance rendue par la Cour et a réaffirmé sa condamnation de toutes les violations du droit humanitaire international, et en particulier de la pratique du « nettoyage ethnique ». Par sa résolution 808 (1993), le Conseil de sécurité a créé un tribunal international pour la poursuite des personnes responsables des graves violations du droit humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Tout récemment encore, le 24 août 1993, le Conseil de sécurité a adopté une autre résolution — la résolution 859 (1993) — pour garantir et réaffirmer l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine et sa qualité de Membre des Nations Unies. Toutes ces résolutions ne laissent subsister aucun doute sur le fait que le Conseil de sécurité a tenu et continue de tenir dûment compte des obligations internationales découlant des chapitres VI et VII de la Charte en ce qui concerne les hostilités qui se poursuivent en Bosnie.

Cela dit, il y a peut-être lieu de faire une pause pour se demander si cet argument de la Bosnie suscite une quelconque question juridique positive. Dans sa seconde demande en indication de mesures conservatoires, la Bosnie-Herzégovine a présenté comme suit la quatrième mesure sollicitée :

« Le Gouvernement de Bosnie-Herzégovine doit avoir les moyens de « prévenir » la commission d'actes de génocide contre son propre peuple comme le requiert l'article premier de la convention sur le génocide. »

Pour commencer, j'ai peine à comprendre cette demande. Quel type de mesures la Cour pourrait-elle indiquer pour permettre à la Bosnie d'« avoir les moyens de « prévenir » la commission d'actes de génocide contre son propre peuple » ? Cependant, il ne faut jamais perdre de vue que le but de l'indication de mesures conservatoires est de sauvegarder le « droit de chacun », et ce en dépit des stipulations de l'article premier de la convention sur le génocide.

L'article IX de cette convention se lit comme suit :

« Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III... »

seront soumis à la Cour à la requête de l'une des parties.

Pour ce qui est de cette quatrième mesure que cherche spécifiquement à obtenir la Bosnie, si celle-ci sollicite un jugement déclaratoire de la Cour, ce qui me semble être l'objet de sa demande, et à condition que la Cour puisse accueillir une telle demande, elle doit attendre l'issue finale de la procédure quant au fond. De plus, l'on peut se demander si le génocide, tel qu'il est visé à l'article premier de la convention, n'est pas exclusivement une question qui relève des Etats qui se sont « engagés » à le « prévenir » et à le « punir ». Une autre question pertinente peut aussi être posée : « qui est le « peuple bosniaque » ? Cette expression n'englobe-t-elle pas les Croates, les Serbes, les Musulmans et les Juifs ? » La demande n'a-t-elle pas manqué son objectif vu qu'il y est allégué que les « violations » du droit humanitaire et les « actes de génocide » ont été dirigés contre les Musulmans ? Pour ce qui est des pouvoirs, de la fonction et des obligations de la Cour, je pense que la Cour s'en est acquittée comme il convient dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 8 avril 1993, spécialement pour ce qui est de la prévention des actes de génocide, qui est l'objet de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur.

Si, toutefois, la question de la « prévention » est, comme je le soupçonne, à tel point élargie de façon à englober celle de l'accès que devrait avoir le demandeur aux moyens (c'est-à-dire aux armes) nécessaires pour « prévenir » la commission d'actes de génocide, je tiens à faire observer que la demande est malavisée, tout au moins en ce qui concerne la Cour.

C'est le Conseil de sécurité, agissant conformément aux pouvoirs que lui confère la Charte, et à très juste titre, qui, le 25 septembre 1991, a imposé un embargo sur les livraisons d'armes et de matériel militaire à la Yougoslavie (telle qu'elle s'appelait alors), avec le consentement de cet Etat. Bien que le demandeur ait soutenu — et je crois que son argument n'est pas totalement dépourvu de logique — qu'à l'époque, c'est-à-dire le 25 septembre 1991, l'Etat de Bosnie-Herzégovine n'existait pas vu qu'il n'a proclamé son indépendance que le 6 mars 1992 et n'est devenu Membre de l'Organisation des Nations Unies que le 22 mai 1992, et que l'ancien Etat de Yougoslavie n'existe plus, les résolutions décrétant l'embargo ont été maintenues depuis l'accession à l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine. A cet égard, le Conseil de sécurité agit maintenant dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par le chapitre VII de la Charte, et il demeure saisi de la question. Si la Cour avait indiqué des mesures conservatoires à la suite de la demande dont elle est actuellement saisie et si ces mesures n'étaient pas mises en œuvre (comme cela a été le cas des mesures indiquées dans l'ordonnance rendue le 8 avril 1993), la Bosnie aurait peut-être dû porter sa plainte devant le Conseil de sécurité, soit en vertu des articles 34 et 35 de la Charte, soit en vertu de l'article 94, à propos duquel j'ai déjà exprimé mon avis.

Ma conclusion est qu'une ordonnance, comme un arrêt (et étant un élément incident de celui-ci), ne devrait pas être privée d'effet ni être artificielle ou illusoire. Elle devrait être obligatoire et son exécution devrait pouvoir être obtenue, faute de quoi, *ab initio*, l'on pourrait valablement et raisonnablement s'interroger sur l'opportunité de rendre une ordonnance. La Cour, me semble-t-il, ne doit pas apparaître comme agissant en vain: *Judicium non debet esse illusorium; suum effectum habere debet.*

La Cour, je tiens à le souligner, jouit de ce pouvoir en vertu de son Statut et de son Règlement, de sorte qu'il fait également partie de ses pouvoirs inhérents en vertu du droit international général. Autrement, la Cour ne pourrait pas s'acquitter de la fonction qui est la sienne. Telles sont les raisons pour lesquelles j'estime que la Cour aurait dû rejeter la demande tendant à obtenir le prononcé d'une autre ordonnance dans la présente affaire ou refuser d'édicter une telle ordonnance jusqu'à ce que celle qu'elle a rendue le 8 avril 1993 ait été appliquée par les deux Parties. Je suis donc d'accord avec la Cour lorsqu'elle réaffirme les mesures conservatoires indiquées dans sa première ordonnance et souligne à nouveau la nécessité pour les deux Parties de prendre toutes les mesures nécessaires pour appliquer la première ordonnance de la Cour, rendue le 8 avril 1993, et s'y conformer.

(Signé) Bola AJIBOLA.