

14. Les mesures conservatoires

Sur les mesures conservatoires, la littérature est abondante. Pour la CPJI, on consultera l'aperçu synthétique de Hudson, *Permanent...*, *op. cit.*, p. 424ss, ainsi que : E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, La Haye, 1932 ; P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Paris, 1931 ; P. Guggenheim, « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire », *RCADI*, vol. 40, 1932-II, p. 645ss ; H. G. Niemeyer, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, 1932 ; A. Pütz, *Der Erlass von einstweiligen Verfügungen durch den Ständigen Internationalen Gerichtshof*, Mayence, 1939 ; H. Rolin, « Force obligatoire des ordonnances de la Cour permanente de justice internationale en matière de mesures conservatoires », *Mélanges E. Mahaim*, vol. II, Paris, 1935, p. 280ss ; G. Venturini, « Le misure cautelari nel diritto internazionale », *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. 119, 1938, p. 40ss, 152ss. Pour la CIJ, voir M. Abad Castelos, *El Tribunal Internacional de Justicia y la protección cautelar de los derechos de los Estados*, Séville, 2002 ; G. Barile, « Osservazioni sulla indicazione di misure cautelari nei procedimenti davanti alla Corte internazionale di Giustizia », *Comunicazioni e Studi*, vol. IV, 1952, p. 145ss ; P. H. F. Bekker, « Provisional Measures in the Recent Practice of the ICJ », *International Law Forum (Journal of the International Law Association)*, vol. 7, 2005, p. 24ss ; R. Bernhardt (éd.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, 1994 ; A. Cocâtre-Zilgien, « Les mesures conservatoires en droit international », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 11, 1955, p. 73ss ; A. Cocâtre-Zilgien, « Les mesures conservatoires décidées par le juge ou par l'arbitre international », *RGDIP*, vol. 70, 1966, p. 5ss ; C. H. Crockett, « The Effects of Interim Measures of Protection in the ICJ », *California Western International Law Journal*, vol. 7, 1977, p. 348ss ; L. Daniele, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia*, Milan, 1993 ; C. Dominicé, « La compétence prima facie de la Cour internationale de Justice aux fins d'indication de mesures conservatoires », *Mélanges S. Oda*, vol. I, La Haye / Londres / New York, 2002, p. 383ss ; T. O. Elias, « The International Court of Justice and the Indication of Provisional Measures of Protection », *G. Amado Memorial Lecture*, Nations Unies, Genève, 1978 ; T. O. Elias, *The International Court of Justice and some Contemporary Problems*, La Haye / Boston / Londres, 1983, p. 67ss ; J. B. Elkind, *Interim Protection – A Functional Approach*, La Haye / Boston / Londres, 1981 ; A. El Ashaal, « Non-Compliance with the Provisional Measures of the ICJ », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 34, 1978, p. 313ss ; A. El Ouali, *Effets juridiques de la sentence internationale*, Paris, 1984, p. 92ss ; P. J. Goldsworthy, « Interim Measures of Protection in the ICJ », *AJIL*, vol. 68, 1974, p. 258ss ; D. W. Greig, « The Balancing of Interests and the Granting of Interim Protection by the International Court », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 11, 1991, p. 108ss ; E. Hambro, « The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the ICJ », *Mélanges H. Wehberg*, Francfort-sur-le-Main, 1956, p. 152ss ; R. Kolb, « Note on New International Case-Law concerning the Binding Character of Provisional Measures », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 117ss ; V. S. Mani, « Interim Measures of Protection : Article 41 of the ICJ Statute and Article 94 of the United Nations Charter », *Indian Journal of International Law*, vol. 10, 1970, p. 359ss ; M. Manouvel, « Métamorphose de l'article 41 du Statut de la CIJ », *RGDIP*, vol. 106, 2002, p. 103ss ; M. Mendelson, « Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction », *BYIL*, vol. 46, 1972-1973, p. 259ss ; J. G. Merrills, « Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the ICJ », *Cambridge Law Journal*, vol. 36, 1977, p. 86ss ; J. G. Merrills, « Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the ICJ », *ICLQ*, vol. 44, 1995, p. 90ss ; S. Oda, « The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) », *RCADI*, vol. 244, 1993-VII, p. 63ss ; K. Oellers-Frahm, *Die einstweilige Anordnung in der internationalen Gerichtsbarkeit*, Berlin / Heidelberg / New York, 1975 ; K. Oellers-Frahm, « Interim Measures of Protection », *EPIL*, vol. II, 1995, p. 1027ss ; B. H. Oxman, « Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures », dans : L. Damrosch (éd.), *International Court of Justice at a Crossroads*, New York, 1987, p. 323ss ; P. Pescatore, « Les mesures conservatoires et les référés », *Société française de droit international, Colloque de Lyon* (1986), *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, p. 315ss ; P. Palchetti, « L'indicazione di misure cautelari da parte della Corte internazionale di Giustizia in situazioni di estrema urgenza », *RDI*, vol. 82, 1999, p. 719ss ; P. Palchetti, « The Power of the ICJ to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute », *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, p. 623ss ; S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law : the International Court of Justice and the*

International Tribunal for the Law of the Sea, Oxford, 2005 ; S. A. Salkiewicz, *Les mesures conservatoires dans la procédure des deux cours de La Haye*, Mémoire IUHEI (Genève), 1989 ; J. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court*, Deventer, 1983 ; G. Tesaro, « Le misure cautelari della Corte internazionale di giustizia », *Mélanges G. Morelli*, Milan, 1975, p. 873ss ; H. Thirlway, « The Indication of Provisional Measures by the ICJ », dans : Benhardt, *op. cit. supra*, p. 1ss ; N. M. Toraldo-Serra, *Le misure provvisorie internazionali : ricerca storico-giuridica*, Rome, 1973 ; A. Tzanakopoulos, « Provisional Measures Indicated by International Courts : Emergence of the General Principle of International Law », *RHDI*, vol. 57, 2004, p. 53ss ; N. J. Udombana, « Interim Measures : A Comparative Study of Selected International Judicial Institutions », *Indian Journal of International Law*, vol. 43, 2003, p. 479ss ; P. Weckel, « Les mesures conservatoires devant les juridictions internationales de caractère universel », dans : G. Cohen-Jonathan / J. F. Flauss (éds), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2005 ; ainsi que : Rosenne, *Law...* (1997), vol. III, *op. cit.*, p. 1419ss ; Thirlway, *Law...* (2001), *op. cit.*, p. 77ss ; Dubisson, *Cour...*, *op. cit.*, p. 223ss. Pour une synthèse, voir K. Oellers-Frahm, « Article 41 », dans : Zimmermann / Tomuschat / Oellers-Frahm, *Statute...*, *op. cit.*, p. 923ss. Voir aussi V. Starace, *La competenza della Corte internazionale di giustizia in materia contenziosa*, Naples, 1970, p. 259ss. Pour l'institution des mesures conservatoires en droit interne, voir par exemple, pour le droit suisse, S. V. Berti, *Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren*, Bâle, 1997.

a) *Aspects généraux.*

Lorsqu'un tribunal est saisi pour trancher un différend, il se pose la question de savoir dans quelle mesure il sera nécessaire de protéger les droits de fond du demandeur *pendente lite*, c'est-à-dire pendant que la procédure prend son cours et avant que n'intervienne le jugement du tribunal, qui dispose des droits et devoirs des parties par un acte juridique contraignant. Dès le moment du jugement, le défendeur ne peut plus aliéner les droits du demandeur. Au contraire, il doit positivement exécuter le jugement rendu. Dans cette obligation positive d'exécuter le jugement est inhérente aussi, à plus forte raison, l'obligation négative de ne pas altérer ou détruire l'objet même de ces droits. Or, tant que l'affaire est pendante, cette obligation positive liée au jugement rendu n'existe pas encore, et dès lors l'obligation négative qui y est inhérente n'est pas non plus assurée¹.

Il est manifeste que cet état des choses peut poser de graves problèmes. Tout différend porte sur un objet, avec des droits et devoirs y relatifs. Une fois le tribunal saisi, le défendeur, éventuellement peu édifié d'avoir été cité en jugement, pourrait être tenté d'altérer ou de faire disparaître l'objet sur lequel portera le jugement. Une fois celui-ci intervenu, il ne sera plus possible de l'exécuter comme le prévoit le Statut, l'objet du litige ayant été profondément altéré ou détruit². L'exemple le plus simple d'une telle situation est celui d'un différend portant sur une personne condamnée à mort. A supposer que le tribunal estime que la condamnation ait été procéduralement arbitraire et qu'il veuille ordonner un nouveau procès, ce jugement sera privé de tout sens et de tout objet si la personne en cause aura été entre-temps exécutée. Dès lors, la nécessité d'assurer une protection

¹ Dans le procès formulaire romain, les parties devaient fournir dès après la *litis contestatio* des garanties (*satisfationes*) concernant leur comportement pendant la procédure et après le jugement. Dans certains cas (action *in rem* en nom propre), le défendeur devait stipuler trois clauses : 1) l'engagement d'exécuter le jugement (*de re iudicata*) ; 2) l'exercice de tous les devoirs du défendeur dans ce type de procès (*de re defendenda*) ; 3) l'abstention de tout dol, ce qui recouvrait l'obligation de ne pas porter un préjudice irréparable à l'objet du litige (*de dolo malo*). Cf. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Padoue, 1986, p. 348.

² Il y a ici une analogie très prononcée avec l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui tente de protéger les contenus essentiels d'un traité entre la phase de sa signature et son entrée en vigueur contre des actes tendant à le vider de son objet et de son but, si bien qu'une fois en vigueur, il ne pourrait plus être correctement exécuté. Dans les deux cas, d'ailleurs, cette protection intérimaire peut être interrompue si, d'un côté, un Etat signataire notifie aux autres qu'il ne ratifiera pas le traité, de l'autre si l'Etat demandeur se désiste de l'instance. Et dans les deux cas il s'agit essentiellement d'un problème de bonne foi. Voir R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, p. 182ss, 599ss.

efficace des droits du demandeur afin de ne pas rendre le procès un geste vide de sens, et aussi le caractère obligatoire du jugement final, rendent indispensable de prévoir des moyens de garantir, *pendente lite*, que l'objet du différend soit préservé dans un état tel que l'exécution du jugement final, dussé-t-il intervenir en faveur du demandeur, ne soit pas privé d'effet.

Tel est l'objectif des mesures conservatoires (*provisional measures*). Il s'agit de mesures provisoires adoptées par un tribunal entre le moment de sa saisine et celui du jugement final, dont l'objectif est d'enjoindre au défendeur de s'abstenir de faire certains actes pouvant gravement affecter ou aliéner l'objet du litige³. L'article 41, § 1, du Statut dispose, pour ce qui est de la CIJ : « 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 » ; le § 2 ajoute : « En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité ». Le Règlement de la Cour précise aux articles 73-78 les modalités procédurales relatives aux mesures conservatoires.

Ces mesures conservatoires posent des problèmes juridiques ardu. Voici quelques exemples.

1) L'objet du litige peut être altéré non seulement par des actes volontaires de mauvaise foi, mais aussi par l'action du temps et des événements les plus diverses. Jusqu'à quel point faudra-t-il imposer à l'Etat défendeur l'obligation d'adopter des mesures positives de conservation de cet objet ? De telles mesures pourraient aisément devenir excessivement onéreuses. Faut-il dès lors nier toute obligation positive de ce type et s'en tenir uniquement à des devoirs d'abstention, sous réserve d'actes de mauvaise foi provoquant indirectement l'altération de l'objet du litige ?

2) De plus, quand la Cour sera-t-elle compétente pour indiquer de telles mesures ? Vu leur caractère souvent urgent et la nécessité de les indiquer dès le début de la procédure, la Cour n'aura pas encore pu s'assurer entièrement de sa compétence sur le fond du litige. Or, s'il était loisible d'introduire une instance sans réelle base de compétence tout en exerçant le droit de se voir octroyer immédiatement des mesures conservatoires les plus diverses, le potentiel d'abus et de nuisances serait insigne. Un Etat souverain défendeur dans une instance se verrait provisoirement interdire toute une gamme de comportements alors que la Cour ne serait en réalité pas compétente sur l'objet du litige avancé par le demandeur. Il sera donc nécessaire de mettre soigneusement en balance le caractère urgent des mesures conservatoires, appelant à un examen sommaire des titres de compétence, et la compétence de fond de la Cour, par exemple en exigeant pour le moins que le demandeur prouve une compétence *prima facie* sur l'objet du différend.

3) Encore, il sera nécessaire de s'entendre sur le but précis que les mesures conservatoires sont appelées à jouer dans le contexte d'une juridiction donnée. S'agit-il uniquement de préserver les droits du demandeur contre des actes tendant à les *priver de tout effet* une fois le jugement rendu (version minimale des mesures conservatoires) ou peut-il s'agir aussi de *faciliter le cours de la procédure* en adoptant des mesures calibrées à cette fin (version amplifiée des mesures conservatoires) ?

³ Selon la définition de J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 698 : « A. Mesure d'urgence destinée, en attendant le règlement de droits contestés, à assurer la sauvegarde d'un droit ou d'une chose » ; « C. Au cours d'un procès, mesure prise par la juridiction saisie afin d'éviter que, pendant la durée du procès et en attendant la décision sur le fond, les droits en cause soient compromis ».

4) Enfin, comment mettre en balance les droits respectifs des parties quand l'indication des mesures conservatoires s'inscrit dans un contexte délicat ? Si l'objet du différend porte par exemple sur la construction d'un grand pont (affaire du *Grand-Belt*, 1991) ou d'usines d'envergure (affaire des *Usines de pâte à papier*, 2010) et que la procédure s'annonce potentiellement longue, la Cour peut-elle simplement interdire provisoirement la construction de l'édifice, limitant ainsi considérablement la liberté du défendeur et causant potentiellement des pertes économiques insignes ? Si elle s'engageait dans une telle orientation, les Etats seraient-ils encore enclins à accepter la compétence de la Cour, grevée de telles charges et de tels poids ? Inversement, si elle n'adoptait pas de telles mesures conservatoires, la situation ne serait-elle pas de fait préjugée ? Comment la Cour pourrait-elle ensuite, si elle concluait à l'illicéité de la construction, ordonner dans son jugement de fond le démantèlement complet et entier de ces édifices une fois construits, entraînant des dommages économiques non moins importants ? La tendance ne sera-t-elle pas alors de se plier au fait accompli et de n'allouer tout au plus que des indemnités ? Voici quelques-uns des graves problèmes juridiques et pratiques que posent les mesures conservatoires.

b) *Aspects historiques*⁴.

Jusqu'au début du 20^{ème} siècle, le règlement pacifique des différends était une matière juridiquement peu avancée. La diplomatie, les transactions et la guerre en tenaient lieu. De plus, la justice n'était pas institutionnelle à peu près jusqu'à la création de la CPJI ; elle était auparavant purement arbitrale et *ad hoc*. Dès lors, la distance entre le « juge » et les « parties » était minimale. L'arbitre était l'agent des parties. Elles le nommaient et lui donnaient ses pouvoirs. Il n'existait pas de compétence obligatoire. Les parties s'engageaient dans la procédure quand elles voulaient, l'une et l'autre, vider de cette manière leur différend. La nécessité de prévoir des mesures conservatoires des droits des parties n'existait guère dans un tel contexte. Les parties avaient toute la propension à agir de la manière à donner un sens à la procédure, puisqu'elles s'y engageaient de bout en bout de commun accord. Il n'est par conséquent pas surprenant de ne trouver aucune disposition relative à des mesures conservatoires jusque et y compris dans la Convention I de la Haye de 1899 ou de 1907 portant sur le règlement arbitral des différends. Il n'est pas moins attendu de trouver la première disposition sur des mesures conservatoires dans l'article 18 de la Convention établissant la Cour de Justice centre-américaine (1907), celle-ci étant le premier tribunal international institutionnel et permanent. Par la suite, des dispositions relatives à des mesures conservatoires ont été insérées dans certains des Traités Bryan des années 1910' concernant des commissions internationales d'enquête⁵.

L'article 41 du Statut est issu d'une proposition du juriste brésilien R. Fernandes⁶. Il proposa au Comité consultatif des Juristes, chargé d'établir un projet de Statut, d'y insérer une disposition sur des mesures conservatoires contraignantes pour les parties à l'instance et munies de sanctions. Le Comité estima peu utile d'entrer dans un débat prolongé sur le caractère contraignant des mesures. Il souligna que la Cour n'avait pas le pouvoir de procéder elle-même à l'exécution de ses

⁴ Dans le procès romain, les *interdicta* et parfois les *stipulationes praetoriae* remplissaient entre autres les fonctions de mesures conservatoires. Cf. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Padoue, 1986, p. 369ss.

⁵ Sur ces précurseurs des mesures conservatoires de la Cour, cf. K. Oellers-Frahm, « Article 41 », dans : Zimmermann / Tomuschat / Oellers-Frahm, *Statute...*, *op. cit.*, p. 925.

⁶ Sur ces travaux préparatoires, cf. l'aperçu succinct de Oellers-Frahm, *ibid.*, p. 926 et ses renvois.