



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2014

1. NOTE INTRODUCTIVE

La Cour internationale de Justice (Cj) est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Pour une description succincte de la composition, des compétences et du fonctionnement de la Cour l'on peut renvoyer au site de la Cour (www.icj-cij.org).

L'autorité de ses décisions judiciaires et de ses avis consultatifs ainsi que la contribution remarquable de sa jurisprudence à l'évolution du droit international public ont été mises en exergue à plusieurs reprises par les internationalistes et tout dernièrement par le président de la Cour (www.icj-cij.org/presscom/files/9/17849.pdf).

La finalité du présent «Osservatorio» n'est pas de fournir un compte rendu exhaustif de la jurisprudence de la Cour, mais de recueillir des contributions visant à analyser, non sans un regard critique, les décisions qui soulèvent des questions importantes et qui exercent leur influence sur l'évolution du droit international. Une attention particulière sera portée sur des questions juridiques spécifiques concernant le droit substantiel (notamment les droits de l'homme) et le droit institutionnel, sans oublier les principales questions de procédure.

L'«Osservatorio» peut accueillir des contributions plus générales se penchant sur la question de l'influence de la jurisprudence de la Cour dans des domaines entiers du droit international ou bien jetant un regard nouveau sur le rôle de la Cour en tant que juridiction internationale permanente. Il pourra aussi inclure des commentaires à des publications choisies concernant la Cour internationale de Justice.

BEATRICE I. BONAFÈ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2014

2. LE DIFFEREND MARITIME ENTRE LE PÉROU ET LE CHILI ET L'EXISTENCE D'ACCORDS TACITES EN DROIT INTERNATIONAL

[Arrêt du 27 janvier 2014, Différend maritime \(Pérou c. Chili\)](#)

Le différend tranché par la Cour dans son arrêt du 27 janvier 2014 concerne la délimitation entre les zones maritimes dans l'océan Pacifique du Pérou et du Chili. Les parties avaient adopté deux positions diamétralement opposées. Le Pérou, soutenant qu'il n'existait pas de frontière maritime convenue avec le Chili, priait la Cour de procéder à la délimitation maritime en utilisant la méthode de l'équidistance. Le Chili considérait au contraire que la déclaration de Santiago de 1952 avait établi une frontière maritime internationale suivant, sur une distance d'au moins 200 milles marins, le parallèle de latitude passant par le point de départ de la frontière terrestre le séparant du Pérou (arrêt, Croquis n. 2, p. 16).

Le tracé de la frontière établi par la Cour est composé de trois segments ayant une orientation différente. Le segment initial suit, en direction de l'ouest, le parallèle de latitude passant par la borne frontière n. 1 et il s'étend jusqu'au point A, situé à une distance de 80 milles marins. La frontière se poursuit, en direction du sud-ouest, jusqu'au point B le long de la ligne équidistante des côtes du Pérou et du Chili. Entre le point B et le point C, la frontière se poursuit, en direction du sud, jusqu'à la limite des 200 milles marins calculée depuis les lignes de base des mers territoriales du Pérou et du Chili (arrêt, Croquis n. 4, p. 66).

Deux questions méritent, à notre avis, une attention particulière.

1. La compétence de la Cour

Le Pérou invoquait, pour fonder la compétence de la Cour, l'article XXXI du Pacte de Bogotá de 1948 (arrêt, par. 1). Ce qui frappe est l'absence dans l'arrêt de tout établissement préalable et explicite de la compétence juridictionnelle de la Cour. Il est vrai que la compétence de la Cour *sur le différend maritime* ne semblait pas faire l'objet d'un désaccord entre les parties. A cet égard, une seule affirmation se retrouve dans la partie V de l'arrêt concernant le point de départ de la frontière maritime convenue : « La compétence de la Cour pour connaître de la question de la frontière maritime n'est pas

contestée » (arrêt, par. 163).

En effet le Chili ne contestait pas la compétence de la Cour (dupliche du Chili, p. 20, par. 2.3 : « Si le Chili avait été d'avis qu'un accord relatif à une frontière maritime avait été définitivement conclu en 1947, il aurait contesté la compétence de la Cour étant donné qu'un tel accord aurait été antérieur au pacte de Bogotá de 1948 »). Il précisait en revanche qu'étaient soustraites à la compétence de la Cour les questions concernant la frontière terrestre (contre-mémoire du Chili, par. 1.61-1.72).

La question de la compétence de la Cour se posait alors pour l'emplacement du point de départ de la frontière maritime : selon le Pérou, ce point devait correspondre au point terminal de la frontière terrestre (requête du Pérou, par. 11). Or, la frontière terrestre entre les deux Etats est établie par le traité de Lima de 1929 et, selon le Chili, l'article VI du Pacte de Bogotá s'opposait à ce que la Cour se prononce sur la question de l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre, cette frontière étant régie par un accord en vigueur entre les parties à la date de la signature du Pacte de Bogotá (contre-mémoire du Chili, par. 1.66).

Ce qui explique pourquoi la Cour a eu besoin de préciser que la question de l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre ne lui était pas posée, qu'elle se limitait à établir l'emplacement du point de départ de la frontière maritime, que sa compétence sur la frontière maritime n'était pas contestée (arrêt, par. 163) et que le point de départ de la frontière maritime aurait pu ne pas coïncider avec le point terminal de la frontière terrestre (arrêt, par. 175). A cet égard, la Cour a conclu que le point de départ de la frontière maritime est constitué par la « borne n. 1 » (arrêt, par. 174), en rejoignant la thèse avancée par le Chili (contre-mémoire du Chili, par. 1.65).

Reste le désaccord des parties sur l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre et sur sa coïncidence avec le point de départ de la frontière maritime. La Cour aurait-elle été compétente à trancher la question de l'emplacement du point de départ de la frontière maritime en cas de coïncidence avec le point final de la frontière terrestre ?

La position du Pérou à cet égard, selon laquelle la Cour aurait pu se prononcer sur le point terminal de la frontière terrestre, reposait sur deux arguments, pour la vérité, peu concluants. Le Pérou se référait, en premier lieu, à la décision concernant le différend entre Nicaragua et Colombie (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 2007*, par. 66, 88 et 97) pour montrer que la Cour peut être compétente à trancher des questions qui n'ont pas été « réglées » par un traité conclu en 1928 (réplique du Pérou, par. 1.15). Toutefois, cet argument peut difficilement s'appliquer à la question de l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre entre Pérou et Chili qui est explicitement réglée à l'article 2 de l'accord de 1929 (arrêt, par. 153 et dupliche du Chili, par. 2.196). Le Pérou ajoutait une interprétation particulière de l'article VI du Pacte de Bogotá selon laquelle la disposition priverait la Cour du pouvoir de se prononcer sur des accords conclus avant le Pacte, sans pour autant la priver du pouvoir de les *interpréter* (réplique du Pérou, par. 1.16-1.17). S'il est évident que la Cour peut interpréter des accords antérieurs au Pacte de Bogotá à fin d'établir sa propre compétence (dupliche du Chili, par. 2.198), l'argument du Pérou entraîne tout de même le risque de priver l'article VI du Pacte de tout effet utile.

Une expression en faveur de la coïncidence des deux points se retrouve dans l'opinion dissidente commune des juges Xue, Gaja, Bhandari et Orrego Vicuña (« It seems logical to infer from paragraph IV [of the Santiago Declaration] that the parallel passing through the endpoint of the land frontier on the continental coastline between adjacent

States also marks the boundary between the maritime zones relating to the respective continental coasts of the same States », par. 7). Mais seul le juge Gaja a voté contre la décision de la majorité en ce qui concerne l'emplacement précis du point de départ de la frontière maritime (déclaration du juge Gaja, par. 3-4).

A propos de la compétence de la Cour nécessaire pour établir un point de départ de la frontière maritime qui correspondrait au point terminal de la frontière terrestre, le juge Gaja a observé que le Pacte de Bogotá « would preclude a decision by the Court which would have the object of determining where the land frontier runs. However, it does not prevent the Court from referring to that Treaty for the purpose of defining the starting-point of the maritime boundary » (déclaration du juge Gaja, par. 2). La différence est subtile mais essentielle pour affirmer la compétence de la Cour. La coïncidence entre l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre et celui du point de départ de la frontière maritime n'efface pas la distinction entre les deux questions, la première étant préjudicielle par rapport à la seconde. La Cour, qui n'est saisie que de la seconde, serait néanmoins compétente à se prononcer sur la première et donc à interpréter l'accord de 1929 du moment que cette décision ne ferait pas partie de la chose jugée. Autrement, la coïncidence entre les deux questions, réglées par deux accords l'un antérieur et l'autre postérieur à la signature du Pacte de Bogotá, finirait par priver la Cour de la compétence que les parties ont voulu lui attribuer sur la base de l'accord postérieur.

2. Les critères permettant de conclure à l'existence d'un accord tacite en droit international

Le tracé composite établi par la Cour se justifie par le fait qu'elle ait conclu qu'entre le Pérou et le Chili un accord tacite était intervenu pour délimiter les premiers 80 milles marins de leur frontière maritime (arrêt, par. 24-151), alors que le deuxième segment de la frontière a été établi par la Cour – en l'absence d'accord entre les parties – sur la base du critère de l'équidistance et de la méthode que la Cour applique régulièrement pour tracer des frontières maritimes (arrêt, par. 177-194).

En particulier, l'arrêt de janvier 2014 examine dans le détail les proclamations unilatérales des parties de 1947, la déclaration de Santiago de 1952, les divers accords de 1954 ainsi que les arrangements de 1968-1969 relatifs aux phares pour conclure qu'aucun de ces actes ne fixe une frontière maritime entre le Pérou et le Chili. Toutefois, la formulation de l'accord de 1954 reconnaît clairement « qu'une frontière maritime exist[ait] déjà » (arrêt, par. 90). En particulier, cet accord « a pour effet de consacrer » l'existence d'un accord tacite entre le Pérou et le Chili visant leur frontière maritime (arrêt, par. 91). Quant à l'étendue de la frontière maritime ainsi convenue, la Cour conclut qu'elle « s'étendait sur une distance de 80 milles marins le long du parallèle à partir de son point de départ » (arrêt, par. 151). Cette étendue correspondant à « la distance à laquelle les Parties avaient, à l'époque, la capacité d'exploiter les ressources de la mer et de prendre des mesures d'exécution » (arrêt, par. 149).

La décision de la Cour aborde donc une question qui n'est pas nouvelle – celle de l'existence d'un accord international tacite – mais qui s'avère très délicate. Ce qui explique son intérêt pour les Etats toujours soucieux de préserver leurs pouvoirs souverains et de ne voir établir leur consentement tacite trop facilement. La Cour, pleinement consciente de ce souci, avait déjà eu l'occasion de préciser : « Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime permanente est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé

facilement. Une ligne *de facto* pourrait dans certaines circonstances correspondre à l'existence d'une frontière convenue en droit ou revêtir davantage le caractère d'une ligne provisoire ou d'une ligne à vocation spécifique, limitée, telle que le partage d'une ressource rare. Même s'il y avait eu une ligne provisoire jugée utile pour un certain temps, cela n'en ferait pas une frontière internationale » (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2007, par. 253).

La question se pose alors de comprendre si la Cour disposait en effet d'éléments si convaincants pour conclure à l'existence d'un accord tacite entre le Pérou et le Chili ayant le contenu indiqué. Les opinions des juges montrent combien les positions étaient partagées sur deux aspects principaux : les critères permettant d'établir avant tout l'existence même et ensuite le contenu de l'accord tacite entre le Pérou et le Chili.

a) L'existence même de l'accord tacite

L'approche de la Cour paraît assez prudente en ce qui concerne l'établissement de l'existence même de l'accord tacite entre Pérou et Chili. Si « le libellé des proclamations de 1947 ainsi que leur caractère provisoire ne permettent pas de les interpréter comme reflétant une manière commune, de la part des Parties, d'envisager la délimitation maritime » (arrêt, par. 43), la Cour a considéré que la déclaration de Santiago de 1952 laisse « supposer que les Etats parties ont pu, dans une certaine mesure, partager une manière commune et plus générale d'envisager la question de leurs frontières maritimes » (arrêt, par. 69). Ce qui ne veut pas encore dire s'accorder sur une frontière maritime précise. Ce sera la formulation de l'article 1^{er} de l'accord de 1954 relatif à une zone frontière maritime spéciale à convaincre la Cour que les parties avaient de quelque manière trouvé un accord sur leur délimitation maritime (arrêt, par. 90). La disposition se lit comme suit : « Une zone spéciale est créée par le présent accord à une distance de [*a partir de*] 12 milles marins de la côte et avec une largeur de 10 milles marins de part et d'autre du parallèle qui constitue la frontière maritime [*el límite marítimo*] entre les deux pays ». Force est d'en déduire que, à partir de 12 milles marins de la côte, la frontière maritime entre le Pérou et le Chili doit nécessairement suivre le parallèle (arrêt, par. 91).

En d'autres termes, ce que la Cour décrit est un processus de rapprochement progressif de la « manière d'envisager la délimitation maritime » des deux Etats aboutissant à un accord tacite dont l'existence même est « consacrée » par l'accord de 1954. L'existence de l'accord tacite paraît alors établie de façon rigoureuse. Elle repose sur des manifestations explicites de la volonté des parties, des manifestations qui sont tout à fait « convaincantes » et par conséquent conformes au niveau de la preuve requis par la jurisprudence de la Cour.

Encore que certaines critiques aient été avancées à cet égard. Si l'on fait exception des juges qui ne partagent pas l'interprétation textuelle de l'accord de 1954 retenue par la Cour (opinion individuelle du juge Owada, par. 12 et 15) ou qui considèrent que l'acceptation d'une frontière maritime le long du parallèle ne trouve pas son fondement dans un accord tacite mais plutôt dans « specific treaty commitments undertaken by the Parties in 1952 and 1954, which in turn are related to the meaning and extent of the 1947 Proclamations » (opinion individuelle du juge Orrego Vicuña, par. 6 ; voy. aussi l'opinion dissidente commune aux juges Xue, Gaja, Bhandari et Orrego Vicuña, par. 35), la décision concernant l'existence d'un accord tacite entre le Pérou et le Chili a été critiquée principalement à cause du fait que l'intention des parties ne ressortait pas suffisamment des éléments pris en compte par la Cour.

Certaines positions sont radicales : « nothing about the Parties' conduct or practice in

the relevant period indicates that they reached a common understanding on the limits of their respective maritime spaces » (déclaration du juge Sepúlveda, par. 9). D'autres arguments, plus nuancés, se concentrent sur des éléments spécifiques.

En particulier, le but spécifique et limité de l'accord de 1954 ne permettrait pas d'en déduire une intention des parties de procéder à une délimitation maritime définitive (déclaration du juge Sepúlveda, par. 6 et 10 ; opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 9). Pour la même raison, la délimitation à laquelle renvoie l'article 1^{er} de cet accord pourrait être provisoire et ne pas avoir une vocation générale (opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 12). L'objet et le but de l'accord de 1954 ne sont toutefois pas à confondre avec l'intention des parties de délimiter tacitement leur frontière maritime. Le premier a certes un objet tout à fait limité, mais il ne s'agit que d'un élément, bien que « décisif » (arrêt, par. 91), permettant de conclure à l'existence de la seconde. L'existence de l'accord tacite ressort aussi de la pratique ultérieure des parties, telle que les arrangements de 1968-1969 (arrêt, par. 99) ou le mémorandum Bákula (arrêt, par. 141).

Le fait que la Cour fonde l'existence de l'accord tacite sur plusieurs instruments permet de partager l'affirmation qui se voudrait critique selon laquelle : « it is only through the scrutiny of years of relevant State practice that it is possible to discern the existence of an agreed maritime boundary of a specific nature and extent between the Parties » (déclaration du juge Sepúlveda, par. 16).

Plus spécifique est le propos selon lequel, si l'intention des parties avait été de conclure un accord tacite, elles en auraient plaidé l'existence devant la Cour (opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 3). Ce qui revient tout de même à écarter la position du Chili qui soutenait l'existence d'un accord sur la délimitation maritime (fondée sur la déclaration de Santiago de 1952). Or, la Cour ne s'est jamais considérée comme liée par les arguments avancés par les parties, qui auraient pu avoir tout intérêt à ne pas manifester l'existence d'un accord visant leur délimitation maritime. *Iura novit curia*.

Bien plus douteuse est la définition de la Cour du contenu de l'accord tacite entre Pérou et Chili.

b) Le contenu de l'accord tacite

Quant au contenu de l'accord tacite entre le Pérou et le Chili, la Cour conclut que la frontière maritime a vocation générale (arrêt, par. 102) et qu'elle s'étend jusqu'à 80 milles marins de la côte le long du parallèle à partir de son point de départ (arrêt, par. 151). A défaut de toute indication concernant l'étendue de la frontière maritime dans les instruments qui impliquent un accord tacite sur son existence (arrêt, par. 91), la Cour déduit le contenu de cet accord de la pratique des deux Etats mais aussi de l'évolution du droit de la mer.

En ce qui concerne en premier lieu la pratique pertinente, la décision contient une affirmation de principe tout à fait partageable selon laquelle la Cour doit prendre en considération un « contexte plus large » qui ne se limite pas à la pratique des Etats en matière de pêche (arrêt, par. 103). En réalité, la Cour déduit le contenu de l'accord tacite de la seule pratique concernant les activités halieutiques et les mesures de répression des infractions en matière de pêche. A son avis, sont sans pertinence ou intérêt particulier aux fins de la délimitation maritime la pratique législative des parties (arrêt, par. 119-122), le protocole d'adhésion de 1955 (arrêt, par. 123-125), les arrangements de 1968-1969 (arrêt, par. 130), les négociations avec la Bolivie (arrêt, par. 131-133), les positions des parties au cours de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (arrêt, par. 134-

135), le mémorandum Bákula (arrêt, par. 136-142), ainsi que la pratique postérieure à 1986 (arrêt, par. 143-148).

Par conséquent, la pratique que la Cour considère pertinente à la définition du contenu de l'accord tacite paraît trop limitée et révèle – à la différence de l'analyse de l'existence même de l'accord tacite – une certaine confusion entre les éléments permettant de prouver l'étendue de la délimitation maritime et les éléments qui montrent la zone d'application effective d'accords ayant un objet spécifique.

Ce qui s'explique difficilement est la raison pour laquelle une pratique concernant essentiellement des activités de pêche ne s'étendant pas au-delà de 60 milles marins devrait nécessairement impliquer que la frontière maritime ne s'étend pas au-delà de cette limite latérale (arrêt, par. 111 et 149 ; voy. à cet égard l'opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 14). Autrement dit, que les activités concernant la pêche fussent limitées à une distance de 60 milles marins de la côte dans les années 1950 ne veut pas dire que, dans l'intention des parties, la frontière maritime ne s'étendît pas au-delà de cette limite.

La critique la plus fréquente dans les opinions des juges est en effet que la Cour aurait dû prendre en considération une pratique bien plus vaste pour respecter le niveau de la preuve requis par sa jurisprudence en matière d'accord tacite (voy. déclaration du juge Donoghue, déclaration du juge Guillaume, par. 10-13, déclaration du juge Skotnikov, par. 5-6). En particulier, l'on observe que l'étendue de la frontière maritime ne peut dépendre des activités liées à la pêche (déclaration du juge Tomka, par. 2, opinion individuelle du juge Owada, par. 24). Si l'objet limité de l'accord de 1954 ne prive pas la déduction de l'existence de l'accord tacite de sa valeur, à plus forte raison l'étendue de la frontière maritime ne peut dépendre de la seule pratique d'application de cet accord.

On notera en passant que tout à fait étrange est la limite latérale de la frontière maritime suivant le parallèle à laquelle la Cour est parvenue : 80 milles marins. Lors de l'examen de la pratique la Cour vérifie systématiquement que les activités pertinentes des Etats se sont déroulées dans un rayon de 60 milles marins de la côte (arrêt, par. 108, 117, 128, 147). Pourquoi alors conclure que le premier segment de la frontière atteint un point à 80 milles marins de la côte ?

Plus en général, on peut se demander si la pratique pertinente à la définition du contenu d'un accord tacite est seulement la pratique contemporaine à la conclusion de cet accord ou si la pratique postérieure devrait également être prise en compte. La Cour accorde un rôle décisif à la pratique contemporaine à la conclusion de l'accord, alors que selon le droit des traités la pratique successive peut tout à fait intégrer des engagements antérieurs. L'étendue de la frontière maritime entre le Pérou et le Chili, initialement limitée à 60 milles marins, pourrait alors par la suite s'avérer allant au-delà de la limite initiale s'il est vrai, entre autres, que, sans aucune protestation du Pérou, à partir de 1996 le Chili a arraisonné des navires avec une certaine fréquence au-delà de 60 milles marins (arrêt, par. 147).

Un deuxième aspect doit retenir notre attention : le critère employé par la Cour pour définir le contenu de l'accord tacite. Si l'existence de l'accord tacite se fondait sur l'intention des parties, manifestée dans l'accord de 1954 et d'autres instruments (arrêt, par. 40 : « cette méthode ne suffit pas à démontrer l'*intention claire*, de la part des Parties, de faire correspondre leur frontière maritime future à un parallèle », c'est nous qui soulignons), pour la Cour le contenu de l'accord tacite découle essentiellement de la pratique des parties. Une pratique bien limitée, comme l'on vient de noter.

Ce glissement du critère de l'intention au critère de la pratique n'est pas soi

dérangeant. L'accord tacite se déduit normalement d'actes concluants. Mais la pratique – ou ces actes concluants – devraient être pris en compte pour prouver quelle était la volonté commune, donc l'accord, des parties. Si les activités liées à la pêche montrent que l'accord tacite vise une frontière maritime s'étendant « au moins jusqu'à la distance de la côte correspondant, à l'époque considérée, aux activités en question » (arrêt, par. 103), au-delà de 80 milles marins l'intention des parties de faire poursuivre la frontière le long du parallèle pourrait ressortir de leurs revendications identiques à une zone maritime de 200 milles marins, des revendications tout à fait explicites et constantes (arrêt, par. 37, 38, 49, 77, 119, 122, 125).

Certains juges ont mis en exergue la nécessité de définir le contenu de l'accord tacite sur la base des « claims » des parties plutôt que d'une pratique limitée aux activités liées à la pêche (voy. déclaration du juge Tomka, par. 2, opinion individuelle du juge Orrego Vicuña, par. 14, mais aussi l'opinion dissidente commune des juges Xue, Gaja, Bhandari et Orrego Vicuña, par. 7, 9, 23, 24).

Enfin, lors de l'établissement du contenu de l'accord tacite la Cour accorde une importance toute particulière à l'évolution du droit international en matière de droits souverains sur les eaux baignant les côtes des Etats. Dans les années 1950, « la proposition [...] qui a été le plus près d'être acceptée sur le plan international était celle qui prévoyait une mer territoriale de six milles marins, à laquelle s'ajoutait une zone de pêche de six milles marins [...] la notion de zone économique exclusive de 200 milles marins 'allait encore mettre de longues années à s'imposer' » (arrêt, par. 116).

L'état incertain du droit international de l'époque ne peut vouloir dire que l'accord tacite, supposons allant jusqu'à 200 milles marins, était nul *ab initio* (déclaration du juge Tomka, par. 6). Ce qui reviendrait à introduire une nouvelle condition de validité des accords internationaux.

La conformité au droit international devrait servir, comme la pratique des Etats, à établir l'intention des parties. Alors la Cour voudrait-elle nous convaincre que les deux Etats n'auraient pas pu vouloir aller à l'encontre du droit international de l'époque ?

Cette conclusion est démentie par les accords de 1952 et de 1954. Si le droit international ne disciplinait pas (encore) la zone économique exclusive (donc les espaces allant jusqu'à 200 milles marins) il ne s'intéressait non plus aux espaces allant au-delà de 12 milles marins (arrêt, par. 116) alors que l'accord de 1954 visait à s'appliquer justement à une distance de la côte allant au-delà de 12 milles marins et l'accord de 1952 prévoyait une zone de 200 milles marins s'étendant autour des îles. Les engagements des parties de l'époque montrent que leur intention était bien d'assumer des obligations concernant des zones sur lesquelles elles ne pouvaient revendiquer aucun droit souverain (*idem*). L'on ne peut qu'exprimer de fortes perplexités sur une décision qui admet que les Etats puissent revendiquer des droits non conformes au droit international, mais qu'en même temps ils ne puissent pas passer un accord concernant ces droits.

BEATRICE I. BONAFÈ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2014

3. LA COUR, LE TRIBUNAL ARBITRAL ET LE POUVOIR DE SUSPENDRE L'INSTANCE

[Ordonnance du 28 janvier 2014, Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données \(Timor-Leste c. Australie\)](#)

L'ordonnance de la Cour pourrait passer pour une simple décision fixant les délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite en l'affaire opposant le Timor-Leste et l'Australie. Or, parmi ses considérants elle cache la décision de la Cour « de ne pas faire droit à la demande de l'Australie tendant à la suspension de l'instance » (ordonnance, p. 2).

A notre connaissance, il s'agit de la première fois que la Cour se prononce sur une demande de suspension de l'instance due à la présence d'un autre juge international (un tribunal arbitral, la Cour permanente d'arbitrage faisant fonction de greffe) saisi par les mêmes parties pour trancher le différend qui est à l'origine de la requête du Timor-Leste (*l'Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor*). Certes, la jurisprudence de la Cour fournit des exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Toutefois, la Cour n'a jamais considéré ce fait comme un obstacle à l'exercice de sa fonction judiciaire (voy. par exemple *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil* 1984, par. 106).

1. La demande de suspension de l'instance

L'instance introduite par le Timor-Leste devant la Cour internationale de Justice le 17 décembre 2013 concerne « la saisie, le 3 décembre 2013, et la détention ultérieure, par 'des agents australiens, de documents, données et autres biens appartenant au Timor-Leste ou que celui-ci a le droit de protéger en vertu du droit international' [...] notamment des documents, des données et des échanges de correspondance, entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques, qui se rapportent à un *Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor*, actuellement en cours entre le Timor-Leste et l'Australie » (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, par. 1). L'affaire a été présentée comme un cas relativement simple par le conseil du Timor-Leste : « One State has taken the property of another, and should be required to give it back, untouched and

without delay » (CR 2014/1, p. 16).

Le Timor-Leste a également présenté une demande en indication de [mesures conservatoires](#). C'est à l'occasion de la procédure orale sur cette demande, et en particulier à la fin du second tour de plaidoiries, que l'Australie a prié la Cour « de suspendre l'instance jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait rendu sa décision dans l'*Arbitrage en vertu du traité du sur la mer de Timor* » (CR 2014/4, p. 29).

Ce n'est qu'au cours d'une réunion, que le président de la Cour a tenue avec les agents des parties, que le Timor-Leste a pu exprimer son mécontentement à l'égard de la demande de l'Australie observant qu'aucune raison n'avait été donnée à l'appui de cette demande et que le Timor-Leste n'avait plus le temps d'examiner la question (ordonnance, p. 2). Tout ce que l'on apprend de l'ordonnance est que l'Australie aurait « précisé qu'elle avait demandé que la Cour suspende l'instance parce que le résultat de l'*Arbitrage en vertu du traité du sur la mer de Timor* pouvait avoir une incidence sur la décision de la Cour en la présente espèce » (*idem*).

La question n'a pas pu être explicitement abordée par les parties dans les pièces de la procédure relative aux mesures conservatoires, la demande de suspension ayant été présentée juste avant la clôture de la dernière séance publique. Les observations écrites et orales de l'Australie fournissent néanmoins des indications utiles pour mieux comprendre les raisons de sa demande de suspension de l'instance.

En rappelant les principes généraux régissant l'indication de mesures conservatoires, l'Australie a exprimé avant tout la préoccupation que la Cour écarte la possibilité d'un « misuse » des mesures conservatoires, en particulier dans la situation où « another court or tribunal is already seized of the matter and would be able to deal promptly with an application for binding provisional measures » (observations écrites de l'Australie, par. 67). Il n'y aurait donc pas de véritable alternative entre la Cour et l'autre juge international : la demande en indication de mesures conservatoires devrait être présentée au second lorsqu'il est saisi au principal et il a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires (observations écrites de l'Australie, par. 68).

Ce qui explique la conclusion de l'Australie selon laquelle le tribunal arbitral saisi du différend concernant le traité sur la mer de Timor « is in a better position than the Court to exercise its agreed powers, both as to its own jurisdiction and as to discretionary elements » (observations écrites de l'Australie, par. 75, lett. e). La formulation reste très prudente, il faut l'admettre. Il n'est pas question de mettre en doute la compétence de la Cour. En tout cas, en ce qui concerne la demande en indication de mesures conservatoires (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, par. 20). L'Australie ne fait que suggérer que le tribunal arbitral soit mieux placé pour se prononcer sur l'indication de mesures conservatoires. Et ses observations écrites ne contiennent aucune demande de suspension de l'instance.

Lors des audiences publiques l'Australie s'est montrée encore très prudente. A la fin du premier tour de plaidoiries, toujours pas de demande de suspension. Mais l'intervention de M. Crawford fournit enfin des indications essentielles à cet égard. Le raisonnement est le suivant. Le tribunal arbitral est compétent pour toutes les demandes, principale et incidentes. Il est saisi du différend concernant le traité sur la mer de Timor (CR 2014/2, p. 38-40) et il possède également le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires (CR 2014/2, p. 17), conclusion d'ailleurs contestée par le Timor-Leste (CR 2014/1, p. 31-32). L'instance du Timor-Lest introduite devant la Cour vise des demandes ayant un caractère

incident par rapport à l'affaire devant le tribunal arbitral : « The Application and especially the Request [...] are incidental to a dispute which is already before another judicial body » (CR 2014/2, p. 42-43).

L'Australie affirme alors que, par rapport à la Cour, le tribunal arbitral saisi de l'affaire relative au traité sur la mer de Timor est « plainly a more appropriate forum for dealing with the subject-matter of the Request » (CR 2014/2, p. 46). Le tribunal arbitral connaîtrait le différend principal dans son ensemble (CR 2014/2, p. 46-47) alors que la Cour n'aurait aucune « inherent priority » (CR 2014/2, p. 43). La référence à l'*affaire de l'usine Mox* – et à « the appropriate adjustment of relations between different international courts and tribunals » réalisé par le tribunal arbitral saisi de cette affaire qui avait décidé de suspendre la procédure jusqu'à ce qu'un autre juge (la Cour de justice de l'Union européenne) ne se soit prononcé sur une question étroitement liée au différend principal (CR 2014/2, p. 45) – anticipe la demande de suspension qui ne sera formulée que le jour suivant, à la fin de la phase orale.

C'est ainsi que l'Australie a pu mettre en garde la Cour des risques de forum shopping, de fragmentation du droit international et de multiplication de jugements possiblement contradictoires qu'une éventuelle décision favorable à la demande du Timor-Leste allait entraîner (CR 2014/2, p. 44).

2. Le rapport entre la Cour et le tribunal arbitral

Or, la thèse de l'Australie repose sur une condition essentielle que la Cour a écartée.

Pour que se pose la question du rapport entre la Cour et le tribunal arbitral, encore faut-il que la demande du Timor-Leste révèle un cas de « concurrent jurisdiction », selon l'expression employée par l'Australie (CR 2014/2 p. 44). Bref, les deux juges devraient être saisis du même différend.

En rejetant la demande de l'Australie, la Cour a été très explicite à cet égard : « le différend qui a été porté devant elle est suffisamment distinct de celui dont connaît le Tribunal arbitral » (ordonnance, p. 2).

Au cours des plaidoiries, le Timor-Leste avait en effet eu l'occasion de préciser que l'arbitrage « relates to Timor-Leste's contention that Australia's conduct during the negotiations for the CMATS Treaty has rendered that treaty invalid » et que cette affaire ne doit pas être confondue avec l'instance portée devant la Cour « in which Timor-Leste is complaining of the seizure of its property and is seeking the recovery of the documents that were held on its behalf by Mr. Collaery » (CR 2014/1, p. 24). Si l'on veut le cas est comparable à l'affaire *Ambatielos* (*Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), arrêt du 19 mai 1953, *CIJ Recueil* 1953, p. 16).

La relation entre le différend dont est saisi le tribunal arbitral et les demandes du Timor-Leste introduites devant la Cour devient tout à fait *hypothétique* (une situation en partie semblable, sur laquelle la Cour ne s'est pas prononcée, caractérisait le différend entre la Belgique et la Suisse : le droit de la Belgique de saisir la Cour plutôt que la Cour de justice de l'Union européenne était mis en doute par la Suisse, qui avait demandé à la Cour de se renseigner à cet égard, *Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale* (*Belgique c. Suisse*), exceptions préliminaires de la Confédération suisse, 17 février 2011, par. 204).

Pour contourner cet obstacle l'Australie a invoqué l'argument de la nature incidente des demandes du Timor-Leste. Question de rétablir un lien entre les deux

juridictions. Et de suggérer, sans l'affirmer explicitement, que seul le juge saisi de la demande principale peut se prononcer sur la demande – incidente – en indication de mesures conservatoires. Mais l'argument ne paraît pas convaincant : le rapport entre la Cour et le tribunal arbitral ne dépend pas tellement de la nature incidente de la demande en indication de mesures conservatoires par rapport au différend dont est saisi le tribunal arbitral, mais de l'identité de la demande principale portée à l'attention de la Cour et du tribunal arbitral.

Pour étayer sa demande, l'Australie donne l'exemple de l'article 290, par. 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoire, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend, agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires »). Il s'agirait de la seule « situation where an international judicial body exercises jurisdiction over provisional measures in connection with a dispute pending before another such body » (CR 2014/2, p. 46). La disposition fournirait alors la preuve de l'exception qui à son tour devrait démontrer la règle générale selon laquelle une demande en indication de mesures conservatoires ne pourrait être présentée que devant le juge saisi de la demande principale. La conséquence ultime, que l'Australie n'ose pas tirer, étant que la Cour ne serait pas compétente à se prononcer sur la demande – incidente – du Timor-Leste. En effet, la Cour nous semble la seule compétente à se prononcer sur une demande en indication de mesures conservatoires qui est incidente par rapport à la demande principale concernant la saisie des documents par l'Australie, alors qu'il est douteux qu'elle soit incidente par rapport au différend sur les négociations du traité CMATS introduit devant le tribunal arbitral.

Sans compter l'existence d'autres situations comparables à celle envisagée par l'article 290, par. 5, de la Convention sur le droit de la mer (comme, par exemple, l'article 26 des P.R.I.M.E. Arbitration Rules ou l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends à l'OMC concernant la liberté des parties de recourir à l'arbitrage qui pourrait combler la lacune du système OMC ne prévoyant pas de mesures conservatoires), l'on pourrait aussi considérer que cette disposition fournisse, au contraire, un exemple de dissociation entre le juge du principal et le juge de l'accessoire.

Mais là encore l'aspect essentiel est que l'article 290, par. 5, repose sur la présomption que le différend principal concerne l'application ou l'interprétation de la Convention sur le droit de la mer, c'est-à-dire sur l'identité ou, dans ce cas particulier, l'unicité de la demande principale. La question du rapport entre la Cour et le tribunal arbitral ne pourrait se poser que si ce dernier était également saisi de la demande principale concernant la licéité de la saisie des documents du Timor-Leste par l'Australie.

3. Le pouvoir de la Cour de suspendre l'instance

La conclusion de la Cour sur la différence entre les demandes du Timor dont elle est saisie et le différend soumis à l'arbitrage justifie le rejet de la demande de suspension de l'instance avancée par l'Australie, tout simplement parce qu'elle exclut que les conditions de la litispendance soient remplies. Mais supposons que l'affaire ait impliqué une compétence parallèle de la Cour et du tribunal arbitral. La Cour aurait-elle eu le pouvoir de suspendre l'instance ?

On se limitera ici à rappeler que la jurisprudence de la Cour et de sa devancière ne semble pas exclure qu'on leur reconnaisse un pouvoir inhérent de suspendre l'exercice de leur fonction judiciaire, voire d'y renoncer, en faveur d'un autre juge saisi de la même instance. En cas de litispendance, la Cour pourrait évaluer l'opportunité judiciaire (selon la terminologie anglaise, la « judicial propriety ») de l'exercice de sa compétence.

La Cour permanente, après une considération générale sur le débat concernant la possibilité d'appliquer la litispendance dans les rapports internationaux, a conclu que de toute manière le litige dont elle était saisie ne remplissait pas les conditions essentielles de son application (CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, arrêt du 25 août 1925, Série A, N. 6, p. 20). Ce qui n'exclut pas en principe que la litispendance soit applicable lorsque ces conditions sont présentes.

Plus en général, la Cour a reconnu que « même si, une fois saisie d'une requête, elle estime avoir compétence, elle n'est pas obligée d'exercer cette compétence dans tous les cas. Si la Cour est convaincue [...] qu'il serait incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur le fond d'une requête, elle doit refuser de le faire » (*Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, CIJ Recueil 1963, p. 37).

D'aucuns en ont déduit que « an issue of judicial propriety may indeed exist in the case of *lis alibi pendens* » et que plusieurs éléments devraient pris en considération par la Cour avant de refuser de se prononcer sur le fond d'un litige, tels que « the other court or tribunal may not have jurisdiction over the whole dispute; the settlement of the dispute may be delayed; deciding the dispute would require an examination of questions of international law that are not included among those for which the other court or tribunal is regarded as particularly qualified; the procedure before the other court or tribunal would not provide the same opportunities for defence [...] the dispute has been taken by one of the parties to the other court or tribunal before the application is made to the ICJ » (G. Gaja, 'Relationship between the ICJ with Other International Courts and Tribunals', in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C.J. Tams (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2a ed., Oxford, OUP, 2012, p. 579-580).

La Cour, ainsi que d'autres juges, devrait être à même d'écarter le risque de jugements contradictoires. Si la multiplication des juridictions internationales engendre des préoccupations à cet égard, la pratique internationale – à l'exception sans doute de l'*affaire de l'usine Mox* (Irlande c. Royaume-Uni, ordonnance n. 3, *Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures*, 24 juin 2003, par. 20-30) – montre, il faut l'admettre, une certaine réticence du juge international à la coopération avec d'autres juridictions.)

BEATRICE I. BONAFÈ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2014

4. LES MESURES ADOPTÉES POUR SAUVEGARDER LES DROITS DE TIMOR-LESTE D'UN PRÉJUDICE IRRÉPARABLE

[Ordonnance du 3 mars 2014, Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données \(TimorLeste c. Australie\), demande en indications de mesures conservatoires](#)

La requête du Timor-Leste du 17 décembre 2013 introduisant un différend qui l'oppose à l'Australie était accompagnée d'une demande en indication de mesures conservatoires. La Cour s'est prononcée sur cette demande le 3 mars 2014.

Le différend entre le Timor-Leste et l'Australie concerne « la saisie, le 3 décembre 2013, et la détention ultérieure, par 'des agents australiens, de documents, données et autres biens appartenant au Timor-Leste ou que celui-ci a le droit de protéger en vertu du droit international' [...] notamment des documents, des données et des échanges de correspondance, entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques, qui se rapportent à un *Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor*, actuellement en cours entre le Timor-Leste et l'Australie » (ordonnance, par. 1). Les diverses mesures conservatoires demandées par le Timor-Leste visaient essentiellement à sauvegarder la confidentialité des documents saisis par l'Australie, à en empêcher la diffusion et à obtenir des assurances sur la protection des communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques (ordonnances, par. 5). L'Australie a en revanche prié la Cour de rejeter les demandes du Timor-Leste et de suspendre l'instance jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait [rendu sa décision](#).

La Cour a conclu que les conditions prévues par le Statut étaient remplies et elle a indiqué les trois mesures suivantes: 1) « L'Australie fera en sorte que le contenu des éléments saisis ne soit d'aucune manière et à aucun moment utilisé par une quelconque personne au détriment du Timor-Leste, et ce, jusqu'à ce que la présente affaire vienne à son terme »; 2) « L'Australie conservera sous scellés les documents et données électroniques saisis, ainsi que toute copie qui en aurait été faite, jusqu'à toute nouvelle décision de la Cour »; 3) « L'Australie ne s'ingérera d'aucune manière dans les communications entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques ayant trait à l'Arbitrage en vertu du traité du 20 mai 2002 sur la mer de Timor actuellement en cours entre le Timor-Leste et l'Australie, à toute négociation bilatérale future sur la délimitation maritime, ou à toute autre procédure

entre les deux Etats qui s’y rapporte, dont la présente instance devant la Cour » (ordonnance, par. 55).

Quant à la première condition, le Timor-Leste fonde la compétence de la Cour sur les déclarations faites par les parties en vertu de l’article 36, par. 2, du Statut de la Cour (ordonnance, par. 3). L’Australie n’a soulevé aucune question de compétence ou de recevabilité en ce qui concerne la demande en indication de mesures conservatoires (ordonnance, par. 20). La Cour a pu aisément conclure que les déclarations unilatérales des parties « semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle elle pourrait fonder sa compétence pour se prononcer sur le fond de l’affaire » et donc qu’elle pouvait connaître de la demande en indication de mesures conservatoires (ordonnance, par. 21).

Plus délicat était l’établissement des deux autres conditions que la jurisprudence désormais constante de la Cour requiert aux fins de l’indication de mesures conservatoires : le caractère plausible des droits allégués et le risque de préjudice irréparable.

1. Le caractère plausible des droits allégués

Le pouvoir d’indiquer des mesures conservatoires a pour objet la sauvegarde, dans l’attente de la décision sur le fond, des droits revendiqués par chacune des parties. Il s’en suit que la Cour ne peut exercer ce pouvoir que si elle estime que les droits invoqués par la partie demanderesse sont au moins plausibles.

Cette précision a été formulée pour la première fois dans l’ordonnance prononcée dans l’affaire Belgique c. Sénégal (*Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *CIJ Recueil* 2009, par. 57), mais elle avait déjà fait l’objet d’une analyse approfondie dans une opinion individuelle du juge Abraham (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, opinion individuelle du juge Abraham, *CIJ Recueil* 2006, p. 137 s.). Depuis lors, le critère du *fumus boni juris* a été régulièrement appliqué par la Cour.

En ce qui concerne les droits revendiqués par le Timor-Leste, la Cour a considéré qu’au moins *certaines d’entre eux* sont plausibles « à savoir le droit de conduire une procédure d’arbitrage ou des négociations sans ingérence de la part de l’Australie, y compris le droit à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et à la non-ingérence dans lesdites communications » (ordonnance, par. 28).

On pourrait d’ailleurs se demander si la Cour n’aurait pas dû établir la plausibilité de tous les droits revendiqués par le Timor-Leste, ou si au contraire ce constat partiel peut être suffisant aux fins de l’indication des mesures conservatoires et pour quelles raisons. Aussi la prudence de la Cour pourrait-elle révéler le souci de ne pas empiéter sur la décision sur le fond de l’affaire. Ces questions font l’objet d’une analyse spécifique à laquelle [nous pouvons renvoyer](#).

Le paramètre de la plausibilité employé peut également soulever des doutes. Selon la Cour, le fondement dans le droit international des droits du Timor-Leste « pourrait être inféré du principe de l’égalité souveraine des Etats, l’un des principes fondamentaux de l’ordre juridique international qui trouve son expression au paragraphe 1 de l’article 2 de la Charte des Nations Unies » et en particulier de « l’égalité des parties lorsque celles-ci se sont engagées, conformément au paragraphe 3 de l’article 2 de la Charte, dans le règlement, par des moyens pacifiques, d’un différend international » (ordonnance, par. 27). Le rapport entre les deux principes – une égalité substantielle et une égalité appliquée dans un contexte

procédural – qui témoignent d'un droit des Etats d'avoir recours sans ingérences au juge international aurait toutefois mérité d'être éclairci.

2. *Le risque de préjudice irréparable*

Le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires n'est exercé par la Cour que s'il y a urgence, c'est-à-dire « s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour ne rende sa décision définitive » (ordonnance, par. 32). Dans le cas d'espèce la Cour est arrivée à la conclusion que ce risque était bien présent : « si l'Australie ne protégeait pas immédiatement la confidentialité des éléments que ses agents ont saisis le 3 décembre 2013 dans les locaux professionnels d'un conseiller juridique du Gouvernement du Timor-Leste, un préjudice irréparable pourrait être causé au droit du Timor-Leste, de conduire sans ingérence une procédure arbitrale et des négociations » (ordonnance, par. 42).

La question était tout de même débattue. Plusieurs juges dans leurs opinions ont considéré que l'engagement pris le 21 janvier 2014 par l'Attorney-General de l'Australie (ordonnance, par. 38) et les assurances qu'il contient suffisaient à exclure le risque d'un préjudice irréparable des droits du Timor-Leste en ce qui concerne la confidentialité des documents saisis. Les deux premières mesures indiquées par la Cour seraient alors superflues (opinion dissidente du juge Keith, par. 12 ; opinion dissidente du juge Greenwood, par. 13; opinion individuelle du juge Donoghue, par. 5; opinion dissidente du juge *ad hoc* Callinan, par. 31). De plus, l'approche de la Cour serait bien plus rigoureuse que celle qu'elle avait tenu dans des situations comparables (opinion dissidente du juge Greenwood, par. 20).

Si la situation dans laquelle les déclarations du Pérou avaient été considérées par la Cour comme un engagement « formel » paraît difficilement comparable à la présente affaire (*Différend maritime (Pérou v. Chili)*, arrêt du 27 janvier 2014, para. 178), dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, des assurances fournies par le second avaient en effet permis à la Cour de conclure que le « le risque de préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Belgique n'est pas apparent à la date à laquelle la présente ordonnance est rendue » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extradier (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *CIJ Recueil* 2009, p. 155, par. 72). Mais il est vrai aussi que ces assurances correspondaient au contenu de la demande de la Belgique.

Pour la Cour, l'engagement de l'Australie sur la confidentialité des documents saisis le 3 décembre 2013 « contribue de manière importante à atténuer le risque de préjudice irréparable », sans toutefois le supprimer entièrement (ordonnance, par 47) à cause de la durée limitée des assurances fournies. Les deux premières mesures indiquées par la Cour s'expliquent alors comme une extension de l'engagement de l'Australie (ordonnance, par. 55).

Plus intéressante paraît l'affirmation de la Cour concernant le caractère « irréparable » du préjudice que les droits du Timor-Leste risquent de subir. « Toute violation de la confidentialité risquerait de ne pas pouvoir être réparée, puisqu'il pourrait se révéler impossible de revenir au *statu quo ante* après la divulgation d'informations confidentielles » (ordonnance, par. 42).

Il s'agit, à notre connaissance, de la première fois que la Cour identifie de manière explicite un lien entre la condition des mesures conservatoires et un principe fondamental du régime de responsabilité internationale des Etats. La Cour permanente de Justice internationale avait estimé que « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte

illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (*Affaire relative à l'usine de Chorzów*, demande en indemnité, fond, arrêt du 13 septembre 1928, Série A, N. 17, p. 47). La condition pour l'indication de mesures conservatoires serait alors remplie lorsque le risque concerne une violation de droits (plausibles) de la partie demanderesse qui ne pourrait pas être réparée par la *restitutio in integrum*.

La Cour semble ainsi avoir identifié un principe qui implicitement était à la base de bien d'autres mesures conservatoires indiquées dans le passé, comme par exemple lorsque le contexte du différend impliquait la perte ou un danger pour des vies humaines (voy. par exemple *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, *CIJ Recueil* 1979, par. 42 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance de 15 mars 1995, *CIJ Recueil* 1995, par. 42 ; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Recueil* 1998, p. 257, par. 37 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008, *CIJ Recueil* 2008, par. 72 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, *CIJ Recueil* 2011, par. 54). Ce qui bien sûr n'exclut pas que le risque de préjudice irréparable surgisse dans d'autres situations.

BEATRICE I. BONAFÈ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2014

5. L'ACCERTAMENTO DELLA *PLAUSIBILITY* NELL'ORDINANZA SULLE MISURE CAUTELARI ADOTTATA IN *TIMOR EST C. AUSTRALIA*

[Ordonnance du 3 mars 2014, Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données \(TimorLeste c. Australie\), demande en indications de mesures conservatoires](#)

L'ordinanza sulle misure cautelari adottata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Timor Est c. Australia*, si presta ad alcune osservazioni concernenti l'oggetto e l'estensione della cognizione incidentale della Corte in sede cautelare. Tale provvedimento, infatti, costituisce l'espressione più recente di una prassi giurisprudenziale che ha conosciuto, soprattutto negli ultimi anni, una significativa evoluzione in materia. In particolare, tra gli elementi di novità che è possibile scorgere nell'ambito di simile tendenza evolutiva, figura senz'altro l'introduzione di un nuovo presupposto ai fini dell'apprestamento di una tutela cautelare da parte della Corte. Trattasi della cosiddetta *plausibilità* dei diritti che uno Stato rivendica dinanzi alla Corte – assumendone l'esposizione al pericolo di un irreparabile pregiudizio nelle more del processo –, il cui accertamento implica una sommaria valutazione sul merito della controversia nel corso del procedimento cautelare.

È noto come l'esplicitazione del *plausibility test* risalga all'ordinanza del 28 maggio 2009 resa nel caso *Questioni relative all'obbligo di processare o estradare (Belgio c. Senegal)* (in *ICJ Rep.* 2009, p. 139), in cui la Corte, per la prima volta, affermò che il potere di indicare misure cautelari «[...] should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least *plausible*» (par. 57; il concetto di “plausibilità” era già stato, in verità, evocato dal giudice Abraham al par. 11 dell'opinione individuale annessa all'ordinanza del 13 luglio 2006 nel caso delle *Cartiere sul fiume Uruguay*, in *ICJ Rep.* 2006, p. 113). In effetti, benché sia stata ampiamente dimostrata l'attitudine della Corte ad esperire in sede cautelare valutazioni attinenti al *fumus iuris* ancor prima che il presupposto della *plausibilità* fosse formalmente sancito, è solo a partire dall'ordinanza da ultimo citata che il “nuovo” criterio ha acquisito una propria autonomia, orientando la prassi successiva e influenzando sostanzialmente la cognizione incidentale della Corte (si vedano, al riguardo, le osservazioni del Presidente Owada nel discorso rivolto alla sesta commissione dell'Assemblea Generale, il 28 ottobre 2011, p. 4, consultabile sul sito della Corte).

L'ordinanza resa in *Timor Est c. Australia* fornisce notevoli spunti di riflessione sul tema, consentendo di ricostruire l'approccio seguito fino ad ora dalla Corte nell'accertamento di tale requisito nonché di mettere in rilievo le peculiarità che sembrano aver caratterizzato detta cognizione nel provvedimento qui in esame. Prima di entrare nel merito delle valutazioni compiute dalla Corte in *Timor Est c. Australia*, può essere quindi opportuno procedere ad una disamina delle modalità attraverso cui l'accertamento della *plausibility* è stato condotto nelle precedenti ordinanze, muovendo preliminarmente da due rilievi di carattere generale.

In primo luogo, occorre segnalare che la formalizzazione del *plausibility test* appare per certi versi riconducibile al carattere vincolante delle misure cautelari, carattere rilevato dalla Corte nella sentenza relativa all'affare *LaGrand* (27 giugno 2001, in *ICJ Rep.* 2001, p. 466, par. 92-116). Alla luce di quanto già sottolineato dalla dottrina e da diversi componenti della Corte infatti, la *ratio* dell'accertamento sommario sul merito sembrerebbe risiedere, principalmente, proprio nella pretesa efficacia obbligatoria delle misure (v. ad esempio l'opinione da ultimo citata del giudice Abraham, cit., par. 8). In altri termini, una valutazione *prima facie* sulla fondatezza dei diritti si renderebbe necessaria in quanto sarebbe ingiusto imporre una condotta obbligatoria ad uno Stato semplicemente in ragione della protezione da accordare ai diritti unilateralmente rivendicati da un altro Stato agente in via cautelare e in assenza di una *summaria cognitio* circa la loro fondatezza. Più in generale, è possibile ascrivere l'esplicitazione del requisito della "plausibilità" a quel particolare atteggiamento assunto dalla Corte nella prassi post-*LaGrand*, volto a stemperare ovvero a controbilanciare la portata e l'incidenza della vincolatività delle misure cautelari. Questo atteggiamento, riscontrabile con riguardo a molteplici aspetti del regime cautelare (basti pensare, ad esempio, all'incertezza che ancora pervade la questione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione delle misure), si è quindi tradotto anche nella previsione di un nuovo requisito, quello della *plausibility*, che ha reso di fatto più gravoso l'onere probatorio sullo Stato richiedente garantendo, in via di principio, una maggiore "copertura" alle misure cautelari sul piano della cognizione che ne assiste l'adozione, al fine di contenere il rischio che tali misure possano rivelarsi ingiuste perché volte a tutelare diritti inesistenti.

Il secondo rilievo da cui è opportuno muovere attiene invece ai criteri generali che sembrano aver ispirato la Corte nell'esercizio del potere di accertamento della *plausibility* fin dall'ordinanza resa in *Belgio c. Senegal*. Attraverso un esame della prassi rilevante, è possibile individuare detti criteri nella *prudenza processuale* e nella *discrezionalità* quanto alla gestione del potere di "incursione" nel merito della controversia in una fase incidentale. Per comprendere meglio tale rilievo, è utile aggiungere che – in ragione dei caratteri essenziali del regime cautelare, ossia la provvisorietà delle misure e della relativa cognizione, nonché l'incidentalità del procedimento ad esse sotteso (caratteri pienamente deducibili dal tenore dello Statuto e del Regolamento della Corte) – costituisce un dato ormai consolidato nella prassi quello per cui la decisione cautelare non solo non può anticipare il giudizio sul merito, assumendo i connotati di una sentenza interlocutoria, ma non deve neanche pregiudicare in alcun modo le questioni relative alla competenza, all'ammissibilità ovvero al merito della controversia. Con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, che trova una conferma nel costante inserimento delle cd. clausole di non-pregiudizio all'interno delle ordinanze cautelari (cfr. ad esempio il par. 54 dell'ordinanza in rassegna), appare dunque evidente come l'accertamento del nuovo presupposto, nei limiti in cui implica un esame sommario su questioni di merito, debba essere condotto in maniera tale da evitare che possa pregiudicare i diritti delle parti a sottoporre le proprie argomentazioni nella sede

appropriata nonché orientare prematuramente il giudizio della Corte.

È comprensibile, pertanto, che l'approccio fino ad ora seguito da quest'ultima sia qualificabile prevalentemente in termini di *prudenza*, vale a dire di "cautela" nella valutazione *prima facie* di questioni la cui piena trattazione è rimessa al procedimento principale (sulla "cautela" nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 41 dello Statuto, si vedano da ultimo le considerazioni espresse dal giudice Greenwood nell'opinione dissidente annessa all'ordinanza resa in *Timor Est c. Australia*, par. 6). Ad un simile approccio prudenziale, si aggiunge inoltre la *discrezionalità* che la Corte si è riservata in ordine alla determinazione del "contenuto" del *plausibility test*. Quest'ultimo dato sembra emergere dalla giurisprudenza più recente, in cui essa ha sempre evitato di specificare in cosa consista l'accertamento della "plausibilità" dei diritti e quale sia il grado di intensità della cognizione preliminare sul merito (esponendosi in tal modo anche alle critiche di alcuni dei suoi componenti; v. in particolare le osservazioni dei giudici Koroma e Sepúlveda-Amor nelle rispettive opinioni individuali annesse all'ordinanza dell'8 marzo 2011 resa nel caso *Certe attività condotte dal Nicaragua nell'area di confine (Costa Rica c. Nicaragua)*, in *ICJ Rep.* 2011). Probabilmente, è proprio al fine di riservarsi un margine di discrezionalità quanto alla modulazione del grado di accertamento (*fumus boni iuris, fumus non mali iuris*, ecc.), variabile a seconda dei singoli casi e dell'entità dell'urgenza a provvedere, che la Corte ha finora esitato a pronunciarsi sul punto. Del resto, è sempre in forza della discrezionalità di cui essa gode nel gestire la propria cognizione cautelare – consentendole, ad esempio, di stabilire l'ordine di priorità per la valutazione delle condizioni *ex art. 41* dello Statuto – che l'accertamento sommario sul merito è stato condotto in modo *prudenziale*. Si pensi alla vicenda che ancora vede contrapporsi il Costa Rica e il Nicaragua dinanzi alla Corte. Il processo, in quel caso, ha conosciuto molteplici fasi incidentali in cui l'accertamento della *plausibility* avrebbe potuto essere effettuato, ma di fatto la Corte, nell'esercizio della discrezionalità che il silenzio dello Statuto e del Regolamento le attribuiscono al riguardo, si è sempre limitata a rinviare implicitamente all'accertamento *già* compiuto in occasione del primo procedimento cautelare, proprio per evitare di ripetere incautamente una valutazione attinente a questioni di merito (oltre che, ovviamente, per esigenze di economia processuale).

Quanto alla prassi rilevante, si è già accennato come, a partire dall'ordinanza adottata in *Belgio c. Senegal*, la Corte non abbia mai provveduto ad esplicitare il giudizio sulla plausibilità dei diritti rivendicati, limitandosi essenzialmente a far proprie le argomentazioni avanzate dallo Stato richiedente e sancendo la plausibilità dei diritti da questo invocati. Così, in *Belgio c. Senegal*, essa ha semplicemente rilevato che i diritti asseriti dal Belgio «[...] being grounded in a possible interpretation of the Convention against Torture, therefore appear to be plausible» (ordinanza del 28 maggio 2009, cit., par. 60). In *Costa Rica c. Nicaragua*, si è limitata ad affermare che «[...] after a careful examination of the evidence and arguments presented by the Parties, [it appears] that the title to sovereignty claimed by Costa Rica over the entirety of Isla Portillos is plausible» (ordinanza dell'8 marzo 2011, cit. par. 58). Infine, anche nell'ordinanza sulle misure cautelari relativa al caso della *Domanda di interpretazione della sentenza del 15 giugno 1962 nell'affare del Tempio di Preah Vihear (Cambogia c. Thailandia)* (in *ICJ Rep.* 2011, p. 537), la Corte ha concluso nel senso che «[...] the rights claimed by Cambodia, in so far as they are based on the 1962 Judgment as interpreted by Cambodia, are plausible» (par. 33).

In sostanza, ciò che appare desumibile dalla prassi citata è l'assenza di qualsivoglia forma di "motivazione" del giudizio di plausibilità da parte della Corte, ossia di argomentazioni giustificative che possano ricondursi a valutazioni autonomamente

effettuate da questa e non esclusivamente dallo Stato richiedente.

Ebbene, venendo all'ordinanza emessa nell'ambito della singolare controversia in atto tra il Timor Est e l'Australia, è possibile fin da subito rilevare come in tale provvedimento la Corte sia invece intervenuta in maniera più pregnante nello scrutinio sulla "plausibilità" dei diritti rivendicati dal Timor Est, manifestando un approccio certamente più "attivo" rispetto a quanto sembrerebbe emergere dalle ordinanze precedenti. Nel caso di specie, lo Stato richiedente aveva reclamato la protezione *pendente lite* dei diritti di possesso e proprietà sul materiale sequestrato dagli agenti australiani, la cui titolarità in capo ad uno Stato sovrano avrebbe implicato altresì il diritto all'immunità ed inviolabilità di tale proprietà. Inoltre, le misure cautelari richieste sarebbero state rivolte anche alla tutela di quel diritto alla confidenzialità e alla non interferenza nelle comunicazioni – gran parte delle quali attinenti ad un arbitrato pendente tra i due Stati in lite – intrattenute dallo Stato con i propri consulenti, che secondo il Timor Est assurgerebbe a principio generale di diritto (v. il par. 24 dell'ordinanza). Di contro, l'Australia aveva sostenuto che pur ammettendo, ma non concedendo, la titolarità del diritto di proprietà rivendicata dal Timor Est sul materiale sequestrato, non potesse configurarsi un principio generale in tema di inviolabilità e immunità al riguardo. Quanto invece alla riservatezza delle comunicazioni, essa si era espressa nel senso che l'eventuale esistenza di un simile principio nel diritto internazionale avrebbe trovato, ad ogni modo, un limite nelle esigenze di sicurezza nazionale (par. 25).

A fronte di tali rivendicazioni, la Corte ha dunque provveduto all'accertamento della *plausibility* in relazione al solo diritto alla confidenzialità delle comunicazioni concernenti la soluzione di una controversia internazionale intervenute tra uno Stato e i propri consulenti, rilevando come «[...] this claimed right might be derived from the principle of the sovereign equality of States, which is one of the fundamental principles of the international legal order and is reflected in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations». In particolare, a giudizio della Corte, «[...] equality of the parties must be preserved when they are involved, pursuant to Article 2, paragraph 3, of the Charter, in the process of settling an international dispute by peaceful means. If a State is engaged in the peaceful settlement of a dispute with another State through arbitration or negotiations, it would expect to undertake these arbitration proceedings or negotiations without interference by the other party in the preparation and conduct of its case. It would follow that in such a situation, a State has a plausible right to the protection of its communications with counsel relating to an arbitration or to negotiations, in particular, to the protection of the correspondence between them, as well as to the protection of confidentiality of any documents and data prepared by counsel to advise that State in such a context» (par. 27).

Come risulta chiaramente dal passaggio riportato, la Corte non si è limitata a far proprie le deduzioni avanzate dal Timor Est al fine di sancire la "plausibilità", ma ha proceduto ad un autonomo scrutinio sull'apparente fondatezza del diritto invocato, esternando, con un attento uso del condizionale, le deduzioni giuridiche da essa autonomamente sviluppate. Senza voler entrare nel merito di simili valutazioni, ciò che interessa mettere in rilievo in questa sede è il carattere innovativo dell'approccio seguito dalla Corte con riguardo al *plausibility test*. Ciò si manifesta soprattutto mettendo a confronto tale approccio con la prassi precedente in cui, come si è visto, la forse eccessiva prudenza processuale faceva apparire il nuovo requisito come "inconsistente" sul piano dell'estensione della cognizione incidentale della Corte.

Un altro aspetto dell'ordinanza sul quale è interessante soffermarsi riguarda la

delimitazione dell'oggetto del *plausibility test*. Si è già accennato al fatto che la Corte, nel provvedimento in esame, ha limitato l'accertamento della "plausibilità" al diritto alla riservatezza nelle comunicazioni, omettendo quindi di pronunciarsi in ordine al carattere plausibile dei diritti di proprietà e possesso sul materiale sequestrato che pure avevano formato oggetto della domanda di protezione cautelare. Appare significativo al riguardo come la stessa Corte, una volta esaurito l'accertamento in questione, abbia considerato che «[...] *at least some of the rights for which Timor-Leste seeks protection – namely, the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia, including the right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers – are plausible*» (par. 28, corsivo aggiunto). Nelle precedenti ordinanze, la Corte non aveva mai proceduto ad una simile delimitazione dell'oggetto dell'accertamento che, stando alla formula risalente a *Belgio c. Senegal*, dovrebbe includere «*the rights asserted by a party*». In effetti, l'unico dato che è possibile desumere dalla giurisprudenza, concerne esclusivamente la demarcazione sul piano soggettivo del giudizio di plausibilità, vale a dire l'"unilateralità" di tale accertamento, che sarebbe dunque volto a ricomprendere i soli diritti rivendicati dallo Stato richiedente. Quest'ultimo aspetto è stato rilevato dalla Corte in occasione della prima ordinanza sulle misure cautelari resa nel caso *Costa Rica c. Nicaragua*, in cui essa ha chiarito che, ai fini dell'apprestamento di una tutela cautelare, «[...] *needs only to decide whether the rights claimed by the Applicant on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible*», non essendo quindi chiamata in quel caso a decidere «[...] *on the plausibility of the title to sovereignty over the disputed territory advanced by Nicaragua*» (ordinanza dell'8 marzo 2011, cit., par. 57-58). È il caso di segnalare, inoltre, che il giudice Greenwood, nell'opinione dissidente annessa all'ordinanza adottata in *Timor Est c. Australia*, ha criticato, tra l'altro, tale approccio, osservando che «[...] *it is clear that the right of Australia to exercise its criminal jurisdiction and its right to protect the safety of its officials must also be regarded as plausible. In deciding what provisional measures to order, the Court should have regard to the plausible rights of both parties in a case*» (par. 28, corsivo aggiunto).

Nell'ordinanza in esame, dunque, la Corte non solo ha valutato la "plausibilità" dei soli diritti avanzati dal ricorrente, allineandosi in tal modo alla prassi precedente, ma ha altresì circoscritto il relativo giudizio soltanto a una parte di questi diritti. Tale delimitazione – riconducibile evidentemente all'ampia discrezionalità di cui gode la Corte quanto alla gestione della cognizione incidentale in sede cautelare – costituisce il portato dell'esigenza di salvaguardare il carattere strumentale e provvisorio di detta cognizione. In altri termini, sembra che la Corte, in tal modo, abbia orientato preventivamente la cognizione in funzione delle misure che avrebbe indicato, limitandosi pertanto ad esperire l'accertamento della *plausibility* solo in relazione ai diritti che tali misure sarebbero state demandate a proteggere. Del resto, una valutazione sulla "plausibilità" dei diritti di proprietà e possesso rivendicati dal Timor Est non sarebbe stata *funzionale* alle misure concretamente indicate dalla Corte (misure differenti rispetto a quelle richieste dal ricorrente), risolvendosi in una incursione nel merito tanto inutile, nell'ottica della Corte, quanto incauta.

Non è questa la sede per interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto la Corte a discostarsi da quanto specificamente richiesto dal Timor Est – e quindi a modellare il *plausibility test* alla luce delle misure indicate di fatto –, essendo queste ragioni attinenti in prevalenza alle valutazioni circa l'entità del rischio di un pregiudizio irreparabile. Ciò che invece si intende mettere in luce, è che anche in questo caso l'accertamento sommario sul merito è stato gestito dalla Corte con l'opportuna "prudenza". Tuttavia, diversamente da

quanto emerge dalle ordinanze antecedenti, tale prudenza non si è manifestata nella mancata esplicitazione delle ragioni che, in punto di diritto, hanno sorretto le valutazioni della Corte, bensì nell'espressa delimitazione dell'oggetto di tale cognizione incidentale. Quest'ultima, in quanto strumentale alla sola indicazione di misure cautelari, non dovrebbe infatti includere aspetti relativi al merito il cui esame non è funzionale alle finalità del procedimento incidentale.

In definitiva, da quanto si è osservato, sembra che l'ordinanza sulle misure cautelari adottata in *Timor Est c. Australia* possa essere indicativa di un'evoluzione nell'approccio della Corte sull'accertamento del nuovo requisito della *plausibility*. La natura e i caratteri di questo accertamento cominciano infatti a prendere forma e ad assumere un'autonoma rilevanza nell'ambito del regime cautelare nel giudizio dinanzi alla Corte. Sarà interessante, pertanto, verificare gli orientamenti che emergeranno dai futuri sviluppi giurisprudenziali e tener conto, in particolare, anche dell'approccio che potrà adottare la Corte laddove il giudizio di "plausibilità" dovesse mai risolversi con esito negativo.

LORIS MAROTTI