

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE DE CARA

Singularité de l'affaire — Droits à protéger — Répartition des compétences juridictionnelles — Immunité de juridiction — Inviolabilité — Dignité du chef de l'Etat — Risque de préjudice — Caractère irréparable — Urgence — Risque d'aggravation du différend — Déclarations d'une Partie à l'audience — Bonne foi — Obligation d'informer l'autorité judiciaire.

L'affaire dont la Cour est saisie affecte un Etat d'Afrique. Cela lui donne une dimension particulière. Non seulement elle concerne un pays marqué par des déchirements constants et des crises répétées depuis qu'il a accédé à l'indépendance en 1960, mais encore elle l'oppose à l'ancienne puissance coloniale. Elle met en cause, notamment, le chef de l'Etat qui, sur ce continent, est l'incarnation de la nation.

«Pays sans unité», la République du Congo présente une diversité géographique à laquelle correspond un ensemble humain composite réuni, un moment, par le chemin de fer et l'intégration coloniale dans l'Afrique équatoriale française autour de Brazzaville¹.

Passé la décolonisation, s'est ouvert un temps de déchirements quand, replié sur lui-même, le pays s'est doté, après une période d'incertitudes ouverte par l'insurrection des «Trois Glorieuses» (1963), d'un régime militaire marxiste qui, en plus de vingt années, n'a mis un terme ni aux flottements ni aux assassinats. En 1991, le pays retrouve son nom, son drapeau, son hymne et ses symboles acquis lors de l'indépendance. La crise économique, en dépit des ressources minérales, et la guerre civile ont alors embrasé le pays. Peu familier des institutions démocratiques, le Congo a retrouvé ses divisions ethniques et régionales: de farouches affrontements ont opposé les milices, zoulou, ninja, cobra, et l'armée, tandis que les étrangers fuyaient la contrée, singulièrement après 1997. Au cours de ces violences, des milliers de personnes ont été décimées ou ont disparu, en particulier en 1999 au port fluvial de Brazzaville. Les armes se taisent au gré des redditions hebdomadaires de bandes de miliciens, mais de sourdes rivalités et oppositions demeurent, perpétuant la lutte sur le terrain politique, par la propagande ou dans la clandestinité.

Ces circonstances tragiques et la fragilité du pays où la paix civile se rétablit lentement expliquent que le Gouvernement de la République du Congo ait saisi la Cour à la suite de certaines procédures pénales déclenchées en France.

En outre, la singularité du dossier tient au fait que pour la première fois la Cour est saisie d'une affaire dans laquelle la compétence a été

¹ Yves Lacoste, *Dictionnaire de géopolitique*, 1997.

DISSENTING OPINION OF JUDGE DE CARA

[Translation]

Distinctiveness of case — Rights to be preserved — Division of jurisdiction — Immunity from jurisdiction — Inviolability — Dignity of Head of State — Risk of prejudice — Irreparability — Urgency — Risk of aggravation of dispute — Statements by a party at hearings — Good faith — Obligation to inform judicial authority.

The case before the Court concerns an African State. That gives it a distinctive dimension. Not only does it concern a country marked by constant upheavals and repeated crises since it gained independence in 1960, it also pits that country against the former colonial power. It involves, in particular, the Head of State and in Africa the Head of State embodies the nation itself.

A “country without unity”, the Republic of the Congo exhibits a geographical diversity matched by the heterogeneity of its people, brought together, at a certain point in time, by the railway and by colonial integration into French Equatorial Africa, centred on Brazzaville¹.

Decolonization was followed by a time of upheaval when, withdrawing into itself after a period of uncertainty starting with the “*Trois Glorieuses*” uprising (1963), the country came under a Marxist military régime, which failed over a period of more than 20 years to put an end to the instability and killings. In 1991, the country claimed back its name, its flag, its national anthem and its symbols, as first adopted on independence. The country was subsequently torn asunder by economic crisis, despite its mineral resources, and by civil war. Having little experience of democratic institutions, the Congo once again fractured along ethnic and geographical lines: fierce clashes occurred between the Zoulou, Ninja and Cobra militias and the army, whilst foreign nationals fled the country, especially after 1997. Thousands were massacred or disappeared during the confrontations, in particular in 1999 at the river port of Brazzaville. The fighting has subsided as each week has brought surrenders by militia elements, but sustained rivalries and opposition remain and the conflict is being pursued, through propaganda and covertly, at the political level.

These tragic circumstances, together with the instability of the country, where peace is slowly being restored, explain why the Government of the Republic of the Congo seized the Court in response to certain criminal proceedings initiated in France.

The case is also distinctive in that this is the first time that the Court has been seized of a case in which the respondent has expressly con-

¹ Yves Lacoste, *Dictionnaire de géopolitique*, 1997.

acceptée expressément par la défenderesse aux fins de la demande du Congo sur la base de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour et il n'y a pas lieu de s'attarder sur la compétence *prima facie* de la Cour. Elle tient ensuite au lien intime entre la procédure en indication de mesures conservatoires et la procédure au fond. Les droits de chacune des Parties que la Cour doit protéger consistent d'une part dans l'exercice de la compétence judiciaire territoriale et personnelle du Congo et l'immunité des personnalités congolaises mises en cause et en particulier, mais pas seulement, celle du chef de l'Etat; ils consistent d'autre part dans la prétention à l'exercice d'une compétence universelle fondée sur la coutume internationale. Il est nécessaire aussi à ce stade de considérer l'ensemble des conséquences que la violation alléguée des droits du Congo peut entraîner. La singularité du dossier tient enfin au contraste entre l'état du droit français en la matière et les actes intempestifs adoptés ou les mesures susceptibles d'être prises par les procureurs et les juges français.

La demande au fond est assortie d'une demande en indication de mesure conservatoire qui «tend à faire ordonner la suspension immédiate de la procédure suivie par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Meaux»².

Aux termes de l'article 41, paragraphe 1, du Statut de la Cour, celle-ci «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».

L'article 75 du Règlement de la Cour précise que :

«1. La Cour peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter.

2. Lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, la Cour peut indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande.»

Il ressort de ces textes que l'indication de mesures conservatoires relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Cette dernière l'exerce en fonction des *circonstances* de chaque espèce et elle peut exercer d'office ce pouvoir qui en somme ne connaît pas de limites³. L'essentiel est que la Cour ne préjuge pas du fond et «laisse intact le droit du défendeur de faire valoir ses moyens»⁴. L'objectif est de sauvegarder les droits des parties tels que

² Requête de la République du Congo, p. 16.

³ B. Ajibola, opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 10 janvier 1996 en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 35.

⁴ *Anglo-Iranian Oil Co., mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951*, C.I.J. Recueil 1951, p. 93.

sented, under Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court, to jurisdiction in respect of an application (here, that of the Congo), and there has been no need to consider the *prima facie* jurisdiction of the Court. Its distinctiveness also lies in the close relationship between the proceedings on provisional measures and the proceedings on the merits. The Parties' respective rights to be protected by the Court are, on the one hand, the Congo's claim to territorial and personal jurisdiction and the immunity of the Congolese personalities involved — in particular, but not exclusively, that of the Head of State — and, on the other, the claim to universal jurisdiction based on international custom. It is thus necessary at this stage to consider all the consequences that may arise from the alleged violation of the Congo's rights. The distinctive nature of the case lies lastly in the contrast between the relevant French law as it now stands and the inappropriate measures taken or capable of being taken by the French prosecutors and judges.

The Application on the merits is accompanied by a request for the indication of a provisional measure whereby the Congo "seeks an order for the immediate suspension of the proceedings being conducted by the investigating judge of the Meaux *Tribunal de grande instance*"².

Under Article 41, paragraph 1, of the Court's Statute, the Court has "the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party".

Article 75 of the Rules of Court provides that:

"1. The Court may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties.

2. When a request for provisional measures has been made, the Court may indicate measures that are in whole or in part other than those requested, or that ought to be taken or complied with by the party which has itself made the request."

These provisions show that the indication of provisional measures falls within the Court's power of discretion, which it exercises according to the *circumstances* of each particular case, and the Court may exercise this discretion, which is basically unfettered³, *proprio motu*. The essential point is that the Court must not prejudge the merits of the case and must leave "unaffected the right of the Respondent to submit arguments"⁴.

² Application of the Republic of the Congo, p. 17.

³ B. Ajibola, separate opinion appended to the Order of 10 January 1996 in the case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 35.

⁴ *Anglo-Iranian Oil Co., Provisional Measures, Order of 5 July 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 93.

les définira la décision de la Cour et qu'elle le fera dans l'intérêt égal des deux parties⁵. Encore faut-il que «les droits allégués dont il est demandé qu'ils fassent l'objet de mesures conservatoires» soient «l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire»⁶.

Toutefois, la jurisprudence a précisé les conditions d'indication de mesures conservatoires, résumées par une formule désormais insérée régulièrement dans les ordonnances de la Cour, comme elle l'est ici au paragraphe 22⁷.

La Cour a ainsi ajouté au texte du Statut qui se limite à lui donner le pouvoir d'apprécier selon les *circonstances*⁸. Une jurisprudence bien établie conduit donc dans chaque espèce à vérifier s'il existe un risque sérieux qu'un préjudice irréparable soit porté aux droits des parties et en particulier de la partie demanderesse, en l'espèce la République du Congo, et s'il y a urgence à l'indication de mesures conservatoires. La Cour dispose néanmoins d'une grande latitude dans l'exercice de sa fonction judiciaire en matière de mesures conservatoires et elle peut estimer qu'il n'est pas utile de prendre de telles mesures en raison du comportement ou des déclarations des parties ou, au contraire, elle peut décider d'autres mesures que celles qui ont été sollicitées ou encore en indiquer d'office.

La Cour n'a pas cru pouvoir faire droit à la demande en indication de mesure conservatoire présentée par le Congo et je regrette de ne pouvoir m'associer à sa décision car il me semble que l'élément essentiel du dossier a été négligé : la pièce maîtresse du procès est le réquisitoire du 23 janvier 2002. Cet acte de poursuite fonde et commande l'ensemble des pro-

⁵ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, p. 544.

⁶ Affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1990, p. 70.

⁷ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2000, p. 201, par. 69; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, C.I.J. Recueil 2000, p. 127, par. 39; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 257, par. 35.

Le juge Oda a résumé les conditions qui se dégagent de la jurisprudence :

«ces droits sont ceux sur lesquels il doit être statué au stade de l'examen au fond et qui font l'objet de la requête ou sont directement mis en cause par celle-ci. Le caractère d'urgence de l'action ou de son interdiction constitue une condition préalable. La violation potentielle ou effective des droits à sauvegarder doit être de celles auxquelles il ne peut être remédié par le versement d'une indemnité ou l'octroi d'une réparation qui seraient ultérieurement fixés par un arrêt rendu sur le fond, et ce préjudice irréparable doit être imminent.» (*Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, p. 551.) [Traduction du Greffe.]

⁸ Dans son opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 2 mars 1990, le juge Hubert Thierry soutient même que, «dès lors que les circonstances exigent de telles mesures, elles [les mesures conservatoires] doivent être prises (art. 41)» (*Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1990, p. 79).

The objective is to preserve the parties' rights as subsequently determined by the decision of the Court and to do so in the interests of both parties equally⁵. It is moreover necessary for "the alleged rights sought to be made the subject of provisional measures" to be "the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case"⁶.

However, jurisprudence has clarified the conditions for the indication of provisional measures, summed up by language now regularly inserted into the Court's orders, as it is in paragraph 22 of the present Order⁷.

The Court has accordingly supplemented the text of the Statute, which simply grants it discretion depending on the *circumstances*⁸. Well-established case law thus calls for a determination in each case as to whether there is a serious risk of irreparable prejudice being caused to the rights of the parties and in particular of the applicant, in this case the Republic of the Congo, and whether there is an urgent need for the indication of provisional measures. The Court nevertheless enjoys considerable leeway in the exercise of its judicial function with respect to provisional measures: it may take the view that ordering such measures would be pointless owing to the conduct or statements of the parties; on the other hand, it may decide on measures other than those requested or even indicate measures *proprio motu*.

The Court did not see fit to uphold the Congo's request for the indication of a provisional measure and I regret that I was unable to vote in favour of the decision because I consider the crux of the case — the cornerstone of the proceeding in question, the *réquisitoire* (prosecutor's application for judicial investigation) of 23 January 2002 — to have been

⁵ Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II, p. 544.

⁶ Case concerning the *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, *Provisional Measures*, I.C.J. Reports 1990, p. 70.

⁷ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J. Reports 2000, p. 201, para. 69; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, I.C.J. Reports 2000, p. 127, para. 39; *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1998, p. 257, para. 35.

Judge Oda summed up as follows the conditions defined by the jurisprudence:

"the rights in question are those to be confronted at the merits stage of the case, and which constitute or are directly engaged by the subject of the application. The urgency of the relevant action or inhibition is a prerequisite. The anticipated or actual breach of the rights to be preserved ought to be one that could not be erased by the payment of reparation or compensation to be ordered in a later judgment on the merits, and this irreparable prejudice must be imminent." (*Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, p. 551.)

⁸ In his dissenting opinion appended to the Order of 2 March 1990, Judge Hubert Thierry even contends that "if the circumstances actually require such measures, they [the provisional measures] 'ought' to be taken (Art. 41)" (*Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, *Provisional Measures*, I.C.J. Reports 1990, p. 79).

cédures pénales en France⁹ et il constitue le nœud gordien du différend qui oppose les Parties devant la Cour. Au stade des mesures conservatoires, il est la source du risque de préjudice irréparable, étant entendu que les droits à protéger feront l'objet de la discussion au fond. Or, j'incline à penser, respectueusement, que l'approche formelle de la Cour l'a conduite à s'attacher aux termes généraux du droit français et non à cet élément dont l'examen s'imposait au stade des mesures conservatoires. Je ne peux donc, quel que soit mon souhait, souscrire au raisonnement ni au dispositif de la présente ordonnance pour les raisons suivantes.

I. IL EXISTE UN RISQUE SÉRIEUR QU'UN PRÉJUDICE IRRÉPARABLE SOIT PORTÉ AUX DROITS D'UNE PARTIE

De la requête et des plaidoiries se dégagent les droits dont la République du Congo cherche à assurer la protection en raison du risque de préjudice irréparable que l'ouverture de certaines procédures pénales en France laisse peser sur eux.

A. Les droits à protéger

Au cours de la procédure orale, il a été souvent fait référence à l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*; toutefois, la situation était différente car la mesure en cause était un mandat d'arrêt international émis contre le ministre des affaires étrangères, susceptible de porter préjudice à l'intéressé non par sa diffusion, mais seulement au moment où il y eût été répondu par un Etat tiers qui y eût donné suite. Inversement, dans la présente affaire, il s'agit d'actes d'ouverture d'une procédure judiciaire: enquête préliminaire, information judiciaire sur réquisitoire du procureur, garde à vue et audition comme témoin assisté du général Dabira, demande d'audition du chef de l'Etat comme témoin, sans considération pour l'information ouverte par le tribunal de grande instance de Brazzaville.

Or, certaines de ces mesures qui peuvent apparaître préparatoires sont en réalité des actes de poursuite qui affectent, sans que cette appréciation préjuge du fond, aussi bien la compétence juridictionnelle de la République du Congo que le statut international des autorités congolaises mises en cause.

1) Tout d'abord, le premier droit invoqué par le Congo résulte du principe de l'«égalité souveraine» des Etats qui, selon lui, interdit à un

⁹ «Le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République» (art. 80 du code de procédure pénale français).

disregarded. That prosecutorial act is the basis for and governs all the criminal proceedings pending in France⁹ and it constitutes the Gordian knot of the Parties' dispute before the Court. At the provisional measures stage it represents the source of the risk of irreparable prejudice, given that the rights to be protected will be the subject of the proceedings on the merits. I am inclined to believe, however, with all due respect, that the Court's formal approach has led it to rely on the general terms of French law and not on this key factor which needed to be considered at the provisional measures stage. I am thus unable, contrary though that may be to my wishes, to support either the reasoning or the *dispositif* of the present Order for the following reasons.

I. THERE IS A SERIOUS RISK OF IRREPARABLE PREJUDICE BEING CAUSED TO THE RIGHTS OF A PARTY

The rights which the Republic of the Congo sought to protect from the risk of irreparable prejudice raised by the opening of certain criminal proceedings in France are apparent from its Application and oral argument.

A. *The Rights to Be Protected*

During the oral proceedings, frequent reference was made to the case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. However, the situation was different in that case because the disputed measure was an international arrest warrant issued against the Minister for Foreign Affairs, capable of causing prejudice to the person concerned not by virtue of its circulation but only upon potential execution by a third State. By contrast, the present case concerns acts initiating judicial proceedings: preliminary police enquiry, judicial investigation on the application of the prosecutor, police custody and examination as *témoïn assisté* (legally represented witness) of General Dabira, and an application to question the Head of State as witness, without regard for the judicial investigation opened by the *Tribunal de grande instance* of Brazzaville.

Some of those measures, which may appear preliminary, are in fact acts of prosecution which — although this is not to prejudge the merits — interfere both with the jurisdiction of the Republic of the Congo and with the international standing of the Congolese authorities involved.

(1) To begin with, the first right invoked by the Congo stems from the principle of the “sovereign equality” of States, which, according to the

⁹ “The investigating judge can only investigate by virtue of a *réquisitoire* issued by the *Procureur de la République*” (Art. 80 of the French Code of Criminal Procedure).

Etat de s'attribuer «unilatéralement une compétence universelle en matière pénale». Il apparaît en effet que les mesures judiciaires françaises sont susceptibles de porter atteinte à la répartition des compétences des juridictions pénales en droit international.

En premier lieu, il est établi que le droit français retient la compétence universelle dans des conditions limitées qui ont été rappelées à l'audience¹⁰, mais en l'espèce, le point de désaccord entre les Parties réside dans le réquisitoire du 23 janvier 2002 qui permet au juge français de fonder la procédure d'information sur une compétence universelle résultant de la coutume internationale. La plainte du 5 décembre 2001, transmise par le réquisitoire introductif, expose que

«le juge interne est fondé à puiser dans la coutume internationale la source de son droit d'exercer sa compétence pour poursuivre les auteurs d'un crime contre l'humanité qui n'aurait pas été commis en France et dont ni l'auteur ni la victime n'auraient la nationalité française»¹¹.

Cela est répété dans la plainte du 7 décembre :

«Bien que les faits se soient déroulés sur le territoire de la République du Congo, le juge français est compétent pour statuer sur le crime contre l'humanité en vertu de la coutume internationale...»¹²

En annexant ses plaintes au réquisitoire introductif du 23 janvier 2001, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Meaux fait sienne cette base de compétence. En revanche, en ce qui concerne les actes de torture, il suffit de rappeler que l'article 5 de la convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984 implique la subsidiarité de la compétence universelle par rapport à la compétence territoriale, personnelle active et personnelle passive. En effet, le paragraphe 1 de l'article 5 oblige les Etats parties à établir leur compétence territoriale ainsi que leur compétence personnelle active, et il leur permet d'établir leur compétence personnelle passive. Le paragraphe 2 impose à tout Etat partie de prendre les mesures nécessaires aux fins de connaître des infractions visées par la convention dans le cas où l'auteur présumé de ces infractions se trouve sous sa juridiction et où il ne l'extrade pas. La compétence universelle n'est donc ici qu'une application de l'adage *aut dedere*

¹⁰ L'agent du Gouvernement français a rappelé que la compétence universelle est subordonnée en France à deux conditions : «il faut en principe qu'un traité auquel la France est partie prévoie et même impose une telle compétence universelle ... il faut que les personnes suspectées se trouvent sur le territoire français» (CR 2003/21, p. 9).

¹¹ Lettre de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme adressée à Monsieur le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris le 5 décembre 2001, p. 25.

¹² Document D1/2 du 7 décembre annexé à la lettre de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme adressée à Monsieur le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, p. 2.

Applicant, prohibits a State from “unilaterally attributing to itself universal jurisdiction in criminal matters”. It is apparent that the French judicial measures are capable of contravening the division of jurisdiction between criminal courts under international law.

First, while it is true that French law recognizes universal jurisdiction under limited conditions that were recalled during the hearings¹⁰, the disagreement between the Parties in the present case hinges on the *réquisitoire* of 23 January 2002, which lets the French judge found his investigation on universal jurisdiction arising from international custom. The complaint of 5 December 2001, transmitted with the prosecutor’s originating application, states that

“[d]omestic courts are therefore entitled to look to international custom as the source of their right to exercise jurisdiction to prosecute the perpetrators of a crime against humanity alleged to have been committed outside France where neither the perpetrator nor the victim is a French national”¹¹.

This is reiterated in the complaint of 7 December:

“Notwithstanding that the facts occurred on the territory of the Republic of the Congo, the French courts have jurisdiction in respect of crimes against humanity by virtue of international custom . . .”¹²

By appending the complaints to his originating application of 23 January 2001, the *Procureur de la République* at the *Meaux Tribunal de grande instance* adopted that basis of jurisdiction. However, with respect to acts of torture, it will be recalled that Article 5 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, of 10 December 1984, implies that universal jurisdiction is subsidiary to territorial jurisdiction and to jurisdiction under the active nationality or passive personality principles. Article 5, paragraph 1, of that Convention obliges States parties to establish their territorial jurisdiction and their jurisdiction under the active nationality principle, whilst also allowing them to establish jurisdiction under the passive personality principle. Paragraph 2 requires each State party to take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences covered by the Convention where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite

¹⁰ The Agent of the French Government pointed out that in France universal jurisdiction is subject to two conditions: “there must in principle be a treaty to which France is a party that provides for that universal jurisdiction and even requires it to be exercised . . . the person suspected must be on French territory” (CR 2003/21, p. 9).

¹¹ Letter from the International Federation of Human Rights Leagues to the *Procureur de la République* at the *Paris Tribunal de grande instance*, dated 5 December 2001, p. 25.

¹² Document D1/2 of 7 December 2001, appended to the letter from the International Federation of Human Rights Leagues to the *Procureur de la République* at the *Paris Tribunal de grande instance*, p. 2.

aut punire. Cela s'impose à plus forte raison lorsqu'il y a une situation de litispendance: la compétence territoriale ou personnelle a priorité sur la compétence universelle.

En second lieu, il ressort du dossier qu'une procédure était en cours au Congo et que l'intervention des juridictions françaises est de nature, selon la République du Congo, à violer le principe *non bis in idem*.

En effet, une procédure d'instruction a été ouverte au Congo pour les mêmes faits; suite au réquisitoire aux fins d'informer du parquet de Brazzaville du 29 août 2000, complété par un réquisitoire supplétif du 11 novembre 2002, le doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Brazzaville a adressé une commission rogatoire au juge d'instruction de Kinshasa qui vise, notamment, les disparitions forcées de plus de trois cent cinquante personnes, les crimes contre l'humanité et de tortures dont la responsabilité est imputée «à Monsieur le président de la République du Congo, à Monsieur le ministre de l'intérieur, à Monsieur Norbert Dabira, inspecteur général des armées, à Monsieur Blaise Adoua, général, commandant de la garde républicaine»¹³.

Or, le principe *non bis in idem* est susceptible d'avoir deux interprétations. Il signifie — comme l'a rappelé l'agent de la France — que des faits définitivement jugés ne puissent pas faire l'objet d'une nouvelle poursuite. C'est l'autorité de la chose jugée qui s'exprime à travers ce principe et qui s'impose pour protéger les garanties des justiciables mais aussi pour protéger l'autorité des décisions de justice. Elle est consacrée dans le code français de procédure pénale (art. 6, 368 et 692) par le Pacte des Nations Unies, le protocole n° 4 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela en effet concerne les décisions des juridictions de jugement lorsqu'elles sont devenues définitives, lorsque l'action porte sur les mêmes faits et qu'elle est dirigée contre la personne qui a été l'objet de la première poursuite.

Mais *non bis in idem* peut signifier aussi dans l'ordre international qu'il y a litispendance faisant obstacle à l'exercice de sa compétence par le juge saisi en second lieu. Sans doute, la portée et la nature de cette règle dans l'ordre international peuvent être discutées, mais il aurait été, pour le moins, prudent que le procureur français s'abstînt de poursuivre.

Du même coup, comme l'a indiqué l'agent de la République du Congo dans ses propos liminaires, il y a violation de l'indépendance de l'Etat du

¹³ Document D1/2 annexé à la lettre de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme adressée à Monsieur le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris le 5 décembre 2001, p. 2.

him. Universal jurisdiction here is thus simply an application of the maxim *aut dedere aut punire*. This principle prevails *a fortiori* in a situation of *lis alibi pendens*: territorial or personal jurisdiction takes priority over universal jurisdiction.

Secondly, the record shows that proceedings were already pending in the Congo and that the intervention of the French courts is, according to the Republic of the Congo, liable to violate the principle *non bis in idem*.

Judicial investigation (*instruction*) proceedings were initiated in the Congo in respect of the same events. Further to the originating application of the Brazzaville prosecutor, dated 29 August 2000, supplemented by an application for an extension of the investigation, dated 11 November 2002, the senior investigating judge of the Brazzaville *Tribunal de grande instance* sent a *commission rogatoire* (letter of request for judicial assistance) to the investigating judge of Kinshasa, concerning *inter alia* the enforced disappearance of more than 350 individuals and crimes against humanity and torture, for which responsibility is attributed to “the President of the Republic of the Congo, the Minister of the Interior, Mr. Norbert Dabira, Inspector General of the Armed Forces, and General Blaise Adoua, Commander of the Republican Guard”¹³.

The principle *non bis in idem* is in fact susceptible of two interpretations. It can mean — as the Agent of France pointed out — that no further proceedings can be brought in respect of acts on which a final judgment has already been rendered. This principle is a manifestation of the doctrine of *res judicata*, which operates not only to safeguard the rights of the person tried but also to preserve the authority of judicial rulings. The doctrine is enshrined in the French Code of Criminal Procedure (Arts. 6, 368 and 692), in the United Nations Covenant and in Protocol No. 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It applies where the decision of a trial court has become final and the subsequent action relates to the same acts and is brought against the same party who was tried in the first proceedings.

But in international law the operation of the principle *non bis in idem* can also indicate the existence of *lis alibi pendens*, precluding the exercise of jurisdiction by a court subsequently seised of the same matter. The scope and nature of that rule in international law may well be subject to debate, but the least that can be said is that it would have been more prudent for the French prosecutor to have refrained from prosecuting in this case.

At the same time, as the Agent of the Republic of the Congo stated in his introductory observations, there has been a violation of the indepen-

¹³ Document D1/2 appended to the 5 December 2001 letter from the International Federation of Human Rights Leagues to the *Procureur de la République* at the Paris *Tribunal de grande instance*, p. 2.

Congo, de sa souveraineté. En effet, le réquisitoire du 23 janvier 2002 constitue en soi un acte de poursuite. En saisissant le juge d'instruction des faits dénoncés dans les plaintes et mentionnés dans les procès-verbaux de l'enquête préliminaire, le réquisitoire qualifie les faits, adopte les prétentions des associations plaignantes, avance les qualifications de crimes contre l'humanité et de tortures. Cela constitue une immixtion du juge français dans les affaires intérieures du Congo et un empiétement sur sa souveraineté.

2) Ensuite, la Cour a aussi relevé que le Congo invoque «le droit au respect par la France des immunités conférées par le droit international, en particulier au chef de l'Etat congolais». Les procédures pénales déclenchées en France mettent en cause non pas seulement *l'immunité de juridiction* des personnalités citées mais *leur inviolabilité*, alors qu'ils agiraient ou seraient présents sur le territoire français en qualité de représentants de la République du Congo. Cela vaut particulièrement pour le chef de l'Etat dont la requête invoque l'immunité. Or,

«il n'est pas contesté que le chef de l'Etat bénéficie d'une immunité pénale absolue devant les juridictions d'un Etat étranger. Le caractère absolu de l'immunité exclut qu'il puisse lui être apporté aucune exception, tenant par exemple à la nature de l'infraction qui lui est reprochée.»¹⁴

L'immunité a pour effet de rendre irrecevable toute action introduite contre celui qui s'en prévaut. Sans doute le président Sassou Nguesso s'est rendu à deux reprises en France depuis le déclenchement des procédures incriminées, mais l'existence du réquisitoire, la saisine du juge d'instruction font planer à tout instant une menace sur ses déplacements dans ce pays ou à l'étranger. Cela est particulièrement important dans un Etat dont la Constitution établit un régime présidentiel qui confie l'essentiel du pouvoir et des responsabilités dans le fonctionnement des pouvoirs publics au chef de l'Etat.

3) Enfin, plus généralement, il ressort de la demande et des observations présentées par le Congo à l'audience que les procédures pénales françaises portent atteinte à la *dignité de l'Etat*, qualité inhérente aux Etats souverains. Anzilotti observait déjà que dans les rapports entre les Etats «l'honneur et la dignité de l'Etat l'emportent de beaucoup sur les intérêts matériels» et que «le dommage moral prend une importance de très loin supérieure à celle qu'il a dans le droit national»¹⁵. Il s'agit sans

¹⁴ J. Verhoeven, Rapport à l'Institut de droit international, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2000-2001, vol. 69, p. 516.

¹⁵ *Cours de droit international*, 1929, vol. I, p. 523.

dence and sovereignty of the Congolese State. The *réquisitoire* of 23 January 2002 constitutes *per se* an act of prosecution. In seising the investigating judge of the offences alleged in the complaints and mentioned in the reports of the preliminary police enquiry, the *réquisitoire* characterizes the facts, advances as its own the claims of the complainant associations and alleges the existence of crimes against humanity and torture. This constitutes interference by the French judiciary in the domestic affairs of the Congo and encroaches upon the sovereignty of that State.

(2) Further, the Court also observed that the Congo invoked “the right to respect by France for the immunities conferred by international law on, . . . in particular, the Congolese Head of State”. The criminal proceedings initiated in France raise a challenge not only to the *immunity from jurisdiction* of the personalities named but also to *their inviolability*, in so far as they may act or be present on the territory of France in their capacities as representatives of the Republic of the Congo. This is particularly true for the Head of State, whose immunity is invoked in the Application.

“It is not disputed that the Head of State benefits from absolute criminal immunity before the courts of a foreign State. The absolute nature of the immunity precludes the application of any exception to that immunity, for example based on the nature of the offence of which he is accused.”¹⁴

Immunity has the effect of rendering inadmissible any action brought against the person who invokes it. President Sassoou Nguesso has admittedly visited France on two occasions since the start of the disputed proceedings, but the existence of the *réquisitoire* and the reference of the case to the investigating judge maintain a constant threat in respect of his travels to France or to other foreign countries. This is particularly significant for a State whose constitution establishes a presidential régime, entrusting the Head of State with most of the authority and responsibilities for the functioning of the Government.

(3) Lastly, and more generally, it is clear from the Application and the Congo’s statements at the hearings that the French criminal proceedings impugn the *dignity of the State*, a quality vested in sovereign States. Anzilotti observed in his day that in relations between States “the honour and dignity of the State far outweigh material interests” and that “non-material damage takes on a far greater significance than in internal law”¹⁵. The notion remains rather vague but it does entail certain specific

¹⁴ J. Verhoeven, Rapport à l’Institut de droit international “Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’Etat et de gouvernement en droit international”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 2000-2001, Vol. 69, p. 516.

¹⁵ *Cours de droit international*, 1929, Vol. I, p. 523.

doute d'une notion assez floue mais qui emporte quelques conséquences juridiques précises¹⁶. Par-delà les règles et les usages du protocole et le cérémonial, la dignité des représentants diplomatiques est conventionnellement protégée¹⁷ et la convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale reconnaît et consacre l'existence d'une obligation en droit international de prendre toutes mesures appropriées pour prévenir les attaques contre la dignité des personnes internationalement protégées (art. 2, par. 3).

En outre, une partie de la doctrine classique fondait l'immunité de juridiction de l'Etat et du chef d'Etat sur la dignité de l'Etat; l'arrêt du *Chief Justice Marshall* dans l'affaire *The Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) rappelle l'obligation de tout Etat souverain de ne pas attenter à la dignité de sa nation («*not to degrade the dignity of his nation*») en se soumettant à la juridiction d'un autre Etat; un chef d'Etat ou un souverain en visite dans un autre Etat n'a pas à se soumettre à une juridiction étrangère qui serait incompatible avec la dignité de l'Etat («*to subject himself to a jurisdiction incompatible with his dignity and the dignity of his nation*») ¹⁸. Cette justification est encore invoquée chez certains auteurs¹⁹.

Or, cette dignité de l'Etat évoquée par l'agent du Congo²⁰ et à laquelle se rattachent la «réputation», la «considération» ou le «crédit international» de ce pays, ainsi que celle du chef de l'Etat peuvent être atteintes que ce dernier soit présent ou non sur le territoire de l'Etat où les actes portant préjudice ont été commis²¹. Ces actes peuvent être accomplis par l'intermédiaire de publications, d'articles de presse, d'insultes, de déclarations diffamatoires ou offensantes... Souvent ils émanent de personnes privées, alors la puissance sur le territoire de laquelle ces actes interviennent se doit de punir ou de corriger le manquement et de formuler des excuses; ils peuvent résulter d'initiatives inopportunes d'autorités locales

¹⁶ Sir Arthur Watts observe

« La dignité, que ce soit la dignité des Etats ou de leur chef, est une notion difficile à saisir, quoiqu'elle présente encore un intérêt certain d'un point de vue classificatoire. Il est des conséquences auparavant attachées à la nécessité de respecter la dignité des chefs d'Etat qui aujourd'hui perdurent, tout au plus, dans le protocole et l'étiquette ... Certains aspects du respect dû à la dignité des chefs d'Etat se sont néanmoins conservés en droit international. » («*The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 41.) [Traduction du Greffe.]

¹⁷ Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques (art. 29), de 1963 sur les relations consulaires (art. 40), et de 1969 sur les missions spéciales conduites par un chef d'Etat (art. 29).

¹⁸ *The Schooner Exchange v. McFaddon* (1812): 11 US 137-138; dans la jurisprudence anglaise: *Mighell v. The Sultan of Johore* [1894] 1 QB 149.

¹⁹ L. Cavarè, *Le droit international public positif*, 1969, vol. II, p. 10; D. P. O'Connell, *International Law*, 2^e éd., 1970, vol. II, p. 842. Voir aussi J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 507.

²⁰ CR 2003/20, p. 11.

²¹ *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., 1992, vol. I, p. 379.

legal consequences¹⁶. In addition to norms and customs of protocol and ceremonial, the dignity of diplomatic representatives finds protection in treaties¹⁷ and the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons acknowledges and enshrines the existence of an obligation under international law to take all appropriate measures to prevent attacks on the dignity of an internationally protected person (Art. 2, para. 3).

Furthermore, some traditional doctrine founded the immunity from jurisdiction enjoyed by the State and the Head of State on the principle of State dignity. The opinion delivered by Chief Justice Marshall in *The Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) recalls the obligation of any sovereign "not to degrade the dignity of his nation" by submitting to the jurisdiction of another State; a Head of State or sovereign visiting another State is not "to subject himself to a jurisdiction incompatible with his dignity and the dignity of his nation"¹⁸. This justification is still invoked by some authors¹⁹.

The dignity of the State, to which the Agent of the Congo referred²⁰ and to which relate the "reputation", "honour" and "international standing" of that country, and the dignity of the Head of State may be impugned whether or not the Head of State is present on the territory of the State where the injurious acts have been committed²¹. Such acts may be perpetrated through publications, press articles, insults, defamatory or offensive statements, etc. They often emanate from private parties and the authorities of the territory where such acts occur then have a duty to punish or make good the violation and to present apologies; such acts may also stem from inappropriate initiatives by local authori-

¹⁶ Sir Arthur Watts observes:

"Dignity, whether of States or their Heads, is an elusive notion, although it is still a convenient label. Some of the consequences formerly attributed to the need to respect the dignity of Heads of States now survive, if they survive at all, in the realms of protocol and State ceremonial . . . Some aspects of the respect due to the dignity of Heads of States still, however, survive as a matter of international law." ("The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, p. 41.)

¹⁷ Vienna Conventions of 1961 on Diplomatic Relations (Art. 29), of 1963 on Consular Relations (Art. 40), and of 1969 on Special Missions by a Head of State (Art. 29).

¹⁸ *The Schooner Exchange v. McFaddon* (1812), 11 US 127-138; in English case law: *Mighell v. The Sultan of Johore* [1894] 1 QB 149.

¹⁹ L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 1969, Vol. II, p. 10; D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed., 1970, Vol. II, p. 842. See also J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 507.

²⁰ CR 2003/20, p. 11.

²¹ *Oppenheim's International Law*, 9th ed., 1992, Vol. I, p. 379.

et notamment de juridictions de second rang. L'atteinte à la dignité n'en est pas moins réelle.

B. *L'existence d'un préjudice irréparable*

Les mesures conservatoires ont pour objet de prévenir la réalisation d'un préjudice irréparable. Si le préjudice existe, il est déjà trop tard; en revanche, l'indication de mesures conservatoires répond au risque de survenance du préjudice irréparable. La difficulté en l'espèce tient au fait que, jusqu'à présent, le risque qui pèse sur le chef de l'Etat de la République du Congo est apparu potentiel, hypothétique et il a même été qualifié de «chimérique» à l'audience, mais le risque dont est porteur le réquisitoire du 23 janvier n'en est pas moins constant et sa réalisation constituerait précisément un préjudice irrémédiable. D'ores et déjà, la publicité qui entoure des faits de torture ou de disparitions forcées suscite inévitablement le soupçon dès lors qu'est mis en cause un chef d'Etat africain au sortir d'une série de guerres civiles cruelles, tandis qu'aucun crédit ne serait accordé à de telles allégations si elles visaient les dirigeants des vieilles nations.

1. *Le risque de préjudice*

La jurisprudence révèle que l'appréciation du risque de préjudice irréparable peut conduire la Cour à considérer à la fois la probabilité d'un fait ou d'un événement et les conséquences qu'il peut avoir. Cet événement futur n'a pas à être certain, il suffit qu'il soit probable.

Dans certains cas, l'événement susceptible de provoquer le préjudice s'est déjà produit et, dans ces conditions, le travail de la Cour consiste simplement à apprécier à la lumière des faits existants si une mesure conservatoire est nécessaire pour prévenir le dommage irréparable aux droits en cause. Ce fut illustré, par exemple, par les ordonnances du 8 avril et 13 septembre 1993 dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*. Les preuves avancées par la demanderesse étaient les mêmes au soutien de la demande en mesures conservatoires et au soutien de la demande principale²².

Dans d'autres cas, la demande en indication de mesures conservatoires est résultée d'événements postérieurs à la requête au principal comme les incidents qui ont opposé les forces armées du Burkina Faso et de la République du Mali dans la région frontière entre les deux pays dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*²³.

Parfois encore, la Cour est amenée à apprécier la possibilité ou la probabilité du préjudice. Ainsi, dans les ordonnances concernant les affaires

²² C.I.J. Recueil 1993, p. 3 et 325.

²³ Mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 3.

ties, in particular lower courts. The insult to dignity is no less genuine in such cases.

B. The Existence of Irreparable Prejudice

The purpose of provisional measures is to prevent the occurrence of irreparable prejudice. If the prejudice has already come into existence, it is too late; on the other hand, the risk of irreparable prejudice is met by the indication of provisional measures. The difficulty in the present case lies in the fact that the risk for the Head of State of the Republic of the Congo has thus far appeared to be a potential or hypothetical one and was even described during the hearings as “chimerical”, but the risk raised by the *réquisitoire* of 23 January is nonetheless established and the realization of that risk would indeed create irreparable prejudice. Publicity surrounding acts of torture or enforced disappearance has inevitably aroused suspicions already, given that the case involves the Head of an African State on the morrow of a series of vicious civil wars, whereas no credence would be attached to such allegations if they concerned the leaders of older nations.

1. The risk of prejudice

As illustrated by the jurisprudence, in assessing the risk of irreparable prejudice, the Court may be led to consider both the probability and the potential consequences of the occurrence of a fact or event. A future event does not have to be a certainty; it only needs to be probable.

In some cases, the event capable of causing the prejudice may already have occurred and the Court's work then consists simply in assessing whether, in the light of the facts, a provisional measure is necessary to prevent irreparable damage to the rights claimed. This is illustrated, for example, by the Orders of 8 April and 13 September 1993 in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*. The Applicant produced the same evidence in support of its request for provisional measures as for its Application on the merits²².

In other cases, the request for the indication of provisional measures has arisen from events occurring subsequent to the Application, such as the incidents between the armed forces of Burkina Faso and the Republic of Mali in the border region between the two countries in the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case²³.

On other occasions, the Court may have to assess the possibility or likelihood of the prejudice. Thus, in the Orders concerning the *Nuclear*

²² *I.C.J. Reports 1993*, p. 3 and p. 325.

²³ *Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986*, p. 3.

des *Essais nucléaires*, la Cour a dit que le pouvoir reconnu par l'article 41 du Statut

«présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige devant le juge et qu'aucune initiative concernant les questions litigieuses ne doit anticiper sur l'arrêt de la Cour»²⁴.

En l'espèce, la Cour n'exclut pas la possibilité que des dommages puissent être causés à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande par des retombées radioactives des essais nucléaires dans l'atmosphère.

Une formule similaire apparaît dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, mais la Cour est plus précise car elle ajoute que :

«la mise en application immédiate de son règlement par l'Islande, en anticipant sur l'arrêt de la Cour, porterait préjudice aux droits invoqués ... et nuirait à la possibilité de leur rétablissement intégral au cas où la Cour se prononcerait en sa faveur»²⁵.

Plus récemment, comme elle l'avait fait dans l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*²⁶ ou dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mais de façon plus explicite encore la Cour a jugé dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* :

«qu'au vu des circonstances, la Cour est d'avis que les personnes, les biens et les ressources se trouvant sur le territoire du Congo, en particulier dans la zone de conflit, demeurent gravement exposés, et qu'il existe un risque sérieux que les droits en litige dans la présente espèce, tels que décrits au paragraphe 40 ci-dessus [droit à la souveraineté et à l'intégrité territoriale, à l'intégrité de ses biens et de ses ressources naturelles, ainsi que ses droits au respect des règles du droit international humanitaire], subissent un préjudice irréparable»²⁷.

Dans la présente affaire, il m'apparaît que le préjudice existe déjà et qu'un risque de nouveau préjudice peut être relevé à deux égards.

Premièrement, le préjudice est né de la transmission des plaintes par le procureur de Paris au procureur de Meaux. Celui-ci avait l'obligation de se

²⁴ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 103, et *Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 139.

²⁵ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 16, par. 22; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 34, par. 23.

²⁶ C.I.J. Recueil 1998, p. 257, par. 35-37.

²⁷ *Ordonnance du 1^{er} juillet 2000*, C.I.J. Recueil 2000, p. 128, par. 43; les italiques sont de moi.

Tests cases, the Court stated that its power under Article 41 of the Statute

“presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings and that the Court’s judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the matters in issue before the Court”²⁴.

In those cases, the Court did not exclude the possibility of harm being caused to Australia and New Zealand by the radioactive fall-out of the nuclear tests in the atmosphere.

A similar pronouncement appears in the *Fisheries Jurisdiction* cases but the Court was more precise there because it added:

“the immediate implementation by Iceland of its Regulations would, by anticipating the Court’s judgment, prejudice the rights claimed . . . and affect the possibility of their full restoration in the event of a judgment in its favour”²⁵.

More recently, in line with its decisions in the case concerning the *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*²⁶ and in the *LaGrand* case (*Germany v. United States of America*), the Court held even more explicitly in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*:

“in the circumstances, the Court is of the opinion that persons, assets and resources present on the territory of the Congo, particularly in the area of conflict, remain extremely vulnerable, and that there is a serious risk that the rights at issue in this case, as noted in paragraph 40 above [the Congo’s rights to sovereignty, territorial integrity, integrity of its assets and natural resources and its rights to respect for the rules of international humanitarian law], may suffer irreparable prejudice”²⁷.

In the present case, it appears to me that the prejudice already exists and that a risk of further prejudice can be identified in two respects.

First, the prejudice arises from the transmission of the complaints by the Paris prosecutor to the Meaux prosecutor, who had an obligation to

²⁴ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Provisional Measures, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 103, and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Provisional Measures, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 139.

²⁵ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Provisional Measures, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 16, para. 22; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Provisional Measures, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 34, para. 23.

²⁶ I.C.J. Reports 1998, p. 257, paras. 35-37.

²⁷ Order of 1 July 2000, I.C.J. Reports 2000, p. 128, para. 43; emphasis added.

déclarer incompétent pour deux raisons. D'une part, les plaintes mettent en cause des personnalités étrangères dont l'immunité de juridiction est établie ou envisageable; d'autre part, il n'existait dans le droit français aucun fondement à la compétence des autorités judiciaires françaises. La seule possibilité qui s'offrait au procureur était d'affirmer la compétence territoriale des juridictions françaises à l'égard du général Dabira, en raison de son lien de résidence avec le territoire français et de relever pour le reste son incompétence.

A défaut d'une telle déclaration d'incompétence et de la moindre mention à cet égard, en affirmant la compétence des juridictions françaises pour des faits commis à l'étranger le réquisitoire du 23 janvier 2002 bouleverse la répartition internationale des compétences judiciaires et il met en cause l'immunité du chef de l'Etat et éventuellement d'autres personnalités congolaises.

Ce réquisitoire apparaît donc entaché de nullité et le Gouvernement de la République française avait l'obligation envers la République du Congo de faire constater cette nullité par la juridiction compétente, sans attendre que le juge d'instruction ou le procureur de la République lui-même accomplisse d'autres actes aussi contraires au droit international se rattachant au réquisitoire.

Deuxièmement, l'agent et les conseils de la République française ont fait valoir que la convocation du président Sassou Nguesso pour recueillir sa déposition n'était qu'une invitation sur le fondement de l'article 656 du code de procédure pénale.

En réalité, cela constitue la preuve de la violation de l'immunité du chef de l'Etat par le réquisitoire du 23 janvier. En effet, dès lors que le président Sassou Nguesso était expressément mis en cause par les plaintes visées au réquisitoire et par une victime, ou victime alléguée, entendue au cours de l'enquête préliminaire, la déposition que les juges d'instruction attendaient de lui ne pouvait porter que sur les faits dont ils étaient saisis et pour lesquels il était désigné, avec les autres personnalités citées, comme le coupable principal. Alors que toute autre personne ainsi mise en cause n'aurait pu être entendue qu'en qualité de témoin assisté, avec les garanties de la défense, les juges prétendent ainsi demander à un chef d'Etat étranger une déposition relative à des accusations dont il n'a même pas une connaissance exacte puisqu'il n'a pas accès au dossier. Or, les juges d'instruction ne se sont cru autorisés à le faire que parce que le réquisitoire les saisissait, notamment, de faits qui sont imputés au chef de l'Etat congolais.

En admettant même que l'article 656 du code de procédure pénale soit une disposition applicable aux chefs d'Etat — ce qui est contestable²⁸ —, le président du Congo, en se rendant à l'invitation du juge, pourrait s'exposer à une mise en examen sur le fondement des plaintes annexées au réquisitoire introductif du 23 janvier. Mais quel pourrait être l'objet

²⁸ J.-M. Gonnard, *Jurisclasseur de procédure pénale*, fasc. n° 23.

decline jurisdiction for two reasons: the complaints implicate foreign personalities whose immunity from jurisdiction is established or foreseeable; and there was no basis under French law for jurisdiction of the French judicial authorities. The only possibility open to the prosecutor was to assert the territorial jurisdiction of French courts in respect of General Dabira, by virtue of a residential connection with French territory, and to acknowledge that he otherwise lacked jurisdiction.

Failing to acknowledge the lack of jurisdiction or to make any reference to such effect, and asserting the jurisdiction of French courts in respect of acts committed abroad, the *réquisitoire* of 23 January 2002 flouts the international division of jurisdiction among courts and violates the immunity of the Head of State and potentially that of other Congolese personalities.

The *réquisitoire* thus is clearly null and void and the Government of the French Republic had an obligation towards the Republic of the Congo to apply to the competent court for a finding to such effect, without waiting for the investigating judge or the prosecutor himself to proceed with any other acts stemming from the *réquisitoire* that would further violate international law.

Secondly, the Agent and counsel of France claimed that the summons addressed to President Sassou Nguesso to give evidence was simply an invitation under Article 656 of the Code of Criminal Procedure.

In reality, this proves that the Head of State's immunity was violated by the *réquisitoire* of 23 January. Once President Sassou Nguesso had been expressly accused in the complaints appended to the *réquisitoire* and by a victim, or alleged victim, examined during the preliminary police enquiry, the deposition that the investigating judges expected to take from him could only have concerned acts of which they were seised and in respect of which he was named, along with the other personalities identified, as the principal perpetrator. Whilst any other person implicated could only have been examined as a *témoin assisté*, enjoying guarantees of procedural due process, the judges are here seeking a deposition from a foreign Head of State concerning accusations of which he does not even know the exact tenor because he has not been granted access to the case file. The investigating judges only considered themselves entitled to proceed in such a manner because they had been seised by the *réquisitoire* of, *inter alia*, offences attributed to the Congolese Head of State.

Even assuming that Article 656 of the Code of Criminal Procedure applies to Heads of State — which is debatable²⁸ —, the President of the Congo, by deferring to the judge's invitation, could find himself formally placed under judicial examination on the basis of the complaints appended to the prosecutor's originating application of 23 January. But what

²⁸ J.-M. Gonnard, *Jurisqueur de procédure pénale*, fasc. No. 23.

d'une telle audition? Interroger le chef de l'Etat sur des événements intervenus dans son pays? Le conduire à porter des accusations contre tel ou tel de ses concitoyens? Il y a bien là un risque sérieux de préjudice. Le procédé apparaît incongru et, il est vrai, le ministère français des affaires étrangères n'a pas jusqu'à présent transmis l'invitation, ainsi que la Cour le constate dans la présente ordonnance. Toutefois, l'absence de transmission de l'invitation à témoigner peut être due à des raisons d'opportunité ou de légalité, le ministère français des affaires étrangères ayant pu considérer que la procédure de l'article 656 n'était pas applicable à un chef d'Etat étranger. Surtout, cette invitation n'ayant pas abouti, rien n'empêche le juge d'instruction de prendre toutes autres mesures à l'égard du président Sassou Nguesso, sur la base du réquisitoire. Il ne paraît donc pas possible d'affirmer que «les procédures en cours n'ont changé et ne sauraient causer aucun dommage au Congo du fait de violations des immunités du président Sassou Nguesso».

La difficulté tient à ce que l'événement susceptible de créer un préjudice irréparable est en voie de formation, à travers le réquisitoire aux fins d'information dont les conséquences ne sont pas encore toutes réalisées mais demeurent réalisables à la faveur de la décision d'un juge d'instruction moins attentif, moins scrupuleux ou plus obstiné. Tant que l'acte de procédure défectueux, le réquisitoire, subsiste, le risque existe. C'est un risque que l'on dit «hypothétique», mais «un risque est par définition aléatoire et il est dangereux de fonder une décision sur l'absence d'un risque ou sur son caractère improbable»²⁹.

2. Le caractère irréparable du préjudice

La notion de caractère irréparable du préjudice a évolué. Au sens étroit, qui résulte de l'interprétation donnée par la Cour permanente dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge*³⁰, est irréparable le préjudice qui ne «saurait être réparé moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle».

De cette conception étroite, on trouve encore trace dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* où la Cour rejette la demande de la Grèce au motif que le droit dont elle cherchait à assurer la protection (droit de recueillir des renseignements sur les ressources naturelles des zones du plateau continental) «pourrait ... donner lieu à une réparation appropriée»³¹.

²⁹ Opinion dissidente du juge Hubert Thierry jointe à l'ordonnance du 2 mars 1990, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 1990, p. 82.

³⁰ C.P.J.I. série A n° 8, p. 7.

³¹ C.I.J. Recueil 1976, p. 11, par. 33.

would be the purpose of such a deposition? To question the Head of State about events that occurred in his country? To induce him to make accusations against any of his fellow citizens? There is certainly a serious risk of prejudice here. The process would appear incongruous and, admittedly, the French Minister for Foreign Affairs has not transmitted the invitation to date, as the Court observed in the present Order. However, the failure to transmit that invitation to give evidence may be explained by reasons of expediency or legality; the French Minister for Foreign Affairs may have considered the Article 656 procedure inapplicable to a foreign Head of State. Most importantly, as the invitation has not been followed up, there is nothing to prevent the investigating judge from taking any other measures in respect of President Sassou Nguesso on the basis of the *réquisitoire*. It is therefore difficult to see how "the current proceedings . . . have not caused and cannot cause any damage to the Congo by way of breach of the immunities of President Sassou Nguesso".

The difficulty lies in the ongoing nature of the event capable of creating irreparable prejudice, stemming from the prosecutor's originating application of which the consequences have not yet all occurred but remain possible in the event of a decision by a less attentive, less scrupulous or more obstinate investigating judge. For as long as the defective procedural measure, the *réquisitoire*, remains in force, there will always be a risk. That risk is said to be "hypothetical" but "[a] risk is by definition a matter of chance, and it is dangerous to rely for a decision on the absence of a risk or on its improbability"²⁹.

2. Irreparability of prejudice

The notion of irreparable prejudice has evolved. In the narrow sense, following from the Permanent Court's interpretation in the case concerning *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*³⁰, prejudice is irreparable if it cannot "be made good simply by the payment of an indemnity or by compensation or restitution in some other material form".

Evidence of this narrow view was still to be found in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, in which the Court rejected Greece's request on the ground that the right which it was seeking to protect (the right to acquire information concerning the natural resources of areas of continental shelf) was "one that might be capable of reparation by appropriate means"³¹.

²⁹ Dissenting opinion of Judge Thierry appended to the Order of 2 March 1990, *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1990*, p. 82.

³⁰ *P.C.I.J., Series A, No. 8*, p. 7.

³¹ *I.C.J. Reports 1976*, p. 11, para. 33.

La jurisprudence récente dénote une conception plus large du caractère irréparable.

Ceci n'a pas été — semble-t-il — longuement discuté dans des affaires où des mesures conservatoires ont été indiquées pour des raisons évidentes dans les affaires relatives à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, aux incidents armés au cours du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986*, ou lorsque était attendue l'exécution des condamnés à la peine capitale aux Etats-Unis dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*³².

En revanche, dans certaines affaires où la demande en indication de mesures a été rejetée, quelques éléments de réponse peuvent être relevés.

Dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, le caractère irréparable du préjudice a surtout été évoqué et développé par les juges dissidents. Ceux-ci, si le Conseil de sécurité n'avait adopté une résolution qui a changé les circonstances, auraient considéré que la demande en indication de mesures conservatoires était bien fondée. En effet, si la Libye était contrainte à remettre les personnes suspectes, elle aurait de ce fait perdu son droit de les juger elle-même au titre de la convention de Montréal; inversement, il y avait un risque, si la Cour n'intervenait pas, de voir la Libye soumise aux pressions coercitives des puissances défenderesses. Ces dernières contestaient alors le droit du demandeur d'exercer sa compétence judiciaire en la matière. Le juge Ranjeva observait :

«le droit du demandeur, tant dans sa nature que dans son étendue, était menacé de disparition au cas où la demande contraire de la partie défenderesse serait mise à exécution. En effet, à l'opposé, les défendeurs tiennent du droit conventionnel de Montréal le pouvoir de juger les mêmes personnes suspectes. Cette collision de droits contraires, heurt dont le centre de gravité est constitué par une question de responsabilité pénale, est la cause non seulement d'un préjudice *qui risque d'être irréparable* mais surtout d'une aggravation du différend ... le demandeur a eu recours à une voie de droit ouverte à tout Etat qui veut requérir de la Cour la protection légitime de l'exercice de son droit de juger.»³³

³² Par exemple, en dernier lieu l'ordonnance du 5 février 2003, dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis)*, *mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2003*, p. 91, par. 55.

³³ *C.I.J. Recueil 1992*, p. 73, par. 5 et 6; les italiques sont de moi.

Recent case law betokens a broader conception of irreparability.

This has not — it would appear — been discussed at length in cases in which provisional measures have been indicated for obvious reasons, such as the cases concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, armed incidents occurring in the course of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Provisional Measures, Order of 10 January 1986*, and *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, involving the impending execution of prisoners sentenced to the death penalty in the United States³².

On the other hand, some light is shed on this question in certain cases in which the request for the indication of provisional measures has been rejected.

In the case concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, the irreparability of the prejudice was noted and expounded primarily by the dissenting judges. Had the Security Council not adopted a resolution altering the circumstances, they would have found the request for the indication of provisional measures to be justified. If Libya were compelled to surrender the suspects, it would as a result lose its right to try them itself under the Montreal Convention; conversely, if the Court did not intervene, there was a risk that Libya could find itself subject to coercion on the part of the respondent powers. The Respondents were disputing the Applicant's right to exercise its jurisdiction in the matter. Judge Ranjeva observed:

“with respect to both its scope and its nature, the Applicant's right would have been under threat of disappearance had the contrary claim of the Respondent been acted upon. Here, on the contrary, under the Montreal Convention, the Respondents possess the power to prosecute the above-mentioned suspects. This collision of opposing rights, a clash centred upon a question of criminal responsibility, is the cause not only of what *may well be irreparable* prejudice, but above all of an aggravation of the dispute . . . [T]he Applicant has used a remedy open to every State wishing to request of the Court the legitimate protection of its right to pass judgment.”³³

³² For example, most recently the Order of 5 February 2003, in the case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Provisional Measures*, *I.C.J. Reports 2003*, p. 91, para. 55.

³³ *I.C.J. Reports 1992*, p. 73, paras. 5 and 6; emphasis added.

Enfin, dans d'autres affaires, il n'existait même qu'un risque de préjudice *diffus*³⁴.

Ainsi, dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge* en 1927, le président Max Huber indique des mesures conservatoires en considérant que :

«la violation éventuelle ... de certains droits que posséderaient en Chine, la Belgique ou ses ressortissants si le Traité du 2 novembre 1865 était reconnu comme continuant à produire ses effets, ne saurait être réparée moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle»³⁵.

L'ordonnance ne dit rien expressément du préjudice irréparable et pose en principe que «les mesures conservatoires dont il s'agit ne peuvent avoir pour objet que la protection d'*intérêts* qui, sans elles, *courraient le risque d'être irrémédiablement compromis*».

Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour permanente indiqua des mesures conservatoires à l'encontre de la Bulgarie, non pour prévenir un préjudice irréparable, mais parce que les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir. En l'espèce, le Gouvernement belge avait mentionné au titre du préjudice les actes de l'administration des mines de l'Etat mettant en vigueur un tarif spécial factice, les jugements et arrêts du tribunal régional et de la cour d'appel de Sofia, l'arrêt de la Cour de cassation de 1938 ... en considérant qu'ils avaient causé un préjudice grave à une ressortissante belge³⁶.

Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, le risque de préjudice de nature économique était diffus et consistait dans l'appréciation des conséquences de la réglementation islandaise sur l'industrie de la pêche au Royaume-Uni (risque de chômage, désarmement des navires de pêche...).

Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, les demandereses évoquaient les effets des rayonnements ionisants sur la santé en termes potestatifs. L'Australie avait précisé :

«les essais français qui ont déjà lieu pourraient être la cause d'un cancer de la thyroïde par an dû au radio-isotope iode 131, et d'un à quatre autres cas de cancer ... les mêmes isotopes pourraient provoquer en Australie une mutation tous les dix ans, entraînant la mort

³⁴ Mathieu Bouah Bile, *Les mesures conservatoires indiquées par la Cour de La Haye de 1923 à nos jours*, thèse, 1986, vol. 1, p. 109 et suiv.

³⁵ C.P.J.I. série A n° 8, p. 7; les italiques sont de moi.

³⁶ C.P.J.I. série AIB n° 79, p. 199; C.P.J.I. série C n° 88, p. 55-56.

Finally, in other cases there was merely a *diffuse* risk of prejudice³⁴.

Thus in the case concerning *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium* in 1927, President Max Huber indicated provisional measures, finding that:

“in the event of an infraction . . . of certain of the rights, which Belgium or her nationals would possess in China, if the Treaty of November 2nd, 1865, were recognized as still operative, such infraction could not be made good simply by the payment of an indemnity or by compensation or restitution in some other material form”³⁵.

The Order says nothing expressly about irreparable prejudice and lays down the principle that “the object of the provisional measures in question can only be the protection of *interests* which, without such measures, *would be in jeopardy of being irreparably compromised*”.

In the case concerning the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, the Permanent Court indicated provisional measures against Bulgaria, not to prevent irreparable prejudice but because the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given. In that case, the Belgian Government claimed that prejudice had been caused by acts of the State Administration of Mines putting into force a special artificially calculated tariff, by judgments of the District Court and of the Court of Appeal of Sofia, and by the 1938 judgment of the Court of Cassation . . . considering that they had occasioned grave prejudice to a Belgian national³⁶.

In the case concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, the risk of economic prejudice was diffuse and required an assessment of the consequences of the Icelandic regulations on the fishing industry in the United Kingdom (risk of unemployment, decommissioning of fishing vessels, etc.).

In the case concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)*, the Applicants cited potential health effects of atomic radiation. Australia argued:

“as the result of the French tests which have already taken place, [Australia] could have 1 case of thyroid cancer per year due to the isotope iodine-131 and 1 to 4 other cancer cases . . . Due to the same isotopes, Australia could have one mutation in every 10 years lead-

³⁴ Mathieu Bouah Bile, *Les mesures conservatoires indiquées par la Cour de La Haye de 1923 à nos jours*, Dissertation, 1986, Vol. 1, pp. 109 *et seq.*

³⁵ *P.C.I.J., Series A, No. 8*, p. 7; emphasis added.

³⁶ *P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199; *P.C.I.J., Series C, No. 88*, pp. 55-56.

ou une incapacité dans la première génération et de cinquante à cent morts ou incapacités pour l'ensemble des générations suivantes»³⁷.

Le Gouvernement français déclarait en s'appuyant sur une démonstration de caractère scientifique «qu'aucune preuve n'a pu être apportée jusqu'à présent que des doses aussi minimes que celles qui proviennent des retombées françaises sont susceptibles de produire des effets ...». Mais la Cour a jugé que le caractère irréparable du préjudice ne faisait aucun doute.

Par conséquent, à la lumière de cette jurisprudence, dans la présente affaire, la menace de mesures judiciaires coercitives que représente le réquisitoire du 23 janvier est de nature à constituer un risque de préjudice irréparable.

Tout d'abord, une menace de mesure coercitive peut constituer, selon la jurisprudence de la Cour, un risque de préjudice irréparable. Dans une affaire ancienne — certes — mais significative devant la Cour permanente de Justice internationale, le Gouvernement allemand avait demandé à la Cour d'indiquer au Gouvernement polonais, en attendant qu'il soit statué sur la requête, comme mesure conservatoire, de s'abstenir à l'égard des biens du prince von Pless de toute mesure de coercition du chef de l'impôt sur le revenu, car la réalisation des mesures de coercition apporterait aux droits et intérêts qui font l'objet du litige un préjudice irrémédiable. En définitive, après convocation de la Cour, la Pologne fit parvenir des déclarations selon lesquelles les sommations adressées au prince l'avaient été par mégarde et les autorités polonaises supérieures ayant appris que des mesures coercitives avaient été prises contre le prince, le gouvernement les avait annulées et il s'engageait à surseoir aux mesures coercitives relatives à l'impôt sur le revenu du prince pour une autre période, et à n'encaisser les impôts litigieux qu'au moment où la Cour aurait résolu définitivement le différend pendant devant elle. En somme, après accord entre les parties, dans son ordonnance du 11 mai 1933, la Cour constate que, par suite de l'annulation, pour cause d'erreur administrative, des mesures coercitives prises contre le prince von Pless, les motifs sur lesquels était fondée la demande du Gouvernement allemand en indication de mesures conservatoires ont disparu³⁸.

Il y a bien dans la présente affaire un risque de mesures coercitives à l'encontre de ressortissants étrangers, des nationaux congolais bénéficiant ou non d'une immunité de juridiction, pour des faits commis au Congo, décidées par l'autorité judiciaire française sur le fondement d'une compétence inventée dans la coutume internationale.

Ensuite, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour a répondu favorablement à la demande

³⁷ Demande en indication de mesures conservatoires de l'Australie, *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. I, p. 55.

³⁸ *C.P.J.I. série A/B n° 54*, p. 151-153.

ing to death or disability in the first generation, and up to 50-100 deaths or disabilities in all subsequent generations.”³⁷

Relying upon a scientific line of argument, the French Government contended that “to date no evidence has been adduced that such minimal doses as those resulting from the fall-out from the French tests are likely to have an effect . . .”. Still, the Court held that there could be no doubt as to the irreparability of the prejudice.

Consequently, in the light of this jurisprudence the threat of coercive judicial measures raised by the *réquisitoire* of 23 January in the present case is such as to constitute a risk of irreparable prejudice.

First, the threat of a measure of constraint can, under the jurisprudence of the Court, constitute a risk of irreparable prejudice. In an old, but nonetheless significant, case before the Permanent Court of International Justice, the German Government requested the Court to indicate to the Polish Government, as an interim measure of protection pending the delivery of judgment on the Application, that it should abstain from any measure of constraint in respect of the property of the Prince von Pless, on account of income tax, because the carrying into effect of the measures of constraint would irremediably prejudice the right and interests forming the subject of the dispute. Ultimately, after the Court had convened, Poland transmitted declarations stating that: the summonses for payment had been sent to the Prince by oversight; the higher authorities in Poland having learned that measures of constraint had been taken in respect of the Prince, the Government had annulled them and undertook to suspend measures of constraint in respect of the Prince's income tax for another period and to refrain from collecting the disputed taxes until the Court had finally decided the dispute then pending before it. Finally, after agreement between the parties, the Court found in its Order of 11 May 1933 that, in consequence of the annulment, on the ground that an administrative error had occurred, of the measures of constraint against the Prince von Pless, the grounds for the German Government's request for the indication of provisional measures had ceased to exist³⁸.

There is indeed a risk in the present case that coercive measures will be taken against aliens, against Congolese nationals whether or not enjoying immunity from jurisdiction, in respect of acts committed in the Congo, such measures to be decided by French judicial authorities on the basis of a jurisdiction conjured up under international custom.

Further, in the case concerning the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, the Court responded favourably to the United

³⁷ Request for the indication of provisional measures of Australia, *I.C.J. Pleadings, Nuclear Tests*, Vol. I, p. 55.

³⁸ *P.C.I.J., Series A/B, No. 54*, pp. 151-153.

américaine en disant, après avoir rappelé que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige, que

«dans la conduite des relations entre Etats, il n'est pas d'exigence plus fondamentale que celle de l'inviolabilité des diplomates et des ambassades ... les obligations ainsi assumées pour garantir en particulier la sécurité personnelle des diplomates et leur exemption de toute poursuite sont essentielles, ne comportent aucune restriction ...»³⁹.

Il en est à plus forte raison de même lorsque sont en cause les gouvernants des Etats.

Enfin, dans la présente instance, la demanderesse insiste pour que soit pris en considération

«le trouble causé par l'information en cause aux relations internationales de la République du Congo par la publicité que reçoivent ... les actes accomplis par le magistrat instructeur, lesquels portent atteinte à l'honneur et à la considération du chef de l'Etat, du ministre de l'intérieur et de l'inspecteur général de l'armée et, par là, au crédit international du Congo».

Il serait difficile de se borner à affirmer que les relations franco-congolaises vont être altérées car toute procédure relative aux immunités est de nature à affecter les relations entre deux Etats. Il est possible que des allégations de crimes contre l'humanité ou autres crimes d'Etat affectent le crédit international d'une nation, alors les procédures inattendues déclenchées en France seraient de nature à porter atteinte au crédit et même à l'honneur du Congo, en raison de la publicité qui leur est inévitablement donnée.

Dans l'ordre international, le chef de l'Etat représente l'Etat dans tous les aspects de sa vie internationale et cette capacité générale désignée comme le *jus repraesentationis omnimoda* résulte du droit international au moins autant et même plus que du droit constitutionnel national. Sir Arthur Watts résume ainsi la situation: «De manière générale, on peut dire que, de nos jours, les chefs d'Etat, par leur fonction, expriment l'esprit et la grandeur de toute leur nation.»⁴⁰

Il existe sans doute des modes classiques de réparation d'une telle atteinte au crédit ou à l'honneur d'un Etat dans l'ordre international et un arrêt ultérieur de la Cour constituerait une réparation adéquate du manquement à l'égard du Congo dans ses relations avec les autres membres de la société internationale.

En revanche, rien ne saurait réparer l'atteinte à la réputation et l'honneur perdu d'un chef d'Etat aux yeux de son peuple, sensible à la publi-

³⁹ C.I.J. Recueil 1979, p. 19, par. 38.

⁴⁰ Watts, *op. cit.*, p. 32. [Traduction du Greffe.]

States request, stating, after having noted that the power to indicate provisional measures presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute, that

“there is no more fundamental prerequisite for the conduct of relations between States than the inviolability of diplomatic envoys and embassies, . . . the obligations thus assumed, notably those for assuring the personal safety of diplomats and their freedom from prosecution, are essential, unqualified, . . .”³⁹.

The same is true *a fortiori* when State leaders are involved.

Finally, in the present proceedings, the Applicant stresses that account should be taken of

“[the perturbation caused by the proceedings in question to] the international relations of the Republic of the Congo as a result of the publicity accorded . . . to the actions of the investigating judge, which impugn the honour and reputation of the Head of State, of the Minister of the Interior and of the Inspector-General of the Armed Forces and, in consequence, the international standing of the Congo”.

It is not only that Franco-Congolese relations will be damaged because proceedings concerning immunities are likely to affect relations between two States. Allegations of crimes against humanity or other State crimes can impair the international standing of a nation and the unprecedented proceedings initiated in France would be such as to harm the standing and even the honour of the Congo, owing to the publicity which will inevitably be accorded them.

In the international order the Head of State represents the State in all aspects of its international intercourse and this general authority, called the *jus repraesentationis omnimodae*, follows from international law as much as, or even more than, from national constitutional law. Sir Arthur Watts summarizes the position as follows: “It may be said generally that nowadays Heads of States through their office manifest the spirit and grandeur of their nations as a whole.”⁴⁰

True, the international order traditionally provides means for making good such an injury to the standing or honour of a State and a subsequent judgment by the Court would constitute adequate reparation for the damage caused to the Congo in its relations with other members of the international community.

On the other hand, nothing could make good the loss of reputation and honour suffered by a Head of State in the eyes of his people, who

³⁹ *I.C.J. Reports 1979*, p. 19, para. 38.

⁴⁰ Watts, *op. cit.*, p. 32.

citée entretenue par la presse, ou à la propagande d'opposants. Il importe de garder à l'esprit que, dans la présente affaire, est en cause un chef d'Etat africain. En raison des guerres civiles et des événements tragiques qui ont marqué ce continent ces dernières années, un certain crédit est facilement accordé aux rumeurs ou aux accusations qui désignent tel ou tel leader, alors que de semblables accusations feraient sourire ou ne seraient pas considérées comme sérieuses en d'autres régions. En Afrique, le chef de l'Etat occupe une position très particulière car «la population a une conscience plus forte de la solidarité ethnique que de la solidarité nationale ou étatique», observait Raymond Aron; «sans cohésion par le fait de la multiplicité tribale, les Etats d'Afrique sont prénationaux ou subnationaux, si l'on peut dire, en ce sens que l'Etat n'a pas en face de lui une nation unifiée»; il ajoutait que ce type d'Etat nouveau

«est territorial et national: territorial en ce sens qu'à l'intérieur de ses frontières, le souverain a le droit de faire ce qu'il veut, national en ce sens que le souverain se veut non le possesseur du sol, non le maître de ceux qui l'occupent mais l'expression d'un peuple»⁴¹.

Dans ces conditions, le chef de l'Etat identifie le groupe, il incarne la volonté nationale, il exerce une fonction «solidarisante», il symbolise l'existence de la nation et toute accusation contre lui ou tentative d'atteinte à sa personne est perçue comme une atteinte à l'Etat qu'il représente avec un certain unanimisme, même si cet unanimisme est momentanée. Cela a conduit un auteur à conclure que

«Le chef d'Etat africain qui a été un leader et qui fut le premier témoin de l'idée nationale, de sa souveraineté, qui sera assurément, dans l'Afrique de demain, un soldat, a pour mission première de prouver l'Etat.»⁴²

Or, des procédures pénales engagées à l'étranger dans des circonstances mal éclaircies contre des dirigeants politiques qui se sont imposés au terme d'années de guerre civile peuvent contribuer à déstabiliser le gouvernement. Le juge qui même involontairement se prête à des manipulations de l'opinion populaire d'un pays étranger commet une ingérence dans les affaires internes de cet Etat. Un tel préjudice est irréparable car il affecte la légitimité et la stabilité de l'autorité gouvernementale étrangère. La Cour n'a pas voulu tenir compte de cette situation. Elle procède à une distinction abstraite et catégorique entre les droits à protéger et le préjudice qui est la conséquence de la violation de ces droits, en retenant l'éventualité d'un préjudice irréparable qui ne serait pas causé aux droits dont se prévaut le Congo en tant que tels, mais qui pourrait être tel qu'il affecterait de manière irréparable les droits énoncés dans la requête. D'une part, il me semble que ce qui est en cause, ce n'est pas le caractère distinct ou l'importance du préjudice; l'essentiel est de pouvoir établir un

⁴¹ *Paix et guerre entre les nations*, 1962, p. 394-396.

⁴² Bernard Asso, *Le chef d'Etat africain*, 1976, p. 346.

remain sensitive to press reports and propaganda disseminated by opponents. It is important to keep in mind that the present case involves an African Head of State. Owing to the civil wars and tragic events having marked the continent in recent years, rumours and accusations directed at one or another leader are easily given some credence, even though like accusations would raise a smile or be considered frivolous elsewhere. In Africa the Head of State occupies a very special position, for "the people have a stronger sense of ethnic solidarity than of national or State solidarity", as Raymond Aron observed; "lacking cohesion as a result of the multiplicity of tribes, African States are pre-national or sub-national, as it were, in that the State does not have before it a unified nation". He added that this new type of State

"is territorial and national: territorial in that the sovereign is entitled to do as he pleases within its boundaries; national in that the sovereign sees himself not as the possessor of the land nor as the master of those occupying it but as the embodiment of a people"⁴¹.

Accordingly, the Head of State identifies the group, he incarnates the national will, he performs a "rallying" function, he symbolizes the existence of the nation and any accusation against him or attempted harm to his person is perceived as an attack on the State he represents in the manifestation of a certain unanimism, even though that unanimism is fleeting. This has led one author to conclude:

"An African Head of State who has been a leader and the first witness to the national ideal, to its sovereignty, who in tomorrow's Africa will assuredly be a soldier, has as his prime mission proving the existence of the State."⁴²

Now, foreign criminal proceedings initiated under murky circumstances against political leaders who prevailed after years of civil war can contribute to destabilizing the Government. A court which lends itself, even unintentionally, to manipulation by public opinion in a foreign country interferes in the internal affairs of that State. This prejudice is irreparable, as it undermines the legitimacy and stability of the foreign governmental authority. The Court did not wish to take account of this situation. It draws an abstract, categorical distinction between the rights to be protected and the prejudice arising from the violation of those rights, taking the view that irreparable prejudice would not be caused to the rights as such claimed by the Congo but might be regarded as such as to affect irreparably the rights asserted in the Application. First, it appears to me that what is at issue is not the separateness or magnitude of the injury; the crux is whether a causal nexus between the injurious act and the damage can be established: the violation of the right or the act

⁴¹ *Paix et guerre entre les nations*, 1962, pp. 394-396.

⁴² Bernard Asso, *Le chef d'Etat africain*, 1976, p. 346.

lien de causalité entre le fait préjudiciable et le dommage: il faut que la violation du droit ou le fait générateur de responsabilité soit la cause du préjudice. En revanche, dès lors que ce lien est établi, il suffit de constater qu'il existe un préjudice ou, pour l'indication de mesures conservatoires, un risque de préjudice irréparable. D'autre part, dans l'ordre politique, il n'est pas possible de se limiter à une analyse mécaniste qui isolerait chaque préjudice ou événement pour le rattacher à sa cause *efficiente*. La violation des droits dont le Congo réclame la protection crée par elle-même un préjudice, par exemple dans le cas de l'immunité, mais elle peut créer d'autres préjudices irréparables susceptibles d'être constatés dans l'avenir, difficiles voire impossibles à prouver avant qu'ils ne soient réalisés, mais qui peuvent être infiniment plus graves, telle la déstabilisation du pays. L'approche formelle qui se limite à la prise en considération des droits à protéger énoncés laisse de côté le fait qu'il peut résulter de la violation d'un droit une série de préjudices susceptibles d'affecter d'autres droits et, plus généralement, des intérêts juridiques légitimes dignes d'être sauvegardés. A cet égard, dans l'appréciation des «*circonstances*» qui exigent l'indication de mesures conservatoires rien ne s'oppose à ce que la Cour puisse tenir compte des intérêts légitimes d'une partie. D'ailleurs, l'évolution du droit de la responsabilité civile, notamment en France, dénote le souci du juge d'étendre le droit à réparation du dommage causé à «un droit» au préjudice qui atteint un «intérêt légitime» de la victime⁴³. Le souci de voir préserver la stabilité interne du pays, qui risque d'être troublée sous l'effet des allégations de comportements criminels dont font l'objet ses dirigeants, constitue un intérêt juridique légitime du Congo. Une telle atteinte à l'indépendance nationale apparaît irréparable et, une fois le gouvernement ébranlé, une décision ultérieure de la Cour faisant droit à la demande du Congo pourrait être tardive.

II. IL EXISTE UNE URGENCE

Même si la Cour ne l'a pas toujours mentionné de façon spécifique (en particulier dans l'ordonnance du 5 juillet 1951 dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co., mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951*)⁴⁴, les ordonnances ne laissent aucun doute, «de telles mesures ne sont justifiées que s'il y a urgence»⁴⁵.

De la jurisprudence, trois tendances se dégagent.

Tantôt, il y a urgence manifeste (risque de mort, actions armées, menace de destruction d'un bien...) et la Cour est conduite à faire preuve

⁴³ Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil: les obligations*, 8^e éd., 2002, n^{os} 704 et suiv., p. 684.

⁴⁴ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 93.

⁴⁵ Affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996*, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 21-22, par. 35.

giving rise to responsibility must be the cause of the prejudice. Once this nexus has been established, it suffices to find that there is prejudice or, for the indication of provisional measures, a risk of irreparable prejudice. Secondly, in the political order it is not possible to stop at a mechanical analysis isolating each injury or event with a view to connecting it with its *efficient* cause. In itself, the violation of the rights which the Congo seeks to protect creates prejudice, for example in the case of immunity; it can, however, also create other irreparable prejudice which may be observed in the future. That prejudice is difficult if not impossible to prove before it is suffered but it may be infinitely more serious, as in the case of the destabilization of the country. A formalistic approach confining itself to consideration of the asserted rights for which protection is sought disregards the fact that violation of one right can give rise to a series of injuries likely to affect other rights and, more generally, legal interests worthy of preservation. In this regard, there is nothing to prevent the Court, in assessing the "*circumstances*" calling for the indication of provisional measures, from taking account of the legitimate interests of a party. Further, the development of the law of civil liability, notably in France, shows the courts' desire that the right to compensation for an injury caused to "a right" should be extended to the prejudice impairing a "legitimate interest" of the victim⁴³. The desire to preserve the internal stability of the country, under threat of being undermined as a result of the allegations of criminal conduct levelled at the country's leaders, is a legitimate legal interest of the Congo. This attack on national independence is clearly irreparable and once the Government has been shaken, a subsequent decision by the Court upholding the Congo's Application could come too late.

II. THERE IS URGENCY

Even if the Court has not always specifically said so (see, *inter alia*, *Anglo-Iranian Oil Co., Provisional Measures, Order of 5 July 1951*)⁴⁴, its orders leave no doubt that "such measures are only justified if there is urgency"⁴⁵.

The case law reveals three types.

First, the urgency may be patent (risk of death, armed action, threat of destruction of property, etc.) and the Court must then demonstrate

⁴³ Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil: les obligations*, 8th ed., 2002, Nos. 704 *et seq.*, p. 684.

⁴⁴ *I.C.J. Reports 1951*, p. 93.

⁴⁵ Case concerning the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Provisional Measures, Order of 15 March 1996*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pp. 21-22, para. 35.

de diligence⁴⁶. De cela, on rapprochera la situation dans laquelle les deux parties sollicitent les mesures conservatoires en des termes similaires révélant que l'urgence est au cœur de la procédure⁴⁷.

Tantôt, les circonstances de l'urgence doivent être appréciées et cela révèle que l'urgence est une notion contingente, relative. La Cour avait défini l'urgence dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, en disant :

«les mesures conservatoires visées à l'article 41 du Statut sont indiquées «en attendant l'arrêt définitif» de la Cour au fond et ne sont par conséquent justifiées que s'il y a urgence, *c'est-à-dire s'il est probable* qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un tel arrêt définitif ne soit rendu»⁴⁸.

Tantôt, la distinction entre probabilité et possibilité est délicate et l'urgence résulte non pas seulement d'un risque imminent, actuel, mais même d'un risque éventuel.

Ainsi dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, où la Cour a seulement relevé de façon implicite l'urgence de la demande: «ces allégations viennent étayer la thèse du Gouvernement australien selon laquelle *il se peut* que la France procède immédiatement à un nouvel essai nucléaire atmosphérique dans le Pacifique»⁴⁹. La même vue est exprimée dans les affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries* quant à la possibilité de la mise en vigueur immédiate de la nouvelle réglementation islandaise⁵⁰.

Parfois aussi l'urgence a été appréciée non à la faveur du critère de la probabilité mais par référence à des considérations générales tenant aux circonstances de l'affaire.

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, le demandeur «affirme que l'urgence nécessaire des mesures demandées est attestée par le fait que «la vie et les biens des citoyens nicaraguayens, la souveraineté de l'Etat, la solidité et le

⁴⁶ Ainsi dans les affaires du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973*, de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, ou des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*.

⁴⁷ *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 3.

⁴⁸ C.I.J. Recueil 1991, p. 17, par. 23; les italiques sont de moi.

⁴⁹ C.I.J. Recueil 1973, p. 104, par. 26; les italiques sont de moi.

⁵⁰ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 16; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 34.

diligence⁴⁶. Situations where both parties seek provisional measures in similar terms revealing that urgency lies at the heart of the proceedings also fall into this category⁴⁷.

Secondly, in some cases, the circumstances of the urgency have to be assessed and this indicates that urgency is a contingent or relative notion. The Court thus defined urgency in the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)* as follows:

“provisional measures under Article 41 of the Statute are indicated ‘pending the final decision’ of the Court on the merits of the case, and are therefore only justified if there is urgency *in the sense that* action prejudicial to the rights of the other party *is likely to be taken* before such final decision is given”⁴⁸.

Thirdly, the distinction between likelihood and possibility is sometimes subtle and urgency may result not only from an actual imminent risk but even from a contingent one.

Thus in the case concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Provisional Measures, Order of 22 June 1973*, in which the Court’s finding as to the urgency of the request was merely implicit, the Court stated: “these allegations give substance to the Australian Government’s contention that there is an immediate *possibility* of a further atmospheric nuclear test being carried out by France in the Pacific”⁴⁹. The same view is expressed in the *Fisheries Jurisdiction* cases as to the possibility of the immediate implementation of the new Icelandic Regulations⁵⁰.

In other cases, urgency has been assessed not by application of the criterion of likelihood but by reference to general considerations related to the circumstances of the case.

In the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 10 May 1984*, the Applicant ‘claims that the urgent need for the requested measures is shown by the fact that ‘the lives and property of Nicaraguan citizens, the sovereignty of the State and the

⁴⁶ As in the cases concerning the *Trial of Pakistani Prisoners of War*, *Provisional Measures, Order of 13 July 1973*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* and *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*.

⁴⁷ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Provisional Measures, Order of 10 January 1986*, I.C.J. Reports 1986, p. 3.

⁴⁸ I.C.J. Reports 1991, p. 17, para. 23; emphasis added.

⁴⁹ I.C.J. Reports 1973, p. 104, para. 26; emphasis added.

⁵⁰ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Provisional Measures, Order of 17 August 1972*, I.C.J. Reports 1972, p. 16; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Provisional Measures, Order of 17 August 1972*, I.C.J. Reports 1972, p. 34.

progrès de l'activité économique sont tous directement en jeu» ...»⁵¹. Le risque de déstabilisation du Gouvernement de Managua était éventuel et non actuel, les activités «secrètes» des Etats-Unis au Nicaragua pouvaient à tout moment cesser.

Dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, la Cour a fondé son appréciation sur le calendrier des travaux litigieux combiné avec le déroulement de l'instance devant elle; de plus,

«prenant acte des assurances données par le Danemark selon lesquelles aucune obstruction matérielle du chenal Est ne se produira avant la fin de l'année 1994, et tenant compte du fait que la procédure sur le fond dans la présente affaire devrait normalement être menée à son terme auparavant, [la Cour] est d'avis qu'il n'a pas été établi que les travaux de construction porteront atteinte *pendente lite* au droit revendiqué»⁵².

En somme, sans avoir obtenu les mesures conservatoires sollicitées, la Finlande a obtenu une garantie qui tient dans les assurances danoises suite à sa demande.

Dans la présente affaire, il y a urgence tant que subsiste le réquisitoire. Cet acte de procédure ouvre une possibilité de préjudice supplémentaire à tout moment car il n'existe aucune garantie pour les personnes citées dans les plaintes annexées au réquisitoire. Au vu des plaintes portées entre ses mains, le procureur de la République aurait dû vérifier sa compétence et la recevabilité de l'action publique eu égard à la mise en cause d'un chef d'Etat étranger. Un tel examen l'aurait convaincu qu'il ne pouvait en aucune façon requérir l'ouverture d'une information, qu'il devait classer ces plaintes sans suite et s'abstenir même d'ordonner une enquête préliminaire. En procédant comme il l'a fait, il a entaché son réquisitoire d'incompétence, d'excès de pouvoir et, par suite, de nullité. En même temps, il permet au juge d'instruction de prendre à tout moment toute mesure, y compris coercitive, contre les personnalités en cause, et même contre le chef de l'Etat. Les plaintes annexées, rédigées avec soin, ne sont pas des pièces indifférentes, elles sont devenues par le réquisitoire qui y renvoie la base et le cadre de l'exercice de sa compétence par le juge d'instruction. Le réquisitoire contre X permet au juge d'agir au moment de son choix contre les personnes dénommées mais aussi toutes autres personnes ayant un lien avec les faits dont le juge est saisi. Or, il n'existe actuellement aucun recours possible contre le réquisitoire du 23 janvier, sauf pour les parties civiles, les personnes mises en examen, le procureur s'il en a l'ordre, le juge d'instruction sur la base de l'article 170 du code de procédure pénale. Les personnes non mises en examen mais citées dans les plaintes sont impuissantes. De sorte que seul le Gouvernement fran-

⁵¹ C.I.J. Recueil 1984, p. 182, par. 32.

⁵² C.I.J. Recueil 1991, p. 18, par. 27; les italiques sont de moi.

health and progress of the economy are all immediately at stake”⁵¹. The risk that the Nicaraguan Government would be destabilized was potential not actual, as the “covert” activities of the United States in Nicaragua could have ceased at any moment.

In the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, the Court based its assessment on the timetable for the disputed project as seen in the light of the expected course of the proceedings; the Court stated:

“placing on record the *assurances given by Denmark* that no physical obstruction of the East Channel will occur before the end of 1994, and considering that the proceedings on the merits in the present case would, in the normal course, be completed before that time, [the Court] finds that it has not been shown that the right claimed will be infringed by construction work during the pendency of the proceedings”⁵².

In short, Finland failed to obtain the provisional measures sought but it did obtain a guarantee in the form of assurances given by Denmark in response to Finland’s request.

In the present case, the urgency remains for as long as the *réquisitoire* is maintained. That act of procedure creates the possibility of additional prejudice at any time because there are no guarantees for the individuals named in the complaints appended to the *réquisitoire*. Having regard to the complaints transmitted to him, the *Procureur de la République* should have ascertained whether he had jurisdiction and whether criminal proceedings were admissible, given the involvement of a foreign Head of State. Had he done so, he would have understood that he was not entitled to seek the opening of a judicial investigation and that he should take no further action on those complaints and should even refrain from ordering a preliminary police enquiry. As it was, the prosecutor’s actions resulted in a *réquisitoire* which was vitiated by a lack of jurisdiction, was *ultra vires* and was therefore void. At the same time, he allowed the investigating judge, at any time, to take any measures, including measures of coercion, against the personalities in question and even against the Head of State. The appended complaints were drafted with care and are not neutral documents; by virtue of the *réquisitoire* which relied on them, they became the basis and framework for the exercise of the investigating judge’s jurisdiction. The *réquisitoire* against person or persons unknown allows the judge to act, as and when he chooses, against the named individuals, but also against any other persons who may be connected with the acts referred to the judge. Moreover, there is currently no right of appeal against the *réquisitoire* of 23 January, except that which could be exercised by civil complainants, individuals formally placed under judicial

⁵¹ *I.C.J. Reports 1984*, p. 182, para. 32.

⁵² *I.C.J. Reports 1991*, p. 18, para. 27; emphasis added.

çais, par instructions données au procureur général, pourrait interrompre l'effet pernicieux du réquisitoire du 23 janvier.

Faut-il attendre que le président de la République du Congo, une autre personnalité congolaise ou un ressortissant de cet Etat soit mis en examen, placé en garde à vue, incarcéré, déféré à une cour d'assises ou condamné pour considérer qu'il y a urgence à sauvegarder les droits du Congo?

Il semble d'ailleurs vain de considérer que le Congo pourrait saisir la Cour ultérieurement d'une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires si une autre étape était franchie dans la procédure pénale française. Le préjudice existe déjà. Il est urgent d'éviter que se réalise le risque qu'il devienne irréparable.

Plus généralement, le fait d'attendre que la Cour ait statué au fond peut constituer une cause d'urgence dans la mesure où la réparation d'un préjudice causé par la poursuite des procédures judiciaires contre les personnalités en cause serait bien illusoire.

Déjà sir Hersch Lauterpacht notait :

«du point de vue de l'Etat demandeur, une ordonnance indiquant des mesures conservatoires peut revêtir un caractère d'urgence tel qu'attendre que la Cour, à l'issue d'une procédure qui peut être très longue, finisse par statuer sur la question de sa compétence au fond risque fort de rendre illusoire la réparation ordonnée, soit que l'objet du différend n'existe plus, soit qu'il y ait à cela d'autres raisons»⁵³
[traduction du Greffe].

Cette considération pèse d'autant plus lourdement que l'agent du Gouvernement français a refusé tout engagement, toute promesse ou même tout arrangement qu'avait pourtant expressément suggéré un des conseils du Congo⁵⁴.

III. IL EXISTE UN RISQUE D'AGGRAVATION OU D'EXTENSION DU DIFFÉREND

La Cour dispose du pouvoir d'indiquer, en vertu de l'article 41, des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent⁵⁵.

⁵³ *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 110-111.

⁵⁴ CR 2003/22, p. 13.

⁵⁵ *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 9, par. 18.

examination, the prosecutor if he receives such an order, or the investigating judge under Article 170 of the Code of Criminal Procedure. Individuals who have not been placed under judicial examination but who are named in complaints remain powerless. Accordingly, only the French Government, by instructions given to the *Procureur général*, would be able to terminate the deleterious effect of the *réquisitoire* of 23 January.

Is it really necessary for the President of the Republic of the Congo or any other senior Congolese figures or citizens of that State to be formally placed under judicial examination, held in police custody, imprisoned, committed to the Assize Court for trial or convicted, before the preservation of the Congo's rights can be regarded as urgent?

It moreover appears pointless to consider that the Congo could subsequently seize the Court of a new request for the indication of provisional measures if a further threshold were to be crossed in the French criminal proceedings. The prejudice already exists. It is urgent to forestall the possibility of that prejudice becoming irreparable.

More generally, urgency may also arise from the fact that it would otherwise be necessary to wait until the Court ruled on the merits, since any subsequent reparation of prejudice caused by the continuation of the judicial proceedings against the personalities concerned would be quite illusory.

As Sir Hersch Lauterpacht observed:

“from the point of view of the plaintiff State, an Order indicating interim measures may be of such urgency that to postpone it until the Court has finally decided, in proceedings which may take a long time, upon the question of its jurisdiction on the merits may well render the remedy illusory as the result of the destruction of the object of the dispute or for other reasons”⁵³.

This consideration takes on added significance given the refusal by the Agent of the French Government to make any commitment, promise or even arrangement, despite the express suggestion by one of the Congo's counsel⁵⁴.

III. THERE IS A RISK OF AGGRAVATION OR EXTENSION OF THE DISPUTE

By virtue of Article 41, the Court has the power to indicate provisional measures in order to prevent any *aggravation or extension of the dispute* when it considers that the circumstances so require⁵⁵.

⁵³ *The Development of International Law by the International Court*, 1958, pp. 110-111.

⁵⁴ CR 2003/22, p. 13.

⁵⁵ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Provisional Measures, Order of 10 January 1986*, I.C.J. Reports 1986, p. 9, para. 18.

La Cour peut ainsi chercher à éviter les incidents ou même maintenir un *statu quo*.

Dans les affaires qui portent sur un conflit armé ou qui ont entraîné la perte de vies humaines ou des dommages matériels, la protection des droits des parties comprend la nécessité d'éviter toute aggravation ou extension du différend. Mais cela a été aussi relevé dans d'autres cas, par exemple dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran*, en liaison avec l'indication de mesures conservatoires spécifiques.

Dans l'affaire du *Différend frontalier*, la Cour est allée assez loin puisqu'elle a considéré que :

«indépendamment des demandes présentées par les Parties en indication de mesures conservatoires, la Cour ... dispose en vertu de l'article 41 du Statut du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que *les circonstances l'exigent*»⁵⁶,

ce qui dénotait une évolution par rapport à la position stricte adoptée dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* où elle avait refusé de trancher cette question⁵⁷.

Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))* en 1993, la Cour a enjoint aux deux Parties de «ne prendre aucune mesure et veiller à ce qu'il n'en soit prise aucune, qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend»⁵⁸.

Plus généralement, il est permis de se demander si l'objectif de non-aggravation et de non-extension du différend ou même le maintien du *statu quo* est non seulement lié à la protection des droits des parties mais aussi constitue la base de l'indication des mesures conservatoires⁵⁹.

Dans ces conditions, il semble que la Cour s'attache à l'ensemble des circonstances du dossier et il apparaît qu'il y avait place pour l'indication de mesures conservatoires minimales tendant au maintien du *statu quo* dans les procédures litigieuses engagées en France. Dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, les juges dissidents ont mis en exergue cet aspect de la jurisprudence de la Cour en considérant que, au lieu de s'attacher à l'examen de chaque condition mise à l'indication de mesures conservatoires, la Cour peut privilégier une analyse globale des circonstances de l'affaire et, «sur cette base, décide d'indiquer ces mesures en

⁵⁶ C.I.J. Recueil 1986, p. 9, par. 18; les italiques sont de moi.

⁵⁷ C.I.J. Recueil 1976, p. 13, par. 42.

⁵⁸ C.I.J. Recueil 1993, p. 24, par. 52.

⁵⁹ Voir S. Oda, *op. cit.*

The Court can thus seek to prevent incidents or even to maintain the status quo.

In cases concerning an armed conflict or those that have already led to the loss of human life or material damage, the protection of the parties' rights includes the need to prevent any aggravation or extension of the dispute. But this has also been observed in other cases, for example the *Anglo-Iranian Oil Co.*, *Fisheries Jurisdiction*, *Nuclear Tests* and *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* cases, in connection with the indication of specific provisional measures.

In the *Frontier Dispute* case, the Court went quite far because it considered that:

“independently of the requests submitted by the Parties for the indication of provisional measures, the Court . . . possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that *circumstances so require*”⁵⁶,

which indicated a certain evolution from the strict position previously adopted in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, when it had refused to settle that issue⁵⁷.

In the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, in 1993, the Court ruled that the two parties “should not take any action and should ensure that no action is taken which may aggravate or extend the existing dispute”⁵⁸.

More generally, it may be suggested that the objective of non-aggravation and non-extension of the dispute, or even the maintaining of the status quo, is not only related to the protection of the parties' rights, but also constitutes a basis for the indication of provisional measures⁵⁹.

Accordingly, the Court seems inclined to take into account all the circumstances of the case and it would appear that minimal provisional measures were appropriate here, with a view to maintaining the status quo in the disputed proceedings initiated in France. In the case concerning *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, the dissenting judges singled out this aspect of the Court's jurisprudence and considered that instead of focusing on a review of each prerequisite to the indication of provisional measures, the Court may give preference to an overall analysis of the circumstances of the case and “on that basis, [decide] to indicate [such]

⁵⁶ *I.C.J. Reports 1986*, p. 9, para. 18; emphasis added.

⁵⁷ *I.C.J. Reports 1976*, p. 13, para. 42.

⁵⁸ *I.C.J. Reports 1993*, p. 24, para. 52.

⁵⁹ See S. Oda, *op. cit.*

termes généraux d'exhortation faite à toutes les parties de ne pas aggraver ou étendre le différend» ou «[d'appeler] les parties à éviter toute escalade»⁶⁰.

Or, dans la présente affaire, un épisode de la procédure devant la Cour incitait à adopter cette solution. A l'audience, un des conseils du Congo a suggéré que les représentants de la République française demandent à la Cour de leur «donner acte de la portée qu'ils attribuent au réquisitoire»⁶¹. Cette proposition se situait en deçà de la demande en indication de mesures conservatoires et constituait une moindre mesure que la suspension des procédures sollicitée. Rejetant l'offre, l'agent de la France a refusé de formuler toute promesse et il s'est borné à constater «l'état du droit français» bien que soient en cause dans cette affaire non pas l'état du droit français en la matière et les garanties abstraites qu'il présente mais plutôt l'existence et le maintien du réquisitoire du 23 janvier 2002. La Cour a pris note de ces déclarations dans son ordonnance sans préciser leur portée et sans que ces déclarations apportent une quelconque garantie de nature à compenser le rejet de la demande en indication de mesures conservatoires. Cette solution n'est pas dénuée d'ambiguïté car les déclarations de l'agent du Gouvernement français plaçaient le juge devant une alternative. Soit elles sont un constat d'ordre juridique: le droit français interdit de poursuivre un chef d'Etat étranger, le droit français subordonne la compétence des tribunaux français pour des faits commis à l'étranger à certaines conditions qui excluent l'affirmation d'une compétence universelle fondée sur une prétendue coutume internationale. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a jugé que

«Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques ... Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration.»⁶²

Dans ces conditions, la Cour pouvait non seulement en prendre note mais aussi juger que l'indication de mesures conservatoires était inutile car elle ne saurait douter que le Gouvernement français fasse respecter ses propres lois. Les déclarations de l'agent du Gouvernement français avaient donc pour effet «de créer des obligations juridiques» et il incombait aux autorités françaises d'en tirer toutes les conséquences pratiques. Une telle solution de nature à mettre un terme au différend s'inscrit parfaitement dans la mission de la Cour car il est de jurisprudence constante que le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la

⁶⁰ C.I.J. *Recueil* 1992, opinion dissidente du président Bedjaoui, p. 48, par. 32; opinion dissidente du juge Ranjeva, p. 76, par. 12.

⁶¹ CR 2003/22, p. 13.

⁶² C.I.J. *Recueil* 1974, p. 267, par. 43.

measures in the general terms of an exhortation to all the parties not to aggravate or extend the dispute” or “[call] on the Parties to avoid all escalation”⁶⁰.

In the present case, one episode in the proceedings before the Court should have led it to adopt such a solution. During the hearings, counsel for the Congo suggested that the representatives of the French Republic ask the Court “formally to place on record the scope which they ascribe to the *réquisitoire*”⁶¹. That proposition fell short of the request for the indication of provisional measures and would have been less demanding than the requested suspension of the proceedings. The Agent of France, however, rejected the offer and refused to make any promises, simply referring to “the state of French law”, even though the issue in this case is not the state of French law in such matters or any abstract guarantees it may offer, but rather the existence and maintaining of the *réquisitoire* of 23 January 2002. The Court took note of the Agent’s statements in its Order, but without stipulating their scope, and those statements fail to provide any guarantee capable of counterbalancing the decision to dismiss the request for the indication of provisional measures. The Court’s solution is somewhat ambiguous because the statements by the Agent of France presented it with two alternatives. Either they were statements of law: French law prohibits the prosecution of a foreign Head of State; French law subjects the jurisdiction of French courts in respect of acts committed abroad to certain conditions which preclude the exercise of a universal jurisdiction purportedly founded on international custom. In the *Nuclear Tests* case, the Court held that

“It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations . . . When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.”⁶²

Under these circumstances, the Court was not only entitled to take note of the statements but also to hold that the indication of provisional measures was pointless because it could not doubt that the French Government would enforce its own law. The statements by the French Government’s Agent thus had the effect of “creating legal obligations” and it was incumbent upon the French authorities to assume any practical consequences. Such a solution, capable of putting an end to the dispute, falls perfectly within the Court’s mission because it is established jurisprudence that the judicial settlement of international disputes, with a view to

⁶⁰ *I.C.J. Reports 1992*, dissenting opinion of President Bedjaoui, p. 48, para. 32; dissenting opinion of Judge Ranjeva, p. 76, para. 12.

⁶¹ CR 2003/22, p. 13.

⁶² *I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43.

Cour est instituée, n'est «qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties»⁶³.

Soit les déclarations de l'agent de la France constituent une simple pétition de principe, un effet d'audience et la Cour ne pouvait que considérer que la France n'avait pas «l'intention de se lier». Mais s'il ne s'agissait pas d'une promesse unilatérale⁶⁴, la Cour pouvait apprécier la portée de la réticence française à formuler toute promesse et en tirer les conséquences. Les parties à l'instance se sont en effet entendues pour l'essentiel sur les termes généraux du droit français en la matière mais, sur ce qui constitue le nœud du différend et qui résulte des initiatives du parquet, le refus du Gouvernement français de s'engager entretient un risque d'aggravation du différend tant que subsiste le réquisitoire litigieux du 23 janvier 2002. Sans doute pourrait-on expliquer la réserve de l'agent du Gouvernement français par des considérations d'ordre constitutionnel tenant à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance de l'autorité judiciaire. Mais dans l'ordre international, le gouvernement représente l'État dans sa plénitude et il a la faculté d'engager toute autorité, y compris judiciaire, à plus forte raison alors qu'est en cause le déclenchement de l'action publique. Ainsi que la Commission du droit international l'a constaté,

«est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de cet Etat agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat»⁶⁵.

La Cour a pu déjà constater la carence d'un gouvernement qui ne faisait pas respecter le droit international en n'appliquant pas ses propres lois. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, elle a relevé que le Gouvernement de l'Iran n'avait pris aucune mesure de protection des personnes qui bénéficiaient des immunités diplomatiques et consulaires. Elle a rappelé que l'Etat a l'obligation de prendre toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à la personne, la liberté et la dignité des agents menacés. La Cour a été amenée à conclure que les autorités iraniennes étaient également conscientes de leur obligation mais qu'elles ont manqué à utiliser les moyens dont elles disposaient pour s'acquitter de leurs obligations; en particulier, elle a jugé «nécessaire de souligner que, si l'intention de soumettre les otages à toute espèce de procès criminel ou d'enquête devait se traduire dans les faits,

⁶³ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 19 août 1929, C.P.J.I. série A/B n° 22, p. 13.*

⁶⁴ J.-P. Jacqué, «A propos de la promesse unilatérale», *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, p. 327.

⁶⁵ Article 4 du projet d'articles relatif à la responsabilité des Etats, *RGDIP*, 2000, p. 1117; dans l'avis consultatif du 29 avril 1999 concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a cité un texte similaire qui a précédé la rédaction de cet article, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1973, vol. II, p. 197.

which the Court was established, is “simply an alternative to the direct and friendly settlement of such disputes between the Parties”⁶³.

Or the statements by the Agent of France were simply question-begging and intended for dramatic effect, thus obliging the Court to take the view that France had no “intention of becoming bound”. But, if this was not a unilateral promise⁶⁴, the Court was entitled to consider the significance of France’s reluctance to make any promises and entitled to draw the appropriate conclusions. The Parties are in fact essentially agreed on the general terms of French law on the subject but, with respect to the crux of the dispute, stemming from the prosecutor’s actions, the French Government’s refusal to make any commitment thus leaves a risk of aggravation of the dispute for so long as the impugned *réquisitoire* of 23 January 2002 remains in force. That reserve on the part of the French Government’s Agent may perhaps be explained by constitutional considerations relating to the separation of powers and to the independence of the judiciary. However, in the international order, the Government represents the State in all its aspects and is entitled to bind any authority, including judicial bodies, *a fortiori* when the initiation of criminal proceedings is at issue. The International Law Commission thus observed:

“the conduct of any State organ acting in that capacity shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial, or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State”⁶⁵.

The Court has already had occasion to take note of the breach by a Government which, in neglecting to enforce its own laws, failed to ensure compliance with international law. In the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, it observed that the Iranian Government had failed to take any measures to protect persons who enjoyed diplomatic and consular immunities. It recalled that a State is under an obligation to take all appropriate steps to prevent any attack on the person, freedom or dignity of agents under threat. The Court concluded that whilst the Iranian authorities were aware of their obligations, they failed to use the means which were at their disposal to comply with those obligations; in particular, the Court considered it “necessary . . . to stress that, if the intention to submit the hostages to any form of criminal trial or investigation were to be put into effect, that would constitute a

⁶³ *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A/B, No. 22, p. 13.*

⁶⁴ J.-P. Jacqué, “A propos de la promesse unilatérale”, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, p. 327.

⁶⁵ Article 4 of ILC Draft Articles on State Responsibility, Fifty-second Session (2000), A/CN.4/L.600; in the Advisory Opinion of 29 April 1999 concerning the *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* the Court cited a similar text corresponding to an earlier draft of that Article from the *Yearbook of the International Law Commission*, 1973, Vol. II, p. 193.

cela constituerait une violation grave des obligations incombant à l'Iran»⁶⁶. A plus forte raison, lorsqu'un Etat prétend que ses propres lois sont conformes au droit international et qu'il considère qu'il n'y a aucune raison de «supposer qu'à l'avenir les juges vont s'écarter du droit qu'ils sont chargés d'appliquer»⁶⁷, la juridiction internationale devant laquelle de telles déclarations sont faites n'a pas à se borner à en prendre note; elle peut y voir un engagement dudit Etat. Dans le différend concernant le *filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent*, en présence de propos plus anodins relatifs à la capture de morue, le Tribunal arbitral a dit:

«Eu égard aux circonstances dans lesquelles elle a été faite, le Tribunal doit considérer pareille déclaration comme engageant la France à user de tous les moyens dont elle dispose pour veiller, conjointement avec les autorités canadiennes, au respect de cette déclaration.»⁶⁸

Il convenait donc dans la présente affaire de rappeler à la France son devoir de faire respecter ses propres lois dans la mesure où elles expriment dans l'ordre interne des règles et des principes du droit international; les assurances données à l'audience quant à la conformité du droit français au droit international seraient vaines si elles ne s'accompagnaient pas de l'adoption de décisions appropriées car

«[l']un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale ...»⁶⁹

Il ressort d'ailleurs de la jurisprudence que les lois internes ne sont pas à l'abri d'un arrêt de la Cour et qu'un Etat peut être conduit à priver d'effet une loi interne contraire à ses obligations internationales⁷⁰. A plus forte raison, l'exécution d'une décision de la Cour peut imposer au gouvernement d'un Etat une mesure administrative telle qu'ici une instruction adressée au pouvoir judiciaire. Dans son avis consultatif concernant le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a dit que l'obligation d'assurer les exigences relatives aux immunités des experts était «une obligation de résultat et non une obligation quant aux moyens à utiliser

⁶⁶ C.I.J. Recueil 1980, p. 13, 30, 33, 37.

⁶⁷ Selon les termes de l'agent du Gouvernement français, CR 2003/23, p. 7, cités au paragraphe 33 de l'ordonnance.

⁶⁸ Tribunal arbitral France/Canada, sentence du 17 juillet 1986, *RGDIP*, 1986, p. 713 et suiv., par. 63 2), p. 756.

⁶⁹ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 268, par. 46.

⁷⁰ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926*; *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928*; affaire relative aux *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952*; affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt et à la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt du 25 juillet 1974.

grave breach by Iran of its obligations”⁶⁶. *A fortiori*, when a State claims that its own law is in compliance with international law and when it considers that there is no reason to “[suppose] that in the future [its] courts would move away from respecting the law they are required to apply”⁶⁷, the international forum before which such statements are made need not confine itself to taking note of them but may also interpret them as a commitment by that State. In the dispute concerning *Filleting within the Gulf of Saint Lawrence*, among more innocuous comments concerning cod fishing, the Arbitration Tribunal stated:

“Having regard to the circumstances in which it was made, the Tribunal is bound to consider that such a statement commits France to use all the means in its power to ensure, in conjunction with the Canadian authorities, that the commitment is respected.”⁶⁸

In the present case, France should thus have been reminded of its duty to ensure compliance with its own laws, inasmuch as they enshrine rules and principles of international law in its domestic order; the assurances given during the hearings as to the conformity of French law with international law would be vain unless accompanied by the appropriate decisions because

“[o]ne of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international cooperation . . .”⁶⁹

The jurisprudence shows that domestic statutes are not immune to the effects of a judgment of the Court and that a State may be obliged to strike down a domestic statute which is held to be in breach of its international obligations⁷⁰. *A fortiori*, the execution of a decision of the Court may require the Government of a State to take an administrative measure, such as, in the present case, issuing instructions to the judicial authority. In its Advisory Opinion concerning the *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, the Court held that the obligation to comply with the requirements relating to the immunities granted to experts was “an obli-

⁶⁶ *I.C.J. Reports 1980*, pp. 13, 30, 33, 37.

⁶⁷ Statement of the Agent of France, CR 2003/23, p. 7, cited in paragraph 33 of the Order.

⁶⁸ Arbitral Award of 17 July 1986, Canada-France Arbitration Tribunal, *International Law Reports*, Vol. 82, pp. 590 *et seq.*, p. 637, para. 63 (2).

⁶⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 268, para. 46.

⁷⁰ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Merits, Judgment No. 7, 1926*; *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928*; case concerning *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of 27 August 1952*; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment of 25 July 1974; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment of 25 July 1974.

pour parvenir à ce résultat». La Malaisie exposait qu'elle s'était acquittée de son obligation en promulguant les textes législatifs nécessaires et que les tribunaux malaisiens n'étaient pas encore parvenus à une décision finale en ce qui concerne le droit du rapporteur spécial en cause, M. Kumaraswamy, à bénéficier de l'immunité de juridiction. La Cour a rejeté cette argumentation en concluant que les autorités gouvernementales étaient tenues de communiquer les informations relatives au statut de l'agent et en particulier à son immunité de juridiction aux tribunaux nationaux concernés car l'application correcte de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies par ces derniers en dépend. N'ayant pas transmis cette information aux tribunaux compétents, la Malaisie ne s'est pas acquittée de son obligation internationale⁷¹.

De même, au stade actuel de la procédure, le Gouvernement français ne peut se borner à s'abstenir. Sans doute, ainsi que la Cour permanente l'a rappelé, il est un

«principe universellement admis devant les juridictions internationales ... d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend»⁷².

Toutefois, ce devoir d'abstention ne garantit pas que la violation des droits du Congo ne se perpétue durant le procès. Il reviendrait donc au Gouvernement français de donner instruction au procureur général pour que soient prises toutes mesures judiciaires destinées à priver d'effet le réquisitoire litigieux qui menace l'immunité du chef de l'Etat et empiète sur la compétence des juridictions du Congo, afin de «redresser les erreurs commises»⁷³.

A défaut d'engagement spécifique de la France sur la portée accordée à cet acte de poursuite, dans les circonstances présentes, la suspension des mesures procédurales françaises qui actuellement se limitent pour l'essentiel au réquisitoire du 23 janvier 2002 eût été de nature à éviter l'aggravation du différend en maintenant le *statu quo* sans altérer l'équilibre des droits respectifs des parties.

(Signé) Jean-Yves DE CARA.

⁷¹ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 86-88, par. 57-65.

⁷² *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance du 5 décembre 1939, C.P.J.I. série A/B n° 79*, p. 199.

⁷³ M. Abraham, agent du Gouvernement français, CR 2003/23, p. 14.

gation of result and not of means to be employed in achieving that result". Malaysia contended that it had complied with its obligation by enacting the necessary legislation and that Malaysian courts had not yet come to a final decision concerning the right of the Special Rapporteur concerned, Mr. Kumaraswamy, to enjoy immunity from legal process. The Court rejected those arguments, concluding that governmental authorities had an obligation to inform the national courts concerned of the status of the official and in particular of his immunity from legal process, since the proper application by those courts of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations was dependent on such information. Having failed to transmit that information to the competent courts, Malaysia had not complied with its international obligation⁷¹.

Similarly, at the current stage of the proceedings, the French Government cannot simply abstain from acting. True, as the Permanent Court of International Justice recalled, there is a

"principle universally accepted by international tribunals . . . to the effect that parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute"⁷².

However, that duty of abstention does not guarantee that the Congo's rights will not continue to be violated during the criminal proceedings. It would thus be incumbent upon the French Government to give instructions to the *Procureur général* so that all judicial measures be taken with a view to annulling the impugned *réquisitoire*, which threatens the immunity of the Head of State and encroaches upon the jurisdiction of Congolese courts, in order to "remedy any errors"⁷³.

In the absence of any specific commitment by France with respect to the scope that it ascribes to that act of procedure, under the present circumstances, the suspension of the French procedural measures, which are currently confined essentially to the *réquisitoire* of 23 January 2002, would have been conducive to precluding any aggravation of the dispute, by maintaining the status quo without affecting the balance between the Parties' respective rights.

(Signed) Jean-Yves DE CARA.

⁷¹ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, I.C.J. Reports 1999 (I), pp. 86-88, paras. 57-65.

⁷² *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Order of 5 December 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 79, p. 199.

⁷³ Mr. Abraham, Agent of France, CR 2003/23, p. 14.