

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* COUVREUR

« Loyauté procédurale » — Principe de bonne foi — Obligation générale de ne pas porter atteinte, pendente lite, aux droits en litige — Situation de vive tension entre les Parties — Mesures conservatoires réitérant une telle obligation générale à titre de précaution — Mesures sollicitées par le demandeur tendant à affecter la tenue du référendum projeté par le défendeur — Considérations liminaires — « Domaine réservé » — La Cour et le droit interne — Législations nationales et licéité internationale — Référendum convoqué et questions posées — Conditions traditionnellement posées à l'indication de mesures conservatoires — Compétence *prima facie* pour connaître du fond et compétence à l'effet d'indiquer certaines mesures — Nécessaire respect, par la Cour, de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte dans l'exercice des pouvoirs à elle conférés par l'article 41 du Statut — « Plausibilité » des droits invoqués au fond et lien de connexité suffisant entre ces droits et les mesures conservatoires sollicitées — Absence d'un tel lien lorsque les mesures demandées ne sont pas de nature à protéger les droits en question car l'objet desdites mesures est incapable d'affecter ces droits — Risque réel et imminent de préjudice irréparable aux droits considérés plausibles — Acte interne de souveraineté non assorti de mesures d'application capables d'affecter la « sphère externe » insusceptible de constituer ou de créer per se un tel risque.

1. J'ai voté pour l'ordonnance de la Cour car c'est, selon moi, un principe général que le lien d'instance qui s'établit entre les parties et le juge, et entre les parties elles-mêmes, par référence au juge, génère à leur endroit, aussitôt le procès engagé, un devoir de « loyauté procédurale »¹ qui trouve son expression concrète dans une obligation générale de ne pas porter atteinte, *pendente lite*, aux droits en litige. Lorsqu'il y va de droits territoriaux, le « gel » des prétentions et le *statu quo* des situations en sont le nécessaire corollaire. La préservation de ces droits, en l'état, tout au long de l'instance, est décisive pour que la décision que le juge est ultimement appelé à prendre sur ceux-ci ne soit pas dépourvue d'effectivité². Ce principe fondamental, également protecteur de tous les droits en cause, est garant de l'intégrité du

¹ Voir par exemple Ph. Couvreur, « Réflexions sur la "loyauté" dans les rapports judiciaires internationaux », dans *La loyauté, Mélanges offerts à Étienne Cerexhe*, Larquier, 1997, p. 67 et suiv.

² Dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 5 décembre 1939 en l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la CPJI s'est notamment exprimée comme suit :

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* COUVREUR

[Translation]

“Procedural loyalty” — Principle of good faith — General obligation not to prejudice the rights at issue *pendente lite* — Situation of heightened tension between the Parties — Provisional measures reiterating such a general obligation as a precaution — Measures requested by the Applicant aimed at influencing the holding of the referendum planned by the Respondent — Preliminary considerations — “*Domaine réservé*” — The Court and domestic law — Domestic legislation and international lawfulness — Referendum convened and questions posed — Conditions traditionally imposed for the indication of provisional measures — *Prima facie* jurisdiction to entertain the merits and jurisdiction to indicate certain measures — Need for the Court to respect Article 2, paragraph 7, of the Charter in exercising the powers conferred on it under Article 41 of the Statute — “Plausibility” of the rights invoked on the merits and sufficient link between those rights and the provisional measures sought — Absence of such a link when the measures requested cannot protect the rights in question since the object of those measures is not capable of affecting those rights — Real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights considered plausible — Domestic act of sovereignty unaccompanied by implementing measures capable of affecting the “external sphere” is unlikely, *per se*, to constitute or create such a risk.

1. I voted in favour of the Court’s Order because, in my opinion, it is a general principle that the procedural relationship established between the parties and a court, and between the parties themselves in relation to the court, gives rise to a duty of “procedural loyalty”¹ incumbent on them from the outset of the proceedings, which finds practical expression in a general obligation not to prejudice the rights at issue *pendente lite*. When territorial rights are involved, “freezing” claims and maintaining the status quo of situations are the necessary corollary of this. Preserving these rights as they stand, throughout the proceedings, is crucial to ensuring that the decision the court is ultimately required to take in respect of them is not deprived of effect². This fundamental principle, which also protects all the rights at issue, guar-

¹ See e.g. Ph. Couvreur, “Réflexions sur la ‘loyauté’ dans les rapports judiciaires internationaux”, in *La loyauté, Mélanges offerts à Étienne Cerexhe*, Larcier, 1997, pp. 67 *et seq.*

² In its Order of 5 December 1939 indicating interim measures of security in the case concerning the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, the PCIJ stated the following, in particular:

procès et de la bonne administration de la justice. Émanation du principe de la bonne foi, il détermine, implicitement mais nécessairement, la conduite de toute partie au procès, du fait même de l'être. L'obligation correspondante mise à sa charge est immédiate. Ainsi a-t-on pu affirmer que l'introduction de l'instance ferait, en elle-même, office de mesure conservatoire³. Les mesures indiquées par la Cour en l'espèce ne font que réitérer, sous une forme quelque peu plus précise, et adaptée aux circonstances telles que perçues par elle, cette obligation générale préexistante⁴. Face à une situation de tension croissante et passablement préoccupante entre les Parties, la Cour, exerçant les responsabilités que lui confère l'article 41 de son Statut, a estimé de son devoir d'indiquer des mesures de «précaution», destinées exclusivement à sauvegarder leurs droits *sub judice*, sans nullement en préjuger ni, *a fortiori*, y porter atteinte.

2. Si j'adhère donc à ce rappel d'une obligation inhérente à la qualité de partie, je n'aurais en revanche pu souscrire à l'indication de l'une quelconque des mesures sollicitées par le demandeur à l'effet de prévenir la tenue du référendum convoqué par les autorités vénézuéliennes ou d'obtenir que fût modifié le libellé des questions qu'elles ont prévu de poser, même si je reconnais que l'exercice discrétionnaire, par le défendeur, de ses prérogatives constitutionnelles n'est pas insusceptible, dans le contexte actuel, d'influer négativement sur les relations entre les Parties et, partant, d'affecter la sérénité de la procédure en cours.

3. La Cour a choisi de ne pas indiquer de telles mesures. Je n'en crois pas moins utile d'exposer brièvement les motifs pour lesquels, à mon sens, elle a bien fait.

4. Je commencerai par formuler quelques considérations liminaires ayant successivement trait au «domaine réservé» des États, à l'attitude traditionnelle de la Cour vis-à-vis du droit interne des États, aux relations qu'entretiennent les législations internes et la licéité internationale, et, enfin, au référendum envisagé.

«[L'article 41] du Statut applique le *principe universellement admis* devant les juridictions internationales et consacré ... dans maintes conventions ... 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.» (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, C.P.J.I. série A/B n° 79, p. 199 (les italiques ont de moi).)

³ Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Nijhoff, 2005, p. 427, et référence à l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 152.

⁴ Commentant la décision précitée de la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, J. Sztucki écrit :

«Premièrement, la Cour reconnaît ... clairement l'existence de *certaines devoirs* incombant aux parties au regard du *droit international général*, et semble considérer que les dispositions conventionnelles allant dans le même sens *ne sont que déclaratoires* de ces devoirs. Deuxièmement, la Cour reconnaît ... la fonction des mesures conservatoires *en tant que corollaire* de ces devoirs», J. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court*, Kluwer, 1983, p. 82 (les italiques sont de moi).

antees the integrity of the proceedings and the sound administration of justice. Arising from the principle of good faith, it implicitly but necessarily determines the conduct of every party to the proceedings by the very fact of its existence. The corresponding obligation to which it gives rise is immediate. One could therefore contend that the institution of proceedings in itself serves as a provisional measure³. The measures indicated by the Court in this case merely reiterate this pre-existing general obligation, in a slightly more precise form and tailored to the circumstances as perceived by the Court⁴. Faced with a situation of mounting and rather troubling tension between the Parties, the Court, in performing its duties under Article 41 of its Statute, considered that it was obliged to indicate “precautionary” measures, intended solely to safeguard the Parties’ rights *sub judice*, without prejudging or, *a fortiori*, prejudicing those rights in any way.

2. While I therefore endorse this reiteration of an obligation inherent in the status of party, I could not have supported the indication of any of the measures sought by the Applicant aimed at preventing the holding of the referendum called by the Venezuelan authorities or changing the wording of the questions that those authorities propose to ask, even though I recognize that in the current climate, the discretionary exercise by the Respondent of its constitutional prerogatives may well have a negative impact on relations between the Parties and thus affect the equanimity of the ongoing proceedings.

3. The Court chose not to indicate such measures. Nevertheless, I think it is helpful to set out briefly the reasons why I believe it acted appropriately.

4. I will first make some preliminary remarks relating, in turn, to the *domaine réservé* of States, the traditional attitude of the Court towards States’ domestic law, the relationship between domestic legislation and international lawfulness, and, finally, the envisaged referendum.

“[Article 41] of the Statute applies the *principle universally accepted* by international tribunals and . . . laid down in many conventions . . . to the effect that 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.” (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199 (emphasis added).)

³ See S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Nijhoff, 2005, p. 427 and reference to the *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 152.

⁴ Commenting on the above-mentioned decision of the Permanent Court in the case concerning the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, J. Sztucki writes:

“First, the Court clearly . . . recognises the existence of *certain duties* of the litigants under *general international law* and apparently regards treaty provisions to the same effect as *only declaratory* of those duties. Secondly, the Court recognises . . . the function of interim measures *as a corollary* of those duties”, J. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court*, Kluwer, 1983, p. 82 (emphasis added).

5. Je passerai ensuite à l'examen des trois conditions auxquelles l'indication de telles mesures conservatoires aurait dû satisfaire, selon la jurisprudence bien établie de la Cour.

I. CONSIDÉRATIONS LIMINAIRES

A. *Le domaine réservé*

6. Les trois premières mesures conservatoires dont le Guyana sollicitait l'indication étaient à vrai dire sans précédent en ce qu'elles invitaient la Cour à interférer directement, et en profondeur, avec l'exercice, par les autorités compétentes d'un État souverain, de prérogatives constitutionnelles essentielles. Une telle demande ne pouvait manquer d'évoquer, quasi instantanément, la question du « domaine réservé », sans surprise mentionnée à l'audience⁵.

7. Les internationalistes contemporains montrent assez communément quelque inconfort lorsque est invoqué le « domaine réservé ». Non seulement la notion, ou plutôt son contenu matériel, leur paraît-il souvent incertain, mais ils éprouvent parfois, au-delà, une manière de gêne quand un État s'en prévaut, comme s'il s'agissait d'un acte socialement peu séant dans une communauté internationale supposée être de plus en plus intégrée et solidaire, où les intérêts égoïstes des États individuels doivent nécessairement s'effacer devant ceux, supérieurs, de la collectivité. Certes, l'invocation du « domaine réservé » n'a pas toujours été exempte d'abus, mais cela ne signifie à l'évidence pas que la notion appartienne au passé. Il suffit, à titre d'exemple, de se reporter aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour aujourd'hui en vigueur, pour constater que le recours au « domaine réservé » est encore bien présent dans la pratique des États⁶.

8. Il est à peine besoin de rappeler ici la teneur du paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte, dont le libellé est familier :

« Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les *Nations Unies* à intervenir dans des affaires qui relèvent *essentiellement* de la *compétence nationale* d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une *procédure de règlement* aux termes de la présente Charte ; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII. »⁷

⁵ Voir CR 2023/24, p. 22-24. On peut regretter de ne pas avoir pu entendre le Guyana sur cette question.

⁶ Une petite trentaine de déclarations formulées au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour — soit près de 40 % de leur nombre total — excluent en effet encore expressément, à ce jour, de la juridiction de la Cour les matières appartenant à la compétence exclusive du déclarant. Dans cinq cas, il est même encore précisé qu'il appartient au déclarant lui-même de définir ces matières.

⁷ Les italiques sont de moi.

5. I shall then examine the three conditions that would have to be satisfied, in accordance with the well-established jurisprudence of the Court, for such provisional measures to be indicated.

I. INTRODUCTORY REMARKS

A. *The Domaine Réservé*

6. The first three provisional measures whose indication was sought by Guyana were frankly unprecedented in that they asked the Court to interfere directly, and radically, with the exercise of basic constitutional prerogatives by the competent authorities of a sovereign State. Such a request could not fail to raise, almost instantaneously, the question of the *domaine réservé*, which was unsurprisingly mentioned at the hearings⁵.

7. It is not unusual for contemporary international jurists to appear somewhat uneasy when the *domaine réservé* is invoked. Not only does the notion — or rather its substance — often seem ill-defined to them, but sometimes, beyond that, they also experience a sense of embarrassment when a State has recourse to it, as if such recourse were a socially unacceptable act in an international community that is supposed to be increasingly integrated and united, in which the selfish interests of individual States must give way to those of the group, which take precedence. It is true that reliance on the *domaine réservé* has not always been free of abuse, but this does not mean of course that the notion belongs to the past. By way of example, one need only refer to the declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory which are currently in force to see that recourse to the *domaine réservé* is still very much present in the practice of States⁶.

8. There is little need to recall here the content of Article 2, paragraph 7, of the Charter, whose terms are familiar:

“Nothing contained in the present Charter shall authorize the *United Nations* to intervene in matters which are *essentially* within the *domestic jurisdiction* of any state or shall require the Members to submit such matters to *settlement* under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”⁷

⁵ See CR 2023/24, pp. 22-24. It is regrettable that it was not possible to hear from Guyana on this matter.

⁶ Today, some 30 declarations made under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court — i.e. almost 40 per cent of all such declarations — still expressly exclude from the Court’s jurisdiction matters falling within the exclusive jurisdiction of the declarant State. In five instances, it is even specified that it is for the declarant State itself to define these matters.

⁷ Emphasis added.

9. On est frappé par les termes relativement larges de la définition du « domaine réservé » des États dans cette disposition, en particulier si on les compare à ceux du paragraphe 8 de l'article 15 du Pacte de la Société des Nations : 1) ils concernent désormais *tous* les organes de l'Organisation, y compris la Cour (et plus seulement le Conseil) ; 2) ils visent toutes les affaires relevant « essentiellement » de la compétence des Membres, et plus seulement celles relevant « exclusivement » de leur compétence nationale ; et 3) ils ne font plus référence à la nécessité de se reporter *au droit international* pour déterminer quelles sont les matières soumises à cette compétence. La volonté des rédacteurs de la Charte d'élargir la portée de la « compétence nationale » des États Membres face aux pouvoirs de l'Organisation ressort très clairement des travaux préparatoires de cette disposition⁸.

10. En même temps, il est bien connu que la notion de « domaine réservé » a fait l'objet d'interprétations progressivement plus restrictives depuis 1945, notamment dans la doctrine⁹. Ainsi, celle-ci met aujourd'hui fréquemment en doute la théorie du « domaine réservé par nature », selon laquelle certaines matières échapperaient en toutes circonstances et de manière permanente à l'emprise du droit international, eu égard à leur relation étroite avec « l'existence même » de l'État¹⁰. Cette doctrine souligne qu'il n'est en effet guère possible de déterminer *a priori* et de façon précise et immuable toutes les matières qui appartiendraient au « domaine réservé » de l'État, et que l'étendue de ce domaine se réduit nécessairement à mesure que le droit international étend son champ d'application à des matières traditionnellement regardées comme en faisant partie¹¹.

11. Il n'y a là en réalité rien de neuf, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) ayant déjà elle-même, dès 1923, affirmé, dans un *obiter* célèbre, que « la question de savoir si une certaine matière entre ou n'entre pas dans le domaine exclusif d'un État est essentiellement relative et dépend du “développement des rapports internationaux” »¹². C'est ainsi que, fort heureusement, la pratique de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres a permis d'« extraire » de la compétence nationale exclusive de ces États des questions d'intérêt collectif aussi majeures que celles touchant au respect des droits de l'homme ou à la décolonisation.

⁸ Voir par exemple G. Guillaume, dans J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3^e éd., Economica, 2005, p. 485 et suiv. Le texte finalement adopté est le reflet de la volonté, exprimée sans ambiguïté, des quatre Puissances invitées.

⁹ Voir par exemple G. Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 225, 1990-VI, p. 29 et suiv.

¹⁰ Voir par exemple P. C. Ulimubenshi, *L'exception du domaine réservé dans la procédure de la Cour internationale*, Université de Genève, IUHEI, thèse n° 649, p. 35 et suiv.

¹¹ Voir par exemple M. Forteau, A. Miron et A. Pellet, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2022, p. 686 et suiv.

¹² *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 4*, p. 24. Voir aussi *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 25, par. 59.

9. One is struck by the relatively broad terms used to define the *domaine réservé* of States in this provision, particularly when compared to those of Article 15, paragraph 8, of the Covenant of the League of Nations: (1) they now concern *all* organs of the United Nations, including the Court (and no longer just the Council); (2) they cover all matters which are “*essentially*” within the jurisdiction of the Members, and no longer only those “*solely*” within their domestic jurisdiction; and (3) they no longer speak of the need to refer to *international law* in order to determine which matters are subject to that jurisdiction. The desire of the Charter’s drafters to enlarge the scope of the “domestic jurisdiction” of Member States in the face of the powers of the United Nations is very clearly discernible from the provision’s *travaux préparatoires*⁸.

10. At the same time, it is well known that the notion of *domaine réservé* has been the subject of increasingly restrictive interpretations since 1945, particularly in legal writings⁹. Scholars today thus frequently cast doubt on the theory of the “*domaine réservé par nature*”, according to which certain matters remain under all circumstances and permanently outside the reach of international law, owing to their close connection to the “very existence” of the State¹⁰. They contend that it is not actually possible to determine *a priori* and in a precise and definitive way all matters that would fall within the *domaine réservé* of the State, and that the extent of this preserve necessarily decreases as international law broadens its scope to encompass matters traditionally regarded as forming a part of that domain¹¹.

11. There is in fact nothing new in this, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) having itself already declared in a well-known *obiter* of 1923 that “[t]he question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon ‘the development of international relations’”¹². This is how, fortunately, the practice of the United Nations and its Member States has made it possible to “remove” from the exclusive domestic jurisdiction of those States such essential questions of collective interest as those concerning respect for human rights and decolonization.

⁸ See e.g. G. Guillaume, in J.-P. Cot, A. Pellet and M. Forteau, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3rd ed., Economica, 2005, pp. 485 *et seq.* The text that was ultimately adopted reflects the clearly expressed wish of the four host Powers.

⁹ See e.g. G. Arangio-Ruiz, “Le domaine réservé. L’organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 225, 1990-VI, pp. 29 *et seq.*

¹⁰ See e.g. P. C. Ulimubenshi, *L’exception du domaine réservé dans la procédure de la Cour internationale*, University of Geneva, GIIIS, Thesis No. 649, pp. 35 *et seq.*

¹¹ See e.g. M. Forteau, A. Miron and A. Pellet, *Droit international public*, 9th ed., LGDJ, 2022, pp. 686 *et seq.*

¹² *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4*, p. 24. See also *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 25, para. 59.

12. Cela étant, il est un autre *obiter* de la Cour permanente qui, *mutatis mutandis*, garde aujourd'hui, au-delà de la référence aux termes spécifiques du Pacte, sa valeur générale :

« Sans [la] réserve [de l'article 15, paragraphe 8 du Pacte], il serait possible que les affaires intérieures d'un État, dès qu'elles paraissent toucher aux intérêts d'un autre État, fussent portées devant le Conseil et fissent l'objet de recommandations de la Société des Nations. Selon le paragraphe 8, l'intérêt de la Société de pouvoir recommander, en vue du maintien de la paix, toutes solutions qu'elle considère comme les plus équitables et les plus appropriées à l'espèce doit, à un point déterminé, *s'arrêter devant l'intérêt également primordial de chaque État de conserver intacte son indépendance* dans les affaires que le droit international reconnaît comme étant de son domaine exclusif. »¹³

13. Le déroulement harmonieux des relations internationales suppose ainsi un équilibre dynamique entre, d'une part, les impératifs de l'exercice, par les organes de l'Organisation, de leurs fonctions statutaires et, de l'autre, le nécessaire respect des compétences nationales de ses Membres.

14. Même s'il n'existe pas de domaine réservé « *a priori* » ou « par nature », et s'il est désormais établi que, nonobstant les termes du paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte, son étendue à un moment donné doit être déterminée à l'aune du droit international, il est des matières que ce droit, bien qu'en pleine expansion, laisse encore aujourd'hui, en principe, à la compétence nationale des États.

15. Ainsi, la CPJI avait, en 1923, estimé que « les questions de nationalité [étaient], en principe ... comprises dans ce domaine réservé »¹⁴. La présente Cour l'a confirmé dans son fameux arrêt *Nottebohm* de 1955¹⁵, sur lequel j'aurai à revenir brièvement plus tard, et, récemment encore, dans son arrêt de 2021 sur les exceptions préliminaires en l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*¹⁶.

16. Il n'est pas davantage contesté aujourd'hui que l'aménagement et l'exercice des pouvoirs constitutionnels d'un État appartiennent en principe, comme tels, à son « domaine réservé »¹⁷.

17. Seule la soumission, d'une manière ou d'une autre, de matières de compétence nationale à une règle de droit international, conventionnelle ou générale, est susceptible d'« extraire » ces matières, ou certains de leurs aspects, du « domaine réservé » de l'État. Comme l'a, une fois encore, expliqué la CPJI dans son avis de 1923,

¹³ *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 4*, p. 25. Les italiques sont de moi.

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵ *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 20.

¹⁶ *Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2021*, p. 98, par. 81.

¹⁷ Voir par exemple *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir. publ.), Bruylant, 2001, p. 356.

12. There is, however, another *obiter* of the Permanent Court which, *mutatis mutandis*, beyond the reference to the specific terms of the Covenant, remains generally valid today:

“[w]ithout th[e] reservation [in Article 15, paragraph 8, of the Covenant], the internal affairs of a country might, directly they appeared to affect the interests of another country, be brought before the Council and form the subject of recommendations by the League of Nations. Under the terms of paragraph 8, the League’s interest in being able to make such recommendations as are deemed just and proper in the circumstances with a view to the maintenance of peace must, at a given point, *give way to the equally essential interest of the individual State to maintain intact its independence* in matters which international law recognises to be solely within its jurisdiction.”¹³

13. The smooth conduct of international relations thus entails a dynamic balance between the demands on the organs of the United Nations to exercise their statutory functions, on the one hand, and the need to respect the national jurisdictions of its Members, on the other.

14. Even if there is no *domaine réservé* “*a priori*” or “*par nature*”, and even though it is now established that, notwithstanding the terms of Article 2, paragraph 7, of the Charter, the scope of this domain at a given moment is to be determined in the light of international law, there are matters that this law, although expanding, still in principle leaves to the national jurisdiction of States.

15. Thus in 1923, the PCIJ found that “questions of nationality [were] . . . in principle within this reserved domain”¹⁴. The present Court confirmed this in its celebrated 1955 *Nottebohm* Judgment¹⁵, to which I shall briefly return later, and more recently in its 2021 Judgment on the preliminary objections in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*¹⁶.

16. Nor is it disputed today that the development and exercise of a State’s constitutional powers as such fall, in principle, within its *domaine réservé*¹⁷.

17. It is only when matters of national jurisdiction are in some way subject to a rule of international law, be it conventional or general, that they, or certain aspects of them, can be “removed” from the *domaine réservé* of the State. As the PCIJ again explained in its 1923 Opinion,

¹³ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4, p. 25* (emphasis added).

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955, p. 20.*

¹⁶ *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 98, para. 81.*

¹⁷ See e.g. *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (ed.), Bruylant, 2001, p. 356.

« il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États »¹⁸.

De la même manière, comme la CPJI l'a reconnu, notamment, dans son avis consultatif de 1932 sur le *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, si la constitution et les lois d'un État n'entrent en principe pas « dans le domaine des rapports internationaux » et sont « affaire d'ordre interne »¹⁹, il peut arriver que la compétence exclusive qui s'y attache soit exercée en violation d'engagements internationaux de cet État : la matière concernée « sort » alors du « domaine réservé » dudit État²⁰.

B. La Cour et le droit interne des États

18. Cela explique que la Cour soit assez fréquemment appelée à se pencher sur le droit interne des États. En effet, l'appréciation de la licéité de la conduite d'un État au regard de l'ensemble des règles du droit international exige communément que la Cour procède à un examen d'actes de droit interne de ses pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Les exemples en sont aussi nombreux que variés dans la jurisprudence des deux Cours. Ainsi, s'agissant de la CPJI, on peut citer les diverses affaires dans lesquelles elle fut amenée à examiner la conformité du droit interne — au sens large — d'un État aux traités de paix ou à des instruments connexes (voir par exemple l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*²¹) et, pour ce qui est de la CIJ, celles dans lesquelles elle a dû se pencher sur la conformité du droit interne d'un État aux normes internationales régissant notamment les immunités (voir par exemple les affaires du *Mandat d'arrêt*²², des *Immunités*

¹⁸ *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. Série B n° 4, p. 24.*

¹⁹ *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 25.* Voir aussi les commentaires de G. Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, 1990, p. 210 et suiv.

²⁰ *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 23 et suiv.*; cf. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 131, par. 258.* Voir aussi, par exemple, P. C. Ulimubenshi, *L'exception du domaine réservé dans la procédure de la Cour internationale*, Université de Genève, IUHEL, thèse n° 649, p. 59-60.

²¹ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 12, 24, 34 et 81.* Voir aussi *Colons allemands en Pologne, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. Série B n° 6, p. 29, 36-37 et 43.*

²² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 29-30, par. 70-71, et p. 32, par. 76.*

“it may well happen that, in a matter which, like that of nationality, is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States”¹⁸.

Likewise, as the PCIJ recognized in particular in its 1932 Advisory Opinion on the *Treatment of Polish Nationals in the Danzig Territory*, while the constitution and laws of a State do not in principle fall “within the domain of . . . international relations” and are “matters of domestic concern”¹⁹, the exercise of the exclusive jurisdiction involved can result in the breaching of that State’s international obligations: the matter in question thus “leaves” the *domaine réservé* of the said State²⁰.

B. The Court and the Domestic Law of States

18. This is why the Court is quite often called upon to consider the domestic law of States. Indeed, assessing the lawfulness of a State’s conduct under all the rules of international law frequently requires the Court to examine acts of a State’s legislative, executive and judicial powers under its domestic law. The examples in the jurisprudence of both courts are as numerous as they are diverse. For instance, one can cite the various cases of the PCIJ in which it was required to examine whether a State’s domestic law — in the broad sense — was in compliance with peace treaties or related instruments (see for example the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*²¹), and those of the ICJ in which the Court had to consider the conformity of a State’s domestic law with international norms governing, among other things, immunities (see for example the *Arrest Warrant*²², *Jurisdictional Immunities of the*

¹⁸ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4, p. 24.*

¹⁹ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 25.* See also the observations of G. Arangio-Ruiz, “Le domaine réservé. L’organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 225, 1990-VI, pp. 210 *et seq.*

²⁰ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, pp. 23 et seq.*; cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 131, para. 258. See also e.g. P. C. Ulimubenshi, *L’exception du domaine réservé dans la procédure de la Cour internationale*, University of Geneva, GISS, Thesis No. 649, pp. 59-60.

²¹ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, pp. 12, 24, 34 and 81*; also *German Settlers in Poland, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 6, pp. 29, 36-37 and 43.*

²² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, pp. 29-30, paras. 70-71 and p. 32, para. 76.

*juridictionnelles de l'État*²³ ou *Cumaraswamy*²⁴), les droits consulaires (voir par exemple les affaires *LaGrand*²⁵ et *Avena*²⁶) ou encore le droit de la mer (voir par exemple les affaires des *Pêcheries*²⁷, de la *Compétence en matière de Pêcheries*²⁸ ou encore, plus récemment, des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes*²⁹).

19. Toutefois, comme il ressort de ces affaires, lorsque est en cause devant la Cour le comportement d'un État, ce sont normalement ses actes concrets, le plus souvent commis *en vertu de sa législation interne* (générale ou d'application), ainsi que les effets de ces actes, qui font l'objet de la recherche de conformité au droit international, plutôt que cette législation elle-même. Cela se comprend, puisque aussi bien — et j'aurai l'occasion de revenir sur ce point — «[g]énéralement ... la violation du droit international ne résultera pas de la simple contrariété de la loi avec une obligation de l'État, mais de l'application effective de celle-ci»³⁰.

20. J'ajouterai que, au contentieux, les arrêts purement déclaratoires sont en tout état de cause l'exception, même si la Cour permanente comme celle de céans en ont accepté le principe³¹.

²³ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 153-154, par. 137.

²⁴ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 87-88, par. 62-65.

²⁵ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 497-498, par. 90-91.

²⁶ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 56-57, par. 111-114, et p. 63, par. 133-134.

²⁷ *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 125, 127, 129 et 132 et suiv.

²⁸ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 6-7, par. 11, et *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 178-179, par. 12. Sur la législation islandaise en cause, voir *ibid.*, p. 10 et suiv., par. 19 et suiv., et p. 182 et suiv., par. 20 et suiv.

²⁹ *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2022 (I), p. 338, par. 187, p. 340, par. 194, p. 359, par. 243, et p. 365, par. 260.

³⁰ M. Forteau, A. Miron et A. Pellet, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2022, p. 1098.

³¹ On se souviendra que la CPJI, se référant notamment à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations ainsi qu'aux articles 36, paragraphe 2, et 63 du Statut de la Cour, a, dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, expressément reconnu, dans les termes suivants, qu'elle pouvait rendre des arrêts purement déclaratoires : «On ne voit pas pourquoi les États ne pourraient pas demander à la Cour de donner une interprétation abstraite d'une convention; il semble plutôt que c'est une des fonctions les plus importantes qu'elle peut remplir.» (*Fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 18-19.) Et de fait, la Cour a estimé qu'en l'espèce elle avait en premier lieu à «rechercher si, d'une manière générale, les articles 2 et 5 de la loi [polonaise] du 14 juillet 1920 [étaient] ou non compatibles avec les articles 6 à 22 de la Convention de Genève [sur la Haute-Silésie polonaise]» (*ibid.*, p. 20; les italiques sont de moi). Mais en même temps, la Cour a été appelée à se prononcer, plus concrètement, «sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agi[ssai]t ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne» (*ibid.*, p. 19; les italiques sont de moi). Cf. *Interprétation des arrêts n°s 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, p. 20. Voir aussi affaire du Cameroun septentrional (*Cameroun c.*

*State*²³ and *Cumaraswamy*²⁴ cases), consular rights (see for example the *LaGrand*²⁵ and *Avena*²⁶ cases) and even the law of the sea (see for example the *Fisheries*²⁷ and *Fisheries Jurisdiction*²⁸ cases or, more recently, the case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*²⁹).

19. However, as is clear from these cases, when a State's conduct is at issue before the Court, it is typically its specific acts, usually committed *by virtue of* its domestic legislation (general or implementing), as well as the effects of those acts, which are the subject of the examination of compliance with international law, rather than the legislation itself. This is understandable, since it is equally typical — and I shall return to this point — that “the violation of international law will result not from a simple conflict between the law and an obligation of the State, but from the effective implementation of that law”³⁰.

20. I would add that in contentious proceedings, purely declaratory judgments are in any event exceptional, even though both the Permanent Court and this Court have accepted them in principle³¹.

²³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), pp. 153-154, para. 137.

²⁴ *Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I), pp. 87-88, paras. 62-65.

²⁵ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, pp. 497-498, paras. 90-91.

²⁶ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 56-57, paras. 111-114 and p. 63, paras. 133-134.

²⁷ *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, pp. 125, 127, 129 and 132 *et seq.*

²⁸ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgments, I.C.J. Reports 1974, pp. 6-7, para. 11, and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 178-179, para. 12. On the Icelandic legislation at issue, see *ibid.*, pp. 10 *et seq.*, paras. 19 *et seq.*, and pp. 182 *et seq.*, paras. 20 *et seq.*

²⁹ *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 338, para. 187, p. 340, para. 194, p. 359, para. 243 and p. 365, para. 260.

³⁰ M. Forteau, A. Miron and A. Pellet, *Droit international public*, 9th ed., LGDJ, 2022, p. 1098.

³¹ It will be recalled that, referring in particular to Article 14 of the Covenant of the League of Nations and to Article 36, paragraph 2, and Article 63 of the Statute of the Court, the PCIJ expressly recognized in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* that it could render purely declaratory judgments, using the following terms: “There seems to be no reason why States should not be able to ask the Court to give an abstract interpretation of a treaty; rather would it appear that this is one of the most important functions which it can fulfil.” (*Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, pp. 18-19.) And in fact the Court considered that in that case it had in the first place to “ascertain[] whether, *generally speaking*, Articles 2 and 5 of the [Polish] law of July 14th, 1920, [we]re or [we]re not compatible with Articles 6 to 22 of the Geneva Convention [relating to Polish Upper Silesia]” (*ibid.*, p. 20; emphasis added). But at the same time, the Court was called upon to rule, more concretely, “on the question whether or not, in *applying* that law, Poland [wa]s acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention” (*ibid.*, p. 19; emphasis added). Cf. *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 20. See also *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*,

21. Au demeurant, il n'est pas inutile de rappeler que, dans les cas où la Cour a conclu qu'un instrument de droit interne était immédiatement à l'origine d'une situation non conforme au droit international, elle a parfois prescrit l'adoption de mesures à portée directe ou indirecte concernant cet instrument ou, le plus souvent, son application, mais en veillant toujours très prudemment à ne pas interférer avec le « domaine réservé » de l'État intéressé. La Cour met ainsi typiquement, dans ces cas, une obligation de *résultat* à charge de la partie intéressée, mais lui laisse expressément le *libre choix des moyens* auxquels recourir à cet effet³².

22. *A fortiori* la Cour s'est-elle toujours gardée d'interférer, même à titre conservatoire, avec l'adoption d'une législation nationale *comme telle* ou la détermination de sa teneur, pour problématique qu'elle pût potentiellement être au regard du droit international, n'intervenant que lorsque des mesures d'application *précises* de ladite législation présentaient le risque réel d'affecter concrètement, ou affectaient déjà, les droits de tiers dans la « sphère externe ».

23. L'autonomie respective de l'ordre juridique international et des ordres juridiques internes a, de la même manière, toujours empêché la Cour elle-même de *déclarer invalide* un instrument de droit interne litigieux³³.

Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 37 ; Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 662, par. 49.

³² Dans les affaires précitées du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 33, par. 78), ainsi que d'*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 73, par. 153), la Cour a, respectivement, ordonné à la Belgique de mettre à néant le mandat litigieux « par les moyens de son choix » et aux États-Unis de permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine prononcés à l'égard des personnes concernées « en mettant en œuvre les moyens de leur choix » (cf. *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 516, par. 128 ; *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (II), p. 460, par. 149). Cf. *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1999, p. 90, par. 67. Voir aussi l'affaire des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2022 (I), p. 338, par. 187, et p. 367, par. 261, point 6. Comparer la très grande prudence observée par la Cour, dans l'affaire de *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, au moment de rechercher si les sociétés iraniennes intéressées avaient épuisé les voies de recours internes aux États-Unis. Ayant conclu que lesdites sociétés « n'avaient aucune possibilité raisonnable de faire valoir leurs droits avec succès dans les procédures judiciaires américaines », elle s'est empressée d'ajouter ce qui suit :

« La Cour ne porte, par le constat qui précède, aucun jugement sur la qualité du système judiciaire américain, ni sur la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, en droit américain, en ce qui concerne l'exécution des obligations internationales dans l'ordre ... interne. » (Arrêt, C.I.J. Recueil 2023 (I), p. 85, par. 72.)

³³ Cf. par exemple *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 60, par. 123 ; *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, C.I.J. Recueil 2019 (II), p. 455, par. 136. Toutefois, dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, la CPIJ, reprenant les termes de la conclusion danoise correspondante a, dans le dispositif de son arrêt du 5 avril 1933, « décid[é] que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet

21. Furthermore, it is worth recalling that in cases where the Court has found that an instrument of domestic law was the immediate cause of a situation in breach of international law, it has sometimes ordered the adoption of measures having a direct or indirect effect on that instrument or, most often, its implementation, but has always taken great care not to interfere with the *domaine réservé* of the State concerned. In such cases, the Court thus typically imposes an obligation of *result* on the interested party, but expressly allows it the *freedom to choose the means* by which it achieves that end³².

22. *A fortiori*, the Court has always taken care not to interfere, even on a provisional basis, with the adoption of national legislation *as such* or with the determination of its content, however problematic it may have the potential to be in international law, intervening only when *specific* measures implementing the legislation were truly likely to have, or had already had, tangible effects on the rights of third parties in the “external sphere”.

23. The respective autonomy of the international legal order and of domestic legal orders has, similarly, always prevented the Court itself from *declaring invalid* a contentious instrument of domestic law³³.

Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 37; *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II)*, p. 662, para. 49.

³² In the above-mentioned cases of the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 33, para. 78) and *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 73, para. 153), the Court ordered, respectively, Belgium to cancel the contested warrant “by means of its own choosing” and the United States to provide review and reconsideration of the conviction and sentence handed down to the individuals concerned “by means of its own choosing” (cf. *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 516, para. 128; *Jadhav (India v. Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II)*, p. 460, para. 149). Cf. *Difference relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 90, para. 67. See also the case concerning *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2022 (I)*, p. 338, para. 187 and p. 367, para. 261 (6). Compare the extreme caution shown by the Court in the case concerning *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* in ascertaining whether the Iranian companies concerned had exhausted all local remedies in the United States. Having concluded that the companies in question “had no reasonable possibility of successfully asserting their rights in United States court proceedings”, the Court was quick to add the following:

“The Court is not, by the above finding, making any judgment upon the judicial system of the United States, or on the distribution of powers between the legislative and judicial branches under United States law as regards the fulfilment of international obligations within the domestic legal system.” (*Judgment, I.C.J. Reports 2023 (I)*, p. 85, para. 72.)

³³ Cf. e.g. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 60, para. 123; *Jadhav (India v. Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II)*, p. 455, para. 136. However, in the operative part of its Judgment of 5 April 1933 in the case concerning the *Legal Status of Eastern Greenland*, the PCIJ, reproducing the terms of the corresponding submission of Denmark, “decide[d] that the declaration of occupation promulgated by the Norwegian Government on July 10th, 1931, and any steps

C. Législation interne et licéité internationale

24. Il échet par ailleurs de ne pas perdre de vue que, d'une manière plus générale, il n'est pas considéré en droit international que la seule adoption, par un État, d'une législation dépourvue d'applicabilité directe, dont le contenu matériel serait susceptible, *a priori*, d'induire une situation non conforme à ce droit, puisse constituer *comme telle et à elle seule* un acte internationalement illicite, sauf bien entendu dans le cas particulier où l'État en question aurait contracté un engagement international spécifique de ne pas adopter une telle législation.

25. En d'autres termes, l'« effet potentiel » d'une législation contestable au regard du droit international se situe en deçà du « seuil d'illicéité », lequel n'est susceptible d'être franchi que du fait de la concrétisation de la portée de cette législation par les organes de l'État chargés d'en assurer le respect³⁴.

26. Ainsi, l'adoption d'une législation susceptible de préfigurer ou d'induire un acte illicite international est tout au plus comparable à un « acte préparatoire », lui-même dépourvu d'illicéité, comme la Cour, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, a qualifié les mesures prises et les travaux effectués par la Slovaquie sur son territoire, avant le blocage du cours original du Danube, dans le cadre de la mise en place de la « variante C ». La Cour a justifié cette conclusion, bien établie selon elle en droit international, en soulignant que l'auteur des actes préparatoires gardait en effet toute liberté de ne pas leur donner effet³⁵.

27. Ce n'est pas en vain que l'on citera ici certains passages des travaux de la Commission du droit international auxquels la Cour s'est référée dans ce contexte et qui apparaissent particulièrement pertinents dans notre affaire. Ainsi, selon la Commission, « un acte législatif dont les dispositions seraient de nature à ouvrir la voie à la commission par l'État d'un fait illicite peut en fait ne pas aboutir à ce résultat, parce qu'il n'a pas été suivi des mesures administratives ou judiciaires “ordonnées par le législateur” »³⁶.

égard par ce même Gouvernement, constitu[ai]ent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, [étaient] illégales et non valables » (*arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 75). Le libellé de cette clause est quelque peu ambigu et les motifs de l'arrêt ne permettent pas de saisir la portée exacte que la Cour a entendu lui conférer. Une telle déclaration, comme la fameuse déclaration Ihlen de 1919, qui a servi de fondement à la décision de la Cour, a constitué un acte unilatéral qui, par définition, trouve sa source dans le droit interne mais est destiné à produire des effets en droit international. Ces actes se situent aux « confins » des deux ordres juridiques. Dans ces conditions, il y a lieu de supposer que la Cour n'a pas prétendu dénier toute validité à la résolution royale du 10 juillet 1931 (*ibid.*, p. 43) et à ses mesures d'application dans le droit interne norvégien, mais a plutôt voulu indiquer que la publication de ladite résolution et sa transmission par note verbale au Gouvernement danois avaient été dépourvues de tout effet dans l'ordre juridique international et que les actes d'occupation qui s'en étaient suivis étaient illicites au regard du même ordre juridique.

³⁴ Cf. M. Forteau, A. Miron et A. Pellet, *Droit international public*, 9^e éd., LGDJ, 2022, p. 1098.

³⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 54, par. 79.

³⁶ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II, deuxième partie, p. 59, par. 14.

C. Domestic Legislation and International Lawfulness

24. It is also important not to lose sight of the fact that, more generally, in terms of international law, the mere adoption by a State of legislation that is not directly applicable, whose substance could *a priori* give rise to a situation in breach of that law, cannot constitute *as such and in and of itself* an internationally wrongful act, except of course in the particular event that the State in question is said to have made a specific international commitment not to adopt such legislation.

25. In other words, the “potential effect” of legislation contestable under international law sits below the “unlawfulness threshold”, which can be crossed only when the State organs responsible for ensuring that such legislation is respected give concrete expression to its scope³⁴.

26. Hence, the adoption of legislation that is likely to foreshadow or give rise to an internationally wrongful act is at most comparable to a “preparatory action”, itself not wrongful, as the Court, in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, characterized the measures taken and works carried out by Slovakia on its own territory in implementing “Variant C”, prior to cutting off the original flow of the Danube. The Court justified this finding, which it considered to be well established in international law, by observing that the State performing the preparatory actions was entirely free not to give effect to them³⁵.

27. It is worth citing here some passages from the work of the International Law Commission to which the Court referred in that context and which appear particularly relevant in the present case. Thus, according to the Commission, “a legislative act whose provisions might open the way to the commission by a State of a wrongful act may not actually lead to such a result because it is not followed by the administrative or judicial action ‘ordered by the legislator’”³⁶.

taken in this respect by that Government, constitute[d] a violation of the existing legal situation and [we]re accordingly unlawful and invalid” (*Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 75*). The wording of this clause is somewhat ambiguous and it is not possible to discern from the Judgment’s reasoning the exact scope that the Court intended to confer on it. Such a declaration, like the well-known Ihlen declaration of 1919, which served as the basis of the Court’s decision, was a unilateral act which, by definition, originates in domestic law but is intended to produce effects in international law. These acts lie on the “outermost bounds” of the two legal orders. In these circumstances, it can be assumed that the Court did not intend to deprive of all validity the royal resolution of 10 July 1931 (*ibid.*, p. 43) or the measures implementing it in Norwegian domestic law, but rather wished to state that the publication of that resolution and its transmission by Note Verbale to the Danish Government had been deprived of all effect in the international legal order and that the acts of occupation that had followed were unlawful under that same legal order.

³⁴ Cf. M. Forteau, A. Miron and A. Pellet, *Droit international public*, 9th ed., LGDJ, 2022, p. 1098.

³⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 54, para. 79.

³⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, Vol. II, Part Two, p. 57, para. 14.

Et la Commission d'ajouter :

« De fait, un État qui est confronté de la part d'un autre État à un comportement qui paraît constituer manifestement la phase initiale d'une démarche, d'une action ou d'une omission de nature à conduire à un fait illicite peut, avec toutes les précautions nécessaires, prendre les mesures appropriées en l'occurrence, tout en respectant le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures de l'autre partie, et proposer amicalement à l'État en question de modifier son comportement de manière à éviter d'encourir une responsabilité. »³⁷

28. Un acte législatif de cette nature n'est en conséquence pas, comme tel, « sorti » du « domaine réservé » de l'État concerné. Cela ne signifie à l'évidence pas pour autant qu'il ne puisse donner lieu à la survenance d'un fait illicite dans des délais assez brefs. Tout est question d'espèce et de circonstances.

D. Le référendum annoncé par le Venezuela

29. En l'occurrence, le référendum que le Venezuela a prévu de tenir le 3 décembre prochain a été convoqué par accord de l'Assemblée nationale sur le fondement de l'article 71 de la Constitution vénézuélienne³⁸ ; or, selon les termes mêmes de cette disposition, un tel référendum, contrairement à d'autres organisés par la même Constitution, est de nature seulement « consultative »³⁹. Le caractère non contraignant des réponses données aux questions posées dans ce cadre paraît bien établi dans la doctrine constitutionnelle⁴⁰

³⁷ *Ibid.*, p. 60.

³⁸ Voir l'arrêt n° 1469 de la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême de justice du Venezuela en date du 31 octobre 2023, affaire n° 23-1081, partie III.

³⁹ Le premier alinéa de l'article 71 dispose :

« Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un numero no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral. » (« Les questions d'importance nationale particulière peuvent être soumises au référendum consultatif à l'initiative du président de la République en Conseil des ministres ; par accord de l'Assemblée nationale, approuvé par le vote de la majorité de ses membres ; ou à la demande d'au moins dix pour cent des électeurs inscrits au registre civil et électoral. » [*Ma traduction.*])

⁴⁰ Voir par exemple L. Salamanca, « La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana », *Revista de derecho público*, 2000, vol. 82, p. 98 ; H. Rondón de Sansó, « El referendo en la Constitución venezolana de 1999 », dans R. Duque Corredor et Jesús María Casal (dir. publ.), *Estudios de Derecho Público*, vol. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, II-7 ; *Contra*, C. G. Pellegrino Pacera, « Una introducción al estudio del referendo como mecanismo de participación ciudadana en la Constitución de 1999 », dans A. Arismendi A. et J. Caballero Ortiz (dir. publ.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI — Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. I, Madrid, Civitas, 2003, p. 460.

And the Commission adds:

“Indeed, in the presence of conduct of another State which manifestly appears to constitute the initial phase of a course of action (or omission) likely to lead to a wrongful act, the State could, with all the necessary precautions, take the appropriate steps, with due respect for the principle of non-intervention in the other party’s domestic affairs, to suggest in an amicable manner an adjustment of the former State’s conduct which might avert liability.”³⁷

28. Consequently, a legislative act of this nature has not, as such, “left” the *domaine réservé* of the State concerned. However, this does not mean, of course, that it is not capable of giving rise to a wrongful act in the near future. It depends on the act in question and the circumstances.

D. The Referendum Announced by Venezuela

29. In this case, the referendum that Venezuela plans to hold on 3 December 2023 has been convened by approval of the National Assembly on the basis of Article 71 of the Venezuelan Constitution³⁸; and under the very terms of that provision, such a referendum, unlike others organized via the same Constitution, is of a purely “consultative” nature³⁹. The non-binding nature of the responses given to the questions posed in this context appears to be well established in the constitutional doctrine⁴⁰ and, more clearly still,

³⁷ *Ibid.*, p. 58.

³⁸ See Judgment No. 1469 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela, 31 October 2023, case No. 23-1081, Part III.

³⁹ The first part of Article 71 provides:

“Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral.” (“Matters of special national transcendence may be referred to a consultative referendum, on the initiative of the President of the Republic, taken at a meeting of the Cabinet; by resolution of the National Assembly, passed by a majority vote; or at the request of a number of voters constituting at least 10 per cent of all voters registered on the national, civil and electoral registry.” [*English translation available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009*].)

⁴⁰ See e.g. L. Salamanca, “La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiper-participación ciudadana”, *Revista de derecho público*, 2000, Vol. 82, p. 98; H. Rondón de Sansó, “El referendo en la Constitución venezolana de 1999”, in R. Duque Corredor and Jesús María Casal (eds.), *Estudios de Derecho Público*, Vol. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, II-7; *Contra*, C. G. Pellegrino Pacera, “Una introducción al estudio del referendo como mecanismo de participación ciudadana en la Constitución de 1999”, in A. Arismendi A. and J. Caballero Ortiz (eds.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI — Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. I, Madrid, Civitas, 2003, p. 460.

et, plus clairement encore, dans la jurisprudence récente du Tribunal suprême de justice du Venezuela, dont la Chambre constitutionnelle, dans un arrêt du 22 janvier 2003, a notamment expliqué en ces termes la portée d'une telle «consultation» :

«[E]l resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *no tiene carácter vinculante en términos jurídicos*, respecto de las autoridades legítimas y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad *no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias.*» («[L]e résultat du référendum consultatif prévu à l'article 71 de la Constitution de la République bolivarienne du Venezuela *ne lie pas juridiquement* les autorités légitimes et légalement constituées, car il s'agit d'un mécanisme de démocratie participative dont l'objet *n'est pas la prise de décisions par les électeurs sur des questions d'une importance nationale particulière, mais leur participation à l'avis donné à ceux qui sont appelés à décider de ces questions.*» [*Ma traduction.*])⁴¹

La même Chambre s'est exprimée en termes similaires dans son arrêt du 31 octobre 2023 sur la constitutionnalité du référendum projeté et des questions à poser dans ce cadre⁴². Les effets non contraignants de ce référendum ont été confirmés à l'audience⁴³. Il s'en évince que, même s'il a été affirmé que «l'État vénézuélien ne tournera[it] pas le dos à ce que le peuple décidera[it] lors du référendum»⁴⁴, le Gouvernement vénézuélien demeurera

⁴¹ Tribunal suprême de justice, Chambre constitutionnelle, arrêt n° 23 du 22 janvier 2003, Exp. N. 03-0017, partie V (les italiques sont de moi).

⁴² «En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considera necesario reiterar que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad *no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias* toda vez que el resultado del referendo consultivo supone un mandato constitucional a través del ejercicio directo de la voluntad popular.» (Tribunal suprême de justice, Chambre constitutionnelle, arrêt n° 1469 du 31 octobre 2023, Exp. N. 23-1081, partie III.) (Les italiques sont de moi.)

(«Par conséquent, sur la base du raisonnement qui précède, la présente Chambre estime nécessaire de réaffirmer que le résultat du référendum consultatif prévu à l'article 71 de la Constitution de la République bolivarienne du Venezuela représente un mécanisme de démocratie participative dont l'objet *n'est pas la prise de décisions par les électeurs sur des questions d'une importance nationale particulière, mais leur participation à l'avis donné à ceux qui doivent décider de ces questions*, étant donné que le résultat du référendum consultatif implique un mandat constitutionnel à travers l'exercice direct de la volonté populaire.» [*Ma traduction.*])

⁴³ Voir CR 2023/23, p. 22 (Reichler).

⁴⁴ CR 2023/24, p. 13, par. 24 (Rodriguez).

in the recent jurisprudence of Venezuela's Supreme Court of Justice, whose Constitutional Chamber, in a judgment of 22 January 2003, notably described the scope of such a "consultation" in the following terms:

“[E]l resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela *no tiene carácter vinculante en términos jurídicos*, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas, por ser éste un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad *no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias.*” (“[T]he result of the consultative referendum provided for in Article 71 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela *is not legally binding* on the legitimate and legally constituted authorities, since it is a mechanism of participatory democracy whose object *is not decision-making by the electorate on questions of particular national importance, but the participation of the electorate in the guidance given to those called upon to decide those matters.*” [Translation by the Registry.]⁴¹)

The same Chamber expressed itself in similar terms in its judgment of 31 October 2023 on the constitutionality of the proposed referendum and the questions to be put in that context⁴². The nonbinding effects of this referendum were confirmed at the hearings⁴³. It follows that, despite stating that “the State of Venezuela w[ould] not turn its back on what the people decide[d] in the referendum”⁴⁴, the Venezuela Government will still

⁴¹ Supreme Court of Justice, Constitutional Chamber, Judgment No. 23, 22 January 2003, case No. 03-0017, Part V (emphasis added).

⁴² “En consecuencia, con fundamento en los razonamientos precedentes, esta Sala considero necesario reiterar que el resultado del referéndum consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela representa un mecanismo de democracia participativa cuya finalidad *no es la toma de decisiones por parte del electorado en materias de especial trascendencia nacional, sino su participación en el dictamen destinado a quienes han de decidir lo relacionado con tales materias* toda vez que el resultado del referendo consultivo supone un mandato constitucional a través del ejercicio directo de la voluntad popular.” (Supreme Court of Justice of Venezuela, Constitutional Chamber, Judgment No. 1469 of 31 October 2023, case No. 23-1081, Part III.) (Emphasis added.)

(“Consequently, on the basis of the foregoing reasoning, this Chamber considers it necessary to reaffirm that the result of the consultative referendum provided for in Article 71 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela is a mechanism of participatory democracy whose object *is not decision-making by the electorate on questions of particular national importance, but the participation of the electorate in the guidance given to those called upon to decide those matters*, because the result of the consultative referendum implies a constitutional mandate through the direct exercise of the popular will.” [Translation by the Registry.]

⁴³ See CR 2023/23, p. 22 (Reichler).

⁴⁴ CR 2023/24, p. 13, para. 24 (Rodríguez).

toujours, en droit, libre de choisir les suites précises qu'il entendra réserver à l'avis ainsi donné.

30. La teneur et le ton des questions posées peuvent certes parfois déconcerter, mais je ne suis pas convaincu, contrairement aux auteurs de la déclaration politique du CARICOM, en date du 25 octobre 2023, qu'on puisse *a priori* y voir une stratégie visant à obtenir l'aval des Vénézuéliens à la commission d'actes illicites internationaux aussi graves qu'une invasion et une annexion futures du territoire contesté⁴⁵. Le libellé des questions que les autorités vénézuéliennes ont décidé de poser au peuple le 3 décembre prochain ne fait aucune référence à des mesures aussi extrêmes, et semble même devoir les écarter en faisant expressément état, à plusieurs reprises, du nécessaire respect de l'accord de Genève de 1966 et du « Droit », notamment quant aux mesures à prendre (questions n^{os} 1 et 2), parfois même, plus spécifiquement, du nécessaire respect du « droit international » (question n^o 5).

31. Les questions n^{os} 1, 2 et 3 ne font en réalité que solliciter, il est vrai sans tenir toujours compte des décisions déjà rendues par la Cour, l'appui de la population aux thèses publiquement formulées depuis un certain temps par les autorités vénézuéliennes, y inclus devant la Cour elle-même. La seule question qui peut susciter quelque perplexité et requiert sans doute un examen quelque peu plus approfondi me semble être la question n^o 5.

32. Une lecture attentive de son texte ne permet toutefois pas de conclure qu'il chercherait à gagner le soutien de la population en vue de la commission d'un futur acte illicite international. Et l'on ne saurait en tout état de cause pas le présumer⁴⁶. Il n'est certes pas aisé de cerner la portée exacte de certains termes utilisés, tels que l'adoption de mesures législatives de « prise en charge globale » (espagnol : « atención integral ») de la population établie sur le territoire contesté ou l'inscription dudit territoire « sur la *carte* du Venezuela »⁴⁷. Toutefois, l'énoncé des moyens concrets auxquels, selon le libellé de la question n^o 5, il est prévu d'avoir recours pour atteindre ces fins — à savoir, en particulier, l'octroi à cette population de la citoyenneté et

⁴⁵ Le Venezuela a d'ailleurs expressément écarté une telle éventualité dans son mémorandum sur la requête du Guyana, en date du 28 novembre 2019 (par. 138), ainsi qu'il a été rappelé à l'audience, CR 2023/24, p. 22. Il échet d'ajouter que, dans la lettre qu'il a adressée à la Cour le 24 juillet 2020, le ministre du pouvoir populaire pour les relations extérieures du Venezuela a expressément indiqué ce qui suit :

« Le Venezuela ne recourra pas à la force, non seulement parce que le droit international actuel le lui interdit, mais aussi, et surtout, en raison de la politique régionale de paix, d'intégration et de solidarité qu'il poursuit... Dans sa manière d'aborder ce différend territorial, le Venezuela sera toujours guidé par les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et par le souci de préserver la paix. » [Traduction du Greffe.]

⁴⁶ Pas plus qu'on ne saurait présumer que le Venezuela n'exécuterait pas l'arrêt que la Cour rendra sur le fond, voir par exemple *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 437-438, par. 101.

⁴⁷ Les italiques sont de moi.

be free, in law, to choose the specific action it will take in response to the opinion thus given.

30. While the content and tone of the questions posed may be disconcerting at times, I am not convinced, unlike the authors of the political statement issued by CARICOM on 25 October 2023, that it is possible *a priori* to see therein a strategy aimed at obtaining the support of Venezuelans for the commission of such grave internationally wrongful acts as a future invasion and annexation of the disputed territory⁴⁵. The questions which the Venezuelan authorities have decided to put to the people on 3 December contain no mention of such extreme measures and, indeed, seem to reject such actions by making several express references to the need to respect the 1966 Geneva Agreement and the “Law”, in particular as concerns the measures to be taken (first and second questions); and even on occasion — more specifically — to the need to respect “International Law” (fifth question).

31. In reality, the first, second and third questions merely seek — admittedly without always taking into account the decisions already handed down by the Court — the support of the population for the arguments that have for some time been publicly expressed by the Venezuelan authorities, including before the Court itself. The only question that might be a source of some confusion and may require a slightly more in-depth examination seems to me to be the fifth question.

32. Nonetheless, a careful reading of its text does not support the conclusion that it is seeking to garner popular support for the purpose of committing an internationally wrongful act in the future. And in no event can this be assumed⁴⁶. Admittedly, it is not easy to discern the exact scope of some of the terms used, such as the adoption of legislative measures for a “comprehensive plan” (“atención integral” in Spanish) for the population of the disputed territory, or the incorporation of the said territory “into the *map* of Venezuelan territory”⁴⁷. But the setting-out in the fifth question of the specific means that would be used to achieve those ends — in particular, the granting of Venezuelan citizenship and identity cards to that population —

⁴⁵ Venezuela also expressly ruled out such an eventuality in its Memorandum on the Application of Guyana, dated 28 November 2019 (para. 138), as was recalled during the hearings (CR 2023/24, p. 22). It is worth adding that, in his letter addressed to the Court on 24 July 2020, the Minister of People’s Power for Foreign Affairs of Venezuela expressly stated as follows:

“Venezuela will not resort to force, not only because it is prohibited by the current international law, but also, and specially, because of its own regional policy of peace, integration, and solidarity . . . The treatment of the territorial controversy by Venezuela will always be in accordance with the principles of the UN Charter and the maintenance of peace.”

⁴⁶ Nor can it be assumed that Venezuela would not enforce the Court’s future judgment on the merits, see e.g. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 437-438, para. 101.

⁴⁷ Emphasis added.

d'une carte d'identité vénézuéliennes —, lu en conjonction avec la référence, déjà commentée, à la conformité à l'accord de Genève et au droit international des mesures envisagées, est à cet égard plutôt rassurant⁴⁸. De tels moyens, dans leur énoncé abstrait, ne seraient en effet pas *a priori*, en eux-mêmes, contraires au droit international ni propres à causer un préjudice — moins encore irréparable — aux droits du demandeur. Comme je l'ai déjà rappelé, il est de jurisprudence constante de cette Cour que l'octroi de la nationalité constitue un pouvoir discrétionnaire de l'État (qui est parfaitement libre d'en fixer les critères) et qu'il relève de sa compétence exclusive⁴⁹. Cela n'est guère contesté en doctrine. Ainsi y lit-on par exemple que

« [r]ien ne confirme ... que la nationalité qui serait acquise au mépris de [l'] exigence [d'un lien raisonnable entre l'État octroyant sa nationalité et la personne qui devient son national] ne le serait pas *valablement* ou que l'État qui l'aurait ainsi octroyée *aurait agi illicitement* »⁵⁰.

Tout autre est évidemment la question des effets, dans l'ordre juridique international, d'un tel octroi, et notamment celle de son opposabilité aux États tiers⁵¹.

E. Conclusions

33. Quelles conclusions y a-t-il lieu de tirer de ces quelques considérations liminaires ?

34. À mon avis, les suivantes :

- 1) L'organisation du référendum projeté par le Venezuela constitue en elle-même, *a priori*, une matière appartenant à son domaine réservé ;

⁴⁸ Le Venezuela a d'ailleurs précisé à l'audience que « [a]ucune de ces *mesures administratives* ne peut avoir la moindre incidence sur le titre que le Guyana prétend avoir sur le territoire en litige », CR 2023/24, p. 20, par. 7 (Mbengue) (les italiques sont de moi). Il a expliqué que l'octroi de cartes d'identité aux populations frontalières faciliterait la libre circulation des personnes de part et d'autre de celle-ci, et rappelé que la cartographie officielle vénézuélienne incorporait déjà depuis longtemps la *Guayana Esequiba*, *ibid.*

⁴⁹ Voir *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 20-21 :

« Il appartient au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation... La naturalisation de Nottebohm est un acte accompli par le Liechtenstein dans l'exercice de sa compétence nationale... Lorsqu'un État a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre État a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces États, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces États reste jusque-là dans son ordre juridique propre. »

⁵⁰ J. Verhoeven, *Droit international public*, Larquier, 2000, p. 139 (les italiques sont de moi).

⁵¹ *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 21 et suiv.

read in conjunction with the previously mentioned reference to the compliance of the measures envisaged with the Geneva Agreement and international law, nevertheless offers some reassurance in this regard⁴⁸. Indeed, such means, in their abstract formulation, would not *a priori* be in themselves contrary to international law, nor likely to cause prejudice — much less irreparable prejudice — to the rights of the Applicant. As I have already recalled, it is the settled jurisprudence of this Court that granting nationality is a discretionary power of the State (which is perfectly free to set the criteria for doing so) and that it falls under its exclusive jurisdiction⁴⁹. This is widely recognized in legal writings, where one can read, for example, that

“[t]here is no evidence . . . that nationality acquired in defiance of th[e] requirement [that there be a reasonable link between the State granting nationality and the person becoming its national] would not be *validly* acquired or that the State granting it *would have acted unlawfully*”⁵⁰.

The effects of such granting within the international legal order and, in particular, its opposability to third States are of course an entirely different matter⁵¹.

E. Conclusions

33. What conclusions should be drawn from these few preliminary considerations?

34. In my opinion, the following:

- (1) Venezuela’s organization of the proposed referendum is in itself, *a priori*, a matter falling within that State’s *domaine réservé*;

⁴⁸ Venezuela also stated at the hearings that “[n]one of these *administrative actions* can affect Guyana’s alleged title to the disputed territory”, CR 2023/24, p. 20, para. 7 (Mbengue) (emphasis added). It explained that granting identity cards to the frontier population would facilitate the free movement of persons on both sides, and recalled that *Guayana Esequiba* had long been incorporated in Venezuela’s official cartography, *ibid*.

⁴⁹ See *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, pp. 20-21:

“It is for Liechtenstein, as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation . . . The naturalization of Nottebohm was an act performed by Liechtenstein in the exercise of its domestic jurisdiction . . . When one State has conferred its nationality upon an individual and another State has conferred its own nationality on the same person, it may occur that each of these States, considering itself to have acted in the exercise of its domestic jurisdiction, adheres to its own view and bases itself thereon in so far as its own actions are concerned. In so doing, each State remains within the limits of its domestic jurisdiction.”

⁵⁰ J. Verhoeven, *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 139 (emphasis added).

⁵¹ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, pp. 21 *et seq.*

- 2) Le Venezuela n'appert pas s'être internationalement engagé à ne pas tenir un tel référendum, de telle sorte que l'organisation de celui-ci aurait été « extraite » de la compétence exclusive de cet État pour être régie par le droit international ;
- 3) Il ne semble pas que l'organisation du référendum en question soit contraire à une quelconque obligation internationale du Venezuela d'une autre nature : même s'il poursuivait ultimement un but illicite — ce qui n'a pas été démontré —, sa tenue, qui devrait dans ce cas être regrettée, ne saurait pour autant, comme telle, revêtir d'emblée le caractère d'un fait internationalement illicite ;
- 4) Lorsque le droit interne d'un État était à l'origine d'un fait illicite, la Cour s'est invariablement intéressée aux mesures concrètes d'exécution des législations concernées, plutôt qu'à ces législations elles-mêmes ; les remèdes éventuellement indiqués ont toujours pris la forme d'obligations de résultat, la Cour se gardant prudemment d'interférer directement avec l'ordre juridique interne de l'État intéressé ; et
- 5) Le référendum envisagé, compte tenu de sa qualification constitutionnelle, laissera le Gouvernement vénézuélien libre, en droit, de décider des suites précises à lui donner, selon les modalités et dans les délais qu'il jugera appropriés.

II. EXAMEN DE LA RÉUNION EN L'ESPÈCE DES CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR INDIQUER LES MESURES CONSERVATOIRES SOLLICITÉES

35. Ces quelques observations préliminaires ayant été formulées, je peux à présent, en les gardant à l'esprit, rechercher si les mesures sollicitées par le demandeur auraient pu remplir les conditions, désormais bien établies, pour que la Cour soit en mesure de les indiquer.

A. Première condition

36. La *première condition*, comme on le sait, est que la Cour apparaisse « *prima facie* » avoir compétence pour statuer au fond. Cette formule, déjà ancienne⁵², constitue le meilleur compromis identifié par la Cour aux fins de respecter autant que faire se peut les impératifs du système consensualiste établi par le Statut tout en permettant au juge d'agir dans l'urgence pour préserver *pendente lite* les droits en litige.

37. Dans la présente espèce, il est indubitable que cette condition est dûment réunie, puisque la Cour a déjà décidé, dans son arrêt du 18 décembre 2020, qu'elle avait compétence pour connaître de la question de la validité

⁵² Voir l'opinion dissidente commune des juges Winiarski et Badawi Pacha jointe à l'ordonnance du 5 juillet 1951 en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran, mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 96-98*, et les ordonnances rendues dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, par exemple *Royaume-Uni c. Islande (mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972), C.I.J. Recueil 1972, p. 15*, par. 15.

- (2) Venezuela does not appear to be internationally obliged not to hold such a referendum, which would have “removed” the organization of the latter from that State’s exclusive jurisdiction in order to be governed by international law;
- (3) The organization of the referendum in question does not appear to be contrary to any international obligation of Venezuela of a different nature: even if it were ultimately pursuing an unlawful goal — which has not been established — the holding of the referendum, which would be regrettable in that event, cannot, as such, be characterized from the outset as an internationally wrongful act;
- (4) When the domestic law of a State has given rise to an unlawful act, the Court has invariably concerned itself with the concrete measures implementing the legislation in question, rather than the legislation itself; any remedies indicated have always taken the form of obligations of result, with the Court taking great care not to interfere directly with the domestic legal order of the State involved; and,
- (5) The referendum envisaged, in view of its constitutional characterization, will leave the Venezuelan Government free, in law, to determine the specific action to be taken in response, by the means and within the time frame that it deems appropriate.

II. WHETHER THE CONDITIONS NECESSARY FOR THE INDICATION OF THE REQUESTED PROVISIONAL MEASURES WERE MET IN THIS CASE

35. Having made those few preliminary remarks, and bearing them in mind, I can now examine whether the measures requested by the Applicant could have satisfied the now well-established conditions enabling them to be indicated by the Court.

A. First Condition

36. The *first condition*, as is well known, is that the Court appears “*prima facie*” to have jurisdiction to entertain the merits. This long-standing formula⁵² is the best compromise the Court has found between respecting as far as possible the requirements of the consent-based system established by the Statute and simultaneously allowing the Court to take immediate action to preserve the rights in dispute *pendente lite*.

37. In this case, there is no question that this condition is duly satisfied, the Court having already found in its Judgment of 18 December 2020 that it has jurisdiction to entertain the question of the validity of the Arbitral Award

⁵² See the joint dissenting opinion of Judges Winiarski and Badawi Pacha appended to the Order of 5 July 1951 in the case concerning the *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Interim Protection, Order of 5 July 1951*, *I.C.J. Reports 1951*, pp. 96-98, and the orders made in the cases concerning *Fisheries Jurisdiction*, e.g. *United Kingdom v. Iceland (Interim Protection, Order of 17 August 1972)*, *I.C.J. Reports 1972*, p. 15, para. 15.

de la sentence arbitrale du 3 octobre 1899, ainsi que de « la question connexe du règlement définitif du différend concernant la frontière terrestre » entre les deux Parties⁵³. Cette décision, quelque discutables que soient ses fondements, est coulée en force de chose jugée et constitue partant une base plus « solide » pour indiquer d'éventuelles mesures conservatoires qu'une simple compétence « *prima facie* ». Cela étant, la Cour est tout aussi manifestement dépourvue de compétence pour s'intéresser au problème de la *frontière maritime* comme tel, qui fait l'objet de la question n° 4 du projet de référendum, et elle ne saurait donc indiquer aucune mesure conservatoire à cet égard, même si ce problème est à l'origine de multiples tensions. Le Guyana est certes revenu sur cette question à l'audience, mais a reconnu ne pas pouvoir demander de mesures conservatoires à ce sujet⁵⁴.

38. Néanmoins, la *compétence pour connaître du fond d'une affaire* est une chose, et la *compétence pour indiquer certaines mesures conservatoires* en est une autre. La compétence *prima facie* pour connaître du fond permet logiquement au juge de protéger les droits qui y sont revendiqués avant de se prononcer définitivement sur ceux-ci. Mais elle ne saurait bien évidemment pas l'autoriser à indiquer *n'importe quelle* mesure à cet effet. La Cour ne peut exercer les pouvoirs que lui confère l'article 41 de son Statut que dans le strict respect de la Charte, auquel ledit Statut est annexé. Elle devait donc, en particulier, se garder d'indiquer des mesures qui eussent porté atteinte au domaine réservé visé à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte, tel qu'il doit être interprété aujourd'hui. Il y va d'une limite générale à toute forme d'action de la Cour⁵⁵. En l'occurrence, la décision, par les autorités vénézuéliennes, de convoquer un référendum sur son territoire incontesté, conformément à son droit constitutionnel, relève de la compétence nationale exclusive de cet État, comme c'est aussi le cas de la détermination des questions à poser, tant qu'il n'est pas établi que cette matière en est « sortie » du fait d'obligations internationales pesant sur le Venezuela. L'indication par la Cour de l'une quelconque des trois premières mesures conservatoires sollicitées par le demandeur, qui tendaient respectivement à empêcher la tenue du référendum du 3 décembre 2023 sous la forme prévue, à modifier le libellé des questions devant être posées dans ce cadre, ou encore, plus largement, à interdire à l'État vénézuélien de consulter sa population sur l'une quelconque des questions juridiques dont la Cour est saisie, m'eût en conséquence paru, pour dire le moins, problématique. De telles mesures seraient allées bien au-delà de celles que la Cour a jamais indiquées.

39. *Last but not least*, je rappellerai que l'article 41 du Statut fait obligation à la Cour de protéger *également* les droits de *toutes* les parties. Or, alors que, comme je le montrerai dans un instant, les mesures sollicitées par le demandeur n'auraient pu protéger les droits qu'il invoque, elles auraient clairement porté atteinte à ceux du défendeur.

⁵³ *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2020*, p. 493, par. 138, point 1.

⁵⁴ Voir CR 2023/23, p. 25 (Reichler) et 29-30 (Pellet).

⁵⁵ Cf. S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Nijhoff, 2005, p. 394.

of 3 October 1899, and “the related question of the definitive settlement of the land boundary dispute” between the two Parties⁵³. That decision, however questionable its basis, has acquired the force of *res judicata* and is thus a more “solid” foundation for the indication of any provisional measures than mere “prima facie” jurisdiction. Nevertheless, the Court also clearly lacks jurisdiction to consider the *maritime boundary* problem as such — the subject of the fourth question in the proposed referendum — and it therefore cannot indicate any provisional measures in this regard, even if that problem is the source of much tension. Although Guyana revisited this question during the hearings, it nonetheless recognized that it could not request provisional measures in this connection⁵⁴.

38. However, *jurisdiction to entertain the merits of a case* and *jurisdiction to indicate certain provisional measures* are not the same thing. Having prima facie jurisdiction to entertain the merits logically allows a court to protect the rights claimed before it, prior to ruling on those rights definitively. But it does not of course authorize it to indicate *any* measure to that end. The Court can only exercise the powers conferred on it by Article 41 of its Statute in strict compliance with the Charter, to which that Statute is annexed. In particular, it was therefore required to refrain from indicating measures that would infringe on the *domaine réservé* referred to in Article 2, paragraph 7, of the Charter, as it is to be understood today. This is a general limitation on any form of action by the Court⁵⁵. In this instance, the decision of the Venezuelan authorities to hold a referendum within Venezuela’s undisputed territory in accordance with Venezuelan constitutional law falls within the exclusive domestic jurisdiction of that State, as does determining the questions to be asked, as long as it is not established that this matter has been “removed” from that jurisdiction because of international obligations incumbent on Venezuela. I would thus have considered it problematic, to say the least, for the Court to indicate any of the first three provisional measures requested by the Applicant, which concerned, respectively, preventing the holding of the referendum on 3 December 2023 in its envisaged form, modifying the wording of the questions to be posed in that context and, more widely, prohibiting the Venezuelan State from consulting its population on any of the legal questions of which the Court is seised. Such measures would have gone far beyond any previously indicated by the Court.

39. Last but not least, I would recall that Article 41 of the Statute obliges the Court *also* to protect the rights of *all* parties. And, as I shall demonstrate shortly, while the measures requested by the Applicant could not have safeguarded the rights it invokes, it is clear that they could have caused prejudice to those of the Respondent.

⁵³ *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 2020*, p. 493, para. 138 (1).

⁵⁴ See CR 2023/23, pp. 25 (Reichler) and 29-30 (Pellet).

⁵⁵ Cf. S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Nijhoff, 2005, p. 394.

B. Deuxième condition

40. La *deuxième condition* à laquelle est traditionnellement⁵⁶ subordonnée l'indication de mesures conservatoires *est celle de la «plausibilité» des droits invoqués au fond*, dont la protection est demandée. Bien que cette condition ait fait couler beaucoup d'encre⁵⁷, elle apparaît elle aussi plus que raisonnable (la Cour ne pouvant protéger des droits «improbables» que ferait valoir une partie, sans porter atteinte à ceux de l'autre) et, au moins théoriquement, assez claire⁵⁸.

41. En l'espèce, il ne semble pas davantage faire de doute que les droits dont le Guyana sollicite la protection sont «*plausibles*» au sens de la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où ils reposent sur un acte international — en l'occurrence une sentence arbitrale — ayant donné lieu à une situation de contrôle — au moins *de facto* — du territoire en litige, même si la validité de cet acte est radicalement mise en cause par le défendeur. Il va de soi qu'une telle constatation ne préjuge en rien du fond à ce stade, puisqu'elle n'affecte en rien *l'égle plausibilité* des droits revendiqués par le défendeur⁵⁹.

42. Cette condition va toutefois de pair avec une autre. Il faut de surcroît, pour que les mesures sollicitées puissent être indiquées, qu'elles *soient en relation de connexité suffisamment étroite avec la protection des droits allégués au fond*, reconnus comme étant «plausibles». Sur ce point, je crains que l'indication de l'une quelconque des trois premières mesures conservatoires demandées par le Guyana eût également été problématique. En effet, comme il ressort de ce qui a été exposé ci-avant, le référendum «consultatif» que les autorités vénézuéliennes entendent organiser et les questions qu'elles entendent poser au peuple vénézuélien par cette voie sont des actes de compétence nationale et de pur droit interne, insusceptibles, *comme tels*, de porter atteinte aux droits du demandeur dans la «sphère externe»; le

⁵⁶ Même si elle n'a fait l'objet d'une formulation expresse, pour la première fois, que dans l'ordonnance de la Cour du 28 mai 2009 en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 151-152, par. 57 et 60, la réunion de cette condition avait, logiquement, déjà été requise en substance antérieurement (voir par exemple *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 17, par. 21-22, et opinion individuelle du juge Shahabuddeen, *ibid.*, p. 28 et suiv.).

⁵⁷ Voir par exemple R. Kolb, «Digging deeper into the “plausibility of rights” — criterion in the provisional measures jurisprudence of the ICJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2020, vol. 19, p. 365-387.

⁵⁸ La mise en œuvre pratique de ce «test» n'en a pas moins révélé, selon certains auteurs, une manière de confusion conceptuelle entre «plausibilité des droits» et «plausibilité des demandes», voir par exemple Ph. Couvreur, «La confiance dans la Cour internationale de Justice et ses procédures», dans *La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales*, Actes du colloque international de Nice des 3 et 4 juin 2021, Pedone, 2022, p. 102 et suiv.

⁵⁹ Cf. *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 19, par. 58.

B. Second Condition

40. The *second condition* to which the indication of provisional measures is traditionally⁵⁶ subject is that of the “*plausibility*” of the rights invoked on the merits whose protection is sought. Although much has been said about this condition⁵⁷, it too appears to be more than reasonable (since the Court cannot protect the “improbable” rights of one party without causing prejudice to the rights of the other) and — in theory at least — fairly clear⁵⁸.

41. Nor does there seem to be any doubt in this case that the rights Guyana is seeking to protect are “*plausible*” within the meaning of the jurisprudence of the Court, since they are based on an international act, in this instance an arbitral award, that has given rise to a situation of control — at least *de facto* — over the territory in dispute, even though the validity of that act is called radically into question by the Respondent. It goes without saying that such a finding in no way prejudices the merits at this stage, since it does not affect in any way the *equal plausibility* of the rights claimed by the Respondent⁵⁹.

42. This condition goes hand in hand with another, however. It is also necessary, for the indication of the requested measures, for them to have a *sufficiently close link to the protection of the alleged rights on the merits*, recognized as being “*plausible*”. In this regard, I fear that indicating any of the first three provisional measures requested by Guyana would also have proved problematic. Indeed, as is clear from the foregoing, the “consultative” referendum that the Venezuelan authorities intend to hold, and the questions they thereby intend to put to the Venezuelan people, are acts of domestic jurisdiction and of domestic law alone, and are not capable, *as such*, of causing prejudice to the Applicant’s rights in the “external sphere”; the same reasoning also applies in respect of the answers given to those

⁵⁶ Although only expressly stated for the first time in the Court’s Order of 28 May 2009 in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, pp. 151-152, paras. 57 and 60, satisfying this condition had, logically, already been required in essence previously (see e.g. *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 17, paras. 21-22, and separate opinion of Judge Shahabuddeen, *ibid.*, pp. 28 *et seq.*).

⁵⁷ See e.g. R. Kolb, “Digging deeper into the ‘plausibility of rights’ — criterion in the provisional measures jurisprudence of the ICJ”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2020, Vol. 19, pp. 365-387.

⁵⁸ The practical application of this “test” has nonetheless revealed, according to some authors, a kind of conceptual confusion between “plausibility of rights” and “plausibility of claims”, see e.g. Ph. Couvreur, “La confiance dans la Cour internationale de Justice et ses procédures” in *La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales*, Proceedings of the international conference in Nice, 3 and 4 June 2021, Pedone, 2022, pp. 102 *et seq.*

⁵⁹ Cf. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 19, para. 58.

même raisonnement vaut aussi pour les réponses qui seraient apportées à ces questions. Non seulement le référendum querellé sera-t-il dépourvu de tout effet direct dans l'ordre juridique interne du défendeur, mais, comme on l'a vu, même si les réponses fournies au questionnaire adopté devaient être majoritairement affirmatives, et même si le Gouvernement vénézuélien devait décider de prendre des mesures concrètes sur cette base, rien ne permet d'affirmer à ce stade que celles-ci seraient contraires au droit international ou autrement à même d'affecter les droits du Guyana⁶⁰. Les trois premières mesures demandées en l'espèce ne pouvaient protéger les droits en litige (la souveraineté sur le territoire contesté) car l'objet de ces mesures (la tenue du référendum) n'aurait pu affecter ces droits. Le lien de connexité directe exigé entre droits invoqués au fond et mesures de protection demandées faisait donc, à mon sens, défaut. La relation logique entre les uns et les autres était par trop incertaine. Comme la Cour avait conclu dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, « aucune mesure de ce genre ne saurait être incorporée dans l'arrêt ... sur le fond »⁶¹.

43. Quant à la crainte exprimée par le Guyana de voir le Venezuela se retirer de la procédure, à la supposer fondée, elle ne saurait à l'évidence faire l'objet de mesures conservatoires, dès lors que le défaut, pour regrettable qu'il soit, par principe, au regard de la bonne administration de la justice, est un droit protégé par l'article 53 du Statut.

C. Troisième condition

44. Enfin, la *troisième condition* qui doit être remplie pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires — et qui est fondamentale dans tous les systèmes de droit — est la présence d'un *risque de préjudice irréparable aux droits invoqués au fond et d'une urgence*. Cette condition essentielle a fait l'objet de formulations variées dans la jurisprudence de la Cour. Ses deux composantes — préjudice irréparable et urgence — ont tantôt été distinguées (l'une ou l'autre étant parfois ignorée), tantôt confondues. C'est dans l'affaire de *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* que la Cour a mis au point les deux formules générales afférentes au risque de préjudice irréparable et à l'urgence qui sont désormais, en substance, reproduites dans ses ordonnances : « [L]a Cour tient de l'article 41 de son Statut le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires lorsqu'un préjudice irréparable risque d'être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire » et

« le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne sera exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et immi-

⁶⁰ Comme l'a Cour l'a notamment relevé dans son ordonnance en date du 11 septembre 1976 sur les mesures conservatoires demandées par la Grèce en l'affaire de *Plateau continental de la mer Égée*, « l'on ne saurait présumer que l'un ou l'autre État manquera aux obligations que lui impose la Charte des Nations Unies », *C.I.J. Recueil 1976*, p. 13, par. 41.

⁶¹ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 mars 1990, *C.I.J. Recueil 1990*, p. 70, par. 26.

questions. Not only will the disputed referendum have no direct effect in the domestic legal order of the Respondent, but, as we have seen, even if the majority of the answers to the selected questions were in the affirmative, and even if the Venezuelan Government decided to take concrete measures on that basis, there is nothing to suggest at this stage that those measures would be in breach of international law or otherwise capable of affecting Guyana's rights⁶⁰. The first three measures requested in this case could not safeguard the rights at issue (sovereignty over the disputed territory), because the object of those measures (the holding of the referendum) was not capable of affecting those rights. The direct link that must exist between the rights invoked on the merits and the protective measures sought was therefore lacking, in my opinion. The logical relationship between the two was far too vague. As the Court concluded in the case concerning the *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, "any such measures could not be subsumed by the . . . judgment on the merits"⁶¹.

43. As for Guyana's concern that Venezuela might withdraw from the proceedings, it is clear that this concern, assuming it to be founded, cannot be the subject of provisional measures, since failure to appear, as regrettable as it may be on principle for the sound administration of justice, is a right protected under Article 53 of the Statute.

C. Third Condition

44. Lastly, the *third condition* that must be satisfied in order for the Court to be able to indicate provisional measures —and which is fundamental in all systems of law — is the existence of a *risk of irreparable prejudice to the rights invoked on the merits and urgency*. This essential condition has been formulated in various ways in the jurisprudence of the Court. Its two components — irreparable prejudice and urgency — have been both set apart (one or the other being disregarded on occasion) and joined together. It was in the case concerning *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* that the Court developed the two general formulations relating to the risk of irreparable prejudice and urgency, whose substance is now reproduced in its orders. "[T]he Court, pursuant to Article 41 of its Statute, has the power to indicate provisional measures when irreparable prejudice could be caused to rights which are the subject of the judicial proceedings" and

"the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and

⁶⁰ As the Court noted, *inter alia*, in its Order of 11 September 1976 on the provisional measures requested by Greece in the case concerning the *Aegean Sea Continental Shelf*, "it is not to be presumed that either State will fail to heed its obligations under the Charter of the United Nations", *I.C.J. Reports 1976*, p. 13, para. 41.

⁶¹ *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 2 March 1990*, *I.C.J. Reports 1990*, p. 70, para. 26.

ment qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive»⁶².

45. J'avoue avoir éprouvé une certaine difficulté, à ce stade, à entrevoir en l'espèce un risque «réel et imminent» d'un «préjudice irréparable» aux «droits en litige» qui eût découlé directement de la tenue du référendum projeté *comme telle*. Le seul fait objectivement «imminent» était en effet, au vu de la décision en date du 31 octobre de la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême de justice du Venezuela, ledit référendum lui-même. Pour le reste, à supposer même que la Cour eût eu le pouvoir de prétendre empêcher l'adoption d'un acte interne de souveraineté non assorti de mesures d'application affectant la «sphère externe» — *quod non* —, les effets immédiats de la consultation envisagée m'ont paru, eu égard à la teneur des questions posées et à l'indétermination des suites que les autorités vénézuéliennes entendront lui donner, relever trop largement, dans l'immédiat, de la spéculation, pour que l'on puisse regarder ladite consultation comme constituant ou créant, *per se*, un risque *avéré et imminent* de préjudice irréparable aux droits du demandeur. Je n'ai pas trouvé au dossier les éléments permettant de conclure que la tenue du référendum litigieux serait nécessairement, ou de façon suffisamment vraisemblable, la dernière étape d'un processus conduisant inéluctablement à des actes illicites aussi graves que l'invasion et l'annexion du territoire contesté. Les mesures sollicitées ne pouvaient en conséquence, de ce point de vue non plus, trouver à mon avis un fondement juridique à leur indication.

III. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

46. Si les mesures sollicitées, tendant à affecter la tenue du référendum annoncé par le Venezuela (ou de tout autre concernant l'affaire pendante devant la Cour), ne pouvaient, selon moi, être indiquées, pour les motifs ci-avant exposés, en revanche, j'ai estimé, avec la Cour, que la situation de tension aiguë qui, au-delà, prévaut pour l'instant entre les Parties — et que certaines déclarations publiques risquent de ne pas contribuer à atténuer — peut légitimement inquiéter et justifie que des mesures essentiellement conservatoires, reflétant l'obligation générale de retenue qui pèse par principe sur toute partie à un procès, soient indiquées à titre de précaution, dans le but de protéger, en des termes également généraux, les droits territoriaux des deux Parties, sans affecter ceux d'aucune d'elles.

(Signé) Philippe COUVREUR.

⁶² *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 21, par. 63-64.*

imminent risk that irreparable prejudice may be caused to the rights in dispute before the Court has given its final decision”⁶².

45. I admit that I found it somewhat difficult, at this stage, to foresee any “real and imminent” risk of “irreparable prejudice” to the “rights in dispute” in this case arising directly as a result of the holding of the proposed referendum *as such*. The only objectively “imminent” event, given the decision of 31 October of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela, is in fact the referendum itself. For the rest, even if the Court had the power to seek to prevent the adoption of a domestic act of sovereignty unaccompanied by implementing measures affecting the “external sphere” — *quod non* — the immediate effects of the planned consultation seemed to me, in view of the content of the questions posed and the lack of certainty as to the actions the Venezuelan authorities will take in response, to be too speculative at this point for that consultation to be regarded as constituting or creating, *per se*, a *proven and imminent* risk of irreparable prejudice to the Applicant’s rights. I did not find evidence in the case file to suggest that holding the disputed referendum was bound or sufficiently likely to be the final stage of a process that would inevitably lead to the commission of such serious wrongful acts as the invasion and annexation of the disputed territory. Consequently, I could see no legal basis for indicating the measures sought in this respect either.

III. GENERAL CONCLUSIONS

46. Although I am of the opinion that the requested measures aimed at influencing the holding of the referendum announced by Venezuela (or of any other concerning the case pending before the Court) could not be indicated for the reasons set out above, I nevertheless shared the Court’s view that the situation of heightened tension which, moreover, currently exists between the Parties — and which certain public statements risk exacerbating further — is a legitimate cause for concern and justifies the indication, on a precautionary basis, of what are essentially protective measures, reflecting the general obligation of restraint incumbent on all parties to proceedings as a matter of principle, and aimed at protecting, in equally general terms, the territorial rights of the two Parties, without affecting those of either.

(Signed) Philippe COUVREUR.

⁶² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 21, paras. 63-64.*