

**DISCOURS DE S. EXC. MME ROSALYN HIGGINS, PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE
JUSTICE, DEVANT LA RÉUNION DES CONSEILLERS JURIDIQUES DES MINISTÈRES
DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES**

Le 29 octobre 2007

Monsieur le président,

Mesdames, Messieurs,

C'est avec un plaisir tout particulier que je réponds à votre invitation à prendre une nouvelle fois la parole devant les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères. La Cour se réjouit de l'intérêt soutenu manifesté par les conseillers juridiques pour ses travaux, et se félicite de cet échange qui a lieu chaque année. Je tiens à remercier S. Exc. M. l'ambassadeur Henczel d'avoir pris les dispositions nécessaires pour ma venue.

Dans le discours que je prononcerai jeudi devant l'Assemblée générale, j'évoquerai — comme il est d'usage — les décisions rendues par la Cour internationale de Justice pendant l'année écoulée. Celle-ci a été très fructueuse : trois arrêts ont d'ores et déjà été rendus, un autre doit l'être prochainement, une ordonnance en indication de mesures conservatoires a été rendue et une nouvelle affaire sera entendue la semaine prochaine. J'examinerai aujourd'hui, de manière plus approfondie qu'il ne me sera possible de le faire devant l'Assemblée générale, les aspects des décisions les plus récentes de la Cour qui touchent directement à la protection diplomatique et aux chevauchements de juridictions — deux questions de fond qui, je le sais, sont inscrites à l'ordre du jour de votre session. J'insisterai d'ailleurs sur certains aspects de notre jurisprudence qui ne ressortent peut-être pas de manière évidente du texte des arrêts, avec le souhait que cela puisse être de quelque utilité pour vos travaux.

La Cour a eu à connaître d'une question de protection diplomatique dans le cadre de l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. L'arrêt sur les exceptions préliminaires en cette affaire a été rendu à la fin du mois de mai.

M. Ahmadou Sadio Diallo, citoyen guinéen, avait résidé en RDC pendant trente-deux ans. Il y avait créé deux sociétés : une société d'import-export et une société spécialisée dans le transport de marchandises par conteneurs. Toutes deux étaient des sociétés privées à responsabilité limitée, dont M. Diallo était le gérant et, à la fin, l'unique associé. Vers la fin des années quatre-vingt, les deux sociétés, par l'intermédiaire de leur gérant, entreprirent divers recours, y compris judiciaires, pour tenter de recouvrer les créances qu'elles auraient détenues auprès de l'Etat et de sociétés publiques et privées. Le 31 octobre 1995, le premier ministre de ce qui était alors le Zaïre prit un décret d'expulsion à l'encontre de M. Diallo et, le 31 janvier 1996, ce dernier fut reconduit en Guinée. Cette reconduite lui fut notifiée sous la forme d'un procès-verbal de refoulement pour «séjour irrégulier».

L'affaire concernant M. Diallo a été portée devant la Cour par la Guinée, qui cherchait à exercer sa protection diplomatique en faveur des droits de ce dernier. La Cour a rappelé que, selon le droit international coutumier, tel que reflété par l'article premier du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, celle-ci

«consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité».

La Cour a en outre fait observer que :

«En raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis.»

La RDC contestait la compétence de la Cour en faisant valoir deux arguments : elle soutenait, premièrement, que la Guinée n'avait pas qualité pour agir puisque les droits appartenaient aux deux sociétés congolaises, et non à M. Diallo, et, deuxièmement, que ni M. Diallo ni lesdites sociétés n'avaient épuisé les voies de recours internes. La Cour a recherché si la Guinée avait satisfait aux conditions de l'exercice de la protection diplomatique telles que définies par le droit international coutumier, et ce relativement à trois catégories de droits : les droits de M. Diallo en tant qu'individu, ses droits propres en tant qu'associé des deux sociétés et les droits de ces sociétés, par «substitution». Je m'intéresserai plus particulièrement à la première catégorie, dans la mesure où la question de la protection diplomatique du point de vue des droits de l'homme figure expressément à l'ordre du jour de votre session.

S'agissant des droits de M. Diallo en tant qu'individu, la question essentielle était celle de son expulsion et de l'épuisement des voies de recours internes. Comme vous le savez, la CDI examine en ce moment la question de «l'expulsion des étrangers». Dans son dernier rapport, le rapporteur spécial, M. Maurice Kamto, indique à cet égard que l'étude de la pratique conventionnelle et de la jurisprudence tant nationales qu'internationales permet de dégager divers principes généraux applicables en matière d'expulsion des étrangers, parmi lesquels

«le principe de non-discrimination, le principe du respect des droits fondamentaux de la personne expulsée, le principe de l'interdiction de l'expulsion arbitraire, l'obligation d'informer, l'obligation pour l'Etat expulsant de respecter son propre droit ... et la procédure prescrite par le droit en vigueur»

— autant de principes que la Cour avait bien entendu présents à l'esprit lorsqu'elle a examiné la question de savoir si, en l'affaire *Diallo*, les voies de recours internes avaient été épuisées, ou auraient dû l'être, lorsque l'expulsion — au moment de son exécution — fut qualifiée par le gouvernement de mesure de «refoulement» dans le document pertinent. En droit congolais, les mesures de refoulement ne sont en effet pas susceptibles de recours, alors que les décrets d'expulsion le sont. La RDC soutenait que le service d'immigration avait «malencontreusement» utilisé le terme «refoulement» au lieu d'«expulsion», erreur qui n'était pas destinée à priver M. Diallo de recours. La Cour a jugé que la RDC ne pouvait se prévaloir de sa propre erreur — si tant est qu'elle ait existé — pour prétendre que M. Diallo aurait dû considérer la mesure prise à son encontre comme une expulsion. La RDC soutenait par ailleurs que, même si l'expulsion était considérée comme un «refoulement», M. Diallo aurait dû demander aux autorités compétentes de reconsidérer leur position et que sa démarche «aurait eu des chances d'aboutir». La Cour a jugé que de tels recours administratifs ne pouvaient pas être pris en considération aux fins de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, à moins qu'ils ne visent à faire valoir un droit et non à obtenir une faveur. Les recours gracieux ne sauraient davantage être considérés comme des recours internes, sauf à constituer une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure.

L'affaire *Diallo* illustre le fait que, en dépit de la profusion d'organes judiciaires et quasi judiciaires aujourd'hui compétents en matière de droits de l'homme — y compris les juridictions régionales des droits de l'homme et les organes de suivi de la mise en œuvre des traités —, des questions n'en subsistent pas moins pour lesquelles la Cour internationale de Justice demeure le *forum* privilégié, même dans *ce* domaine du droit. Comme le professeur Dugard l'indiquait dans le commentaire du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, «[l]'individu a des droits en droit international, mais peu de recours lui sont ouverts. L'exercice par un Etat de sa protection diplomatique au niveau interétatique demeure un instrument important pour protéger les personnes dont les droits ... ont été violés à l'étranger.»¹

S'agissant de la deuxième catégorie de droits — les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des deux sociétés congolaises —, la Cour a jugé que la Guinée pouvait exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo parce qu'il avait été porté directement atteinte aux droits de ce dernier en tant que tels, droits distincts de ceux de la société.

Jusqu'à-là, l'affaire *Diallo* était une affaire de protection diplomatique assez simple. Mais un autre aspect devait la compliquer. La Guinée prétendait en effet pouvoir exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo «par substitution» aux deux sociétés congolaises. Elle a cherché à invoquer le prononcé de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970, dans lequel la Cour avait évoqué la possibilité d'une exception, fondée sur des raisons d'équité, à la règle générale de la protection d'une société par l'Etat national de celle-ci, «lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société». Au cours des quarante années qui se sont écoulées depuis l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir s'il existe bien, en droit international, une exception à la règle générale «selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national». La Guinée a fait valoir que différents accords internationaux, tels que les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington, avaient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il était courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers. Je m'interromps ici pour faire observer que l'une des questions les plus difficiles en droit international contemporain consiste à savoir à quel moment une pratique conventionnelle particulière permet de déduire une évolution du droit international coutumier, car elle peut en effet indiquer au contraire que ce dernier demeure inchangé et que, si l'on entend modifier les pratiques en la matière, un traité s'impose. En l'espèce, la Cour a conclu que cette pratique conventionnelle particulière ne pouvait être considérée avec certitude comme démontrant que les règles coutumières de protection diplomatique avaient évolué, et qu'elle pouvait tout aussi bien se comprendre comme démontrant le contraire. La Cour a en outre observé que, «[d]ans [l]e contexte [de la protection des investissements], le rôle de la protection diplomatique s'[était] estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants». Le prononcé de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction* ne constitue pas aujourd'hui la meilleure garantie dont un individu puisse disposer contre le pouvoir d'un gouvernement.

En définitive, l'affaire *Diallo* n'était pas une affaire *Barcelona Traction II*. Après avoir examiné attentivement la pratique étatique et les décisions des cours et tribunaux internationaux, la Cour a estimé qu'elles ne révélaient pas — du moins à l'heure actuelle — l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée. Quant à la question de savoir s'il existait une règle de protection par

¹ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session*, doc. A/61/10, suppl. n° 10, chap. IV, commentaire du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté en seconde lecture (2006), p. 26.

substitution de portée plus limitée telle que celle formulée par la CDI au paragraphe *b)* de l'article 11 de son projet d'articles sur la protection diplomatique, la Cour a laissé cette question en suspens, n'ayant pas à la trancher aux fins de l'affaire dont elle était saisie.

*

J'en viens maintenant à un autre sujet inscrit à l'ordre du jour de vos réunions : le chevauchement entre les juridictions des cours et tribunaux internationaux.

Je reste convaincue que le meilleur moyen d'éviter ce que l'on appelle la «fragmentation du droit international» passe par un dialogue régulier et des échanges d'informations entre les juridictions. A cet égard, un programme de coopération suivie entre la Cour et d'autres organes judiciaires internationaux a été mis en place, et celui que nous avons établi avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) est particulièrement approfondi.

La Cour n'a pas manqué de relever que les cours et tribunaux de création plus récente se sont régulièrement référés, d'une manière souvent essentielle à leur raisonnement juridique, aux arrêts rendus par elle. Ainsi, dans la première grande décision de la CPI — celle portant sur la confirmation des charges en l'affaire du *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* —, il est fait expressément référence à l'arrêt rendu par la Cour en 2005 en l'affaire *Congo c. Ouganda*.

Dans le cadre de nos propres affaires, nous sommes parfois amenés à nous intéresser, de manière incidente mais non dépourvue d'importance, à des questions tranchées par d'autres organes judiciaires internationaux ou régionaux. En l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, la Cour a ainsi eu l'occasion d'examiner attentivement un arrêt de la Cour de justice centraméricaine. Par ailleurs, dans le cadre des mesures conservatoires demandées par l'Uruguay en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, la Cour a dû, aux fins d'appliquer ses propres critères en matière d'indication de mesures conservatoires, se poser la question de savoir quels aspects relatifs à ce différend avaient (ou non) été portés devant le Mercosur.

Il arrive également que l'activité judiciaire d'autres cours et tribunaux internationaux revête une pertinence plus directe pour nos propres décisions. En février dernier, la Cour a rendu son arrêt en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. Quoiqu'il s'agisse de la première affaire d'ordre juridique à porter sur des allégations de génocide formulées par un Etat contre un autre, ce n'est naturellement pas la première fois qu'une cour ou un tribunal international se penchait sur les événements dans les Balkans. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) les examine en effet depuis treize ans, mais sous l'angle de la responsabilité pénale individuelle.

Les deux Parties s'étant abondamment référées aux décisions du TPIY, la question de savoir comment il convenait de traiter ces décisions s'est directement posée à la Cour. L'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire contient des conclusions de fait longues et détaillées, fondées sur sa propre analyse des éléments de preuve, mais faisant aussi largement référence aux conclusions pertinentes du TPIY. La Cour a estimé que les méthodes de travail du TPIY étaient rigoureuses et transparentes, ce qui lui a permis de tenir les conclusions de fait du Tribunal pour «hautement convaincantes». Les conclusions auxquelles la Cour est parvenue par sa propre analyse, y compris celle — fondamentale — selon laquelle les massacres commis à Srebrenica en juillet 1995 constituaient des actes de génocide, sont cohérentes avec la jurisprudence du TPIY.

Hormis les conclusions de fait, la Cour a été attentive aux conclusions juridiques pertinentes établies par la jurisprudence du TPIY. Dans son arrêt, la Cour s'est penchée sur ce qui est peut-être l'exemple le plus fréquemment évoqué de la «fragmentation du droit international», à savoir le critère du contrôle des forces irrégulières retenu par le TPIY en l'affaire *Tadić*² aux fins d'établir la responsabilité. En 1999, la Chambre d'appel du TPIY a décidé de s'écarter du critère du «contrôle effectif» qui avait été dégagé par la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, choisissant d'établir un critère de «contrôle global», dont le seuil d'application était moins élevé³. En l'affaire *Bosnie c. Serbie*, la Cour s'est expressément penchée sur cette question que d'aucuns considèrent comme un conflit de jurisprudence, et a montré qu'il ne fallait pas en exagérer l'importance. Elle a observé qu'il n'était pas demandé au TPIY en l'affaire *Tadić* —ni d'une manière générale— de statuer sur des questions de responsabilité des Etats, puisqu'il s'agit d'une juridiction pénale et que sa compétence ne s'étend qu'aux individus. La Cour a précisé qu'aucune nécessité logique ne conduisait à adopter forcément le même critère pour résoudre : a) la question du degré et de la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat, exigés pour que ce conflit soit qualifié d'international ; et b) celle du degré et de la nature de l'implication exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause. La Chambre d'appel du TPIY n'avait été appelée à statuer que sur la première de ces questions.

La Cour a jugé que le critère du «contrôle global» était inadapté pour déterminer si un Etat était responsable des actes commis par des unités paramilitaires, dans la mesure où ce critère élargissait le champ d'application de la responsabilité des Etats bien au-delà du principe fondamental selon lequel un Etat n'est responsable que de sa propre conduite, c'est-à-dire de la conduite de personnes agissant, à un titre ou à un autre, en son nom. La Cour a par conséquent continué d'appliquer le critère plus strict du «contrôle effectif» exposé en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, critère qui, ainsi que l'estime également la Commission du droit international dans son commentaire⁴ sur son projet d'article 8 sur la responsabilité des Etats, reflète le droit international général.

Les conceptions de la Cour et du TPIY quant au critère du contrôle devant être retenu aux fins d'établir la responsabilité sont donc quelque peu différentes ; les contextes pertinents n'étant cependant pas les mêmes, cette divergence se conçoit aisément et n'a rien de particulièrement inquiétant. Bien au contraire, elle nous conforte dans le sentiment que l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies et le Tribunal spécial pour l'ex-Yougoslavie établi par le Conseil de sécurité agissent de concert pour s'acquitter de leurs missions respectives.

*

Avant de conclure, je me vois contrainte d'évoquer brièvement une question à laquelle la Cour s'est malheureusement trouvée confrontée. Je fais allusion à l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution 61/262 sur les «Conditions d'emploi et rémunération des personnes qui n'ont pas qualité de fonctionnaire du Secrétariat : membres de la Cour internationale de Justice, juges et juges *ad litem* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda». Comme vous le savez, cette résolution pose de graves problèmes au regard du Statut de la Cour. La question sera évoquée dans le prochain rapport du Secrétaire

² *Le procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999.

³ *Ibid.*, au par. 137.

⁴ Commission du droit international, 2001. Rapport de la Commission du droit international. Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session*, doc A/56/10, suppl. n° 10, p. 104-110.

général. Un mémorandum que nous avons préparé en juillet afin de faciliter la tâche de son cabinet pour la rédaction de ce rapport expose clairement les graves conséquences juridiques qu'entraîne la résolution 61/262, y compris le fait qu'elle établit une mesure transitoire opérant une distinction entre les juges actuels de la Cour et ceux qui seront élus après le 1^{er} janvier 2007. Ce serait la première fois dans l'histoire de la Cour internationale de Justice que des juges siégeant ensemble percevraient des rémunérations différentes. L'égalité entre les juges de la Cour est l'un des principes fondamentaux qui sous-tendent son Statut, lequel fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies. L'ironie est que le paragraphe 7 de la résolution 61/262, qui avait officiellement pour but de régler certains problèmes budgétaires liés au TPIY et au TPIR, n'a en réalité d'incidence *que* sur la Cour, aucune nouvelle élection n'étant prévue pour le TPIY et le TPIR (sauf, bien entendu, si le mandat du TPIY venait à être prorogé par une décision ultérieure). Il semblerait donc que la résolution n'atteigne en fait nullement son objectif, alors même qu'elle aura des conséquences très défavorables pour la Cour, et pour la Cour seulement. Nous nous efforçons de trouver une solution à ces problèmes au cours de la présente session de l'Assemblée générale, et sollicitons votre concours à cet égard.

Au nom de la Cour internationale de Justice, je tiens à vous remercier du grand intérêt que vous portez à nos travaux et à vous présenter tous mes vœux pour ces deux journées de réunions.
