HAL
open science

La compétence ratione temporis des juridictions internationales

Pierre-François Laval

To cite this version:

Pierre-François Laval. La compétence ratione temporis des juridictions internationales. Sciences de l'Homme et Société. Université de Bordeaux, 2011. Français. NNT : . tel-02145159

HAL Id: tel-02145159
https://hal.science/tel-02145159

Submitted on 1 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Pierre-François LAVAL

LA COMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Thèse dirigée par M. Carlo SANTULLI, Professeur des Universités

Soutenue le 28 septembre 2011

Jury :

M. Jean COMBACAU,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

M. Loïc GRARD,
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV.

M. Carlo SANTULLI,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, directeur de thèse.

M. Pierre d'ARGENT,
Professeur à l'Université catholique de Louvain, rapporteur.

M. Mathias FORTEAU,
Professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, rapporteur.

REMERCIEMENTS

A Monsieur le professeur Carlo Santulli, pour son soutien sans faille et ses précieux conseils. Qu'il trouve ici la marque de ma plus profonde gratitude.

A l'équipe des doctorants et docteurs du C.R.D.E.I., ainsi qu'à tous ceux qui m'ont aidé dans la relecture de ce travail.

A mes proches, pour leur bienveillance, leur patience et leurs encouragements.

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

A.F.D.A.	Association française pour la recherche en droit administratif
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
Afric. J.I.L.	African Journal of International and Comparative law
A.J.D.A.	Actualité juridique. Droit administratif
A.J.I.L.	American Journal of International Law
An. C.D.I.	Annuaire de la Commission du droit international
An. I.D.I.	Annuaire de l'Institut de droit international
Ann.	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
A.Y.I.L.	Australian Year Book of International Law
Berkeley J.I.L.	Berkeley Journal of International Law
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
B.Y.B.I.L.	British Year Book of International Law
C.D.I.	Commission du droit international
CIRDI/ICSID	Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements

CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Cornell I.L.J.	Cornell International Law Journal
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
D.	Recueil Dalloz
Denver J.I.L.P.	The Denver Journal of International Law and Policy
D.R.	Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme (depuis 1975)
E.J.I.L.	European Journal of International Law
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs et le commerce)
G.C.	Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal
H.R.Q.	Human Rights Quarterly
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
I.H.E.I.	Institut des hautes études internationales (Paris)
I.L.M.	International Legal Materials
I.L.R.	International Law Reports
Ind. J.I.L.	Indian Journal of International Law
Iran-US C.T.R.	Iran-United-States Claims Tribunal Reports
ISIL	Indian Society of International Law
I.Y.B.I.L.	Italian Yearbook of International Law

J. B. Moore, *I.A.*	J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United-States has been a Party, together with Appendices Containing the Treaties Relating to such Arbitrations and Historical and Legal Notes on other International Arbitrations Ancient and Modern, and the Domestic Commissions of the United-States for the Adjustment of International Claims*, Washington, Government Printing Office, 1898, 6 volumes
J.C.P.	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
La Fontaine, *Pasicrisie*	H. Lafontaine, *Pasicrisie Internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794-1900)*, Berne, Stämpfli & Cie, 1902, 648 pp.
Leiden J.I.L.	Leiden Journal of International Law
Michigan Jl. I.L.	Michigan Journal of International Law
N.I.L.R.	Netherlands international law review
Nord. Jl. I.L.	Nordic Journal of International Law
N.Y.I.L.	Netherlands Yearbook of International Law
O.E.A.	Organisation des Etats américains
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce
R.A.	Revue de l'arbitrage
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.C.A.D.E.	Recueil des cours de l'Académie de droit européen
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
R.C.D.I.P.	Recueil critique de droit international privé

R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales – International Business Law Journal
R.D.H.	Revue des droits l'homme
R.D.I.L.C.	Revue de droit international et de législation comparée
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la Cour internationale de Justice
Rec. C.E.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits et des jugements des tribunaux administratifs
Rec. C.E.D.H.	Recueil des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, puis Recueil des arrêts et décisions
Rec. C.J.C.E.	Recueil de la Cour de Justice des Communautés européennes (et du Tribunal de première instance)
Rec. C.P.J.I.	Recueil de la Cour permanente de Justice internationale
Rec. Déc.	Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme (1960-1974)
Rec. T.A.M.	Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes
R.E.D.I.	Revista española de derecho internacional
Rev. trim. Dr. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.H.D.I.	Revue hellénique de droit international
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
Riv. D.I.	Rivista di diritto internazionale

R.R.J.	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
R.S.A.	Recueil des sentences arbitrales (ONU)
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.S.D.I.E.	Revue suisse de droit international et de droit européen
R.T.A.	Recueil des traités (Journal officiel)
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies
San Diego L. Review	San Diego Law Review
S.F.D.I.	Société française pour le droit international
T.A.N.U.	Tribunal administratif des Nations Unies
T.A.O.I.T.	Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail
T.B.I.	Traité bilatéral d'investissement
Virginia Jl. I.L.	Virginia journal of international law

PREMIERE PARTIE : LA DUREE DE L'HABILITATION A EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL

Titre 1 : Le principe de détermination de la compétence temporelle

Chapitre 1 : Le contenu du principe de détermination de la compétence temporelle : une solution constante et singulière

Chapitre 2 : Le fondement du principe de détermination de la compétence temporelle : l'acquisition d'un droit au maintien de la compétence pendente lite

Titre 2 : La mise en œuvre du principe de détermination de la compétence temporelle

Chapitre 1 : Prise d'effet de l'engagement juridictionnel et détermination de la compétence temporelle

Chapitre 2 : Terminaison de l'engagement juridictionnel et détermination de la compétence temporelle

DEUXIEME PARTIE : LE DOMAINE TEMPOREL D'EXERCICE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

Titre 1 : Identification du domaine temporel de compétence

Chapitre 1 : La présence directe du temps dans l'engagement juridictionnel

Chapitre 2 : La présence indirecte du temps dans l'engagement juridictionnel

Titre 2 : Localisation du différend dans le temps

Chapitre 1 : Détermination de la compétence à raison de la date des faits litigieux

Chapitre 2 : Détermination de la compétence à raison de la date du différend

Introduction

1. *Compétence juridictionnelle* et *temps*. Il est assez rare de trouver ces mots réunis au sein d'un texte ayant pour objet l'étude des rapports qu'entretiennent le droit international et le temps. Un bref examen de la production doctrinale tendrait plutôt à mettre en évidence le goût des auteurs pour des questions ayant trait à d'autres aspects de la procédure juridictionnelle, comme celle des différents délais qui enserrent l'action des justiciables. Il faut dire que l'analyse juridique du temps se résume le plus souvent à celle de son écoulement[1], phénomène au sujet duquel bien des philosophes avaient témoigné du décalage entre sa réalité brute et sa perception, c'est-à-dire entre un temps « physique-objectif » et un temps « ressenti-subjectif »[2]. Cette dualité se retrouve également dans la plupart des travaux consacrés aux différents temps du procès interne ou international. Si le déroulé de l'instance peut être associé au triptyque *temps du recours – temps de l'instruction – temps du jugement*[3], d'autres auteurs proposent des césures qui intègrent cette dimension de « rendu », de perception du passage du temps judiciaire. Certains envisagent ainsi le *temps de l'action* ou identifient un *temps de la défense* en insistant, suivant le cas, sur la question des délais de forclusion ou de prescription[4]. D'autres se focalisent sur le *temps des acteurs de la justice* en faisant alors de l'écoulement du temps et des délais de jugement, l'un des critères à l'aune duquel on apprécierait la qualité du service rendu aux justiciables[5]. D'une manière plus générale, le constat de la pluralité des temps judiciaires se trouve retranscrit dans l'opposition

---

[1] Voir notamment M. Chemillier-Gendreau, « Le rôle du temps dans la formation du droit international », Cours et Travaux de l'I.H.E.I. (1987/1988), Paris, Pedone, 1987, vol. 53, spéc. pp. 49 et ss. ; J. Combacau, « L'écoulement du temps », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 77-107 ; E. Giraud, « La notion de temps dans les relations et le droit international », *Scritti di diritto internationale in onore di Tomaso Perassi*, Milan, Giuffrè, 1957, t. 1, pp. 461-486, spéc. pp. 478 et ss. ; R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *I.C.L.Q.*, 1997, pp. 501-520, spéc. pp. 511 et ss.

[2] F. Ost, « Conclusions générales : le temps, la justice et le droit », *in* S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 357-369, spéc. p. 359. Voir par ailleurs H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1889), Paris, P.U.F., 2007, 9ème éd., et *Durée et simultanéité* (1922), Paris, P.U.F., 2007, 3ème éd.

[3] Y. Aguila, « Le juge et le temps », *in* S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, *op. cit.*, pp. 7-10, spéc. p. 8.

[4] Voir notamment R. Higgins « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, spéc. pp. 511 et ss. Voir également pour le procès pénal, Y. Jurovics, « Le procès international pénal face au temps », *R.S.C.*, 2001, pp. 781-796 ; B. Stern, « De l'utilisation du temps en droit international pénal », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 253-264, spéc. pp. 261 et ss.

[5] Voir notamment J.-M. Thouvenin, « Le délai raisonnable », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 109-130, spéc. pp. 126 et ss.

entre un *temps de la procédure* qui serait rythmé par les délais et la chronologie des actes, et placé sous la maîtrise des professionnels de la justice, et un *temps du litige* qui serait spécifique aux parties et à leur perception des choses[6].

2. La notion de compétence juridictionnelle avait, jusqu'à une époque récente, réussi à échapper à ces questionnements qui, d'une manière ou d'une autre, conduisent toujours à s'interroger sur le fait de savoir si le droit, à l'évidence « pris dans le temps », est « en mesure de le réguler à son tour »[7]. Les règles attributives de compétence semblent pourtant constituer une belle illustration de maîtrise du temps. Suivant la distinction bien connue du juriste britannique Hart, les règles de compétence sont des règles dites « secondaires » en tant qu'elles « confèrent des pouvoirs, publics ou privés », par opposition aux « règles primaires » qui « imposent des obligations »[8]. De manière plus générale, ces règles secondaires « ont pour objet le système juridique [lui-même], et non (…) le comportement des sujets du droit, car elles codifient sa composante institutionnelle : sa structure, ses mécanismes et ses processus »[9]. Ces règles entretiennent ainsi, par essence, un rapport au temps différent de celui qui caractérise les règles de conduite. Parce que l'attribution d'une compétence à un organe s'attache, en dernière analyse, à déterminer la façon dont sera dit le droit, on la conçoit effectivement comme un élément de stabilité, voire de permanence[10]. A cet égard, les règles relatives à la compétence apparaissent identiques à celles qui ont précisément pour objet les rapports du droit et du temps. Les problèmes d'application temporelle des normes sont aussi l'objet de règles secondaires, « d'un droit portant sur le droit » pour reprendre les mots de J. Héron[11]. Ces règles de « droit transitoire » ou « intertemporel » représentent même une part essentielle des « règles de changement » évoquées par Hart dans sa classification des règles secondaires, c'est-à-dire des règles qui portent sur la naissance, la modification et la terminaison des règles primaires. Là encore, la stabilité est de mise. L'objet même du droit

---

[6] J. Danet, « Le temps des parties. Temps du litige ou du conflit et temps de la procédure. Réflexions sommaires sur quelques tendances », *in* S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Le temps, la justice et le droit, op. cit.*, pp. 119-130, *passim*. Voir également sur cette opposition entre temps de la procédure et temps du litige, S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, 2002, *passim*.

[7] F. Ost, « Conclusions générales : le temps, la justice et le droit », *op. cit.*, p. 358. Voir également sur cette problématique, P. Hébraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t. 2, pp. 1-58, spéc. pp. 7 et ss.

[8] H. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105.

[9] G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1987-VII, vol. 207, pp. 9-464, spéc. p. 115. Pour une lecture critique de la théorie hartienne des règles conférant des pouvoirs, voir également G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 213 et ss.

[10] Voir en ce sens M. Chemillier-Gendreau, « Sur quelques rapports du temps juridique aux autres formes du temps », *in* Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 281-299, spéc. p. 287.

[11] J. Héron, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1985, pp. 277-333, spéc. p. 278.

intertemporel est d'« inscrire correctement dans la durée les règles ou les décisions » adoptées par les différentes autorités[12]. Ce n'est pas dire que les règles de droit intertemporel ne puissent elles-mêmes s'insérer dans le temps et subir des modifications. On s'accorde toutefois à considérer qu'elles relèvent, à l'image des règles attributives de compétence, « d'un temps plus long » qui pourrait même parfois donner une impression d'immobilité[13].

3. On trouve sans doute alors, en remontant cette piste, la raison qui explique que la question des rapports entre compétence et temps passe relativement inaperçue dans la littérature juridique. La doctrine semble effectivement attachée à l'idée que les vicissitudes ou le phénomène d'*usure* du temps ne seraient pas en mesure d'affecter l'existence ou l'exercice de la compétence juridictionnelle. La notion de compétence a d'abord été présentée par une partie de la doctrine publiciste en opposition à celle de *capacité* des personnes privées, c'est-à-dire aux droits subjectifs qui leur sont attribués. De cette opposition, en est restée une certaine conception de la dimension temporelle de la compétence. Pour Duguit, « le droit subjectif naît en vue d'un but concret et individuel ; lorsque le but est atteint, le droit subjectif est épuisé, il disparaît »[14]. La compétence présente, pour sa part, « tous les caractères auxquels se reconnaît le pouvoir objectif. Elle est un pouvoir permanent et général comme la loi dont elle émane (…), un pouvoir qui se renouvelle à chaque instant »[15]. Partant, le temps ne saurait avoir de prise sur la compétence. On devrait ainsi logiquement en conclure que toute réflexion menée au sujet d'une compétence temporaire, ou « temporelle », demeure vaine, puisque c'est précisément par son caractère permanent ou « imprescriptible », c'est-à-dire par le fait qu'elle « ne s'épuise pas par son exercice, ni ne se périme par son non-usage »[16], que la compétence peut être distinguée de la notion voisine de capacité.

4. Cette manière d'appréhender la compétence a durablement influencé la réflexion doctrinale[17]. Elle conduit toutefois à entretenir une autre confusion d'ordre terminologique, puisque l'on serait, semble-t-il, tout aussi bien amené à parler de « compétence » que de « pouvoir » pour désigner le même concept. L'usage de ces deux termes est d'ailleurs caractérisé par le même flou en droit international, la compétence des tribunaux étant bien

---

[12] J. Verhoeven, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, *op. cit.*, pp. 9-34, spéc. p. 9.
[13] Voir en ce sens, P. Tavernier, « Le temps et la Cour européenne des droits de l'homme », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 265-268, spéc. p. 266.
[14] L. Duguit, *Etudes de droit public II. L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, A. Fontemoing, coll. « Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions », 1903, p. 501.
[15] *Ibidem.*
[16] E. Picard, « Rapport de synthèse », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 237-268, spéc. p. 263.
[17] Voir à ce sujet, l'analyse de B. Plessix, « La compétence et le temps », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, *op. cit.*, pp. 51-68, *passim*.

souvent entendue au sens de leur « juridiction », et *vice-versa*. Il suffirait pourtant de s'en tenir à l'étymologie des mots pour saisir la nuance : « compétence » dérive du latin *competere* (« revenir à »), et semble ainsi renvoyer non pas au pouvoir proprement dit mais à son titulaire légal ou légitime, au sujet qui disposerait du *droit* de l'exercer[18]. Perçue de cette façon, la compétence apparaît d'ores et déjà bien plus précaire que le pouvoir lui-même. Ce n'est ainsi qu'avec l'affinement de sa définition que peuvent être envisagées à leur juste mesure les interactions entre compétence et temps dans le procès international.

I. Les liens entre compétence et pouvoir : la notion de « compétence juridictionnelle »

5. « Définir » suppose toujours, selon les mots de Ch. Eisenmann, de « situer et opposer pour individualiser »[19]. L'identification du contenu de la notion de compétence pourrait être prise en exemple de ce cheminement méthodologique, en tant qu'elle a, comme indiqué précédemment, longtemps été tenue pour synonyme du *pouvoir* conféré à un organe[20] avant que la doctrine ne daigne finalement lui attribuer une signification propre. C'est que, si la compétence ne se conçoit pas sans le pouvoir (de juger, d'administrer, de légiférer…) qu'elle présuppose nécessairement, elle ne se confond pas pour autant avec lui. A cet égard, on insiste le plus souvent sur l'idée que la compétence représente le *champ* ou *domaine* affecté à l'exercice du pouvoir de juger. Reconnaître la compétence d'un tribunal, ce n'est effectivement jamais rien faire d'autre que fixer les bornes dans lesquelles l'activité juridictionnelle pourra légalement se déployer (A). Cette assimilation de la compétence à la somme des affaires que le juge pourra connaître, ne doit toutefois pas occulter ce par quoi s'identifie d'abord une règle attributive de compétence : l'*habilitation* de son destinataire à adopter un acte juridique. La compétence apparaît ainsi comme un préalable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, son *fondement* même, avant d'en représenter la limite (B).

[18] P.-A. Merlin, « Compétence », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 3, Paris, Chez Remoissemet, 1830, p. 270 : la compétence est « le *droit* de juger une affaire contentieuse ».
[19] Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.*, 1966, pp. 25-43, spéc. p. 30.
[20] Voir également pour le droit international privé, P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, pp. 1-23, 349-388, 537-583, spéc. p. 9.

A. La compétence comme limite au domaine d'exercice du pouvoir de juger

6. La compétence est le plus souvent associée au domaine dans lequel, ou aux « matières » au sujet desquelles, l'autorité qui en est investie peut exercer son pouvoir. On pourrait qualifier cette acception de *stricte*, en tant qu'elle met sur deux plans différents les notions voisines de *compétence* et de *pouvoir*[21]. Tel n'a, on l'a dit, pas toujours été le cas. Les deux termes ont longtemps formé un couple inséparable dans la doctrine internationaliste. En constituent des exemples significatifs les définitions que l'on trouve dans les deux dictionnaires de référence. Le terme compétence renvoie dans le *Dictionnaire Salmon* à l'ensemble des « pouvoirs reconnus ou conférés par le droit international à un sujet de droit ou à une institution ou un organe, les rendant aptes à remplir des fonctions déterminées et à accomplir les actes juridiques qui en découlent »[22]. De la même façon, elle est entendue chez *Basdevant* comme un « pouvoir juridique conféré ou reconnu par le droit international à un Etat, à une institution internationale, à un organe de celle-ci, éventuellement à un individu, de connaître d'une affaire, de prendre une décision, de faire un acte, d'accomplir une action (…) », et plus précisément, en ce qui concerne la compétence juridictionnelle, comme « le pouvoir conféré par un ou plusieurs Etats ou par une institution internationale à un organe de connaître d'une affaire, de rendre une décision, de régler un différend »[23]. On pourrait multiplier les exemples de ce type[24], d'autant que *compétence* et *pouvoir* apparaissent bien souvent comme deux termes interchangeables dans la jurisprudence internationale[25]. En vue de donner à chacun de ces termes une signification qui lui est propre, il est tentant d'envisager la compétence par le truchement des limites qu'elle fixe à l'exercice du pouvoir, celui-ci pouvant, dira-t-on, être légalement exercé dans les limites du *champ de compétence* attribué au tribunal. La doctrine parle alors de « juridiction » pour désigner « l'aptitude d'un organe

---

[21] Sur les deux acceptions large et stricte de la notion de compétence, voir P. de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 84-88.

[22] J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 210 (nous soulignons).

[23] J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, pp. 132-133.

[24] Voir ainsi la définition proposée par M. Dubisson dans son ouvrage sur la Cour internationale de Justice, pour qui le terme de compétence appliqué à un organe juridictionnel est susceptible d'avoir deux significations différentes : d'abord, « le pouvoir de cet organe, indépendamment de l'objet auquel il s'applique ou de la manière dont il s'exerce » ; ensuite, le « pouvoir reconnu à un organe juridictionnel d'examiner s'il est qualifié pour trancher un litige déterminé » (*La Cour internationale de Justice*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 131).

[25] Voir sur ce point, et au sujet de la jurisprudence de la Cour de La Haye, G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, pp. 58-61 ; Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 58-60 ; J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *op. cit.*, pp. 133-134. Voir également *infra*, note n° 28.

(juridictionnel) à exercer la fonction du même nom, c'est-à-dire le pouvoir de juger considéré abstraitement hors d'un litige déterminé », la compétence étant pour sa part « l'aptitude du tribunal à connaître *in concreto* d'un tel litige »[26]. Dans cette perspective, la compétence concrétise le pouvoir juridictionnel en indiquant le domaine dans lequel il pourra être valablement mis en œuvre, c'est-à-dire *l'ensemble des affaires dont le juge aura vocation à connaître*. Par ailleurs, si elle vise des matières, des personnes, éventuellement des lieux et des périodes, c'est-à-dire les différents critères qui permettent d'identifier les catégories de litiges pouvant être soumis à tel juge ou à tel autre, la compétence ne peut désormais plus se confondre avec ses modalités d'exercice, c'est-à-dire avec le pouvoir lui-même[27].

7. La même nuance se retrouve dans la terminologie anglo-saxonne. Telle qu'elle se trouve le plus souvent utilisée, la notion de « *jurisdiction* » aurait vocation à absorber celle de « *competence* »[28]. La nécessité de distinguer entre compétence et pouvoir a cependant conduit

---

[26] G. Cahin, « Rapport », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 9-52, spéc. p. 23. Voir également, en ce sens, G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, p. 60 : « la compétence délimite le champ d'application de [l'] activité [de l'organe] juridictionnel et de [ses] pouvoirs, soit d'une manière générale, soit par rapport à une affaire déterminée, et tant du point de vue des parties que de celui de la matière en litige » ; A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, Paris, Pedone, 1938, p. 139 ; E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Neuchâtel, Imprimerie Paul Attinger S.A., 1968, p. 67 ; J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, p. 101 : « [l]a compétence est l'aptitude juridique pour un tribunal à connaître d'un litige déterminé ». Cette distinction avait, par ailleurs, ressurgi dans le cadre de l'élaboration de la Convention CIRDI où il était initialement question de « juridiction » du Centre. Le vocable « compétence » devait finalement lui être préféré pour éviter d'utiliser une notion relative au pouvoir, et pour évoquer plutôt le « champ d'intervention du Centre » : voir sur ce point B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche au CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 223-244, spéc. p. 242

[27] Sur la notion de pouvoir, voir *infra*, n° 10, 27.

[28] Voir notamment C. Parry, J. P. Grant, J. C. Barker, *Parry and Grant Encyclopaedic dictionary of international law*, Dobbs Ferry - New York, Oceana, 2004, 2ème éd., p. 270 : « *[i]n relation to international organizations, and especially international courts and tribunals, jurisdiction means competence* ». La « *jurisdiction* » désignera aussi bien la compétence que *le pouvoir de juger* : Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 49-66, et spéc. p. 52 (« *[jurisdiction] cover[s] the total activity of a tribunal. It covers more than the term 'competence' (in French,* compétence*) as used to refer to the basic authority to examine a dispute* ») ; voir également R. Herbst & A.G. Readett, *Dictionary of commercial, financial, and legal terms*, Thun, Translegal, 1986, pp. 577-578 (« *Jurisdiction* : juridiction, compétence ; pouvoir judiciaire »). Dans la pratique, le terme « *jurisdiction* » est aussi bien utilisé pour désigner le *pouvoir juridictionnel* que la *compétence*, la distinction entre *jurisdiction* et « *competency* » (ou « *competence* ») étant rarement faite : pour une définition englobant la compétence, voir par exemple l'opinion dissidente de Fred K. Nielsen jointe à la sentence arbitrale du 8 juin 1932 rendue dans l'affaire *Salem* (Egypte/Etats-Unis), *R.S.A.*, vol. II, pp. 1165-1203, 1204-1237, spéc. p. 1205 ; voir également l'affaire *French Company of Venezuelan Railroads*, Commission mixte des réclamations France/Venezuela, *R.S.A.*, vol. X, pp. 285-355, spéc. p. 348 : « *[i]t would seem to the umpire that the question first occuring is one of jurisdiction* – in other words, of competency ». Voir également sur l'interchangeabilité des termes « *competence* » et « *jurisdiction* », la sentence du 2 août 1921 rendue dans l'affaire *Cession of vessels and tugs for navigation on the Danube* (Tchécoslovaquie, Grèce, Roumanie, Royaume de Serbie c. Allemagne, Autriche, Hongrie et Bulgarie), *R.S.A.*, vol. I, pp. 97-144, et spéc. p. 101 ; voir également la décision du 31 août 1926 de la Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Allemagne, *Gans Steamship Line* (Etats-Unis) *c. Allemagne*, *R.S.A.*, vol. VIII, pp. 21-24, et spéc. pp. 22-23 ; voir encore la décision du 8 mai 1954 rendue par la Commission de conciliation Grande-Bretagne/Italie, Re *Competence of Conciliation Commission*, *I.L.R.*,

à utiliser le terme de « *competence* » au sens d'étendue de la compétence, le pouvoir de juger étant lui-même traduit par « *jurisdiction* ». Une telle distinction a été envisagée aussi bien en doctrine[29] qu'en jurisprudence[30]. Appelé, dans l'affaire *Tadić*, à statuer sur la question de la prétendue invalidité de sa création par le Conseil de Sécurité, le Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie avait ainsi établi une distinction entre les questions relatives à sa « *competence* », c'est-à-dire à celles qui tiennent aux affaires dont il pouvait connaître en considération de l'époque et du lieu, ainsi qu'en fonction des personnes et des objets que ces affaires mettaient en cause, et les questions qui, à l'instar de celle soulevée dans le cas d'espèce, concernaient sa « *jurisdiction* », c'est-à-dire son « pouvoir légitime de 'dire le droit' dans ce domaine, de manière définitive et faisant autorité »[31].

8. Au demeurant, cette présentation de la notion de compétence n'a rien de spécifiquement internationale. Si le couple pouvoir-compétence a également été envisagé par

---

vol. 22, pp. 867-875, et spéc. pp. 868, 870 ; voir enfin, le jugement n° 14 du tribunal administratif de l'O.I.T. du 29 septembre 1958, *Tranter c. FAO*, *I.L.R.*, vol. 27, pp. 295-298, et spéc. p. 298. Le terme « *competence* » sera plus rarement employé pour désigner le pouvoir juridictionnel : voir, à ce sujet, l'opinion du juge Rodolfo E. Piza jointe à la décision du 13 novembre 1981 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Government of Costa Rica (in the matter Viviana Gallardo* et al.*), I.L.R.*, vol. 67, pp. 577-593, spéc. p. 590 : « *'competence' in the very generic and imprecise sense of language of the Convention, involves three different kinds of matters : of* jurisdiction, *in the sense of the specific* 'jurisdictionnal function' *that the case requires of this Court ; of* competence, *in the sense of the measure of the general powers of the Court to hear it ; and of* standing, *in the sense of the Court's specific power to admit this case in its present state* ».

[29] Voir la définition retenue dans l'*Encyclopédie de droit international* publiée sous les auspices de l'Institut Max Planck pour le droit public comparé et le droit international (R. Bernhardt & R. L. Bindschedler (dir.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, Elsevier, 1997, vol. 3, p. 49 : « *[jurisdiction is] the legal power established by the governing instrument, of courts or tribunals* within their scope of *competence to take cognizance of and to deal with matters actually brought before them. Although it is an indivisible concept, several dimensions of jurisdiction, including jurisdiction* ratione materiae, personae, temporis, territorii » (nous soulignons). On retrouve également cette distinction entre « *competence* » et « *jurisdiction* » chez Sir Gerald Fitzmaurice, mais dans un sens quelque peu différent, la « *competence* » désignant l'aptitude du tribunal à examiner un différend en tant qu'il relève de son domaine de compétence (« *jurisdiction* ») : « The Law and Procedure of the International Court of Justice », *B.Y.B.I.L.*, 1958, pp. 1-160, spéc. p. 8. Voir également, dans le même sens, Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, La Haye/Boston/Londres, Nijhoff, 1997, 3ème éd., vol. II : Jurisdiction, p. 536 : « *'jurisdiction' is a stricter concept than 'competence'. Jurisdiction relates to the capacity of the Court to decide a concrete case with binding force. 'Competence', on the other hand, is more subjective, including both jurisdiction and the element of the propriety of the Court's exercising its jurisdiction* ». Voir également, sur les deux sens du terme compétence dans le vocabulaire français, en tant que domaine de compétence, et en tant qu'aptitude à connaître d'un différend relevant de ce domaine, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 137.

[30] Voir notamment *Cases of Dual Nationality*, décision n° 22 du 8 mai 1954 de la Commission de conciliation Grande-Bretagne/Italie établie conformément à l'article 83 du Traité de paix de Paris du 10 février 1947, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 27-36, et spéc. pp. 33-34 : « *this difference of terminology has (...) very little importance*, the competence being only the limit of jurisdiction, the measure of the power to judge. *After all it is always a question of a jurisdictional function* ».

[31] *Le Procureur c. Tadić, alias « Dule »*, IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *I.L.R.*, vol. 105, pp. 453-527, spéc. p. 457, § 10. S'agissant de l'appréciation portée par le tribunal sur son aptitude à connaître d'une telle question, voir *infra*, note n° 511.

la doctrine publiciste française sous les traits d'une même notion[32], il renverrait, pour s'en tenir à des écrits plus récents, à deux réalités différentes, le pouvoir étant là encore dissocié de la sphère dans laquelle chaque autorité pourra l'exercer[33]. Cette distinction n'est pourtant pas nouvelle, les auteurs la faisant remonter à l'apparition de la théorie de la séparation des pouvoirs[34]. La notion même de compétence trouve sa concrétisation avec la création des différents *organes* de l'autorité publique et l'individualisation des tâches que ces derniers se voient confier. La fonction de la règle de compétence n'est-elle pas, en effet, de « délimiter de façon précise et préalable la liberté d'action légale de son titulaire »[35] ? Tel qu'on l'envisage alors, la compétence désigne « une sphère, un périmètre ; c'est la zone d'activité ouverte par le droit objectif à chaque autorité publique. Les pouvoirs désignent des modalités : ce sont les moyens par lesquels l'autorité agit à l'intérieur de sa compétence »[36]. Quant à la compétence *juridictionnelle*, on conçoit qu'elle ne puisse consister dans la « fraction du pouvoir de juger accordée à chaque juridiction »[37]. Elle apparaît plutôt comme un critère de *répartition* du contentieux qui permettra de désigner parmi l'ensemble des organes investis du pouvoir de juger, celui qui se trouvera concrètement en position de l'exercer en considération du litige en cause [38]. Ce disant, on identifie déjà par le truchement de cette mise en concurrence potentielle des différents détenteurs d'un même pouvoir, ce qu'est *d'abord* la compétence : une *qualité* attribuée à « l'organe que les règles juridiques désignent pour exercer concrètement ses prérogatives »[39].

---

[32] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, p. 449 : la compétence est « le pouvoir de faire légalement certains actes ». Voir également M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, pp. 61-63.

[33] Ainsi, de manière caractéristique, on trouve dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, à l'entrée compétence : « ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction », mais également : « aptitude à agir dans un certain domaine » (G. Cornu, Ph. Malinvaud (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2007, 8ème éd., p. 189). Sur cette distinction, voir également G. Cahin, « Rapport », *op. cit.*, p. 12 ; B. Plessix, « La compétence et le temps », *op. cit.*, p. 56.

[34] Voir V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 68-70.

[35] *Ibid.*, p. 74.

[36] B. Plessix, « La compétence et le temps », *op. cit.*, p. 56.

[37] Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II [S.l.], [s.n.], 1981, p. 431.

[38] Ph. Théry, « Compétence », *in* D. Alland, S. Rials (dir.), « Dictionnaire de la culture juridique », Paris, P.U.F., 2003, pp. 247-251, spéc. pp. 247, 251. Voir également en ce sens, J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2010, 4ème éd., p. 785 ; F. Leborgne, « Compétence », *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, pp. 176-181, spéc. p. 176 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, pp. 10-11.

[39] Ph. Théry, « Compétence », *op. cit.*, p. 247.

B. La compétence comme préalable à l'exercice du pouvoir de juger

9. Retenir une conception purement matérielle de la compétence et l'assimiler au domaine d'exercice du pouvoir est sans doute la méthode la plus indiquée pour la distinguer de la notion voisine de pouvoir. Une telle démarche aboutit toutefois à dissimuler ce que représente aussi, et d'abord, la compétence. Avant même de constituer une limitation au domaine d'action légale du juge, elle se présente comme l'*aptitude* de celui-ci à exercer son pouvoir. Comme il a été dit à ce sujet, « la compétence suppose d'abord une aptitude légale à agir, elle implique ensuite de respecter la sphère d'action de cette compétence » [40]. Les définitions qui envisagent cet aspect de la compétence renvoient fréquemment à la notion de « titre » ou de « titulaire » de pouvoir[41]. Ces définitions rendent compte de la structure de la règle de compétence qui appartient à la catégorie plus générale des règles d'habilitation[42]. La règle attributive de compétence est, comme le souligne le professeur Poirat, « une règle qui *investit* purement et simplement le sujet ou l'organe du pouvoir de faire un acte juridique », et il ne saurait ainsi « exister un pouvoir de juger sans règle qui *attribue* à un ensemble désigné comme 'tribunal' ce pouvoir »[43]. La situation juridique de compétence identifierait ainsi, pour ces auteurs, une qualité attribuée en vue de l'exercice d'un pouvoir.

10. Si elle demeure relativement ancienne, cette conception a mis un certain temps à diffuser puis imposer l'idée du caractère nécessairement préliminaire de la question de compétence vis-à-vis de celle du pouvoir, et ce pour deux raisons principales. Il peut d'abord sembler paradoxal d'affirmer la nécessité de reconnaître le pouvoir d'une juridiction. La *détention* de la fonction juridictionnelle est, par définition, ce qui caractérise une

---

[40] M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 145-167, spéc. p. 145. Voir également, pour la doctrine internationaliste, M. Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2ème éd., p. 65 : la compétence est l'« habilitation légale pour la juridiction internationale à instruire et juger une affaire ».

[41] En ce sens, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p. 169 : « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir tandis que le pouvoir est l'attribution ou la somme d'attributions autorisées par le droit de la compétence » ; P. de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, *op. cit.*, p. 88 : « la compétence, en matière normative, apparaît comme *la titularité du pouvoir d'effectuer un acte normatif* ».

[42] Voir la thèse développée par le professeur Tusseau, in *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, *passim*.

[43] F. Poirat, « Rapport », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 203-238, spéc. p. 216. Voir également V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 78 : « [l]'exercice de la compétence débouche nécessairement sur la création d'actes juridiques car la fonction de la règle de compétence est d'habiliter un titulaire à agir, donc à modifier par des actes juridiques l'ordonnancement juridique ». Sur la fonction normative de l'habilitation, voir H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, pp. 133 et ss.

« juridiction »[44] ; pourrait être qualifié de tel, tout organe qui détient le pouvoir de produire un *acte juridictionnel*, c'est-à-dire de *trancher un différend par une décision obligatoire, en application du droit*[45]. Comme il a cependant déjà été permis de le relever, l'habilitation intervient à un stade ultérieur : celui de l'*exercice* de ce pouvoir[46].

11. La deuxième raison qui ferait que la compétence est le plus souvent réduite au champ d'exercice du pouvoir tient au fait que la règle d'habilitation sera très généralement celle qui aura fixé les limites au domaine d'exercice du pouvoir. Tel est le cas en droit interne où l'on n'envisagerait pas l'aptitude à agir sans les limites posées par la règle à l'action légale de l'organe. L'habilitation serait ainsi le plus souvent envisagée sous l'angle de son champ d'application matériel et éventuellement territorial : la compétence pour connaître de telle ou telle matière, dans tel ou tel ressort territorial, *etc*…, et l'on serait, tout au plus, tenté de déduire que la règle qui délimite la liberté d'agir de l'organe constitue le « fondement juridique » de son action légale à l'exclusion des autres organes disposant du même pouvoir[47]. Les mêmes remarques peuvent, dans une certaine mesure, être réitérées pour le droit international où les deux dimensions d'habilitation et de « cantonnement »[48] de la compétence demeurent tout aussi liées ; il sera effectivement toujours question de savoir si la compétence a été attribuée au juge *pour connaître du litige porté à sa connaissance*, c'est-à-dire de déterminer s'il est juridiquement qualifié pour adjuger telle ou telle demande[49]. C'est que « la juridiction [internationale] (…) est toujours une juridiction limitée, n'existant que dans la mesure où les Etats l'ont admise », comme l'indique la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[50]. La distinction entre le pouvoir et le titre qui en rend l'exercice légal apparaît toutefois de manière plus évidente dans l'ordre juridique

---

[44] Voir J. Combacau, « Conclusions générales » *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 301-318, spéc. p. 306.

[45] Voir également sur cette définition matérielle de la fonction juridictionnelle, *infra*, n° 27.

[46] Sur la distinction entre attribution de la juridiction et reconnaissance de la faculté de l'exercer, voir *infra*, n° 67.

[47] V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, *op. cit.*, p. 70.

[48] E. Picard, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 249.

[49] Voir en ce sens l'appréciation portée par la Cour internationale de Justice dans son avis *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* sur la question qui lui était posée de savoir si le tribunal administratif était compétent pour connaître des requêtes dont il avait été saisi : avis consultatif du 23 octobre 1956, *Rec.* 1956, p. 77-102, spéc. p. 87. Voir également, en ce sens, E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 67 : « toute objection à la *compétence* proprement dite de la Cour porte nécessairement sur un seul objet : le titre de compétence ; autrement dit, elle pose toujours la même question : les intéressés ont-ils consenti à ce que la Cour statue sur un différend donné ? ».

[50] *Usine de Chorzów* (demande en indemnité), arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur la compétence du 26 juillet 1927, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 9, pp. 4-35, spéc. p. 32. Voir également sur ce point, l'opinion dissidente du commissaire mexicain dans l'affaire *Pablo Nájera (France) c. Mexique*, décision de la Commission mixte des réclamations France/Mexique du 19 octobre 1928, *I.L.R.*, vol. 4, pp. 393-394, *R.S.A.*, vol. V, pp. 489-508, spéc. p. 489.

international. Elle figure en arrière plan de l'affirmation selon laquelle *la juridiction internationale est consensuelle*. Contrairement au droit interne où il est attribué par le droit objectif, et où son exercice ne se trouve ainsi pas subordonné à l'acceptation préalable des parties en litige, le pouvoir juridictionnel n'est, en droit international, ni général dans le sens où la juridiction ne connaît pas nécessairement de l'ensemble des différends, ni obligatoire dans le sens où ce pouvoir ne s'impose pas aux Etats sans leur consentement[51]. Comme l'affirme Witenberg, l'accord des Etats est, en droit international, « la base de l'organisation judiciaire (…). Seuls seront justiciables les Etats qui auront accepté de l'être (…). Ainsi, le phénomène juridictionnel international est, avant tout, un phénomène d'acceptation »[52]. Depuis l'époque où l'auteur écrivait ces lignes, le droit international a connu des nouvelles techniques d'attribution du pouvoir de juger qui n'auront nécessité aucun consentement d'aucune sorte. L'établissement des tribunaux administratifs des organisations internationales, chargés de connaître du contentieux entre celles-ci et leurs agents, ainsi que l'institution plus récente des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* en constituent des exemples significatifs[53]. Dans la très grande majorité des cas, cependant, un *engagement juridictionnel* préalable de l'Etat sera requis[54]. La contestation de la compétence pourra donc tout aussi bien porter sur la réalité même que sur le contenu de l'acte par lequel l'Etat avait consenti à ce que

---

[51] Ph. Théry, « Compétence », *op. cit.*, p. 248. Voir également s'agissant d'une telle distinction entre droit interne et droit international, Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op.cit.*, pp. 56-58 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, p. 529 : « *[in municipal law], to establish courts and to allocate to each its jurisdiction is an element in the organization of the State and is usually a matter for legislative action. In international law and relations, this is not a function of government but a voluntary and collective act on the part of sovereign and co-ordinate States which, in fact, in exercise of their sovereignty, agree to forgo part of their rights to the extent that they consent to enable an international court to act* ».

[52] J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : traité pratique*, *op. cit.*, p. 3, l'auteur citant notamment l'avis de la Cour permanente du *Statut de la Carélie orientale* du 23 juillet 1923, dans lequel elle avait rappelé ce principe fondamental suivant lequel « [i]l est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit, enfin, à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement » (*Rec. C.P.J.I. Série B*, n° 5, pp. 7-29, spéc. p. 27). Sur le principe du consentement à la juridiction internationale, voir également L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 61 et ss. ; M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 145-154 ; P. Guggenheim, « Les principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1952-I, vol. 80, pp. 5-189, spéc. pp. 150 et ss. Plus particulièrement sur l'arbitrage, et sur la notion de compromis, voir A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1905, t. 1, pp. 156 et ss. Voir plus récemment, sur l'ensemble de ces questions, J. Combacau, *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2010, 9ème éd., pp. 581 et ss. ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, pp. 563 et ss. ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 106 et ss., spéc. pp. 106-108.

[53] Voir sur la technique « autoritaire » d'attribution de la juridiction, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 122-123.

[54] Voir notamment, pour le rappel de cette condition par la Cour internationale de Justice, et la jurisprudence qui s'y rapporte l'affaire *Timor oriental*, Portugal c. Australie, arrêt de la Cour internationale de Justice du 30 juin 1995, *Rec.* 1995, pp. 90-106, spéc. p. 101, § 26.

l'organe saisi exerce son pouvoir[55]. La compétence comme aptitude, et la compétence comme sphère d'activité trouvent ainsi leur traduction dans des *conditions de compétence* distinctes, qui portent respectivement sur la validité du ou des actes consignant les engagements étatiques, et sur leur champ d'application. On prétendra ainsi dans le premier cas que le juge a exercé son pouvoir en l'absence de toute habilitation, et dans le deuxième cas, qu'il l'a exercé en méconnaissance des limites dans lesquelles ce pouvoir avait été attribué. Ces situations renvoient respectivement à un *défaut de compétence* – l'incompétence pure et simple, en quelque sorte –, et à un mauvais usage ou à un « débordement », c'est-à-dire à une *erreur* dans la compétence[56].

12. De cet aperçu de la notion de compétence juridictionnelle, on peut retenir essentiellement deux enseignements :

– la compétence est une notion qui renvoie à deux dimensions complémentaires. Avant de pouvoir être tenue pour synonyme de *domaine d'exercice du pouvoir*, la compétence peut s'envisager comme *l'aptitude légale à produire un acte juridictionnel*. La compétence « juridictionnelle » désigne ainsi tout à la fois la qualité reconnue à l'organe, et ce que cette qualité permet concrètement de faire, c'est-à-dire le domaine dans lequel l'organe (compétent) peut juger[57]. Qu'on l'envisage en tant qu'aptitude, ou en tant que domaine d'application, la compétence apparaît toujours comme une condition posée à l'exercice du pouvoir juridictionnel. En ce sens, on peut dire avec le professeur Combacau, que « la compétence, quand on veut bien la distinguer du pouvoir avec lequel elle fait couple, est une

[55] Comme l'indique la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, c'est « l'existence d'une volonté des parties de conférer juridiction à [l'organe] qui fait l'objet de la question de savoir s'il y a compétence ou non » : arrêt sur la compétence déjà cité du 26 juillet 1927, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 9, pp. 4-34, spéc. p. 32, plus récemment rappelé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Nicaragua c. Honduras, arrêt sur les exceptions préliminaires du 20 décembre 1988, *Rec.* 1988, pp. 69-107, spéc. p. 76, § 16. Voir également, plus récemment, l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu par la Cour le 18 novembre 2008 dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), *Rec.* 2008, pp. 412-467, spéc. p. 456, § 120 : « [l]e plus souvent, dans le cas d'une exception d'incompétence, il aura ainsi été démontré, étant donné que la compétence de la Cour découle du consentement des parties, qu'un tel consentement n'a pas été donné par l'Etat qui fait objection au règlement du différend en question par la Cour ».

[56] Voir M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », *op. cit.*, spéc. pp. 150 et ss.

[57] Sur cette dualité de significations attachées à la compétence, voir P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 10. L'auteur ajoute d'ailleurs un troisième élément, déjà évoqué précédemment, qui concerne la fonction de répartition du contentieux entre les différents organes investis d'un même pouvoir. Voir également, sur ces différents éléments de la compétence, O. Beaud, « Compétence et souveraineté », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 5-32, spéc. p. 17 ; M. Ubaud Bergeron, « L'incompétence », *op. cit.*, *passim*.

notion purement négative, qui suggère une idée de limite : une autorité détient un pouvoir, qu'elle peut exercer dans la limite de sa compétence »[58].

– la seconde remarque est d'ordre terminologique et découle directement de la précédente observation. Définir la compétence juridictionnelle a conduit à faire le départ entre la fonction juridictionnelle, prise en elle-même et de manière abstraite, et les conditions de son exercice. Ce que la juridiction *exerce* n'est ainsi jamais une « compétence » quelconque, mais bien uniquement le *pouvoir* de juger[59]. Dès lors, parler de l'exercice d'une compétence, de même qu'évoquer la compétence « juridictionnelle » d'un organe, est une facilité de langage. Il n'y a de juridictionnel que le pouvoir, et non le titre sur la base duquel, ou même le champ dans lequel, il peut être exercé. L'usage de l'expression « compétence juridictionnelle » ou de celle d'« exercice de la compétence » repose ainsi sur une convention qui consiste, dans ce cas précis, à entendre derrière le mot de « compétence », celui de « pouvoir ». Parler de *compétence juridictionnelle* n'est ainsi, au mieux, qu'une façon de viser la compétence des juridictions.

II. Les liens entre compétence et temps en droit international (identification de l'objet de l'étude)

13. L'identification de l'objet de l'étude passe par la détermination des liens qu'entretiennent compétence et temps dans le procès international. La « compétence temporelle » étant une notion d'origine jurisprudentielle, une telle démarche supposera en premier lieu d'identifier ses occurrences dans les énoncés juridictionnels (A). La délimitation du champ d'étude supposera, dans un deuxième mouvement, d'évacuer les questions qui tout en établissant un lien entre compétence et temps, ne se rapportent pas à la compétence temporelle ou à celle des juridictions internationales (B).

A. Ce à quoi renvoie l'étude de la « compétence temporelle » des juridictions internationales : les exceptions préliminaires d'incompétence ratione temporis

14. Les relations entre compétence et temps sont associées dans le contentieux international à deux types d'*exceptions préliminaires* que l'on définit comme des objections à

[58] J. Combacau, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 306.
[59] Voir en ce sens, J. Combacau, « Conclusions générales », *op. cit.*, pp. 306-307.

la juridiction du tribunal soulevées *in limine litis*, et qui ont pour d'objet d'empêcher qu'il connaisse du fond de l'affaire[60]. L'intervention du facteur temps dans la détermination de la compétence permet de donner illustration des deux types de conditions de compétence, qui correspondent aux deux façons dont la compétence s'articule avec le pouvoir : celles qui se rapportent à la validité de l'acte par lequel les parties habilitent le tribunal à exercer son pouvoir, et celles qui concernent le contenu de cet acte et l'« étendue » de la compétence. Si, en effet, la question des limites temporelles à la compétence d'un organe investi d'un pouvoir ne se trouve, en droit interne, jamais détachée de la question de la durée pour laquelle cet organe en était juridiquement doté[61], elle doit également concerner, dans l'ordre juridique international, le champ temporel dans lequel la juridiction aura dû maintenir son activité, c'est-à-dire concrètement la période jusqu'à laquelle, ou pour laquelle, la juridiction aura été admise à faire remonter son examen (1). Le fait que l'on parle, dans les deux cas, d'*exceptions préliminaires* d'incompétence temporelle laisse, par ailleurs, sous-entendre que le *statut* accordé à la condition de compétence temporelle est identique, que la contestation porte sur la durée de l'habilitation ou sur son champ d'application. De règle, en effet, l'incompétence temporelle est un moyen disponible. Le droit du contentieux international ne consacre que par exception le devoir pour le juge de soulever d'office son incompétence *ratione temporis* (2).

1. Objet des exceptions préliminaires d'incompétence temporelle

15. (i) Le premier type d'exception *ratione temporis* qui peut être soulevée en vue de faire obstacle au règlement juridictionnel du litige a trait à la durée de l'habilitation du tribunal à exercer le pouvoir de juger, c'est-à-dire à la durée de validité du ou des actes par lesquels les parties avaient consenti à se soumettre à la juridiction du tribunal. La détermination de la compétence conduirait ici à régler un problème de succession de règles dans le temps en désignant celle susceptible de s'appliquer à la procédure. A cet égard, si, comme indiqué précédemment, l'inapplicabilité de l'engagement juridictionnel *ratione temporis* peut se traduire en un défaut pur et simple de compétence, elle ne se confond pas avec le défaut d'engagement. Celui-ci ressortit, dans le discours juridictionnel, au registre de la compétence *ratione personae*[62], et l'objection que le juge sera conduit à examiner

[60] Voir J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 600.
[61] Voir sur ce point *infra*, n° 33.
[62] Voir en ce sens, G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, p. 67 ; G. Herczegh, « Les exceptions préliminaires à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (1994-2000) », *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, L. C. Vorah *et al.* (éd.), La Haye, Kluwer Law International, 2003, pp. 399-422, spéc. p. 406 ;

nécessitera uniquement de déterminer si l'Etat qui la soulève a, oui ou non, consenti à sa juridiction. Pour le dire autrement, là où le critère de compétence « personnelle » pose la question de l'*existence* même de l'acte, l'auteur de l'exception préliminaire d'incompétence temporelle conteste uniquement son efficacité à l'égard de la procédure juridictionnelle en cause[63]. Le règlement du différend relatif à la compétence supposera ici d'identifier à quelle date la règle attributive de compétence « devait » être applicable, et si elle l'était effectivement, pour que le juge puisse exercer son pouvoir. A ce propos, si les engagements juridictionnels mentionnent fréquemment la durée pour laquelle ils constituent une base de compétence valable, ils ne précisent, en revanche, qu'assez rarement la date à laquelle ce délai ne devrait pas avoir expiré ou, à l'inverse, avoir déjà débuté pour que l'obligation juridictionnelle qu'ils consignent puisse se concrétiser. C'est, le plus souvent, dans les règles supplétives du procès international que la solution à donner au problème de compétence *ratione temporis* devra être recherchée.

16. (ii) Du seul contenu de l'acte devrait, en revanche, dépendre le bien-fondé de l'autre exception d'incompétence susceptible d'être soulevée par l'une des parties à la procédure et qui concerne la catégorie de différends dont la juridiction saisie peut connaître. A ce sujet, les limitations *ratione temporis* dont l'engagement juridictionnel peut être grevé sont fréquentes, et remplissent des fonctions distinctes suivant les situations dans lesquelles elles sont appelées à jouer. Si la compétence est, comme en droit interne, associée au *ressort* attribué à chaque tribunal, il n'est guère fréquent qu'on l'envisage comme un outil de *répartition* du contentieux entre les juridictions internationales qui permettrait de désigner l'une d'elles comme apte, à l'exclusion de toutes les autres, à connaître d'une catégorie donnée de litiges[64]. L'ordre juridictionnel international est caractérisé par un phénomène de

---

C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 165. Il arrive également dans le contentieux arbitral de l'investissement que l'exception d'incompétence tirée du défaut d'engagement soit qualifiée d'exception d'incompétence « *ratione voluntatis* » : voir par exemple la sentence arbitrale du 15 avril 2009, *Phoenix Action, Ltd c. République tchèque*, ICSID Case No.ARB/06/5, §§ 65 et ss. Voir également sur cette qualification, C. Larsen, « ICSID Jurisdiction : the Relationship of Contracting States to sub-States Entities », *in* N. Horn (éd.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, pp. 353-386, spéc. pp. 356-357.

[63] Voir notamment sur cette distinction *infra*, n° 234-235.

[64] Voir notamment en ce sens G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, p. 64 : « [é]tant donné la structure différente de la société internationale et le caractère consensuel de la compétence en droit international (…), les critères de compétence matérielle et personnelle perdent leur caractère de critères de répartition de compétence entre plusieurs tribunaux, pour devenir des critères de délimitation de la compétence d'un tribunal donné ». Cette différence est telle que certains auteurs du début du siècle dernier avaient, pour cette raison, repoussé toute application de la notion même de *compétence* en droit international : voir sur ce point J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence*

prolifération d'organes rendus, dans leur grande majorité, autonomes les uns à l'égard des autres. Qui plus est, dans les rares hypothèses où la compétence remplit une fonction de ce type, c'est par le truchement des critères matériel et personnel de compétence que les différends répartis entre les différents organes auront été individualisés[65]. En somme, la compétence temporelle comme critère répartiteur du contentieux est une figure véritablement marginale, quoique la période récente en ait livré quelques illustrations remarquables au sujet du partage des attributions entre les juridictions répressives nationales et internationales. L'institution des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* a notamment conduit à identifier des « espaces-temps spécifiquement internationaux », qui n'incluraient « *que* les évènements ayant eu une portée proprement internationale et justifiant donc l'intervention de la communauté internationale en tant que telle, à l'exclusion d'épisodes qui, pour être graves, sont considérés à une époque donnée comme plus 'internes' et donc maintenus au niveau d'une répression étatique décentralisée »[66].

17. Pour remarquable qu'elle soit, cette fonction attribuée au critère de compétence *ratione temporis* passe relativement inaperçue en considération de l'ensemble des situations dans lesquelles la délimitation de la sphère de compétence juridictionnelle aura eu pour unique objet d'*exclure* de l'office du juge un différend particulier ou une ou plusieurs catégories de litiges. De telles limitations sont parfois prévues dans les règles statutaires des juridictions disposant d'une compétence spéciale. Il peut, à ce propos, notamment être fait mention des tribunaux administratifs des organisations internationales qui sont chargés de régler le contentieux entre les organisations et leurs agents, et dont la vocation est étrangère à « tout réexamen d'évènements survenus avant leur création »[67].

---

internationales : traité pratique, op.cit., p. 102, l'auteur citant dans cette perspective les opinions de Mérignhac et de Max Huber.

[65] L'analyse des cas dans lesquels l'engagement juridictionnel contient une condition de compétence *ratione temporis* qui servirait à répartir le contentieux entre deux ou plusieurs organes permettra, au surplus, de révéler qu'une telle condition *ratione temporis* n'est qu'accessoire au critère de compétence *ratione materiae* : voir *infra*, n° 251.

[66] F. Mégret, *L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : centralité et ambiguïté dans l'ordre juridique international*, thèse Paris I, [S.l], [s.n.], 2005, pp. 67-68.

[67] Voir ici le jugement n° 1 du tribunal administratif de l'organisation des Etats américains en date du 31 octobre 1972, *Jorge Almada Morrison c. Secrétaire général de l'O.E.A.*, dans lequel le tribunal rappelait la raison d'être de l'encadrement statutaire de sa compétence *ratione temporis* (article II (6) du Statut du tribunal adopté par une résolution de l'organisation du 22 avril 1971). Le tribunal établissait d'ailleurs un parallèle avec les règles déterminant la compétence du T.A.N.U. qui ne peut davantage connaître des causes de réclamation survenues avant sa création (article 2.4 du Statut du tribunal adopté par la Résolution de l'Assemblée générale n° 351 A (IV) du 24 novembre 1949 : « *[t]he Tribunal shall not be competent, however, to deal with any applications where the cause of complaint arose prior to 1 January 1950* »). Voir également, au sujet du tribunal administratif de la Banque interaméricaine de développement dont le Statut ne prévoit aucune limite en matière de compétence temporelle, le jugement n° 4 *Burey* du 18 avril 1975 dans lequel le tribunal reprend une solution identique à celle retenue par les autres Statuts (conclusions, n° 1 ; texte du jugement consulté le 11 mars 2011 sur le site http://www.iadb.org/).

Le plus souvent, cependant, la limitation du champ temporel de compétence sera sans lien avec la fonction attribuée à l'organe, et résultera d'une initiative purement individuelle. La pratique des Etats en la matière est ancienne. Charles De Visscher faisait déjà état dans un article de 1928 des « répugnances des Etats à soumettre leurs différends à la décision d'un tiers impartial », qui s'étaient « manifestées, dès les premiers traités d'arbitrage, par l'insertion de réserves qui tendaient à enlever à la juridiction internationale la connaissance de certaines catégories de différends »[68]. L'indication d'une ou plusieurs dates « critiques » avant lesquelles les litiges n'auront dû se constituer pour relever de la sphère de compétence a pu, à cet égard, apparaître comme un procédé particulièrement efficace en tant qu'il permettait non seulement d'exclure l'ensemble des différends anciens, quelle que soit la « matière » à laquelle ils se rapportent, mais également de « camoufler (…) le souci de ne pas voir venir devant [le juge] » un ou plusieurs litiges particulièrement sensibles[69]. Le procédé a, depuis les premiers traités d'arbitrage, été très fréquemment repris, notamment dans le cadre de la juridiction obligatoire. On en recense ainsi plusieurs variantes en considération du but poursuivi par l'Etat auteur de la règle juridictionnelle. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour permanente justifiait ainsi la précaution prise par la partie française d'exclure les différends nés de faits et situations antérieurs à sa déclaration unilatérale de juridiction obligatoire en indiquant qu'elle avait pour objet soit d'« éviter de façon générale de réveiller des griefs anciens, soit [d']exclure la possibilité de voir déférés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'Etat mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations »[70]. D'autres énoncés traduisent, par ailleurs, la préoccupation de soustraire de l'engagement juridictionnel les conséquences d'un événement déterminé, l'Etat ayant le plus souvent pris le soin d'exclure de la sphère de compétence l'ensemble des situations litigieuses constituées au cours de la période où l'évènement en question s'était produit. En constitue un exemple topique la déclaration facultative britannique du 2 juin 1955 qui, pour ôter de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice les différends engendrés par le second conflit mondial, faisait pudiquement référence à tous ceux qui seraient nés d'évènements survenus entre le 3

[68] Ch. De Visscher, « Justice et médiation internationales », *R.D.I.L.C.*, 1928, pp. 33-82, spéc. p. 37.
[69] S. Bastid, observations du 30 mai 1957 faites en réponse au rapport définitif et au questionnaire de M. Jenks sur la « compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales », *An. I.D.I.*, 1957, t. 47, pp. 226-235, spéc. p. 232.
[70] *Phosphates du Maroc*, Italie c. France, arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, spéc. p. 24. La Cour européenne des droits de l'homme retient une justification identique pour l'admission des réserves excluant de sa compétence les faits antérieurs à la date d'acceptation de sa juridiction obligatoire : *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, arrêt (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006, § 68.

septembre 1939 et le 2 septembre 1945[71]. Il pourrait également être fait mention de la réserve accompagnant l'acceptation grecque de juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme, qui excluait du champ de compétence les réclamations nées durant la période de transition démocratique ayant suivi l'épisode du régime des colonels[72]. Plus rares, en revanche, sont les limitations temporelles dont l'objet est d'exclure de la sphère de compétence des évènements futurs. Tel est le cas des déclarations prises sur le fondement de l'article 124 du Statut de Rome qui permettent aux Etats parties au Statut d'exclure pour une période transitoire de sept années à compter de son entrée en vigueur, la compétence de la Cour pénale internationale pour les crimes de guerre commis par leurs ressortissants ou sur leur territoire. Un tel mécanisme permet la mise à l'écart des épisodes militaires dont les Etats souhaiteraient faire abstraction[73].

18. L'enjeu que représente le fait de grever de limitations *ratione temporis* l'engagement à l'égard de la juridiction est ainsi susceptible de varier suivant les

---

[71] Voir pour un extrait de cette déclaration, Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyde, Sythoff, 1960, p. 66.

[72] Le texte de la déclaration grecque de juridiction obligatoire est reproduit in *Ann.*, vol. 28, p. 10. Ces limitations sont fréquentes dans le cas où l'engagement juridictionnel est pris au cours d'une période de transition politique. En témoignent les restrictions *ratione temporis* contenues dans les clauses juridictionnelles conclues par les Etats d'Europe centrale et orientale, qui traduisent leur intention de rompre avec un passé récent : s'agissant du système européen de protection des droits de l'homme, voir par exemple, au sujet de la Bulgarie et de la Pologne, P. Tavernier, « Rupture ou continuité ? Le Protocole n° 11 et les problèmes de compétence *ratione temporis* de la nouvelle Cour », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 1391-1402, spéc. pp. 1394, 1398. Pour les déclarations prises conformément à l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir V. Lamm, « Quatre nouvelles déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ émanant d'Etats d'Europe Centrale (Bulgarie, Estonie, Hongrie, Pologne) », *R.G.D.I.P.*, 1996, pp. 335-365, spéc. pp. 352-353. Le Comité onusien des droits de l'homme semble avoir, par ailleurs, pris acte des changements de régime politique à l'égard des Etats, au titre des solutions qu'il retient en matière de compétence temporelle : voir notamment, s'agissant de la Hongrie, l'affaire *Könye et Könye c. Hongrie* (Comm. No. 520/1992, décision sur la recevabilité du 7 avril 1994) évoquée *infra*, n° 418, ainsi que l'opinion individuelle de Madame la Présidente Chanet citée *infra*, note n° 1446. Voir également sur la jurisprudence du Comité en la matière, P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1998, pp. 145 et ss.

[73] La suppression de l'article 124 du Statut a été discutée à l'occasion de la Conférence de révision tenue au début de l'été 2010. Le mécanisme qui était initialement conçu comme un mécanisme transitoire a toutefois été maintenu (Résolution RC/Res.4 ; texte de la résolution consulté le 10 mars 2011 sur le site de la Cour, www.icc-cpi.int/). La France a été l'un des deux seuls Etats, avec la Colombie, à adopter une telle déclaration. Elle l'a retirée en juin 2008. R. Abraham, directeur des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères au moment de l'adoption de la déclaration française, avait justifié l'initiative française en ces termes : « la principale inquiétude de la France tenait en effet aux risques de poursuites infondées, destinées à produire certains effets médiatico-politiques à l'encontre de personnes de nationalité française, sur la base de supposés crimes de guerre commis sur des théâtres d'opération extérieurs. Non pas qu'elle craignît que de telles poursuites aboutissent à une condamnation par la Cour pénale internationale, mais qu'elles soient engagées par des particuliers auprès du procureur à des fins purement politiques » (audition du Sénat du 31 mars 1999, http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-31321.html ; adresse consultée le 10 mars 2011). Voir également la déclaration de M. le Ministre Védrine devant le Sénat le 1er mars 2000, restituée *in* J. Cario (dir.), *La Cour pénale internationale : quelles conséquences pour les forces armées françaises*, Paris, éd. des Riaux, 2005, pp. 111-113. Voir par ailleurs sur cette disposition de l'article 124, les références citées *infra*, note n° 920.

circonstances[74]. A l'opposé, le fait d'autoriser une telle restriction du champ de compétence aura toujours pour objet de promouvoir l'engagement juridictionnel et de garantir l'adhésion du plus grand nombre, quitte à réduire la *portée* du lien juridictionnel entre les Etats. Cette tolérance à l'égard des conditions temporelles posées par les Etats rend également compte de la *nécessité* de procéder à de tels aménagements en raison des incertitudes attachées à la forclusion de l'action internationale. Si l'écoulement du temps peut conduire à rendre une réclamation irrecevable[75], aucun délai de droit commun ne viendra suppléer le défaut de dispositions spéciales dans l'engagement juridictionnel[76]. L'intégration d'un critère de compétence temporelle n'exprimerait ainsi plus uniquement la défiance des Etats à l'égard du procès international. Elle ferait également œuvre de sécurité juridique en réduisant l'écart de temps susceptible de se former entre la date de réalisation des faits litigieux et celle de leur instruction. La Commission européenne des droits de l'homme avait, en son temps, pu en juger ainsi en considérant que l'assignation par les Etats de limites temporelles à leur engagement constituait une parade efficace aux problèmes complexes qui seraient susceptibles de surgir en matière d'administration des preuves[77].

---

[74] On pourra tout de même, à ce sujet, citer J. Soubeyrol qui, commentant la pratique des réserves temporelles dans les clauses attributives de juridiction obligatoire de la Cour de La Haye, estimait que les Etats s'efforcent généralement par ce biais de « tirer le maximum d'avantages du geste qu'ils accomplissent en se prévalant contre un maximum d'inconvénient » (« Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 232-257, spéc. p. 233).

[75] Voir sur ce point *infra*, n° 199.

[76] Voir, en ce sens, *Ambatielos* (Grèce/Royaume-Uni), sentence arbitrale du 6 mars 1956, *I.L.R.*, vol. 23 (1956), pp. 306-340, spéc. pp. 314-315 ; R.S.A., vol. XII, pp. 91-124, spéc. p. 103 : « *[t]here is no doubt that there is no rule of international law which lays down a time limit with regard to prescription, except in the case of special agreements to that effect, and accordingly, as* L'Institut de Droit international *pointed out in its 1925 Resolutions, the determination of this question is 'left to the unfettered discretion of the international tribunal which, if it is to accept any argument based on lapse of time, must be able to detect in the facts of the case before it the existence of one of the grounds which are indispensable to cause prescription to operate'* » ; *Certaines terres à phosphates à Nauru*, Nauru c. Australie, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 juin 1992, *Rec.* 1992, pp. 240-269, spéc. pp. 253-254, § 32 : « [l]a Cour reconnaît que (…) le retard d'un Etat demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée ». A la forclusion peut en définitive être rattachée l'idée d'une durée déraisonnable d'inaction : voir en ce sens *Ambatielos*, sentence arbitrale précitée du 6 mars 1956, *I.L.R.*, vol. 23 (1956), spéc. pp. 314-317 ; *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255, spéc. p. 247 ; *Craig c. Ministry of Energy of Iran and others*, sentence du tribunal Iran/Etats-Unis du 2 septembre 1983, *I.L.R.*, vol. 78, 658-670 et spéc. p. 666 : « *municipal statutes of limitation have not been considered as binding on claims before an international tribunal, although such periods may be taken into account by such a tribunal when determining the effect of an unreasonable delay in pursuing a claim* ». Voir plus récemment *Varnava et autres c. Turquie*, req. n° 16064/90 à 16066/90 et 16068/90 à 16073/90, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 janvier 2008, § 118.

[77] *X. c. Italie*, req. n° 6323/73, décision du 4 mars 1976, *D.R.*, vol. 3, pp. 80-81, spéc. p. 81.

2. Statut de la condition de compétence temporelle

19. Le fait d'en référer à l'objet des *exceptions préliminaires* pour cerner les différentes problématiques que l'on associe, dans le discours juridique, à la compétence temporelle des juridictions internationales, est révélateur du statut que l'on accorde aux moyens d'incompétence *ratione temporis*, et plus largement aux moyens d'incompétence. Il est, à ce sujet, courant de présenter les règles du procès international en opposition à celles qui s'appliquent en droit interne[78]. C'est que le statut des conditions de compétence demeure lié à la fonction qu'on leur attribue. En droit interne, on peut, pour schématiser, traduire l'incompétence comme un *empiètement*, c'est-à-dire, pour reprendre les mots de Laubadère, comme « l'exercice d'une compétence par un autre que son titulaire »[79]. Derrière le vice d'incompétence se trouvent mis en cause les principes essentiels de l'organisation judiciaire[80]. Dans ce contexte, la détermination de la compétence est une question d'ordre public qu'il appartient au juge de soulever d'office[81]. Rien de comparable s'agissant de l'ordre juridique international auquel fait défaut un système complet et cohérent de répartition du pouvoir entre les tribunaux[82]. L'ordre juridictionnel international demeure, dans une large mesure, caractérisé par l'autonomie des différents organes dont rien ne présume, par ailleurs, la compétence de l'un d'eux pour connaître d'un cas d'espèce donné. Ainsi s'explique le fait que le juge international ne se trouve pas tenu de soulever *proprio motu* son incompétence pour connaître du fond de l'affaire. Si, en d'autres termes, aucune des parties ne la conteste, la

---

[78] Voir notamment C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 147.

[79] A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1957, 2ème éd., p. 207.

[80] Voir en ce sens Ch. Debbasch, J. C. Ricci, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2001, 8ème éd., p. 598. Voir également sur ce point, B. Beignier, « Ordre public et compétence », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 99-122, spéc. pp. 107 et ss. Ce lien apparaît également lorsque est abordé le caractère indisponible de la compétence, l'autorité qui en est titulaire ne pouvant s'en « déposséder ou la partager, d'une façon ou d'une autre, au profit d'une autorité tierce, par le mécanisme de la délégation de pouvoir » : E. Picard, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 264. Voir également G. Tusseau, « L'indisponibilité des compétences », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 101-126, spéc. pp. 109-110 : « si une autorité déterminée, présentant des qualités particulières, s'est vue conférer un pouvoir, ce n'est pas pour qu'elle s'en désintéresse, s'en dessaisisse, la confie à une autre autorité, en use et en abuse avec la même latitude d'action qu'un particulier, et selon son caprice, mais pour qu'elle la mette en œuvre conformément à l'intérêt général ».

[81] Conseil d'Etat, *Trani*, arrêt du 4 octobre 1967, *Rec. C.E.*, 1967, pp. 352-353, spéc. p. 352.

[82] On retrouve trace d'une telle distinction dans l'affirmation de la Cour permanente de Justice internationale au sujet du statut des conditions de compétence et du moment auquel il y a lieu de soulever les exceptions, « [l]a situation [de la Cour] en matière de compétence [n'étant] pas comparable à la situation des tribunaux nationaux, pour lesquels l'Etat a réparti la compétence, soit *ratione materiae*, soit d'après un ordre hiérarchique » : *Droits de minorités en Haute-Silésie Polonaise (écoles minoritaires)*, Allemagne c. Pologne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 26 avril 1928, *Rec C.P.J.I. Série A*, n° 15, pp. 4-47, spéc. p. 23. Voir également en ce sens l'opinion dissidente jointe des juges Winiarski et Badawi sous l'ordonnance du 5 juillet 1951 (demande en indications de mesures conservatoires) rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, Royaume-Uni c. Iran, *Rec.* 1951, pp. 96-98, spéc. pp. 96-97.

compétence sera établie pour la procédure qui les oppose. Les solutions retenues au sujet de la compétence temporelle ne font qu'illustrer ce principe général de disponibilité des moyens d'incompétence. L'applicabilité du titre de compétence en considération de la date à compter de laquelle la partie avait accepté la compétence[83] du tribunal et/ou en considération de la date des faits et situations litigieuses pour lesquels cette acceptation a été donnée[84], ne sera pas envisagée par le tribunal à moins d'avoir fait l'objet d'une ou plusieurs objections de la part du défendeur.

20. Il reste que l'incompétence peut, par exception, constituer un moyen d'ordre public. Le principe général de disponibilité des moyens d'incompétence n'est effectivement qu'une manière de traduire les conséquences de l'acquiescement des parties à l'engagement juridictionnel à ce que le tribunal connaisse de la demande qui lui a été transmise. Il est admis qu'« une procédure internationale ne saurait être utilisée pour une fonction différente de celle qui a été prévue, à moins que tous les auteurs de l'engagement juridictionnel l'acceptent »[85]. Dans cette mesure, on comprend que le statut des conditions de compétence varie en fonction de la nature bilatérale ou plurilatérale de l'acte qui les consigne. Les moyens d'incompétence seront *toujours* disponibles dans le cas d'un engagement juridictionnel bilatéral[86]. Dans le cas d'un acte multilatéral, le tribunal devra, en revanche, veiller à la satisfaction des conditions qui déterminent la fonction pour laquelle il a été institué, sans même que l'une des parties à la procédure ne l'ait enjoint à le faire. Partant, il n'y a pas, en droit international, de moyen d'incompétence d'ordre public *par nature* puisque les conditions qui déterminent le cadre dans lequel la juridiction est conduite à exercer sa fonction sont suceptibles de varier au gré des énoncés. A titre d'exemple, la Cour internationale de Justice vérifierait d'office qu'est porté devant elle un litige interétatique pouvant être tranché sur la base du droit international, comme le prévoient les articles 36 et 38 de son Statut[87]. De la même façon, un arbitral CIRDI s'assurera, sur la base de l'article 25 de la Convention de Washington, que le différend est en relation directe avec un investissement, et qu'il met aux prises un Etat contractant et le

[83] Voir à titre d'exemple *Papamichalopoulos c. Grèce*, req. n° 14556/89, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 juin 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72, spéc. p. 69, § 40.
[84] *Chevreau* (France/Royaume-Uni), sentence arbitrale du 9 juin 1931, *R.S.A.*, vol. II, pp. 1113-1143, spéc. pp. 1137-1138 ; *Artico c. Italie*, req. n° 6694/74, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 mai 1980, §§ 23-28 ; *Csaba Párkányi c. Hongrie*, Comm. No. 410/1990, constatations du 27 juillet 1992, § 8.2.
[85] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 149.
[86] Tel sera également le cas lorsque la condition de compétence en cause a été posée dans un acte unilatéral : voir par exemple l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce* citée *supra*, note n° 83.
[87] Voir sur ce point, la jurisprudence citée *in* C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 150-151.

ressortissant d'un autre Etat contractant[88]. S'agissant des conditions *ratione temporis*, l'exemple le plus remarquable concerne le régime temporel d'applicabilité du texte pour lequel le tribunal a été créé et dont il est garant. Les organes de protection des droits de l'homme s'assurent ainsi *proprio motu* que les faits portés à leur connaissance se rapportent, eu égard à leur date de réalisation, aux règles qu'ils ont pour fonction d'appliquer. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'indiquer au sujet d'une telle limite qu'elle se trouve déterminée par la Convention européenne elle-même et le principe de non-rétroactivité, et « non par les observations soumises par les parties dans une affaire donnée », « l'absence d'une exception d'incompatibilité [n'ayant pas] en soi pour effet d'étendre [sa] compétence »[89].

21. Les solutions applicables à la compétence *ratione temporis* ne font ainsi qu'illustrer le statut accordé aux moyens d'incompétence dans leur ensemble. De règle, la limitation temporelle du lien juridictionnel doit avoir fait l'objet d'une prétention formulée à l'encontre de la compétence du tribunal pour valoir entre les parties à l'instance. L'incompétence *ratione temporis* pourra, par exception, être soulevée d'office dans le cas où cette limitation figure dans un acte multilatéral et détermine la fonction pour laquelle le tribunal a été institué. Quoi qu'il en soit, le contexte dans lequel le problème de compétence temporelle a été soulevé sera sans incidence sur la manière dont celui-ci sera appréhendé et résolu. Les juridictions internationales estiment ne pas devoir présumer de leur compétence ni, à l'inverse, faire jouer une présomption à l'encontre de la constatation de la compétence et insistent, à ce propos, sur le caractère objectif de l'examen de ces questions[90]. L'établissement ou le non établissement de la compétence n'est, comme l'a relevé la Cour de La Haye dans l'affaire des *Pêcheries* opposant l'Espagne au Canada, « pas une question qui relève des parties » mais de son propre ressort, et « il en résulte qu'il n'y a pas de charge de la preuve en matière de compétence »[91]. En toute hypothèse, il reviendra au juge de déterminer sur la base

---

[88] Les conditions de compétence identifiant la fonction des tribunaux CIRDI sont énoncées à l'article 25 de la Convention de Washington. Le pouvoir de les apprécier d'office est, quant à lui, prévu à l'article 41 (2) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

[89] *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, arrêt (G.C.) du 8 mars 2006 sur les exceptions préliminaires déjà cité, § 67. Voir déjà en ce sens, *Nielsen c. Danemark*, req. n° 343/57, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 2 septembre 1959, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 413-473, spéc. p. 455. Voir par ailleurs, pour le Comité des droits de l'homme, *Lovelace c. Canada*, Comm. No. 24/1977, constatations du 30 juillet 1981, *I.L.R.*, vol. 68, pp. 17-28, spéc. p. 25, § 10.

[90] Voir notamment en ce sens, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte*, décisions préliminaires sur la compétence des 27 novembre 1985 et 14 avril 1988, *J.D.I.*, 1994, pp. 219-226, spéc. pp. 221-222, § 63.

[91] *Compétence en matière de Pêcheries*, Espagne c. Canada, arrêt sur la compétence du 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, pp. 432-469, spéc. p. 450, §§ 37-38, la Cour citant ici des extraits de ses arrêts rendus respectivement dans l'affaire *Actions armées frontalières et transfrontalières* (arrêt sur les exceptions préliminaires du 20

de l'ensemble des faits et des arguments des parties si ces dernières lui avaient effectivement attribué compétence pour connaître du différend qui les oppose[92]. Il résulte, par ailleurs, de ce qui précède qu'aucune distinction procédurale n'est faite entre les deux types d'exceptions préliminaires d'incompétence temporelle, et qu'il n'y a donc *a priori* aucune raison d'exclure l'une de ces deux catégories d'exceptions du champ de l'étude.

B. Ce à quoi ne renvoie pas l'étude de la « compétence temporelle » des juridictions internationales (éléments exclus de l'étude)

22. L'identification de l'objet de l'étude par l'indication des éléments qui n'en relèvent pas suppose deux opérations : la première consiste à distinguer la compétence temporelle d'autres questions qui associent temps et exercice du pouvoir (1). La seconde opération vise, pour sa part, à préciser ce qu'il convient d'entendre par « juridiction internationale ». Les situations identifiées précédemment au titre des exceptions préliminaires d'incompétence *ratione temporis*, ne relèvent effectivement du champ de l'analyse que dans la mesure où elles mettent en jeu la faculté pour une juridiction d'exercer son pouvoir dans l'ordre juridique international (2).

1. Compétence ratione temporis *et autres problématiques temporelles associées au procès international*

23. L'étude de la compétence temporelle n'a pas vocation à analyser le traitement par les juridictions internationales de l'ensemble des objections qui se rapportent à l'exercice de leur pouvoir de juger, et qui entretiennent un lien plus ou moins étroit avec le facteur temps. La règle de compétence ne fait, on l'a dit, qu'habiliter l'organe à exercer son pouvoir dans le champ qu'elle identifie, et la mise en œuvre de la distinction envisagée précédemment entre compétence et pouvoir conduit logiquement à exclure l'ensemble des questions qui conditionnent ou se rattachent à l'adoption de l'acte juridictionnel. Cette distinction conduit à écarter, à titre principal, deux problèmes : d'abord celui des effets de l'acte juridictionnel dans le temps. La question de l'application temporelle de l'acte juridictionnel ne ressortit pas au

---

décembre 1988, *Rec.* 1988, p. 76, § 16) et dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (arrêt sur la compétence déjà cité du 26 juillet 1927, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 9, p. 32).

[92] Voir en ce sens l'arrêt de la Cour précité *Compétence en matière de Pêcheries*, *Rec.* 1998, p. 450, § 38 : « [c]'est à la Cour elle-même de décider, compte tenu de tous les faits et de tous les arguments avancés par les parties, 'si la force des raisons militant en faveur de sa compétence est prépondérante' et s'il existe 'une volonté des Parties de [lui] conférer juridiction' ».

registre de la compétence temporelle. Elle ne se rapporte pas, en effet, à l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, mais uniquement au produit de cet exercice, c'est-à-dire au pouvoir juridictionnel lui-même. Lorsqu'un juge module dans le temps les effets de son jugement d'annulation en décidant, par exemple, que cette annulation n'aura d'effet que pour l'avenir, il n'aborde pas la question de son habilitation à prononcer cette annulation en considération de la date d'adoption de l'acte litigieux, ni même en considération de la date à laquelle la demande d'annulation lui a été transmise. La seule problématique posée, sur le plan temporel, concerne les conséquences de l'exercice du pouvoir juridictionnel. Cette distinction semble d'ailleurs bien admise en droit international. Si la doctrine publiciste interne envisage parfois l'« incompétence *ratione temporis* » de l'auteur d'un acte muni d'effets rétroactifs[93], aucune assimilation de ce type n'a cours s'agissant de l'application temporelle des décisions prises par les juridictions internationales qui se rapporte, en dernière analyse, aux modalités du pouvoir de juger et non à la compétence[94].

24. L'autre et principale question qui ne relève pas de l'étude de la compétence temporelle des juridictions internationales est celle des délais pour agir. Le clivage entre la compétence temporelle de l'organe et les délais qui encadrent son action est bien connu des commentateurs de la jurisprudence administrative : le délai ne conditionne effectivement que l'adoption de la mesure, et son non-respect pourra éventuellement conduire à l'annulation de celle-ci pour vice de forme, et non pour cause d'incompétence *ratione temporis*[95]. En droit international, il est rare que l'adoption de l'acte juridictionnel ait été enfermée dans des limites temporelles[96]. La jurisprudence internationale met plutôt en évidence la nécessité de

---

[93] Voir l'étude de J.-M. Auby sur l'incompétence *ratione temporis*, qui traite à titre principal du régime temporel d'application des actes administratifs : « L'incompétence 'ratione temporis'. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *R.D.P.*, 1953, pp. 5-60, *passim.* Voir également, au sujet de cette assimilation par la doctrine, G. Eveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz, 2007, p. 615.

[94] Sur cette question, voir notamment E. Bribosia, I. Rorive, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Revue de droit de l'U.L.B.*, 2002, pp. 125-152 ; D. Simon, « Les juges européens et le droit de la transition », *in* G. Drago, D. Le Prado, B. Seiller, Ph. Thierry (dir.), *Repenser le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 75-96, spéc. pp. 87-96 ; P.-H. Teitgen, « The Temporal Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities », *Human Rights Law Journal*, 1980, pp. 36-43, spéc. pp. 37-38 ; D. Vaughan, « Temporal Limitation in EU Law », *in* P. Moser, K. Sawyer (éd.), *Making Community Law : the Legacy of Advocate General Jacobs Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 218-227, spéc. pp. 221 et ss.

[95] Voir en ce sens, B. Plessix, « La compétence et le temps », *op. cit.*, p. 57 ; M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », *op. cit.*, p. 154.

[96] Voir pour un exemple, *infra*, n° 66. Une riche jurisprudence concerne, en revanche, l'« incompétence » temporelle de la Commission européenne en considération des délais dans lesquels elle est tenue de statuer : voir notamment en matière d'aides d'Etat, *Preussag Stahl AG c. Commission*, aff. T-129/96, arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 31 mars 1998, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. II-609, §§ 33 et ss. ; *Falck SpA et Acciaierie di Bolzano SpA c. Commission*, aff. jointes C-74/00 et C-75/00, arrêts de la Cour du 24 septembre

distinguer entre l'incompétence temporelle du tribunal, d'une part, et l'irrecevabilité *ratione temporis* de la réclamation pour cause de forclusion, de l'autre[97]. L'appréciation du respect des délais de recours concerne uniquement la question de savoir si les requérants ont été suffisamment prompts, à compter de la date de cristallisation de la situation litigieuse, pour soumettre celle-ci à la connaissance de la juridiction[98]. Il n'est ainsi nullement question de compétence. Peut d'ailleurs être avancée l'idée que l'irrecevabilité *ratione temporis* de la réclamation, si elle fait obstacle à son examen par le tribunal, ne signifie pas que ce dernier n'aurait pu en connaître à un certain moment[99]. Dans une perspective plus générale, l'argument tiré de la forclusion revient, comme toute autre exception d'*irrecevabilité*[100], à affirmer qu'il existerait une raison, « quand bien même [la juridiction] serait compétente (…), pour [laquelle] il n'y a pas lieu (…) de statuer au fond »[101].

25. Deux précisions doivent toutefois être posées. D'une part, et à l'image des autres conditions qui encadrent la présentation de la réclamation[102], il n'est pas exclu que la

---

2002, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-7869, §§ 115 et ss. ; *R.F.A. c. Commission*, aff. C-334/99, arrêt de la Cour du 28 janvier 2003, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-1139, spéc. §§ 93-94.

[97] Le vocabulaire retenu par les juridictions internationales aboutit parfois à envisager la compétence temporelle comme une question de « recevabilité » *ratione temporis* au sens large, en ce sens que l'incompétence de l'organe est une cause d'irrecevabilité de la réclamation portée devant lui. Il est ainsi fréquent que les questions de compétence temporelle, comme de délais, soient toutes deux présentées comme des questions de recevabilité temporelle, notamment dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, même si comme le note le professeur Amerasinghe, la distinction n'est pas méconnue de ces juridictions et finit le plus souvent par apparaître au fil de l'examen de l'exception préliminaire en cause (Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, p. 242).

[98] Les questions de délai ne relèvent pas, par principe, de la compétence juridictionnelle : voir en ce sens, *E.g.*, *Ethyl Corporation c. Canada*, sentence arbitrale CNUDCI du 24 juin 1998, *I.L.R.*, vol. 122, pp. 259-293, spéc. §§ 74-88 ; voir également au titre de la procédure O.M.C., *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (recours des Communautés européennes), sentence arbitrale du 9 avril 1999, WT/DS27ARB, au sujet de la condition posée à l'article 22 de l'Accord du GATT 1994 : « le délai prévu (…) ne limite ni ne définit la compétence *ratione temporis* des arbitres ».

[99] Voir s'agissant de la distinction entre compétence et recevabilité, J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 155-156.

[100] Voir sur la notion de « recevabilité de l'action », J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 592 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 187 ; du même auteur, « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* », *A.F.D.I.*, 2002, pp. 257-280, spéc. pp. 270 : « une exception de recevabilité demeure une exception dont dépend l'aptitude de la juridiction à apprécier le bien-fondé de ce qui est soutenu devant elle (…) », et encore p. 280 : « la recevabilité détermine (…) l'aptitude d'un tribunal à exercer son pouvoir juridictionnel dans une affaire dont il peut connaître ».

[101] Affaire des *Plates-formes pétrolières*, République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 6 novembre 2003, *Rec.* 2003, pp. 161-219, spéc. p. 177, § 29, repris dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Croatie c. Serbie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 2008 déjà cité, *Rec.* 2008, p. 456, § 120. Voir par ailleurs, déjà en ce sens, l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 10.

[102] Sur la volatilité des conditions de recevabilité, voir Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 203-204 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 145-146 ; J. C. Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *op. cit.*, pp. 86-87, et note n° 4. Pour la jurisprudence, voir notamment l'appréciation portée par la Commission mixte des

condition de délai, telle qu'elle apparaît dans l'engagement juridictionnel, identifie les différends qui relèvent du domaine de compétence du tribunal, et prenne ainsi la forme d'une condition de compétence *ratione temporis*. La rédaction d'un certain nombre de compromis d'arbitrage, et particulièrement de ceux instituant les tribunaux d'arbitrage mixte à l'issue des deux conflits mondiaux, a permis de le vérifier lorsqu'il s'est agi d'attribuer compétence pour l'adjudication de réclamations *introduites* entre telle et telle date[103]. Un tel chevauchement des conditions de compétence et de délai de recours demeure, malgré tout, marginal. D'autre part, et plus généralement, les délais, tout en ne la déterminant pas, pourront entretenir des liens étroits avec la compétence temporelle. De règle, le délai de recours n'est réputé courir qu'à partir du moment où l'action à laquelle il s'applique a pu être engagée par le justiciable[104]. La computation des délais intègre donc la question de l'existence de l'engagement juridictionnel sans lequel aucune action n'est ouverte. La jurisprudence européenne avait très tôt admis une telle atténuation à la condition du délai de recours énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, estimant qu'un tel délai devait courir à compter de la date de la décision interne définitive, comme le prévoit le texte, uniquement dans l'hypothèse où l'Etat défendeur avait, dès cette date, reconnu le droit de recours individuel des particuliers devant la Commission européenne des droits de l'homme[105]. Parallèlement à cela, il avait été

---

réclamations Etats-Unis/Allemagne au sujet d'une condition de délai prévue dans l'engagement juridictionnel : *décision administrative No. VIII (Claims of the Association of American Holders of Foreign Securities, Inc. and its Members)* du 27 mai 1925, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 252-255, spéc. p. 254 : « *[t]his rule is based on a stipulation agreed to by the two Governments in entering into, and as part of, their Agreement of August 10, 1922, under which this Commission is organized (...). For the reasons above stated, this stipulation became a part of, and must be read into, the Agreement which confers jurisdiction upon this Commission, and it accordingly has the force of a* jurisdictional limitation *upon the claims which this Commission is authorized to pass upon* ». Voir également la sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine* qui, reprenant la jurisprudence constante des tribunaux CIRDI consistant à exclure les questions de délai de la détermination de la compétence, y porte une atténuation : « *[s]ome previous awards have found that non-compliance with such clauses did not constitute a bar to jurisdiction (...). However, each instrument and each case must be dealt with independently* » (§ 50).

[103] Il arrive que la date de présentation en justice de la réclamation règle, à titre exclusif ou non, la compétence temporelle de l'organe saisi : voir sur ce point *infra*, n° 55, 249. La compétence *ratione temporis* pourrait également être déterminée en fonction de la date à laquelle la réclamation avait été présentée à la partie adverse, avant toute action en justice : voir à titre d'exemple, l'article I de la Convention du 8 septembre 1923 qui prévoit la compétence de la Commission générale Etats-Unis/Mexique pour les réclamations survenues depuis la conclusion de l'accord du 4 juillet 1868 et présentées depuis cette date au gouvernement en cause (*R.S.A.*, vol. IV, pp. 11-12).

[104] Pour le droit international général, voir déjà en ce sens *Stevenson* (interlocutoire), 1903, Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne/Venezuela, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 385-387, spéc. p. 385 ; *Cayuga Indians (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis*, tribunal arbitral Grande-Bretagne/Etats-Unis (Convention du 18 août 1910), sentence du 22 janvier 1926, *I.L.R.*, vol. 3 (1925-1926), p. 246 : « *laches cannot be imputed to persons unable to act* ».

[105] La décision de principe avait été prise dans l'affaire de *De Becker c. Belgique* (req. n° 214/56, décision du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255, spéc. pp. 242-243), et confirmée de manière expresse dans l'affaire *X. c. Pays-Bas* (req. n° 846/60, décision du 18 septembre 1961, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 63-65). Dans sa jurisprudence ultérieure, la Commission européenne avait toutefois été conduite à modifier cette solution : voir notamment la décision *X. c. France* du 13 décembre 1982 dans laquelle elle avait pris considération du but

établi que la forclusion ne pouvait être opposée aux plaintes relatives à une situation litigieuse toujours en cours, et au sujet de laquelle le requérant ne disposait d'aucun recours en droit interne[106]. Ces deux exemples témoignent de la connexité susceptible de lier les problèmes de compétence et de délai : qu'il s'agisse d'identifier la date à laquelle l'action était ouverte ou la date des évènements pour lesquels cette action a été engagée, l'appréciation de la recevabilité *ratione temporis* de la demande conduira à reprendre et éventuellement à préciser les solutions retenues en matière de compétence temporelle.

2. La notion de juridiction internationale retenue

26. La seconde limite tient à l'identification de la juridiction internationale. L'analyse des situations juridiques d'incompétence *ratione temporis* identifiées précédemment ne relève effectivement du travail de l'internationaliste que dans la mesure où elles se rapportent à des organes qui détiennent le pouvoir juridictionnel en droit international. C'est sur la base de ces deux conditions que sont la détention du pouvoir de juger (i) d'une part, et le fait de pouvoir le déployer dans l'ordre juridique *international* (ii) d'autre part, qu'il s'agit de délimiter le champ d'analyse.

27. (i) La première des conditions a déjà été abordée lorsqu'il s'est agi de définir la notion de compétence juridictionnelle. Le pouvoir de juger est, on l'a dit, associé au moyen par lequel la compétence s'exerce. Il n'est pas susceptible de faire l'objet d'une définition intrinsèque et on l'identifie le plus généralement par les qualités des actes que les tribunaux produisent lorsqu'ils exercent leur fonction juridictionnelle[107], soit par trois éléments

---

assigné à la règle du délai de six mois de l'article 26, c'est-à-dire l'indication de la date à compter de laquelle le contrôle juridictionnel des faits n'est plus possible, pour estimer qu'un Etat Partie à la Convention ne saurait y faire échec en retardant le moment à compter duquel il s'engage à reconnaître le droit de recours individuel (req. 9587/81, *D.R.*, vol. 29, pp. 228-234, spéc. p. 234). Comme la Commission en fait état dans cette affaire, elle avait déjà implicitement retenu une solution identique dans ses décisions *X. c. Pays-Bas* du 6 février 1968 (req. n° 2648/65, *Ann*. vol. 11-1, 1968, pp. 355-365, et spéc. p. 361) et *X. c. Royaume-Uni* du 4 octobre 1968 (req. n° 3505/68, *Ann*. vol. 12, 1969, pp. 299-307, et spéc. p. 305). Elle la confirmera de manière explicite dans l'affaire *Lorenzo Bozano c. France* (req. n° 9990/82, décision du 15 mai 1984, *D.R.*, vol. 39, pp. 119-133, spéc. p. 130).

[106] Voir sur ce point, A. A. Cançado Trindade, « The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law », *Riv. D.I.*, 1978, pp. 232-257, spéc. pp. 249-253. Cette solution a par ailleurs été reprise à l'identique par la Cour européenne des droits de l'homme, une fois le Protocole n° 11 entré en vigueur et la Commission européenne dissoute : voir notamment *Yaylan c. Turquie*, req. n° 44710/98, décision de la Cour sur la recevabilité du 28 mai 2002.

[107] Voir en ce sens J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges Michel Stassinopoulos. Problèmes de droit public contemporain*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 275-290, spéc. pp. 284-285 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 3 et ss., et « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, pp. 58-81, spéc. p. 63. Sur la définition de la fonction juridictionnelle, voir également O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude de la transformation de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 8 et ss.

cumulatifs : un acte peut être qualifié de juridictionnel lorsqu'il a pour objet de mettre fin à un différend en application du droit par une solution obligatoire[108].

Il n'est d'abord d'acte juridictionnel sans *différend*. La juridiction, lorsqu'elle agit en tant que telle, n'est pas simplement saisie d'une *question* ; on la reconnaît précisément au fait que la réponse qu'elle sera conduite à donner aboutit à trancher une *contestation* entre deux parties. Il sera, dans cette optique, uniquement question de compétence *contentieuse* et non de compétence *consultative*[109].

L'activité de juger demeure, en tant que telle, caractérisée par deux éléments que sont le « dire du droit » et l'« obligatoriété du dire »[110]. Ces deux éléments ne vont d'ailleurs pas l'un sans l'autre : l'autorité de la décision tranchant le litige ne suffit pas à établir le caractère juridictionnel de l'organe qui l'a adoptée. Encore faut-il qu'elle procède de l'application du droit. C'est, en d'autres termes, parce que la juridiction applique le droit que l'acte qu'elle adopte s'impose aux parties litigantes[111]. Le défaut du caractère obligatoire de la décision suffit toutefois, dans certains cas, à ne pas y voir un acte juridictionnel. Ce critère est celui qui permet de faire le départ entre les véritables juridictions et les « *simili* » ou « *quasi* juridictions » dont les décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée. Il faut, à ce

---

[108] Voir en ce sens, J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 569-570 ; H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche au CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 303-321, spéc. pp. 309 et ss. ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 4.

[109] Par son objet même, la procédure consultative se trouve détachée de la fonction juridictionnelle et des règles qui en encadrent l'exercice : voir à titre d'exemple, la spécificité des règles encadrant la compétence temporelle consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *infra*, note n° 1027. La seule possibilité d'engager une procédure consultative devant un organe n'aboutit pas, cependant, à lui retirer sa qualité de juridiction, étant étendu qu'il pourrait, à l'image de la Cour internationale de Justice ou de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, disposer du pouvoir de se prononcer sur un litige et, au surplus, d'émettre des avis : voir notamment au sujet des différentes fonctions exercées par la Cour de La Haye, S. Wittich, « The Judicial Functions of the International Court of Justice », *in* I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (éd.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2008, pp. 981-1000, spéc. pp. 989 et ss.

[110] S. Rials, « Ouverture : l'office du juge », in *La fonction de juger*, *Droits*, 1989, n° 9, pp. 3-20, spéc. p. 7. Sur le caractère obligatoire de la décision, voir *Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 13 juillet 1954, *Rec.* 1954, pp. 47-63, spéc. p. 53 : « [s]uivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un (…) corps judiciaire est chose jugée, et à force obligatoire entre les parties au différend ».

[111] Voir H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, p. 310, l'auteur évoquant « le lien étroit qui [s'établit] entre l'édiction d'une solution fondée en droit et le caractère obligatoire de la décision ainsi édictée » ; C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *op. cit.*, pp. 77-79. Voir également, à titre d'illustration, l'*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, dans laquelle la Cour de La Haye avait jugé que la décision de 1939 par laquelle l'autorité politique britannique avait estimé que les îles Hawar appartenaient au Bahreïn, n'était pas une décision juridictionnelle au seul motif que cette autorité n'avait pas été *tenue* d'appliquer le droit pour trancher la contestation et qu'elle aurait pu tout aussi bien avoir statué en équité, les parties ayant laissé à sa libre appréciation le soin de déterminer de quelle façon sa décision serait prise : Qatar c. Bahreïn, arrêt sur le fond du 16 mars 2001, *Rec.* 2001, pp. 40-118, spéc. p. 77, § 114.

sujet, aborder le cas des différents Comités onusiens, et plus particulièrement du Comité des droits de l'homme qui se trouve notamment chargé de « constater » la violation, dont les particuliers se prétendent victimes, des droits civils et politiques garantis par le Pacte des Nations Unies de 1966[112]. Le Comité est le plus souvent qualifié par la doctrine de juridiction « à l'état embryonnaire ou en état de formation »[113], compte tenu des doutes qui existent quant à l'autorité de ses *constatations*. Il reste que la jurisprudence du Comité des droits de l'homme n'est pas dépourvue d'intérêt s'agissant de l'étude de la compétence temporelle. Au vu des règles qui régissent sa procédure, le Comité se trouve en proie à des difficultés comparables à celles qu'affrontent les juridictions chargées de la protection des droits de l'homme, c'est-à-dire principalement la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. D'autre part, le Comité s'emploiera à les résoudre *comme* une juridiction, puisque ses décisions et constatations sont motivées et fondées sur le droit. La jurisprudence du Comité relative à sa compétence temporelle pourra ainsi être consultée en vue d'éclairer les solutions retenues dans le cadre de la protection juridictionnelle des droits de l'homme.

Les mêmes questions se posent s'agissant des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de la procédure O.M.C., qui ne feraient pas acte de *jurisdictio* dès lors que les rapports qu'ils adoptent ne deviennent obligatoires qu'après approbation par l'organe de règlement des différends[114]. A ce titre, l'article 19 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends envisage les « recommandations » que le groupe spécial ou l'organe d'appel peut prendre dans le cas où une mesure est incompatible avec l'un des accords auxquels renvoie le Mémorandum. On peut, par ailleurs, établir un lien entre ces éléments et le fait que le recours aux procédures de règlement des litiges ne doit, comme le prévoit l'article 3 § 10 du Mémorandum, « pas être conçu ni considéré comme [un] acte

---

[112] Voir l'article 5 § 4 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 : « [l]e Comité fait part de ses constatations à l'Etat partie intéressé et au particulier » (*R.T.N.U.*, vol. 999, pp. 171 et ss.).

[113] A. Amor, « Le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies : aux confins d'une juridiction internationale des droits de l'homme », *in* N. Ando (éd.), *Towards Implementing Universal Human Rights : Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*, Leide, Nijhoff, 2004, pp. 41-60, spéc. pp. 43-44, et note n° 22. Voir également, dans cette perspective, D. McKay, « The UN Covenants and the Human Rights Committee », *Victoria University of Wellington Law Review*, 1999, pp. 11-18, spéc. p. 16. Voir, *a contrario*, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 19 : pour l'auteur, la seule distinction qu'il y a lieu d'établir entre le Comité des droits de l'homme et les autres juridictions internationales chargées du contentieux des droits de l'homme ne tient pas à la force obligatoire de leurs décisions, mais uniquement à l'objet de celles-ci : tandis que le Comité ne peut adopter que des jugements déclaratoires, les autres juridictions pourront, au surplus, allouer des indemnités au titre des préjudices subis par les requérants individuels.

[114] S'agissant de la procédure d'adoption des rapports, voir les articles 16 et 17 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Annexe 2 de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'O.M.C.).

contentieux »[115]. On trouve là l'un des éléments qui singularise la procédure O.M.C. dont le but est de parvenir à une « solution mutuellement satisfaisante » pour les parties[116]. Cette spécificité va d'ailleurs se manifester sur le plan des règles encadrant la procédure dont les organes ne conçoivent pas qu'elles puissent être utilisées « dans un sens contentieux, c'est-à-dire conflictuel et susceptible de bloquer le procès »[117]. La spécificité de la procédure, associée à la rareté des affaires dans lesquelles ont été abordées des questions susceptibles d'intéresser l'étude de la compétence temporelle, conduira à n'attacher qu'une place secondaire au droit de l'O.M.C.

28. (ii) L'autre élément à envisager est celui de l'*internationalité* de la juridiction. Plusieurs critères d'identification ont pu être proposés par la doctrine à ce sujet – composition de l'organe, qualité de ses justiciables, nature du différend qui lui est soumis et, de manière plus controversée, droit applicable au litige[118] – avant qu'un consensus ne se forme autour du critère de l'entité au nom de laquelle la sentence est rendue. Ce critère revient à envisager le mode de création du tribunal[119]. Il semble aujourd'hui acquis que le caractère international de l'acte établissant la juridiction suffit à voir dans ses décisions des actes juridictionnels internationaux : juridictions judiciaires instituées par une convention multilatérale (Cour internationale de Justice, organes chargés de la protection des droits de l'homme, Tribunal international du droit de la mer, Cour pénale internationale) ou par un acte unilatéral d'une organisation internationale (tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, tribunaux administratifs des organisations internationales) ; juridictions arbitrales établies sur la base d'un compromis ou d'une clause compromissoire[120] consignée dans un accord bilatéral ou multilatéral.

29. L'énoncé du critère d'identification de l'internationalité de l'organe juridictionnel ne justifie pas, dans une telle mesure, d'exclure de manière formelle une juridiction ou même

[115] Voir notamment sur ce point, H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, pp. 306-307.
[116] Cet objectif est énoncé à différentes reprises dans le Mémorandum d'accord, notamment aux articles 3 § 7, 4 § 3, et 12 § 7.
[117] H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, p. 308.
[118] L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, 1956, pp. 496-509, spéc. pp. 505-509. Voir également au sujet de ces différents critères, H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », *in* S.F.D.I., *Colloque de Lille. La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202, spéc. pp. 168 et ss. ; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 44-45.
[119] En ce sens, H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, pp. 174, 179 ; H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, 1932-IV, vol. 42, pp. 117-351, spéc. p. 168 ; Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, t. V, p. 382 : « le critère véritable de la nature [interne ou internationale] d'un tribunal [est] d'ordre formel et résid[e] non dans le droit appliqué par lui ou dans la qualité des justiciables, mais dans l'acte qui est à la source de sa création et de ses pouvoirs : c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif ».
[120] Sur la notion de clause compromissoire, voir *infra*, n° 147.

un type de juridiction donné, si ce n'est l'ensemble des juridictions qui ont été investies de leur pouvoir par un acte interne[121]. Une mention particulière doit être faite, cependant, s'agissant des juridictions communautaires. Si l'on s'en tient au critère du mode de création de l'organe, il ne fait guère de doute que Cour de Justice, Tribunal et Tribunal de la fonction publique relèvent de la catégorie des juridictions internationales. Les énoncés qui en régissent l'activité sont bien posés dans des actes internationaux[122]. Le particularisme de l'Organisation dont ces juridictions sont l'organe se reflète malgré tout dans les règles qui gouvernent leur procédure. L'ordre juridique communautaire a pu être qualifié d'« ordre juridique exclusif indépendant »[123], en tant qu'il constitue un « système (…) relativement clos, dans ses sources, son contenu, et dans son contrôle juridictionnel »[124]. Ainsi, les règles d'origine internationale, si elles peuvent certainement fournir au juge communautaire une « source d'inspiration », ne s'intègreraient au système juridique communautaire « que dans la limite de leur compatibilité avec la structure spécifique de ce système », comme le rapporte le professeur Denys Simon[125]. Une telle originalité s'illustre notamment avec les procédures particulières de sanction des violations du droit communautaire[126], et les conditions de recevabilité des requêtes qui s'y rapportent[127]. La stabilité des relations conventionnelles et le monopole juridictionnel détenu par la Cour de justice pour le droit communautaire[128] rejaillissent, par ailleurs, sur les autres conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle, et notamment sur le régime de compétence *ratione temporis* dont les principes directeurs sont proches de ceux dégagés en droit interne[129]. Dans cette mesure, il sera uniquement fait renvoi à la jurisprudence

---

[121] Voir sur le problème particulier des contrats d'Etat, *infra*, n° 157.

[122] Voir ici C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2010, 4ème éd., pp. 610-611. Voir également A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *R.C.A.D.E.*, 1997, vol. V, livre 2, pp. 195-271, spéc. pp. 212-214.

[123] La formule est utilisée par F. Dehousse dans un rapport au Parlement européen sur la primauté du droit communautaire, et reprise par D. Simon, in *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des Conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, pp. 515-516.

[124] J. Mégret, « La spécificité du droit communautaire », *R.I.D.C.*, 1967, pp. 565-577, spéc. p. 566.

[125] D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, *op. cit.*, p. 548.

[126] *Ibid.*, p. 549, s'agissant notamment du caractère objectif du contentieux de la constatation du manquement.

[127] Voir notamment *infra*, n° 353, et note n° 1228.

[128] Article 344 (ex-art. 292 T.C.E.) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « [l]es États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».

[129] Voir notamment l'affaire *Dell'Orto* citée *infra*, note n° 219. Il faut toutefois noter que le dispositif prévu par le traité d'Amsterdam s'agissant de la compétence de la Cour de Justice pour statuer à titre préjudiciel sur les actes adoptés sur le fondement du titre VI du T.U.E. relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, présentait des similitudes avec le mécanisme de la clause facultative de juridiction obligatoire de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour de La Haye. Aux termes de l'article 35 du T.U.E., tel que modifié par le traité d'Amsterdam, tout Etat membre pouvait « par une déclaration faite au moment de la signature du traité d'Amsterdam, ou à tout autre moment postérieur à ladite signature, accepter la compétence de la Cour de Justice ». La question s'était alors posée de déterminer dans quelle mesure les Etats pourraient révoquer leur déclaration : voir sur ce point, et plus généralement sur le dispositif procédural mis en place par le traité

communautaire là où l'analogie avec les solutions du contentieux international demeure possible.

III. Temps, compétence et concepts : la *notion juridique* de compétence temporelle en question

30. Il s'agit, après avoir identifié les différentes occurrences de la compétence temporelle dans les énoncés juridictionnels, d'en faire l'analyse et d'envisager l'existence d'une notion juridique correspondante. Celle-ci ne saurait effectivement être déduite du seul recensement du terme « compétence temporelle » dans les énoncés juridictionnels. Une distinction doit être faite, à ce propos, entre les notions utilisées par le praticien qui forment le discours juridique, et les notions conceptuelles utilisées par le juriste dans sa tentative d'explication systématique du droit[130]. Ces deux niveaux de langage ne se recoupent pas nécessairement. Les concepts constituent les outils nécessaires à toute réflexion théorique[131]. Ils rendent intelligibles le discours du praticien en donnant du sens aux solutions qu'il retient, et en permettant de formuler des propositions susceptibles de se vérifier à l'avenir[132]. Ainsi, le juriste ne sera pas toujours conduit à reprendre les notions utilisées dans le discours juridictionnel qui fait l'objet de son analyse. Il ne retiendra que celles qui se rattachent à un concept, et qui lui permettent d'expliquer les solutions du droit positif. Or, c'est précisément en raison de l'absence de concept de « compétence *ratione temporis* » qu'un certain nombre d'auteurs contestent l'utilité d'une telle notion pour l'analyse des décisions juridictionnelles. Il est, certes, fréquent de trouver des développements consacrés à la compétence temporelle dans les ouvrages qui traitent du contentieux international. Il arrive même qu'articles et interventions dans les colloques soient spécifiquement consacrés à ce thème[133]. Bien souvent,

---

d'Amsterdam, M. Gautier, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 570 et ss. La compétence préjudicielle de la Cour n'est toutefois, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, plus conditionnée à l'adoption d'une telle déclaration d'acceptation (art. 276 du T.F.U.E.).

[130] Voir Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, pp 26 et ss.

[131] Dans le sens philosophique usuel, un concept est la « représentation mentale abstraite et générale, objective, stable, munie d'un support verbal » : Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 23.

[132] Voir en ce sens, Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, pp. 28-29.

[133] On citera en exemple les deux colloques récemment tenus au sujet de la procédure arbitrale relative aux investissements internationaux dont l'un des thèmes abordés était la compétence temporelle : voir J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*. *Aspects récents*, Louvain, Anthémis, L.G.D.J., 2010, pp. 45-83 ; voir

cependant, ces travaux conduisent à la remise en cause de l'existence d'une catégorie juridique propre à la question des rapports entre compétence et temps, ceux-ci n'étant, selon les auteurs, pas dissociables des composantes personnelle et matérielle de la compétence. Après avoir restitué les fondements de cette analyse (A), il conviendra, dans un second mouvement, d'en livrer une appréciation critique et de présenter la thèse retenue (B).

A. L'opinion doctrinale dominante : l'inopportunité de l'usage de la notion de compétence temporelle

31. La contestation de l'opportunité de l'emploi de la notion de compétence temporelle a pour point d'ancrage la pluralité de conditions de compétence *ratione temporis*, telles qu'on les a identifiées dans le discours juridictionnel. Ce que le juge étiquette sous la rubrique « compétence temporelle » n'est, on l'a dit, pas univoque. Il sera sans doute toujours question d'applicabilité *ratione temporis* de la règle attributive de compétence, mais le terme « compétence temporelle » pourra désigner deux choses distinctes : en premier lieu, l'applicabilité de la règle attributive de compétence au titre de la durée pour laquelle elle habilite le tribunal à exercer le pouvoir juridictionnel ; en second lieu, l'applicabilité de la règle attributive de compétence en raison de la date de survenance des litiges auxquels elle se rapporte. Une telle indétermination trouverait alors, selon plusieurs auteurs, son explication en considération des deux seuls véritables concepts mis en jeu à cette occasion. Si la signification attribuée à la dimension temporelle de la compétence varie, c'est parce qu'elle renvoie tantôt à une question de *compétence personnelle*, c'est-à-dire à l'habilitation du tribunal par les justiciables à exercer le pouvoir juridictionnel, tantôt à une question de *compétence matérielle* : la ou les différentes catégories de litiges que l'organe pourrait connaître *ratione temporis* en vertu de cette même habilitation. Sh. Rosenne avait, le premier, émis une telle appréciation dans un ouvrage entièrement consacré à la question du facteur temps dans la compétence de la Cour de La Haye[134].

également la conférence annuelle de l'Institut pour l'arbitrage international tenue à Paris le 14 octobre 2010 sur le thème « *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration* », et l'intervention de M. V. Heiskanen (« Is there a distinction between jurisdiction *ratione temporis* and substantive protection *ratione temporis* ? »).

[134] Dans ses travaux sur la procédure devant la Cour internationale de Justice, Sir Gerald Fitzmaurice avait également identifié cette ambivalence mais sans en dire davantage sur les conclusions à en tirer sur le plan du concept de compétence temporelle : « The Law and Procedure of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 9, repris in *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius publication limited, 1986, vol. II, p. 435. Au demeurant, la grande majorité des études consacrées à la compétence temporelle évoquent ces deux problèmes de manière successive : voir Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 209 et ss., 574, 595-602 ; J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 590 ; Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour

Selon l'auteur,

> « *jurisdiction* ratione temporis *does not exist as an independent concept of the law governing international adjudication, and more specifically of the law governing the jurisdiction and competence of the Court. It is a dependent concept, giving rise to a particular problem of determining the nature and effect of that dependency on the personal or the material jurisdiction of the Court, as the case may be (...).* Ratione personae *the Court has to be satisfied that the parties are under the obligation to accept the jurisdiction of the Court on the critical date – for this purpose normally the date on which the proceedings are instituted.* Ratione materiae *the Court has to be satisfied that the defined dispute is not excluded for reason of time from the scope of the jurisdiction conferred on the Court, which constitutes, in this respect, the substance of the obligation to accept the jurisdiction* »[135].

32. A s'en tenir à cette analyse, l'objet des questions que le juge désigne sous le vocable « compétence temporelle » ne permettrait pas de caractériser l'existence d'un concept autonome, l'influence du facteur temps sur la compétence juridictionnelle ne pouvant être envisagée autrement que par le biais de ses deux composantes personnelle et matérielle. Dans un ouvrage paru sept années plus tard sur les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, le professeur Abi-Saab adopte le même point de vue : « ce qui est appelé conventionnellement compétence *ratione temporis* », considère-t-il, « n'est en effet qu'une délimitation dans le temps soit de la soumission d'un Etat à la juridiction de la Cour, soit de faits, droits et obligations, objets d'un différend soumis à la Cour, soit enfin de l'apparition même du différend »[136]. Le temps ne ferait, en définitive, pas l'objet d'une appréhension qui lui est propre. Il ne serait, tout au plus, qu'un instrument de mesure de la dimension personnelle ou matérielle de la compétence[137].

---

internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 230-259, *passim* ; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 72-77 ; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 651 ; M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme (Colloque de Bari, 1973)*, Bari, Edizioni Levante, 1974, pp. 85-105, spéc. pp. 86, 89 ; D. Giuliva, « La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme (Colloque de Bari, 1973)*, Bari, Edizioni Levante, 1974, pp. 107-131, spéc. p. 123 ; M. Mabrouk, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales*, Paris, L.G.D.J., 1966, spéc. pp. 52-64 ; J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *N.I.L.R.*, 1956, pp. 342-354, spéc. pp. 342-343, 352 ; J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire », *op. cit.*, *passim.*

[135] Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 16, 73.

[136] G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, p. 68.

[137] Dans cette perspective, M. Dubisson estime que l'on pourrait envisager le temps comme un simple *critère*, et non véritablement comme un *mode* de compétence : *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 133-134.

33. La jurisprudence des juridictions internationales n'est pas la seule à avoir suscité de telles interrogations s'agissant de l'existence d'une catégorie juridique propre à la dimension temporelle de la compétence. L'appréciation portée par la doctrine administrativiste à ce sujet est proche du constat livré par les internationalistes. Comme l'indique J.-M. Auby dès 1953 dans l'une des seules études jamais consacrées à la question des rapports entre compétence et temps, toute compétence comporte une dimension temporelle : la durée pour laquelle elle a été conférée à l'agent public investi d'une fonction. La compétence ne peut ainsi être exercée « que dans des limites chronologiques déterminées, entre l'acte d'investiture et l'expiration du mandat ou la désinvestiture »[138]. Il y aurait, en d'autres termes, *incompétence temporelle* chaque fois que l'autorité administrative a agi en dehors de cet intervalle. Pour le reste, l'écoulement du temps demeure sans influence sur l'exercice de la compétence. Pour reprendre les mots du professeur Plessix, il « n'affecte [pas] sa 'substance' » même[139], n'étant qu'« un indice permettant à l'ordre juridique de connaître et de sanctionner le bon ou le mauvais titulaire d'une compétence »[140]. Aussi convient-il de voir dans l'incompétence *ratione temporis* une simple composante de l'incompétence *ratione personae*[141].

34. L'idée suivant laquelle il n'y aurait pas de « compétence temporelle » à proprement parler mais, tout au plus, une dimension temporelle de la compétence personnelle et/ou matérielle est toutefois bien plus ancienne. Elle trouve sa première expression dans la remise en cause des quatre domaines de validité de la norme – matériel, personnel, territorial et temporel – identifiés par Hans Kelsen dans sa *Théorie générale des normes*. Pour ce dernier, espace et temps constituent, chacun, un domaine de validité de la norme : « étant donné que le comportement humain, ainsi que ses conditions et effets, se déroule dans l'espace et le temps, il faut que la norme détermine dans son contenu et l'espace et le temps

[138] J.-M. Auby, « L'incompétence 'ratione temporis'. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *op. cit.*, p. 7. Voir également, pour la première formulation de la théorie de l'incompétence *ratione temporis* au sujet de l'exercice anticipé du pouvoir de nommer les fonctionnaires, les conclusions du Commissaire du Gouvernement Georges Teissier sur l'affaire *Le Bigot et autres enseignes de vaisseau*, *Rec. C.E.*, 1907, p. 460.

[139] B. Plessix, « La compétence et le temps », *op. cit.*, p. 64. Parmi les différents exemples cités par les auteurs pour illustrer des cas d'incompétence temporelle, aucun ne renvoie à l'objet de l'habilitation, mais uniquement à la durée pour laquelle celle-ci a été donnée. Pour illustration, le professeur Tusseau cite l'article 92 al. 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui permettait au gouvernement « pendant [le délai de quatre mois à compter de la promulgation de la Constitution] (…) [de] prendre les mesures qu'il jugera[it] nécessaires à la vie de la nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés » (*Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 333).

[140] B. Plessix, « La compétence et le temps », *op. cit.*, p. 66.

[141] Voir également en ce sens, M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », *op. cit.*, pp. 153-155. Pour le professeur Picard, il y aurait toutefois incompétence *temporelle* à proprement parler lorsque « l'acte d'habilitation a prévu que [la] compétence ne pourra s'exercer que pendant une certaine durée, ou après ou avant telles ou telles dates » : « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 245.

où se produisent les faits générateurs déterminés par la norme »[142]. La norme serait ainsi valide seulement pour cet espace et seulement pour ce temps, tout comme elle disposerait d'un domaine de validité personnel (*les personnes qui doivent se comporter d'une certaine manière*) et matériel (*la manière dont ces personnes doivent se comporter*). D'autres auteurs ont toutefois proposé de ne retenir que ces deux derniers critères pour identifier le champ d'application de la règle, laquelle serait exclusivement déterminée par son objet (*ratione materiae*) et ses sujets (*ratione personae*)[143]. Traduit sur le plan de la compétence, on identifierait ainsi non plus quatre, mais seulement deux modes de détermination de la compétence, certains proposant même de ne retenir que l'un de ces deux modes *ratione materiae* ou *ratione personae*[144]. Chez Verdross, la compétence s'entend ainsi de « la faculté de régler une certaine matière ». Cette dimension purement « matérielle », ou « réelle », embrasse également la détermination du lieu où le fait réglé doit se dérouler, ainsi que les personnes auxquelles les règles de droit demandent de faire ou de s'abstenir de faire tel acte[145]. Opposé à une telle conception, Charles Eisenmann développe l'idée selon laquelle « le pouvoir juridictionnel est un pouvoir de décider d'obligations, de droits et autres facultés » ; dans cette mesure, « la juridiction ne s'exerce jamais qu'envers des êtres humains, n'a jamais pour objet véritable que la condition juridique de personnes ». L'auteur conclut que les règles qui déterminent la compétence des tribunaux « ne sauraient avoir pour objet, en dernière analyse, de déterminer leur compétence relativement à des actes, *etc*…, mais seulement envers des *personnes* qu'ils concernent à tel ou tel titre »[146].

---

[142] H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 191.

[143] Voir déjà en ce sens, J. Bentham, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (éd.), Londres, The Althone Press, 1970, pp. 72-75, ainsi que les observations de G. Tusseau in *R.G.D.I.P.*, 2008, pp. 227-232, spéc. p. 230 ; plus récemment, M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 133-134.

[144] Dans la présentation retenue par certains auteurs, la question des liens entre compétence et temps en droit international ne concerne parfois qu'un des deux problèmes identifiés précédemment : voir par exemple, pour la seule évocation des exceptions d'incompétence temporelle fondées sur la date de survenance des différends ou des faits litigieux, E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 87-97 ; *a contrario*, J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2000, pp. 755-756, l'auteur évoquant uniquement la durée de validité du titre de compétence sous la rubrique « temps », dans le développement qu'il consacre à la clause facultative de juridiction obligatoire.

[145] A. Verdross, « Règles générales du droit international de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1929-V, vol. 30, pp. 275-517, spéc. pp. 351-353. Voir également, dans cette perspective, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 137 : « la compétence est toujours de type 'matérielle' (…)[,] les conditions temporelles, spatiales, matérielles et personnelles de compétence [n'étant] que des éléments d'identification des différends dont la juridiction peut connaître ».

[146] Ch. Eisenmann, « Sur la compétence des juridictions », Chronique, *D.*, 1948, pp. 49-52, spéc. pp. 50-51 (nous soulignons). Voir également du même auteur, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », *in* S. Engel, R.A. Metall (éd.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, pp. 59-69. L'analyse de Charles Eisenmann rejoint sur ce point celle de Grotius pour qui le pouvoir « s'exerce ordinairement sur deux sujets : l'un, *principal* : les personnes ; (…) l'autre, *secondaire* : le lieu, qu'on appelle territoire » : H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la*

35. Aucune de ces conceptions de la compétence ne semble aujourd'hui, avoir véritablement pris la mesure de l'autre. D'aucuns considèrent même qu'il n'y aurait pas nécessairement lieu d'élire l'une ou l'autre de ces approches, la compétence étant tout à la fois relative aux individus et à leur activité, et le temps, une simple « coordonnée » de ces éléments personnel et matériel[147]. L'appréciation portée par la doctrine internationaliste au sujet de la notion de compétence temporelle des juridictions internationales se situe ainsi dans le prolongement de cette réflexion. Comme il a été plus récemment rappelé par le professeur Matringe, « le temps ne fait que jouer sur ces deux compétences, matérielle et personnelle, en leur donnant un champ plus ou moins étendu (…). La compétence *ratione temporis* n'existe pas à proprement parler comme une compétence qui existerait sur le même plan que les compétences matérielle et personnelle »[148]. Il n'y aurait, en d'autres termes, aucun rapport immédiat entre le temps et la compétence. Le juge ne connaît pas d'une époque donnée ni d'une durée ou d'un moment, mais toujours d'une demande que l'on peut situer dans un cadre temporel, et qui peut lui échapper en fonction de l'une des dates prises en référence : la date du consentement à la juridiction ou celle de la constitution des situations litigieuses pour lesquelles le consentement a été donné. Aussi conviendrait-il de substituer à l'expression « compétence temporelle », celle d'étendue ou de portée temporelle de la compétence personnelle ou matérielle, suivant le cas.

B. Appréciation critique de la présentation doctrinale et thèse proposée

36. Si l'on s'en tient à l'analyse qui vient d'être restituée, le principal grief qui peut être adressé à l'encontre de l'utilisation de la notion juridique de compétence temporelle concerne son absence d'autonomie à l'égard des autres et seules véritables notions juridiques de compétence *ratione personae* et de compétence *ratione materiae*. Face à ce constat d'une notion contingente, « à contenu variable »[149], la démarche qui consiste à proscrire son utilisation n'est pas, en soi, contestable. Les notions utilisées par la doctrine ne sont, on l'a dit,

---

paix, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, P.U.F., 1999, 1ère éd., Livre II, Chapitre III, IV, 1, p. 198.

[147] G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 335.

[148] J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, p. 65. Voir déjà en ce sens, M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 134 : « [u]ne autorité n'a pas compétence envers le temps. Ce serait un non-sens. Elle a compétence *en raison* (ratione) de l'époque à laquelle certains actes ont été accomplis par certaines personnes ».

[149] Sur la notion de notion « à contenu variable », voir Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 224-226, 240-241.

pas nécessairement celles du discours juridique qu'elle a pour mission de décrire et d'expliquer. Parce que ces notions ont précisément pour objet l'analyse du discours juridique, elles sont toujours conceptuelles, et l'on admet, à ce propos, qu'elles doivent « se conformer à des exigences de rigueur, de précision et d'univocité » en vue de constituer un instrument efficace de présentation et de compréhension du droit positif[150]. Si l'une des tâches essentielles qui incombe alors à celui qui entreprend une réflexion théorique consiste à « créer des concepts en vue d'expliquer le droit positif indépendamment de son contenu et du langage qu'il emploie »[151], il lui reviendra, de la même façon, de ne retenir parmi les catégories juridiques utilisées par le juge que celles qui présentent un véritable intérêt scientifique. Comme l'indique le professeur Kolb, sur le plan même de la technique juridique, « un concept n'a d'utilité constructive que dans la mesure où il remplit une fonction nécessaire à l'application ou à l'explication du droit *et* que cette fonction ne peut pas être remplie également ou mieux par un autre concept déjà existant ou à former ». Pour l'auteur, « un concept doit donc être à la fois fonctionnel (remplir une fonction juridique) et exclusif (être indispensable à cette fin parce qu'aucun autre concept ne peut tenir sa place). S'il lui manque un de ces deux éléments, il doit être éliminé ou corrigé parce qu'il est superflu ou mal défini »[152].

37. L'inopportunité de l'utilisation de la notion de compétence temporelle apparaît ainsi comme la conséquence logique du diagnostic posé en amont : celui d'une notion créée par le juge à laquelle ferait défaut toute unité logique, et que l'on ne distinguerait pas, sur le plan conceptuel, des composantes personnelle et matérielle de la compétence juridictionnelle. On ne saurait toutefois souscrire à une telle conclusion, et ainsi considérer que la notion de compétence temporelle ne dispose d'aucune utilité en tant qu'instrument d'analyse, seulement si l'on ne trouve effectivement dans aucun des usages qui en est fait dans le discours

---

[150] G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *op. cit.*, p. 655. Voir également en ce sens, Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 301, 304 ; M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. xli : « une théorie générale du droit doit, en toutes ses parties, présenter une valeur explicative du droit existant. Si elle est nécessairement neutre et désintéressée, elle ne représente pas, pour autant, un simple jeu de l'esprit. Elle ne mérite de prendre place dans la science du droit que si elle introduit de façon utile à l'étude et à la compréhension du droit positif ».

[151] M. Troper, « Communication », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 55-62, spéc. p. 58. Voir également dans cette perspective, Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, spéc. p. 33 : « [l]es classifications (…), les concepts qu'elles mettent en œuvre, les qualifications opérées sur leur base, ne préexistent pas à l'intervention des juristes, de la science du droit (ou de la science politique) ; ils sont la création de la théorie et d'elle seule, sa création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible (…) ».

[152] R. Kolb, « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 837-850, spéc. pp. 839-840.

juridique, le renvoi à une question tout à la fois relative à la compétence juridictionnelle et irréductible à un autre de ses aspects. Envisagé sous cet angle, le bien-fondé de l'analyse doctrinale est nettement plus contestable.

L'étude de la jurisprudence internationale, en effet, conduit à défendre l'idée qu'il ne peut être fait l'économie de la notion de compétence temporelle comme outil d'explication du droit positif. La démonstration de cette thèse suppose d'établir l'*autonomie* de la notion (i) et son *unité* (ii).

(i) C'est au titre de la première signification attribuée à la notion de compétence temporelle dans les décisions juridictionnelles, c'est-à-dire *la durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel*, et à son assimilation à une question de compétence personnelle que la thèse doctrinale majoritaire prête le flanc à la critique. Il est utile de rappeler, à ce propos, que contrairement au droit interne où l'appartenance de la compétence temporelle à la catégorie plus générale « compétence *ratione personae* » repose sur l'idée que le facteur temps n'interviendrait qu'au titre de l'identification de l'auteur légal de l'acte juridictionnel, les internationalistes justifient cette appartenance en considération du fait que l'influence du temps ne se manifeste, sur le plan de la compétence, qu'au titre de la durée de soumission des parties à la juridiction. Il faut effectivement admettre au soutien d'une telle analyse, que l'examen de la durée de l'habilitation à juger dispose inévitablement d'une dimension *ratione personae* puisque cet examen tend à établir l'opposabilité ou l'inopposabilité de la règle attributive de compétence à l'égard de l'Etat qui sera, le plus souvent, tout à la fois l'auteur et le « destinataire-assujetti »[153] de cette règle. Il s'agira, en d'autres termes, de déterminer si l'Etat défendeur à l'instance s'était effectivement engagé à ce que l'organe devant lequel il est attrait puisse exercer son pouvoir juridictionnel pour les différends qui le concernent. On comprend ainsi la raison pour laquelle les auteurs estiment que la distinction opérée par le juge entre les conditions *ratione personae* qui ont trait à l'*existence* de l'engagement juridictionnel, et les conditions *ratione temporis* qui concernent sa validité temporelle est, sur le plan de l'analyse, dépourvue de toute utilité.

Les solutions retenues par le juge au sujet de la durée de l'engagement juridictionnel ne peuvent toutefois être comprises si l'on s'en tient à cette grille d'analyse. Comme le révèle l'étude de la pratique des juridictions internationales, la détermination de l'opposabilité

[153] L'expression est empruntée au professeur Combacau qui en fait usage dans son article « Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. pp. 261-277, spéc. p. 267.

ratione temporis de l'engagement juridictionnel ne met pas simplement en jeu l'assujettissement de l'Etat défendeur à la juridiction. Elle intègre un autre acteur : le demandeur à l'instance. L'appréciation de la compétence *ratione temporis* est effectivement régie par un principe général du procès international dont la mise en œuvre conduit à figer le droit applicable à la compétence à la date de l'acte introductif d'instance. A supposer que la compétence soit établie à cette date, le demandeur obtiendra la garantie que les évènements survenus en cours d'instance ne seront pas en mesure d'affecter l'exercice de cette compétence. C'est ainsi par la prise en considération des attentes de celui ou de ceux qui agissent sur la base de l'engagement juridictionnel et qui sollicitent l'obtention d'un jugement, que l'on serait en mesure de donner une explication aux solutions retenues par les juridictions internationales au sujet de leur compétence temporelle. Ce constat suffit à individualiser la question de *la durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel* et à faire de la « compétence temporelle » par laquelle on la désigne, un concept utile pour la compréhension des solutions du droit positif (PREMIERE PARTIE : LA DUREE DE L'HABILITATION A EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL).

(ii) La notion juridique de compétence temporelle ne saurait toutefois représenter une quelconque utilité si plusieurs significations peuvent lui être données. Or, l'expression « compétence temporelle », telle qu'elle est utilisée dans le discours juridique, renvoie également au domaine temporel d'exercice du pouvoir juridictionnel, autrement dit à *l'étendue temporelle de compétence*. Cette autre signification attribuée par le juge à sa compétence temporelle ne saurait toutefois condamner l'usage de la *notion juridique* de compétence temporelle, telle qu'on l'a définie précédemment au sens de durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, à moins qu'elle puisse elle-même prétendre à la même utilité pour l'analyse du droit et ainsi répondre aux mêmes exigences sur le plan conceptuel. Dans le cas contraire, il y aurait tout lieu d'adhérer au point de vue des auteurs qui recommandent l'usage d'une autre notion pour l'explication des solutions jurisprudentielles relatives au domaine d'exercice du pouvoir. Or, l'étude de la pratique des juridictions internationales permet précisément d'aboutir à la conclusion que ce qu'elles entendent par étendue temporelle de compétence, ne se présente pas comme une notion autonome. L'étendue temporelle de compétence n'est, en effet, pas dissociable de la composante « matérielle » de la compétence, en ce sens qu'elle a pour seule finalité l'identification des litiges pouvant être soumis à la juridiction. Au surplus, l'étendue temporelle de compétence va même, dans certaines situations, désigner une question d'une toute autre nature :

l'applicabilité *ratione temporis* des règles de fond que la juridiction est chargée d'appliquer et qui, comme on sera amené à le vérifier, ne se rapporte pas, en règle générale, à la *compétence* du tribunal à proprement parler. L'étendue temporelle de compétence ne peut ainsi, au vu des questions qu'elle regroupe, s'envisager comme une notion juridique. Elle ne présente aucune unité sur le plan conceptuel. L'étude des solutions retenues par les juridictions internationales va d'ailleurs permettre de conforter cette thèse. Le seul lien qui peut être établi entre les différentes questions que le juge est susceptible d'envisager lorsqu'il apprécie l'étendue de sa compétence temporelle, tient à l'identité des règles sur la base desquelles il va raisonner. L'étendue temporelle de compétence ne peut, autrement dit, être dissociée de la *fonction* qu'elle occupe dans le discours juridictionnel : celle de désigner un corps de règles applicable à des problèmes temporels qui se posent lors de la phase préliminaire. En ce sens, l'étendue temporelle de compétence se présente non pas comme une notion « conceptuelle », mais comme une notion purement « fonctionnelle » (DEUXIEME PARTIE : LE DOMAINE TEMPOREL D'EXERCICE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL).

1ère Partie. La durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel

38. Le caractère temporaire de la compétence trouve sa première manifestation dans la durée pour laquelle le tribunal aura été habilité à exercer le pouvoir juridictionnel. Si les Etats ont à cœur de déterminer les catégories de litiges pour lesquelles ils s'engagent, ils auront également pour préoccupation de limiter dans le temps leur consentement à la juridiction. De la même façon, ces Etats pourraient, devant la menace d'une procédure, être tentés de mettre prématurément fin à leurs obligations juridictionnelles, ou de s'en libérer en alléguant devant le juge la survenance d'une situation privant l'engagement juridictionnel de ses effets. Ces Etats pourraient encore, dans d'autres circonstances, estimer que l'action par laquelle ils ont été attraits devant le tribunal était prématurée car introduite avant même que l'engagement juridictionnel n'ait pris effet. Ces différents exemples permettent d'illustrer que les juridictions internationales vont, bien souvent, être conduites à identifier les conditions dans lesquelles les actes qui les habilitent à exercer leur pouvoir juridictionnel acquièrent et perdent leur efficacité juridique.

Tel qu'il se trouve posé, le problème de compétence temporelle renvoie ainsi à la question, plus générale, de la validité dans le temps des actes juridiques. L'opération qui consiste à déterminer l'applicabilité du titre attributif de compétence à la procédure en cause, trouve toutefois sa particularité dans la date à laquelle les juridictions arrêtent leur examen, c'est-à-dire la date à laquelle le titre aura déjà dû, et devrait encore être en mesure de produire ses effets pour qu'elles s'estiment compétentes. Le droit du procès international désigne effectivement comme date critique celle du dépôt de l'acte introductif d'instance. C'est alors en cherchant l'origine de cette règle, et les raisons pour lesquelles les juridictions, dans leur ensemble, en font application que la compétence temporelle, telle qu'on l'entend ici au sens de durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, va se démarquer de la simple question de savoir si l'Etat défendeur avait donné son consentement à la juridiction pour la procédure dont il s'agit. La détermination de la compétence temporelle met en scène un autre acteur : l'auteur de la requête. C'est effectivement en tenant compte des espérances que celui-ci avait placées dans l'obtention d'un jugement sur le bien-fondé de ses prétentions, que le juge s'estimera apte ou non à exercer son pouvoir juridictionnel *ratione temporis* (Titre 1).

Après avoir identifié le contenu et le fondement du principe de détermination de la compétence temporelle, il s'agira, dans un second temps, d'envisager sa mise en œuvre dans les affaires où est en cause la validité temporelle de l'engagement juridictionnel (Titre 2).

TITRE 1 – LE PRINCIPE DE DETERMINATION DE LA COMPÉTENCE TEMPORELLE

39. Il ne pourrait être dit d'une juridiction internationale appelée à déterminer sa compétence *ratione temporis* qu'elle se trouve confrontée à un problème singulier, irréductible à l'établissement d'un autre aspect de sa faculté à exercer son pouvoir, sans avoir préalablement envisagé la manière dont cette juridiction procède pour le résoudre. C'est, effectivement, par la restitution de la solution que lui donnent les juridictions de l'ordre international que la question de leur compétence temporelle peut être individualisée. La solution est, en vérité, toujours identique : le juge international apprécie sa compétence pour connaître d'une demande à la date à laquelle celle-ci a été portée à sa connaissance. On trouve dans cette solution, l'expression d'un principe général du procès qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des procédures juridictionnelles, et qui est propre à la compétence temporelle (Chapitre 1). Si la solution retenue permet déjà de révéler la spécificité du problème posé au titre de la compétence temporelle, il n'est possible d'en prendre la pleine mesure qu'avec l'identification des raisons qui font que le juge apprécie sa compétence dès la date de l'acte introductif d'instance. Cette solution ne peut se comprendre sans la prise en compte du droit du demandeur, accordé par le titre de compétence, d'obtenir un jugement sur le bien-fondé de sa prétention. Le fait d'établir, une fois pour toutes, la compétence à la date de l'introduction de l'instance, revient à attribuer à l'auteur de la requête un droit au maintien de l'applicabilité de l'engagement juridictionnel jusqu'à la date du jugement (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le contenu du principe de détermination de la compétence temporelle : une solution constante et singulière

40. La compétence temporelle apparaît, dans la pratique des juridictions internationales, indissociable du principe qui guide sa détermination. Parfois même trouvent-ils à se confondre. C'est dire l'homogénéité des solutions retenues par les différents tribunaux à cet égard. Dans cette perspective, si l'appréciation du contenu du principe de détermination de la compétence temporelle a pour première ambition de présenter la solution concrète qu'il commande, c'est-à-dire la date jugée pertinente pour apprécier l'applicabilité de l'engagement juridictionnel à une procédure donnée, elle conduira également à identifier la *valeur* accordée à cette solution et à démontrer l'existence d'un principe général du contentieux international (Section 1). Une analyse théorique du principe mis en œuvre par les juridictions internationales s'attachera, dans un deuxième mouvement, à reconstituer le raisonnement qui a permis d'y aboutir, en considération des techniques habituellement mises en œuvre pour dénouer les conflits de lois dans le temps. Certaines interrogations doivent, à ce propos, rester sans réponse. Il semble, en effet, que le choix des juridictions internationales d'apprécier leur compétence à la date de l'acte introductif d'instance ne peut se justifier en raison de l'objet premier des règles attributives de compétence : celui d'habiliter un organe à rendre un acte juridictionnel. De cet ensemble, il ressort que la compétence temporelle préfigure une manière de procéder qui, bien qu'unanime, n'en demeure pas moins singulière (Section 2).

SECTION 1 / ANALYSE PRATIQUE : LA DATE A LAQUELLE S'APPRECIE L'HABILITATION A EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL

41. La première étape de l'analyse consiste à exposer la solution que les juridictions internationales retiennent lorsqu'une des parties à l'instance conteste leur compétence *ratione temporis*. En tant qu'elle s'attache à découvrir le contenu du principe applicable à la compétence temporelle, cette démarche recouvre deux volets distincts : le premier concerne l'énonciation de la solution en tant que telle, c'est-à-dire la manière par laquelle elle peut être exprimée sous une forme arrêtée (§ 1). Le second volet est lié à la valeur que lui confère sa

diffusion aux différentes procédures juridictionnelles internationales, et qui ferait précisément qu'on trouve dans cette solution le reflet d'un principe général du procès (§ 2).

§ 1 – ENONCIATION DE LA SOLUTION : « LA COMPETENCE S'APPRECIE A LA DATE DU DEPOT DE L'ACTE INTRODUCTIF D'INSTANCE »

42. L'objet de la question posée au titre de la compétence temporelle consiste à déterminer en rapport à quels faits une règle établissant une nouvelle compétence va s'appliquer. Si certaines affaires avaient sans doute déjà nécessité la formulation d'une solution[154], c'est dans l'affaire *Mavrommatis* que la Cour permanente de Justice internationale devait énoncer la règle de principe : « dans le doute, une juridiction basée sur un accord international s'étend à tous les différends qui lui sont *soumis* après son établissement »[155].

43. Le droit applicable à la compétence est ainsi, tel que le reformule le Rapporteur Sørensen dans son étude livrée à l'Institut de droit international sur la question de l'intertemporalité, le droit « en vigueur à la date où l'organe est saisi »[156]. A cet égard, une première observation s'impose : prendre en référence la date du dépôt de l'acte introductif d'instance plutôt que celle de la « saisine » à proprement parler serait faire preuve de davantage de rigueur, certains organes n'étant pas même établis à cette date, et ne pouvant ainsi se trouver « saisis » de quoi que ce soit. De la même manière, il est parfois dit au sujet d'un tribunal qu'il s'est trouvé saisi d'un « litige » ou encore d'une « affaire », alors qu'à ces expressions peuvent correspondre une suite d'*instances* qui, selon les cas, auront éventuellement occasionné le renouvellement de l'examen de la compétence[157]. La rigueur

---

[154] Voir notamment la sentence *Fabiani* de la Commission mixte des réclamations France/Venezuela (Protocole du 19 février 1902), La Fontaine, *Pasicrisie*, pp. 343-369, spéc. p. 355, *R.S.A.*, vol. X, pp. 83-138, spéc. p. 119 : « *[t]he claimant state is bound by the above mentionned international act for all the international interventions to come* ».

[155] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 35 (nous soulignons).

[156] M. Sørensen, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, p. 60. Voir également, en ce sens H. W. Briggs, « Reflections on Non-Retroactivity of Treaties », *R.E.D.I.*, 1968, pp. 320-327, spéc. p. 326 ; A. Chua, R. Hardcastle, « Retroactive Application of Treaties Revisted : *Bosnia-Herzgovina v. Yugoslavia* », *N.I.L.R.*, 1997, pp. 414-420, spéc. p. 419 ; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, p. 244. Pour une interprétation divergente, voir l'opinion dissidente du juge Armand-Ugon dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne ; nouvelle requête), *Rec.* 1964, pp. 116-166, spéc. p. 162 : le juge considère que l'expression utilisée par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* revient à exclure les différends *nés* avant la date d'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel.

[157] Le renouvellement ou le non renouvellement de l'examen par la juridiction de sa compétence à l'occasion d'une instance supplémentaire reflète le lien qui unit celle-ci à l'instance initiale. Le cadre général d'une instance se trouve défini en référence aux conclusions principales en demande, c'est-à-dire concrètement à ce qui est

imposerait donc de retenir pour seul énoncé pertinent celui au terme duquel « la compétence s'apprécie à la date à laquelle l'instance a été introduite », même s'il sera, pour des commodités d'usage, parfois fait mention de la « saisine » pour désigner la communication d'une demande à un tribunal déjà institué à cette date[158].

44. Pour en revenir à la formule de la Cour permanente, elle était exprimée en des termes très généraux et avait, semble-t-il, vocation à décrire la solution de la pratique internationale dans son ensemble ; elle demeurait pourtant *in casu* résolument tournée vers le domaine d'exercice du pouvoir. En énonçant le principe applicable à la compétence temporelle, la haute juridiction s'attachait en réalité à déterminer sa faculté à connaître du litige à raison de sa date de survenance, c'est-à-dire en considération de la portée *ratione temporis* du lien juridictionnel des parties à l'instance[159]. Ce n'est finalement que de façon

---

réclamé par celui qui a introduit l'instance. Chaque nouvelle conclusion en demande devrait ainsi faire l'objet d'une nouvelle instance et, ainsi, d'une nouvelle compétence. C'est notamment ce que prévoient certains règlements de procédure en matière de demandes reconventionnelles qui « parce qu'[elles] ne se limitent pas au rejet des conclusions principales, (…) pourraient faire l'objet d'une instance distincte » : C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 317. En pratique, et à l'image de la méthode qu'elles emploient également s'agissant des conclusions supplémentaires fondées sur les faits postérieurs à l'acte introductif d'instance, les juridictions internationales évalueront la connexité des conclusions reconventionnelles aux conclusions principales pour éventuellement les adjuger avec celles-ci au sein de la même instance, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice : voir au sujet des conclusions supplémentaires, *infra*, n° 479. La mise en œuvre du même critère explique qu'une compétence nouvelle doive être établie pour qu'un tribunal puisse connaître de l'appel formé contre une précédente décision, dans la mesure où les conclusions en demande seraient, de toute évidence, différentes de celles qui définissaient le cadre de l'instance clôturée par la décision litigieuse. A l'inverse, on qualifierait d'instances « complémentaires » celles qui n'invitent pas le juge à statuer sur une nouvelle demande contestant le bien-fondé d'un précédent jugement, mais simplement de clarifier ou réviser son expression (C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 358). Le juge pourra ainsi procéder à l'interprétation d'une décision qu'il aurait prise précédemment, ou encore à la rectification d'une erreur matérielle sans procéder de nouveau à un examen de sa compétence et donc sans s'assurer de l'applicabilité de l'engagement juridictionnel à la date du dépôt de la demande lui enjoignant d'interpréter ou de rectifier sa décision : voir en ce sens, l'ordonnance du 16 juillet 2008 (demande en indication de mesures conservatoires, Mexique c. Etats-Unis, *Rec.* 2008, pp. 311-332, spéc. p. 323, § 44) et l'arrêt de la Cour internationale de Justice rendu le 19 janvier 2009 au sujet de la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (*Rec.* 2009, pp. 3-29, pp. 9-10, § 15), la Cour jugeant sans effet le retrait américain du Protocole de signature facultative de la Convention de Vienne sur les relations consulaires intervenue entre la date du prononcé de l'arrêt en 2004 et la demande en interprétation mexicaine : « [c]onsidérant que la compétence que l'article 60 [relativement aux demandes en interprétation] confère à la Cour n'est subordonnée à l'existence d'aucune autre base ayant fondé, dans l'affaire initiale, sa compétence à l'égard des parties ; et qu'il s'ensuit que, même si la base de compétence invoquée dans cette première affaire est devenue caduque, la Cour, en vertu de l'article 60 du Statut, peut néanmoins connaître d'une demande en interprétation » (ordonnance du 16 juillet 2008 précitée, *Rec.* 2008, p. 323, § 44).

[158] Dans un tel cas de figure, il est clair néanmoins que la date pertinente est celle à laquelle l'action a été enregistrée auprès de la juridiction, c'est-à-dire la date de l'acte de dépôt qui opère saisine. Voir sur ce point M. Forteau qui tire comme conclusion au sujet de la saisine des juridictions interétatiques à vocation universelle qu'elle doit être « conçue comme une *opération complexe* associant un acte juridique exprimant la volonté de soumettre un différend ou une question à la juridiction à une formalité procédurale d'enregistrement auprès de celle-ci » (« La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *in* H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, pp. 9-87, spéc. pp. 39-44, extrait cité p. 44). Voir également sur la question de l'enregistrement, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 399-402.

[159] Voir sur ce point, *infra*, Partie 2, Titre 1.

incidente qu'était donné connaissance de la date à laquelle il serait convenu d'apprécier l'applicabilité de l'engagement juridictionnel. Là cependant ne réside pas la véritable curiosité du raisonnement tenu par la Cour permanente. Après avoir énoncé la « règle de conflit », elle en venait, en effet, à justifier son application au cas d'espèce en se fondant sur la rédaction de la clause attributive de compétence sur la base de laquelle avait été introduite l'instance, et qui cantonnait l'exercice de la juridiction au règlement des différends survenus postérieurement à son entrée en vigueur. Si l'on tente pourtant de traduire le principe énoncé par la Cour sur le plan de la catégorie des réclamations qu'il serait donné à une juridiction internationale d'examiner, on doit conclure au sujet de celles qui relèvent de sa compétence qu'elles ne seraient limitées par aucune autre condition de temps que la date à laquelle elles lui ont été effectivement communiquées[160]. Sous réserve de cette condition, la compétence s'étendrait ainsi à l'ensemble des situations contentieuses, quelle que soit leur date de constitution.

Il y a ainsi une contradiction dans le raisonnement de la Cour à vouloir justifier un principe en se fondant sur une solution qu'il n'ordonne pas. Le lien pouvant être établi entre la solution donnée par la Cour, dans cette affaire, et le contenu de la clause juridictionnelle doit, alors, se trouver ailleurs, précisément en considération du contenu du principe de détermination de la compétence temporelle qui, parce qu'il revient à retenir pour « date critique » le jour de l'acte introductif d'instance, implique qu'une nouvelle compétence ait exclusivement vocation à s'appliquer aux procédures futures. On parle, à ce titre, d'« entrée en vigueur *immédiate* de l'engagement juridictionnel »[161] pour caractériser son applicabilité aux seules requêtes postérieures. Cette règle qui veut qu'une base de compétence nouvelle ne s'applique qu'aux procédures engagées après son entrée en vigueur trouve ainsi confirmation dans le contenu des clauses juridictionnelles qui attribuent, comme c'était le cas dans l'affaire *Mavrommatis*, compétence pour des « différends postérieurs » : un juge qui ne peut connaître que des différends qui s'élèveraient à compter de la date d'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel, ne pourrait, en toute logique, connaître que des procédures introduites après cette date, et non des procédures engagées antérieurement au titre de différends anciens.

---

[160] Voir *infra*, n° 256.

[161] L'expression est utilisée par le professeur Santulli dans son manuel de *droit du contentieux international* ainsi que dans ses « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* », *A.F.D.I.* 2002, pp. 257-280, spéc. p. 273 (nous soulignons). Il ne ressort, pour le reste, de la doctrine, ni de la pratique, aucune expression particulière pour désigner la manière d'apprécier la compétence au jour d'introduction de la requête, si ce n'est celles de « *perpetuatio fori* » ou de « *perpetuatio jurisdictionis* » qui renvoient aux conséquences auxquelles conduit la fixation à la date de la saisine de la juridiction, du droit applicable à la compétence : voir notamment G. Morelli, *Studi sul processo internazionale*, Milan, Giuffrè, 1963, pp. 79-88, spéc. p. 88 ; voir également, plus récemment, R. Kolb, « The Compromissory Clause of the Convention », *in* P. Gaeta (éd.), *The U.N. Genocide Convention : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 407-424, spéc. 424.

§ 2 - VALEUR DE LA SOLUTION : UN PRINCIPE GENERAL DU PROCES INTERNATIONAL

45. Evoquer la valeur de la solution qui consiste à apprécier la compétence en fonction du droit applicable au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance revient à décrire le processus de formation du *principe* qui émane de l'ensemble des affaires à l'occasion desquelles cette solution a pu être reconduite. La règle énoncée dans l'affaire *Mavrommatis* fait effectivement figure de principe applicable à l'ensemble des juridictions internationales et, comme tel, de principe général du contentieux international[162].

Le passage des « solutions » au « principe » s'illustre avant tout dans les procédures pour lesquelles rien n'avait été spécialement prévu en matière de compétence temporelle (A). Quant aux dispositions textuelles qui répercutent la manière d'apprécier l'applicabilité *ratione temporis* de l'engagement juridictionnel, elles constituent moins une consécration du principe dégagé en jurisprudence qu'une nouvelle occasion donnée au juge d'affirmer son ancrage parmi les règles applicables à la procédure internationale (B).

A. Diffusion jurisprudentielle

46. La diffusion de la solution aux différentes procédures du droit international constitue autant l'origine que la principale manifestation de l'existence du principe de détermination de la compétence temporelle. Comme tout autre principe du contentieux international, celui-ci est issu d'un processus coutumier formé par l'accumulation des précédents juridictionnels[163]. Il semble d'ailleurs faire figure d'exception parmi les autres solutions applicables à la succession de règles dans le temps qui sont caractérisées par une plus grande instabilité. Les travaux du Rapporteur Sørensen à l'Institut de droit international en faisaient d'ailleurs déjà état, le principe applicable aux clauses juridictionnelles étant le seul qui permettrait de « constater l'existence de règles coutumières » de droit intertemporel[164]. Ce particularisme apparaît encore actuellement à l'occasion du constat

[162] Sur le mode de constitution des règles du droit commun général du procès international, voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 50-55.
[163] *Ibid.*, pp. 53-54.
[164] M. Sørensen affirme que « ce ne serait que pour certaines catégories d'engagements internationaux, telles que les clauses juridictionnelles, qu'on pourrait aboutir à constater l'existence de règles coutumières » en matière intertemporelle : « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », rapport provisoire déjà cité, *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, p. 19. Certaines oppositions s'étaient néanmoins faites remarquées à ce sujet, P. Reuter considérant que l'on aurait affaire en matière de droit intertemporel moins à des *principes* qu'à « une *méthode* qui permet selon les cas de résoudre [les problèmes] avec plus ou moins de certitude » : *ibid.*, p. 20.

fréquemment renouvelé dans les manuels et autres ouvrages de droit international public du faible niveau d'élaboration du droit intertemporel[165], alors que la solution appliquée à la compétence n'a, jusqu'à présent, fait l'objet d'aucune remise en cause.

47. La notoriété du principe de détermination de la compétence temporelle doit être rapportée à la rareté des cas dans lesquels la manière de procéder à l'examen de la compétence aura été convenue par avance. En effet, dans l'hypothèse où aucune date n'a été spécifiée dans l'engagement juridictionnel, le juge se trouve tenu de dégager lui-même une solution en vue de se déterminer sur sa compétence temporelle. L'application de la règle consistant à apprécier la compétence à la date de l'acte introductif d'instance traduit alors, en certaines occasions, la conscience de s'en remettre à une façon communément admise de procéder. Plusieurs affaires font apparaître le principe de détermination de la compétence temporelle comme bénéficiant du statut de règle de droit commun du procès international. Tel était sans doute déjà le cas de l'affaire *Mavrommatis* et de la formule retenue par la Cour, même si les justifications pratiques que celle-ci y apportait pour l'appliquer au cas d'espèce devaient conduire à réduire sa portée de manière significative. On peut toutefois se référer à d'autres énoncés juridictionnels pour en acquérir la conviction.

Ainsi, à en croire le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Tradex Hellas*, « tant en procédure interne qu'internationale, la compétence doit être établie au jour du dépôt de la requête »[166]. Dans le même ordre d'idées, la Cour internationale de Justice rappelle dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* que « selon une jurisprudence constante, sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance »[167]. Le plus souvent,

---

[165] Voir en ce sens S. Sur *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 154. Voir également la remarque du professeur Verhoeven au sujet de l'absence du vocable « temps » dans l'index alphabétique des matières des différents traités et manuels de droit international public : J. Verhoeven, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », *op. cit.*, p. 9.

[166] *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, sentence arbitrale du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. p. 179 ; traduction officieuse de M. Gaillard, *J.D.I.*, 2000, pp. 151-161, spéc. p. 154. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* affirme également l'existence du principe en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de La Haye : ICSID Case No.ARB/95/3, décision du 2 septembre 1998 reproduite in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, pp. 458-527, spéc. p. 490, § 72, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 5-45, spéc. p. 26 (extrait de la décision cité *infra*, note n° 281). Pour la procédure ASEAN, voir *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. c. Myanmar*, ASEAN Case No.ARB/01/1, sentence arbitrale du 31 mars 2003, *I.L.M.*, vol. 42, 2003, pp. 540-559, spéc. p. 547, § 39.

[167] Affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt de la Cour internationale de Justice du 14 février 2002, *Rec.* 2002, pp. 3-34, spéc. p. 12, § 26. Voir également dans le même sens, *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 125-153, spéc. p. 142, la Cour qualifiant la règle d'appréciation de la compétence *ratione temporis* de « règle de droit généralement acceptée et appliquée dans le passé ». Par ailleurs, dans ses observations sur le retrait péruvien de sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Commission interaméricaine va restituer la jurisprudence de la Cour de La Haye pour en tirer des conclusions sur la compétence de la Cour de San José :

cependant, c'est par l'affirmation de l'une de ses implications logiques que la règle qui conduit à ne prendre en compte que le droit applicable à la date d'introduction de l'instance est présentée dans les énoncés juridictionnels. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* citée précédemment, la Cour de La Haye ajoutait que « si elle est compétente à la date à laquelle une affaire lui est soumise, elle le demeure quels que soient les événements survenus ultérieurement »[168]. On trouve dans cette dernière proposition l'un des principaux vecteurs de diffusion du principe de détermination de la compétence temporelle. Cette règle avait déjà pu être formulée par la Cour à l'occasion de précédentes affaires[169], puis reprise en des termes comparables à l'extérieur même des murs du Palais de la Paix. Le tribunal arbitral pour l'accord sur les dettes extérieures allemandes affirmait ainsi quelques années après que la Cour s'était prononcée en ce sens dans l'affaire *Nottebohm*[170], mais sans toutefois citer cette affaire et s'en remettant plutôt à « un principe généralement valable (…) en ce qui concerne la procédure arbitrale internationale », « qu'une fois la compétence du tribunal établie par l'introduction d'une demande sollicitant un jugement, des faits et circonstances extérieurs ne sont plus en mesure d'affecter cette compétence ». Le tribunal arbitral refusait, sur ce

---

deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou (2000), O.E.A./Ser.L/V/II.106, doc. 59, 2 juin 2000, §§ 36-37, extraits disponibles à l'adresse http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000en/chapter3.htm (adresse consultée le 10 mars 2011).

[168] Affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* précitée, *Rec.* 2002, p. 12, § 26.

[169] *Nottebohm*, Liechtenstein c. Guatemala, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 1953, *Rec.* 1953, pp. 111-125, spéc. pp. 122-123 : « [a]u moment où la requête a été déposée, les déclarations du Guatemala et du Liechtenstein étaient l'une et l'autre en vigueur. La régularité de la saisine de la Cour par ladite requête n'est pas contestée. La caducité ultérieure de la déclaration du Guatemala par l'échéance du terme pour lequel elle a été souscrite ne saurait invalider la requête si celle-ci était régulière : par suite, cette caducité ne saurait dépouiller la Cour d'une compétence qui découlait pour elle de l'application combinée de l'article 36 du Statut et des deux déclarations. Lorsque la requête est déposée à un moment où le droit en vigueur entre les parties comporte la juridiction obligatoire de la Cour, ce qui était le cas entre le Guatemala et le Liechtenstein le 17 décembre 1951, le dépôt de la requête n'est que la condition pour que la clause de juridiction obligatoire produise effet à l'égard de la demande qui fait l'objet de la requête. Cette condition remplie, la Cour doit connaître de la demande ». Voir également *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 125-153, spéc. p. 142, au titre de la réduction *pendente lite* du lien juridictionnel *ratione materiae* : « [c]'est une règle de droit généralement acceptée et appliquée par le passé par la Cour », concluait-elle, « qu'une fois la Cour valablement saisie d'un différend, l'action unilatérale de l'Etat défendeur, dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour » ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui*-ci, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, pp. 392-443, p. 416, § 54 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 27 février 1998, *Rec.* 1998, pp. 115-137, spéc. pp. 129, § 37, au sujet de résolutions du Conseil de Sécurité adoptées après le dépôt de la requête libyenne et qui « ne saurai[ent] affecter une compétence déjà établie ».

[170] Voir *supra*, note n° 169.

fondement, d'attribuer un quelconque effet à l'établissement d'un Comité d'arbitrage et de médiation également compétent pour connaître de l'affaire[171].

48. Une autre conséquence devrait, en toute logique, découler de la prise en compte du droit applicable à l'acte introductif d'instance. Elle pourrait être formulée de cette façon : « si la juridiction n'est pas compétente (…) [à cette date], alors la requête doit être rejetée (à titre préliminaire) »[172]. Une plus grande instabilité caractérise toutefois, à cet égard, la pratique des juridictions internationales. Celles-ci ont effectivement, à plusieurs reprises, tenu compte des changements intervenus en cours d'instance lorsqu'ils pouvaient être portés au bénéfice de la compétence, aux fins d'éviter un excès de formalisme dans l'application de la règle et le déclenchement d'une nouvelle procédure pour les mêmes faits. Un tel aménagement ne revient pas à mettre en doute la valeur même du principe de détermination de la compétence temporelle ; tout au plus permet-il d'en cerner le contenu véritable. Il sera même, par la suite, rendu compte du fait que la prise en considération des événements postérieurs à l'introduction de l'instance trouve une explication identique à celle de l'établissement, dans les autres hypothèses, de la compétence dès la date du déclenchement de l'instance[173].

49. Les seules limites à la pertinence du principe de détermination de la compétence temporelle apparaissent, en réalité, à l'occasion de l'application d'une autre règle du procès qui habilite l'Etat à consentir à la poursuite d'une procédure ouverte à son encontre alors qu'il n'y était contraint par aucun engagement préalable de sa part. S'illustre, ici, le mécanisme de présomption d'acceptation implicite de la compétence dit *forum prorogatum*, qui consiste pour le juge à tirer les conséquences, au bénéfice de sa compétence, de la conduite de la partie contre laquelle – et donc une fois que – la procédure a été déclenchée. L'exemple le plus topique est celui dans lequel la partie défenderesse ne soulève aucune exception préliminaire d'incompétence mais présente une défense au fond. Compte tenu du principe de disponibilité des moyens d'incompétence, le juge serait dans une situation de ce type logiquement amené à conclure que l'absence de contestation vaut acceptation tacite de sa compétence[174]. Ce faisant,

---

[171] Sentence du tribunal arbitral pour l'accord sur les dettes extérieures allemandes du 3 juillet 1958 rendue dans l'affaire *Confédération Helvétique c. R.F.A. (No. I)*, *I.L.R.*, vol. 25 (1958-I), pp. 33-70, spéc. p. 55 (notre traduction).

[172] C. Santulli, « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* », *A.F.D.I.*, 2002, pp. 257-280, spéc. p. 273.

[173] Voir *infra*, n° 98-99.

[174] Voir en ce sens, *Usine de Chorzów* (demande en indemnité), Allemagne c. Pologne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur le fond du 13 septembre 1928, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 17, pp. 4-65, spéc. pp. 31-40. Voir, par ailleurs, pour un exemple d'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice par des actes « séparés et successifs » formalisés par l'acte introductif de procédure, d'une part, et l'acceptation de cette procédure d'autre part, l'affaire du *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1948, *Rec.* 1948, pp. 15-30,

il tiendrait compte de la conduite de la partie défenderesse postérieure à l'acte introductif d'instance. Cette exception au principe de détermination de la compétence temporelle trouve son explication logique dans le caractère consensuel du pouvoir de juger. L'élément subjectif de la juridiction, c'est-à-dire le fait que les parties à l'instance aient effectivement consenti à son exercice au titre de leurs relations mutuelles, prendrait en quelque sorte le pas sur les conditions objectives de son appréciation qui supposent d'examiner l'existence du consentement à la date de l'acte introductif d'instance. C'est donc sous cette réserve qu'il y a lieu d'affirmer la valeur coutumière du principe de détermination de la compétence temporelle.

B. Consécration textuelle

50. Avec la régularité de ses occurrences dans les énoncés juridictionnels, la reprise dans les engagements juridictionnels de la solution qui consiste à apprécier la compétence au moment de l'acte introductif d'instance devrait logiquement permettre de justifier sa valeur coutumière. Il est en effet admis que « les règles spéciales sont souvent l'énonciation (…) de principes généraux » [175]. Dans le cas de la règle applicable au problème de compétence temporelle, le fait de parler de « consécration » textuelle renvoie toutefois à une réalité différente : d'abord parce que cette règle n'est énoncée, de manière explicite, qu'en de rares occasions dans les clauses juridictionnelles (1) ; ensuite et surtout, parce que c'est l'interprétation juridictionnelle des clauses qui serait véritablement significative de l'assise de la règle parmi celles formant le droit international processuel général (2).

1. Contenu des clauses attributives de compétence

51. A la lecture des clauses attributives de compétence, un constat s'impose : la confirmation textuelle de l'existence d'un principe relatif à l'application temporelle des règles de compétence est davantage le fruit d'une reconnaissance implicite que d'une consécration expresse et immédiate. Il arrive sans doute que l'on recense des références directes au fait de devoir apprécier la compétence à la date d'introduction de la procédure, le plus souvent au titre de l'absence de prise en compte des circonstances survenant *pendente lite*. L'article 45 § 5 de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux du 26

---

spéc. pp. 17, 28. Voir également sur le mécanisme de l'article 38 § 5 du Règlement de la Cour internationale de Justice institutionnalisant le *forum prorogatum*, *infra*, note n° 227.

[175] Voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 52.

septembre 1928 dispose ainsi que « nonobstant la dénonciation par l'une des parties contractantes impliquées dans un différend, toutes les procédures engagées au moment de l'expiration du terme de l'Acte général continueront jusqu'à leur achèvement normal ». On trouve, à quelques détails près, la même prescription dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale [176] ainsi que dans le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966[177]. Il est, par ailleurs, fréquent que les rédacteurs des traités de conciliation et d'arbitrage prennent la précaution de préciser que les procédures engagées à la date à laquelle le traité cesserait d'être en vigueur se poursuivent conformément à leurs dispositions[178].

52. C'est néanmoins le plus souvent en filigrane que la règle consistant à apprécier la compétence au jour du dépôt de la requête ou de la notification du compromis apparaît dans les énoncés des clauses attributives de compétence. Mention a déjà été faite, à l'occasion de l'évocation de l'affaire *Mavrommatis*, du cas où l'engagement juridictionnel limite la compétence au règlement des litiges qui viendraient à s'élever à l'avenir, et où cet engagement ne trouverait ainsi à s'appliquer qu'aux procédures introduites postérieurement à

---

[176] Article 127 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, *R.T.N.U.*, vol. 2187, pp. 3 et ss. : le retrait du Statut n'affecte pas « la poursuite de l'examen des affaires que la Cour avait déjà commencé à examiner avant la date à laquelle il a pris effet ». Comme le fait néanmoins remarquer le professeur Santulli, la disposition ne précise pas la date marquant le commencement de l'examen, et la question se trouvera ainsi posée ainsi de savoir si celui-ci débute dès la décision de la Chambre préliminaire de confirmer les charges sur lesquelles le Procureur entend se fonder pour requérir le renvoi en jugement, ou alors s'il débute au jour de « l'ouverture du procès » devant la Chambre de première instance, tel que le prévoit l'article 61 § 9 du Statut de Rome : C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 176-177. Voir également sur ce point, les observations de M. Schabas, l'auteur n'excluant pas que les « affaires » aient pu être soumises à la Cour, au sens de l'article 127, dès la date des premières démarches entreprises par le Procureur en vue d'obtenir l'autorisation par la Chambre préliminaire de l'ouverture d'une enquête : *The International Criminal Court* : *A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1205-1207, spéc. p. 1207.

[177] Article 12 § 2 du Protocole facultatif du 16 décembre 1966 se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques : **«** [l]a dénonciation n'entravera pas l'application des dispositions du présent Protocole à toute communication présentée en vertu de l'article 2 avant la date à laquelle la dénonciation prend effet ». Voir également, élaborée sur le même modèle, la disposition transitoire de l'article 31 § 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. On notera encore que la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 retient à son article 287 § 7 une solution identique au titre de la modification, de la révocation ou de l'expiration des déclarations par lesquelles les Etats parties désignent la juridiction compétente pour connaître des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention. L'article 3.11 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* annexé à l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'O.M.C. retient en définitive la même solution en prévoyant pour les « différends pour lesquels une demande de consultations au titre du GATT de 1947 ou de tout autre accord ayant précédé les accords visés a été présentée avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C., [que] les règles et procédures pertinentes de règlement des différends applicables immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C. resteront d'application ».

[178] Voir l'article 37 (4) du Traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire du 23 juin 1931 appliqué dans l'affaire relative à la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Belgique c. Bulgarie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. p. 80. On se référera également aux exemples cités par A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 107, note n° 1.

son entrée en vigueur[179]. La même conclusion peut être déduite de l'encadrement procédural du droit d'agir que certains textes aménagent en subordonnant la recevabilité de la demande à l'accomplissement de certaines formalités ou à l'écoulement d'un délai. Un tribunal arbitral a notamment pu qualifier de « formalité habilitante » l'obligation de consultation amiable préalable à toute réclamation[180]. Chaque fois que l'engagement juridictionnel contient une condition de ce type qui encadre l'exercice du droit d'action, on peut en déduire qu'il ne s'applique qu'aux requêtes postérieures à son entrée en vigueur.

Il peut encore être donné en exemple l'obligation faite dans la Convention CIRDI au Secrétaire général d'enregistrer la requête à moins que le différend, au vu des informations contenues dans la requête, excède manifestement la compétence du Centre. Cette obligation a été interprétée dans le Rapport des Administrateurs sur la Convention comme supposant l'existence du consentement des parties au jour du dépôt de ladite requête[181].

53. Il arrivera sans doute que la pertinence du principe de détermination de la compétence temporelle ressorte plus nettement du libellé des clauses de juridiction. Certaines formules sont, en effet, dénuées de toute ambiguïté sur l'application immédiate du titre juridictionnel aux nouvelles requêtes. On citera, parmi d'autres, celles qui prévoient que « les parties *soumettront* leur litige…», que « les différends *seront* soumis…», ou encore que « le tribunal *pourra* connaître des différends ou réclamations…». Certains tribunaux en ont tenu compte pour entériner le principe consistant à déterminer la compétence en considération du droit applicable au jour d'introduction de l'instance. Après avoir affirmé la vocation interne et internationale du principe dans l'affaire *Tradex Hellas,* le tribunal devait ainsi trouver une confirmation dans l'une des dispositions du traité bilatéral d'investissement invoqué au soutien de la requête d'arbitrage, qui prévoyait que les litiges relevant de l'application du texte « seront » soumis à l'arbitrage CIRDI[182]. On aurait sans doute pu considérer qu'au moment où se jouait le sort de l'action intentée par la société *Tradex Hellas,* le principe de détermination de la compétence temporelle bénéficiait déjà d'une reconnaissance pratique suffisante pour à l'arbitre permettre l'économie de ces considérations. Les hésitations concernant l'application du principe au cas d'espèce étaient toutefois à mettre sur le compte d'une clause de l'accord qui étendait le bénéfice du traitement garanti aux investissements

[179] Voir *supra*, n° 44.
[180] *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Republique du Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, décision sur la compétence du 10 mai 2002, § 130.
[181] Rapport des Administrateurs du 18 mars 1965, in *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Washington, ICSID éd., 1968, vol. III, pp. 850-866, spéc. p. 858, § 24.
[182] Sentence déjà citée *supra*, n° 47 ; traduction officieuse de M. Gaillard in *J.D.I.*, 2000, pp. 151-158, spéc. p. 154.

acquis avant la date de son entrée en vigueur, et ainsi, de manière plus générale, sur le compte de la recherche d'une disposition par laquelle les parties se seraient éventuellement entendues sur la façon dont la compétence *ratione temporis* devait être déterminée. Car effectivement, la seule manière pour les parties en litige d'écarter l'application du principe serait de convenir de l'application d'une autre règle. La compétence étant par principe disponible, les parties à la procédure ont toujours la possibilité de s'entendre sur la faculté des événements survenus postérieurement à la requête à établir la compétence du tribunal. Jamais néanmoins n'ont-elles prévu de faire de cette possibilité une règle contraignante. On ne recense, et c'est sans doute l'autre aspect marquant du contenu des clauses de juridiction, aucune formule ayant pour effet de contrecarrer l'application de la règle consistant à apprécier la compétence à la date de communication de la demande. Les « doutes » exprimés par la Cour permanente vis-à-vis de la règle qu'elle énonçait dans l'affaire *Mavrommatis* semblaient précisément n'en laisser aucun sur son caractère supplétif, c'est-à-dire sur sa vocation à s'appliquer uniquement en l'absence d'indication contraire. En aucune occasion, toutefois, les parties n'avaient souhaité décaler la date de détermination de la compétence à celle du jugement, ni à une quelconque autre étape de la procédure.

54. Il faut cependant faire remarquer qu'une impression différente pourrait se dégager à la lecture de certains engagements juridictionnels qui font référence à la date d'introduction des réclamations. Une telle indication est, on l'a dit, susceptible de déterminer le champ de compétence du tribunal[183]. Aussi pourrait-on, à l'image des précédentes observations, trouver des indications sur la date à laquelle il convient d'apprécier la compétence, et peut-être même une exception à la règle consistant à figer l'appréciation à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance, lorsque la compétence s'étend *ratione materiae* aux réclamations introduites avant que la clause de juridiction n'ait pris effet. Cette dernière solution est, en vérité, la plus fréquemment utilisée dans le cas d'un renouvellement ou d'une extension de la durée des pouvoirs arbitraux, lorsque toutes les réclamations soumises au tribunal n'ont pas été adjugées dans le délai initialement imparti[184]. L'organe nouvellement créé ou confirmé

[183] Voir *supra*, n° 44, 52.

[184] Les exemples sont nombreux. Voir par exemple le cas de la Convention du 16 août 1927 venue étendre de deux ans la durée de fonctionnement de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique instituée par la Convention du 8 septembre 1923 : « *[t]he High Contracting Parties agree that the term assigned by Article VI of the Convention of September 8, 1923, for the hearing, examination and decision of claims for loss or damage accruing prior to September 8, 1923, shall be and the same hereby is extended for a time not exceeding two years from August 30, 1927 (...) ; and that during such extended term, the Commission shall also be bound to hear, examine and decide all claims for loss or damage accruing between September 8, 1923, and August 30, 1927, inclusive*, and filed with the Commission not later than August 30, 1927 » (nous soulignons), *R.S.A.*, vol. IV, pp. 325-326, spéc. p. 325.

dans ses pouvoirs peut ainsi se voir confier l'examen et le règlement de réclamations introduites à une époque où la base nouvelle de compétence n'existait pas encore. Ce type de dispositions transitoires ne vise pas en définitive à modifier la date à laquelle la compétence doit être déterminée[185]. En effet, la date à laquelle la requête a été introduite ne serait, pour l'organe agissant sur la base du nouvel acte, qu'un facteur d'identification du domaine matériel de compétence qu'il s'est vu attribuer, c'est-à-dire de la catégorie de demandes dont il peut légalement procéder à l'examen. Ces dispositions transitoires n'entament ainsi, en rien, la valeur du principe de détermination de la compétence à la date de l'acte introductif d'instance.

2. Interprétation des clauses attributives de compétence

55. Au vu des remarques précédentes, il semble *a priori* difficile de dissocier le contenu des clauses attributives de l'interprétation qui en est faite, aux fins de conforter la manière généralement admise de procéder à la détermination de la compétence temporelle. Il n'a d'ailleurs jusque là pas été question de distinguer les clauses susceptibles de renseigner la compétence temporelle de la juridiction de la manière dont il en serait fait lecture. L'intérêt de consacrer un développement autonome à l'observation du travail de l'interprète se justifie cependant en considération de ce que ce travail serait, en lui-même, révélateur du rayonnement du principe intertemporel attaché à la compétence des juridictions internationales. Un exemple concret permet d'en rendre compte. Les clauses juridictionnelles dont il s'agit figurent dans une série de traités bilatéraux de protection des investissements conclus par l'Espagne. Ces clauses ont pour particularité d'exclure de la compétence du juge chargé d'appliquer le traité, les « différends ou réclamations » antérieurs à la date de son entrée en vigueur[186]. La question s'est légitimement posée, dans plusieurs affaires, de déterminer le lien logique unissant réclamation, différend et compétence, cette dernière pouvant, selon l'interprétation retenue, être exercée en référence à la date à laquelle le différend aurait surgi, et, alternativement, à la date à laquelle la *cause* de la réclamation se

[185] Dans la Convention du 16 août 1927 prise en exemple à la note précédente, il était d'ailleurs indiqué : « *[i]t is agreed that nothing contained in this Article shall in any wise alter or extend the time originally fixed in the said Convention of September 8, 1923, for the presentation of claims to the Commission, or confer upon the Commission any jurisdiction over any claim for loss or damage accruing subsequent to August 30, 1927* », *R.S.A.*, vol. IV, p. 326.

[186] La traduction anglaise de la formule originale espagnole « *'controversia' y 'reclamación'* » figurant notamment dans le T.B.I. conclu par l'Espagne avec le Chili le 2 octobre 1991 (art. 2 § 3) est donnée dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000, *I.L.R.*, vol. 124, pp. 9-35, spéc. p. 33, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 396-418, spéc. p. 417, § 91: « *[h]owever, this agreement shall not apply to disputes or claims originating before its entry into force* ».

serait constituée (c'est-à-dire à la date de réalisation des faits litigieux), ou bien alors s'étendre uniquement aux différends nés et portés à la connaissance du juge postérieurement à la date d'entrée en force du traité, la « réclamation » étant, dans ce dernier cas, tenue pour synonyme de « requête ».

Dans l'affaire *Maffezini*, le gouvernement espagnol, défendeur à l'instance, avait fort opportunément favorisé la première interprétation en vue d'exciper de l'incompétence temporelle du tribunal sur le fondement de la date de survenance des faits portés en litige, et non sur celle, postérieure, de naissance du différend. Le tribunal allait toutefois opter pour la seconde version, et considérer devoir déterminer l'étendue de sa compétence en considération de la date de cristallisation du différend. Quant à la signification à attribuer à la référence faite, dans la clause de juridiction, à la date des *réclamations*, le tribunal ne tardait pas à s'en expliquer, observant qu'un différend pourrait fort bien surgir et ne pas coïncider avec la date à laquelle il serait porté à la connaissance du juge[187]. Telle qu'elle apparaissait dans la clause, la « réclamation » était ainsi assimilée à la requête d'arbitrage. Aussi pourrait-on présenter cette solution en estimant que le tribunal arbitral était parvenu, dans cette affaire, à déceler dans la clause juridictionnelle le rappel du principe général de détermination de la compétence temporelle, témoignant déjà en cela de sa notoriété dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. Une autre façon d'analyser le raisonnement tenu dans cette affaire, et c'est celle qu'on retiendra en dernière analyse, consisterait plutôt à dire que le tribunal avait pris pour point de départ le principe en cause dont l'applicabilité ne pouvait être tenue pour litigieuse, en vue de donner sens à une formule qui, selon toute vraisemblance, concernait le domaine temporel de sa compétence et qui, par sa rédaction hasardeuse, devait témoigner de l'intention des Etats d'embrasser l'ensemble des moyens susceptibles de limiter la portée de l'obligation juridictionnelle[188].

---

[187] Décision *Maffezini* précitée, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 418, § 97.

[188] La solution donnée par le tribunal dans l'affaire *Maffezini* au sujet de la disposition conventionnelle n'a jamais été démentie. Les tribunaux ayant eu depuis à appliquer la même clause ont toutefois justifié la nécessité de distinguer les termes de « différends » et de « réclamations » en se fondant sur l'effet utile de ladite clause : voir ici les affaires *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. République du Chili*, ICSID Case No.ARB/04/7, sentence arbitrale du 21 août 2007, § 240 ; *Victor Pey Casado & Presidente Allende Foundation c. République du Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du tribunal CIRDI du 8 mai 2008, § 435. Seule cependant la seconde affaire confirme expressément la solution retenue par le tribunal dans l'affaire *Maffezini*, l'arbitre prenant acte de l'accord des parties sur le fait de considérer le terme « réclamations » comme faisant référence à la date d'introduction de la demande (§ 436 et note n° 353 de la sentence). Dans la première affaire, l'arbitre n'avait, en définitive, pas jugé utile d'éclaircir ce point car la difficulté tenant à sa compétence temporelle ne portait pas tant sur la date de cristallisation de l'opposition entre les parties en litige, ni même sur la date des événements litigieux qui s'en trouvaient à l'origine, que sur la question de savoir si le différend présenté comme postérieur par la partie demanderesse était, oui ou non, la simple continuation d'un précédent conflit avec le défendeur : voir sur cette affaire, *infra*, n° 487.

56. Au demeurant, et en définitive, les clauses juridictionnelles témoignent de l'autorité du principe énoncé dans l'affaire *Mavrommatis* : d'abord par l'intention de leurs rédacteurs de ne pas y déroger, ensuite par l'interprétation retenue par l'organe chargé d'appliquer ces clauses. Les textes n'ont toutefois qu'une vocation purement déclarative : celle de confirmer l'existence d'un principe général qui a été dégagé par les juridictions internationales en l'absence d'indications concernant la date à laquelle il conviendrait d'apprécier leur compétence[189].

Le contenu du principe de détermination de la compétence temporelle étant exposé, et sa portée établie, il s'agit désormais d'envisager le « choix » de la date d'introduction des instances d'un point de vue plus critique, et de s'efforcer d'en dégager la singularité en restituant les solutions que commandent, en temps normal, les règles de droit transitoire.

SECTION 2 / ANALYSE THEORIQUE : LA SINGULARITE DE LA SOLUTION RETENUE EN APPLICATION DU PRINCIPE DE DETERMINATION DE LA COMPETENCE TEMPORELLE

57. L'analyse théorique de la solution retenue par les juridictions internationales au titre de leur compétence temporelle a pour objet d'en donner une explication rationnelle. La recherche d'une telle explication nécessite, en toute logique, de considérer la solution à l'aune des règles habituellement mises en œuvre pour résoudre les problèmes d'applicabilité des actes dans le temps. Ces techniques de règlement des conflits de lois dans le temps, telles qu'elles ont été notamment élaborées en droit interne, ont pour objet de déterminer laquelle des deux règles successives est applicable à une situation concrète. Le schéma classique auquel renvoie le droit intertemporel consiste à identifier le fait concret visé par les règles en conflit. Ce fait concret est celui dont les règles assortissent la survenance d'effets de droit. Une fois ce fait identifié, il s'agit d'établir la date à laquelle il s'est produit, et de rapporter cette date à la période d'applicabilité des deux règles en conflit pour déterminer celle qui, seule, a vocation à le régir. Comme l'indique le professeur Petit, c'est effectivement « à la

[189] Le constat du caractère purement déclaratif de la règle énoncée dans certains accords internationaux avait déjà été établi par M. Sauser-Hall, agent du gouvernement liechtensteinois dans l'affaire *Nottebohm*, au soutien du maintien des procédures engagées avant l'expiration de l'engagement juridictionnel : *C.I.J. Mémoires, Nottebohm*, vol. II, p. 25.

date des faits auxquels les règles imputent des conséquences de droit que le juge s'attache pour fixer le champ d'application dans le temps de ces dernières »[190].

58. Le recours à cette analyse dite « structurale » des règles s'est généralisé, depuis une époque récente, aussi bien en droit interne[191] qu'en droit international[192], pour dénouer les conflits nés de la succession des règles dans le temps. Le principe selon lequel la compétence s'apprécie à la date de l'acte introductif d'instance devrait ainsi logiquement trouver son explication en référence à l'objet de la règle attributive de compétence. Tel n'est pourtant pas le cas. En effet, comme il a été indiqué précédemment, une règle qui attribue compétence à un organe a pour objet d'habiliter celui-ci à rendre un acte. La date à laquelle se concrétisent les effets de l'engagement juridictionnel *devrait* ainsi logiquement être celle à laquelle l'organe est appelé à exercer son pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire la date à laquelle cet organe tranche le différend entre les parties, et non, comme c'est le cas en pratique, la date à laquelle le différend lui a été soumis. Ce constat rend compte de l'originalité de la solution retenue par les juridictions internationales. Le principe de détermination de la compétence temporelle ne peut, en effet, trouver d'explication dans le droit transitoire de droit commun, dans la mesure où il conduit à établir une distinction entre le moment auquel s'apprécie la compétence, et le moment auquel celle-ci se trouve concrètement mise en œuvre (§ 1). Originale, la solution retenue par les juridictions internationales l'est encore davantage si l'on s'attache, dans un deuxième mouvement, à identifier les conséquences juridiques propres à l'acte juridique de saisine qui, en tout état de cause, ne se rapportent pas à la compétence du tribunal (§ 2).

---

[190] J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 216.

[191] Voir, à titre principal, l'ouvrage de J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1996, dans lequel l'auteur reprend et développe une méthode déjà exposée *in* « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *op. cit.*, *passim*. Voir encore E.-L. Bach, « Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps », *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1969, pp. 405-468 ; P.-A. Côté, « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », *La revue du barreau canadien*, 1989, pp. 60-93. Pour le droit public, on se référera à la thèse du professeur Jacques Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, déjà citée. La réflexion sur ces questions a également été largement enrichie par la thèse du professeur Pierre Mayer sur *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.

[192] S'agissant du droit international, on en trouve la première formulation dans les travaux de M. Sørensen (« Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, rapport provisoire pp. 1-47, et rapport définitif pp. 85-98) et dans la Résolution de Wiesbaden adoptée par l'Institut de droit international au cours de l'été 1975 (*ibid.*, pp. 536 et ss.). Voir également sur ces travaux, *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 968-971.

§ 1 - LA DISTINCTION ENTRE LA DATE A LAQUELLE S'APPRECIE ET LA DATE A LAQUELLE S'EXERCE LA COMPETENCE

59. La solution retenue par l'ensemble des juridictions internationales, qui les conduit à évaluer leur compétence à la date de l'acte introductif d'instance, a pour première et principale curiosité de n'attribuer aucune pertinence à la date à laquelle ces juridictions feront effectivement usage de cette compétence en exerçant leur pouvoir juridictionnel. Un tribunal est, certes, toujours appelé à apprécier sa compétence avant de l'exercer. En ce sens, la détermination d'une aptitude quelconque précède, en tout état de cause, la phase durant laquelle elle pourra être mise en œuvre par son titulaire. Le fait pour les juridictions internationales de retenir pour « date critique » le jour de l'acte introductif d'instance, et non la date à laquelle elles seraient appelées à statuer, ne trouve toutefois aucune explication logique si l'on s'en tient à une analyse structurale des règles de compétence, et ainsi à la manière dont ces règles sont énoncées (A). La prise en considération du régime temporel d'application des règles internationales relatives au pouvoir juridictionnel à proprement parler, ainsi que celui des lois de compétence du droit interne étatique, ne fait, d'ailleurs, que confirmer le particularisme de cette solution (B).

A. Une solution sans lien avec l'énoncé des règles de compétence

60. La méthode classique de résolution des conflits de règles dans le temps, consiste, comme il a été indiqué précédemment, à déterminer les faits concrets envisagés par la règle dont on cherche à établir l'applicabilité *ratione temporis*. Il s'agit effectivement, dans un premier temps, de s'assurer de « l'accomplissement du fait ou des faits qui réalisent le présupposé de la règle »[193]. Pour en donner un exemple, la règle qui vient interdire la commercialisation d'un produit en raison des risques que ses utilisateurs encourent a pour présupposé la vente du produit en cause[194]. La deuxième étape consiste à déterminer si « le ou les faits qui réalisent le présupposé se sont accomplis à un moment où la règle de droit pouvait leur être applicable »[195]. A cette occasion, on estimera notamment que si ces faits sont

[193] P.-A. Côté, « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », *op. cit.*, p. 69.
[194] L'exemple est emprunté à J. Héron : *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 5.
[195] P.-A. Côté, « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », *op. cit.*, p. 69.

survenus avant l'entrée en vigueur[196] de la règle, alors celle-ci ne peut leur attacher aucun effet sous peine de *rétroagir*, c'est-à-dire de remettre en cause une *situation constituée* en attribuant une nouvelle signification à l'effet attribué à ces faits par le droit sous l'empire duquel ils s'étaient réalisés. Dans la situation prise en exemple, il s'agira ainsi de déterminer si la vente du produit dangereux a été conclue avant ou après la date à laquelle la règle d'interdiction a été édictée. Dans le cas ou la vente précède cette date, elle ne pourra être entachée de nullité du fait de l'édiction de l'interdiction, à moins que celle-ci ne rétroagisse.

61. L'identification des faits qui réalisent le présupposé (ou hypothèse)[197] de la règle va ainsi conduire à déterminer son *objet*, c'est-à-dire les conduites que cette règle régit[198]. C'est ainsi en référence à l'énoncé de la règle que l'on identifiera la date à laquelle elle est vouée à s'appliquer. A la façon dont les juridictions internationales font application *ratione temporis* des règles qui leur attribuent compétence, on serait tenté de conclure, au sujet de ces règles, que le fait concret qu'elles envisagent est l'acte par lequel les parties portent leur demande en justice. Or, cette conclusion ne se vérifie pas, du moins pas systématiquement, à la lecture des énoncés des règles attributives de compétence. Il faut d'abord admettre que l'acte consistant à saisir le juge d'une demande pourrait effectivement, dans certains cas, s'apparenter au « fait » juridique envisagé par la règle de compétence. Les formules déjà aperçues du type « les parties pourront saisir la juridiction » ou « faire connaître telle demande », illustrent cette première figure sous laquelle la règle de compétence est exprimée, et qui ferait dire qu'elle habilite les parties à agir en justice. Peut être donné en illustration l'article IX § 2 de l'accord bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, conclu entre le Canada et la Russie le 20 novembre 1989, qui dispose que si

---

[196] Il convient toutefois de faire observer que la notion d'entrée en vigueur n'exprime en elle-même aucune temporalité ; on pourrait ainsi parler aussi bien d'« entrée en vigueur immédiate » que d'« entrée en vigueur rétroactive ». Evoquer ainsi la date d'entrée en vigueur pour désigner un *punctum temporis* avant lequel une norme ne peut déployer ses effets sous peine de rétroagir ne fait sens, à moins de considérer que la date d'entrée en vigueur coïncide avec celle à compter de laquelle la norme était devenue observable : sur ces différentes notions, voir *infra*, n° 106, 114, 254.

[197] L'analyse structurale des normes, comme son nom l'indique, se fonde sur la structure logique des règles de droit : n'importe quelle *règle*, c'est-à-dire n'importe quelle norme abstraite et hypothétique, se caractérise effectivement par sa structure. Dans ce type de normes existe, comme l'indique Jacques Héron, « une relation permanente entre un présupposé (ou hypothèse) et un effet juridique : si tel fait envisagé abstraitement se réalise, il en résulte (…) telle conséquence de droit » : J. Héron, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *op. cit.*, p. 279.

[198] L'expression « objet de la norme » est utilisée pour désigner spécifiquement le comportement qui fait l'objet de la prescription ou de l'habilitation : voir en ce sens H. Kelsen, *Théorie générale des* normes, *op. cit.*, pp. 115-117, spéc. p. 115. Voir également D. Alland, J. Combacau, « 'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *N.Y.I.L.*, 1985, pp. 89-93., spéc. p. 89 ; J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181-204, spéc. p. 182 ; M. Sørensen, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, p. 34, § 36, et p. 44, § 47.

le différend entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante « n'a pu être réglé à l'amiable dans un délai de six mois à compter du moment où il a été soulevé, il pourra *être soumis* par l'investisseur à l'arbitrage »[199].

62. L'habilitation des justiciables à agir ne peut néanmoins être comprise sans l'activité juridictionnelle en quoi elle se concrétise. C'est précisément par la prise en compte de cette activité que s'identifie le deuxième modèle de clause juridictionnelle, la règle étant cette fois énoncée sous la forme : « le juge examinera des demandes portant sur telle matière ou relatives à tel texte » ou encore « connaîtra des différends survenus à compter de telle date ». A titre d'exemple, l'article premier du Protocole du 7 mars 1903 instituant la Commission mixte des réclamations Belgique/Venezuela prévoyait que « *[a]ll Belgian claims against the Republic of Venezuela which have not been settled by diplomatic agreement or by arbitration between the two Governments, and which shall have been presented to the Commission (...) shall* be examined and decided *by a Mixed Commission (...)* »[200]. Ce type d'énoncés indique que l'effet de droit envisagé par la règle attributive de compétence est irréductible à la faculté de soumettre une prétention : à la compétence est attachée une autre conséquence juridique qui consistera, pour le juge, à statuer sur la prétention qui lui a été soumise.

63. Ces observations appellent deux remarques conclusives :

– compte tenu de la diversité de formules retenues pour exprimer l'attribution de compétence et la délimitation de son domaine, on ne s'explique pas la régularité avec laquelle les tribunaux font application du principe de détermination de compétence temporelle et estiment devoir apprécier leur faculté à connaître d'une requête à la date à laquelle elle leur a été communiquée.

– de manière plus générale, la prise en compte de l'objet des règles de compétence aurait logiquement dû aboutir à retenir comme « date critique », celle à laquelle la juridiction est appelée à *exercer* sa compétence. Et il ne semble pas qu'une telle interprétation de la règle

---

[199] Nous soulignons ; texte de l'Accord consulté le 10 mars 2011 à l'adresse http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch____779.aspx. Ce type d'énoncés est fréquent. Ainsi, l'article 83 du Traité de paix avec l'Italie signé à Paris le 10 février 1947, prévoyait déjà que « [t]ous les différends qui pourront s'élever à propos de l'application des articles 75 et 78 (…) du présent Traité, *seront soumis* à une commission de conciliation, composée d'un représentant du gouvernement de la Nation Unie intéressée et d'un représentant du gouvernement italien (…) » (*R.S.A.*, vol. XIII, p. 1; nous soulignons).

[200] *R.S.A.*, vol. IX, p. 321.

de compétence puisse être tenue pour justiciable de la remarque du professeur Bach qui, tentant de guider l'interprète, signale que « le problème de l'application des lois dans le temps doit être rapporté (…) à la conduite, aux actes des personnes à qui les normes sont appliquées et non à l'activité des autorités par qui ces normes sont appliquées »[201]. En effet, contrairement à la plupart des règles substantielles qui ne font pas référence à l'activité juridictionnelle, c'est le propre d'une loi de compétence de régir un rapport de procédure entre les parties litigantes, d'une part, et entre celles-ci et le juge, d'autre part, rapport que la saisine, pour paraphraser le professeur Abi-Saab, n'aura fait qu'établir, et dans le cadre duquel l'organe juridictionnel serait conduit à exercer ses pouvoirs[202].

B. Une solution sans lien avec le domaine d'intervention des règles attributives de compétence

64. La référence aux techniques usuelles de résolution des problèmes d'application des règles dans le temps a permis de mentionner le particularisme de la solution retenue par le contentieux international, s'agissant de la compétence temporelle. Une autre manière de mettre en évidence la singularité du choix de la date de l'acte introductif d'instance pour la détermination de la compétence, en lieu et place de la date à laquelle la juridiction statue, consisterait à se référer au régime temporel d'autres règles qui se rapportent à l'activité juridictionnelle. Deux exemples peuvent être pris en illustration : celui, d'abord, des règles internationales relatives au *pouvoir* juridictionnel à proprement parler qui, comme on va être conduit à l'illustrer, s'appliquent à la date à laquelle il est fait exercice de ce pouvoir (1). Le deuxième exemple qui permet de mettre en évidence l'originalité du principe de détermination de la compétence temporelle, est celui des règles attributives de compétence du droit interne dont l'applicabilité se trouve, de la même façon, appréciée à la date à laquelle les tribunaux statuent (2).

[201] E.-L. Bach, « Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps », *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1969, pp. 405-468, spéc. p. 424. Le doyen Roubier fait également part de la même recommandation au titre de l'application dans le temps des lois de fond, jugeant devoir « exclure cette idée que la loi de fond ne s'applique que par l'intermédiaire du juge » : P. Roubier, « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. 2, pp. 513-537, spéc. p. 515.
[202] G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, pp. 49-50.

1. Le régime d'application temporel des règles attributives de pouvoir juridictionnel

65. Méconnue, parfois même confondue avec la compétence temporelle, la question de l'existence du pouvoir juridictionnel *ratione temporis* reçoit une solution qui l'en distingue. La question de savoir, pour le tribunal, s'il dispose de la « juridiction » pour trancher un litige ne saurait effectivement être posée à un moment autre que celui où ce tribunal est conduit à en faire exercice. Il convient, pour illustrer cette règle, de prendre un exemple concret. Considérons ainsi les hypothèses, parfois envisagées à tort comme des cas d'*incompétence* temporelle[203], dans lesquelles un arbitre aurait statué en dehors de la période durant laquelle il était investi de son pouvoir par le compromis d'arbitrage, ou aurait rendu sa sentence après l'expiration du compromis d'arbitrage lui-même. Il ne fait pas de doute qu'un problème de pouvoir trouverait à se poser dans chacune de ces situations, si l'on estime qu'il doit être détenu au jour du prononcé du jugement. Quant à la compétence arbitrale, elle ne serait pas nécessairement mise en cause puisqu'elle dépendrait uniquement de l'opposabilité du compromis d'arbitrage à la date à laquelle la procédure avait été déclenchée. Ce régime dissocié devrait ainsi aboutir à identifier des situations dans lesquelles l'organe était compétent à la date de la requête d'arbitrage, mais ne disposait plus de la qualité d'arbitre le jour venu de trancher le litige[204].

66. Le cas de figure a trouvé à se produire dans la lointaine jurisprudence de la Commission mixte de Washington instituée par le Traité du 11 avril 1839 relatif au règlement des réclamations de citoyens américains contre le gouvernement mexicain[205]. Conformément aux termes du traité, la Commission était composée de deux membres nommés par le Président des Etats-Unis et d'autant désignés par le Président de la République mexicaine. Il était, par ailleurs, convenu que leurs éventuelles divergences de vues à l'égard du bien-fondé des réclamations seraient tranchées par un surarbitre nommé par le Roi de Prusse et agissant en son nom. Le renvoi de la question litigieuse au surarbitre était toutefois encadré dans le temps, la Commission ayant pour charge de terminer ses travaux dans un délai de dix mois à compter de sa première réunion. Or, dans une série d'affaires, notamment celles de l'*Oriente* et de l'*Eclipse*, les commissaires n'allaient pas parvenir à trouver une position commune sur

[203] P. Lalive, « Questions actuelles concernant l'arbitrage international », Cours de l'I.H.E.I., 1959-1960, fascicule II, pp. 89-196., spéc. pp. 144-145.

[204] H. Motulsky avait envisagé ces deux hypothèses, et estimé qu'elles revenaient à identifier la même situation dans la mesure où l'arbitre, dans les deux cas, n'agirait pas simplement en dehors de sa sphère de compétence mais également sans la qualité même de juge : *Ecrits. 2, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, spéc. pp. 189 et ss.

[205] A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1957, 2ème éd., tome I (1798-1855), pp. 439 et ss, spéc. pp. 447-449 pour le texte du traité du 11 avril 1839.

la question mise en litige, et ils la transmirent au surarbitre quelques jours seulement avant l'expiration des pouvoirs de la Commission[206]. Le surarbitre allait alors estimer devoir retourner la réclamation sans même avoir pris le soin de l'apprécier, invoquant notamment la date de son introduction qu'il jugeait trop tardive pour lui permettre d'accomplir sa tâche. Mais si, effectivement, le résultat final, c'est-à-dire le défaut de jugement, devait sans nul doute être mis sur le compte d'un trop faible écart de temps entre la présentation de la demande et l'expiration du délai de dix mois qui, selon le surarbitre, encadrait tout autant ses pouvoirs que ceux des commissaires, la requête avait tout de même été introduite bien avant le *dies ad quem* du délai et, de surcroît, sur le fondement d'un compromis d'arbitrage bel et bien en vigueur. Le motif du renoncement à adjuger la réclamation ne pouvait ainsi concerner la compétence ; il n'en avait d'ailleurs, à aucun moment, été question. Bien au contraire, le renvoi de l'affaire sans jugement ne devait tenir qu'au défaut de pouvoir qui se serait, le cas échéant, manifesté au jour du prononcé de la sentence.

67. Par ces affaires, les bases d'une solution propre à la détermination du pouvoir dans le temps étaient ainsi jetées avant même que la manière d'apprécier la compétence temporelle n'ait été explicitée dans l'affaire *Mavrommatis*[207]. La mise en œuvre des principes applicables à la compétence et au pouvoir supposerait donc que l'on détermine, pour chaque hypothèse, si la question du rapport de l'acte au temps se trouve posée au sujet de l'attribution même de la juridiction, ou bien de la reconnaissance de la faculté de l'exercer[208]. La distinction est bien subtile s'agissant d'un compromis d'arbitrage qui règle, tout à la fois, la question de l'attribution de la compétence et du pouvoir. Elle apparaît sans doute plus nettement dans des situations où elle aura été formalisée par l'adoption d'actes successifs. C'est en considération de cette pluralité d'engagements que le juge Daxner avait, à l'occasion de l'affaire du *Détroit*

---

[206] *Ibid.*, pp. 481-482. Le cas de figure avait déjà pu se produire au titre d'autres réclamations : *ibid.*, pp. 457-458.

[207] La nécessaire applicabilité du traité d'arbitrage à la date à laquelle l'arbitre avait accepté sa fonction et, *a fortiori*, au jour où il avait rendu sa décision sera également envisagée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (Honduras c. Nicaragua) mais sans finalement qu'elle ne trouve à être discutée en tant que principe applicable au pouvoir *ratione temporis*. La Cour se bornera dans cette affaire à juger mal fondée l'allégation de nullité de la sentence arbitrale en considération de la date à laquelle le traité avait effectivement expiré, c'est-à-dire un jour *après* le rendu de la sentence, ainsi qu'en considération de l'attitude manifestée par les parties à l'égard de la procédure : arrêt de la Cour du 18 novembre 1960, *Rec.* 1960, pp. 192-218, spéc. pp. 207-209. La nécessité de détenir le pouvoir à la date de son exercice avait toutefois été mise en exergue durant la phase écrite de l'affaire : voir sur ce point le contre-mémoire nicaraguayen, *C.I.J. Mémoires, Affaire de la sentence rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, vol. I, p. 165, § 85.

[208] Cette distinction était établie par la Cour dans l'affaire *Nottebohm*. Elle y opposait ce que le gouvernement défendeur évoquait par l'expression d'« administration de la justice », c'est-à-dire la « juridiction », à la saisine qui, pour sa part, était associée à la compétence (*Rec.* 1953, p. 122). La nécessité de distinguer saisine et compétence en tant qu'institutions juridiques autonomes (voir *infra*, n° 72-78) justifie, toutefois, qu'on distingue plutôt entre attribution de la juridiction, d'une part, et reconnaissance de la faculté de l'exercer, d'autre part.

de Corfou, exposé les deux acceptions possibles de la « juridiction » de la Cour internationale de Justice ; il convenait, selon lui, de distinguer l'effet de l'adhésion au Statut qui revient à reconnaître la Cour « en tant qu'organe institué pour 'dire le droit'», de la conséquence attachée aux actes pris ultérieurement, en conformité avec l'article 36 du Statut, et dont l'objet vise à « conférer une compétence obligatoire pour connaître une question concrète en litige »[209]. A la lecture de son Statut, c'est-à-dire comme l'indique le professeur Combacau, d'un « ensemble de règles qui sont objectivement opposables [aux parties] et non [de] règles posées par elles pour valoir entre elles seules »[210], on peut effectivement dire de la Cour internationale de Justice qu'elle est une juridiction, c'est-à-dire un organe doté des attributs pour trancher un litige en application du droit par une décision obligatoire. Si cette qualité s'impose à tous les Etats signataires du Statut, un engagement supplémentaire sera néanmoins nécessaire pour que ces derniers reconnaissent l'exercice de ce pouvoir au titre de leurs relations juridiques, que cette acceptation soit d'ailleurs implicite ou expresse. Cette répartition fonctionnelle des différents instruments caractérise le mode judiciaire de règlement des litiges qui supposerait le plus souvent un acte primitif instituant l'organe et lui attribuant sa fonction, et des actes additionnels qui concrétisent cette fonction en en autorisant l'exercice pour un ou plusieurs cas donnés[211]. Au titre du facteur temps, on serait ainsi tenté de conclure que la reconnaissance de la faculté d'exercer le pouvoir juridictionnel doit être contemporaine de la date à laquelle l'organe s'est trouvé saisi d'une demande, mais que l'opposabilité de sa qualité même de juridiction, c'est-à-dire la participation des parties concernées à son acte institutif, devra avoir été maintenue jusqu'au jour du prononcé du jugement.

Il sera néanmoins rare qu'une telle distinction demande à être établie dans le cadre de la procédure judiciaire, c'est-à-dire là où elle serait finalement susceptible d'apparaître avec le

---

[209] Opinion dissidente du juge Daxner sous l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1948, *Rec*. 1948, pp. 33-45, spéc. pp. 39-40. La Cour aura l'occasion de confirmer ces vues dans l'affaire *Nottebohm* : arrêt sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 1953 déjà cité, *Rec.* 1953, pp. 111-125, spéc. p. 122 ; pour une appréciation de cet aspect du règlement de l'affaire, voir J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 250. Voir par ailleurs, pour une critique de la présentation retenue par le juge Daxner dans son opinion dissidente, Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, 2003, p. 81.

[210] J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 574.

[211] Cette distinction est reprise dans la définition du terme « *jurisdiction* » donnée par l'Encyclopédie de droit international publiée sous les auspices de l'Institut Max Planck, même si elle est présentée comme ne pouvant, à elle seule, identifier le mode judiciaire de règlements des litiges (R. Bernhardt, R. L. Bindschedler (dir.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, Elsevier, 1997, vol. 3, p. 49). Les auteurs citent notamment le cas de la Cour de Justice de l'Union européenne qui, pour la très grande majorité des textes dont elle peut faire application, dispose d'une juridiction obligatoire qui ne nécessite pas d'engagement supplémentaire à l'égard de sa compétence (*ibid.*, pp. 49-50). On pourrait également faire mention du système institué par le Protocole n° 11 dans lequel l'acceptation des pouvoirs de la Cour européenne des droits de l'homme et l'exercice de sa compétence pour les réclamations survenues au titre de l'application de la Convention, procède de la seule ratification de cette dernière (voir *infra*, n° 137, 222).

plus d'éclat : d'abord parce que la partie défenderesse aura pour premier réflexe de modifier et/ou contester la validité du lien juridictionnel qui l'unit à la partie adverse, non à remettre en cause la reconnaissance, le plus souvent multilatérale, de la qualité même de l'organe devant lequel elle est attraite[212]. Ensuite, parce qu'il arriverait, même s'agissant des organes judiciaires, que le pouvoir et la compétence tirent leur origine non plus de deux mais d'un acte unique qui, à l'image du compromis d'arbitrage, instituerait l'organe juridictionnel et fixerait sa procédure et sa compétence. A considérer qu'on trouve alors dans l'acte institutif une disposition du type de celles fréquemment introduites dans les compromis d'arbitrage qui prescrivent la poursuite de l'examen des affaires après sa modification ou sa dénonciation[213], nul doute que la précaution devrait également « couvrir » le pouvoir de juger, la garantie apportée sur le versant de la compétence prenant le pas sur la distinction à établir avec le pouvoir[214]. Quoi qu'il en soit, cette dernière remarque ne conduit pas à remettre en cause l'affirmation suivant laquelle le principe applicable à la compétence *ratione temporis* lui demeure propre, la « juridiction » étant, pour sa part, appréciée à la date à laquelle il en est fait exercice.

---

[212] Sur la question de la dénonciation du Statut de la Cour internationale de Justice, voir H. Kelsen, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londres, Stevens, 1950, pp. 130-135 ; du même auteur : « Du droit de se retirer de l'Organisation des Nations Unies », *R.G.D.I.P.*, 1948, pp. 5-19, spéc. pp. 17-19 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, pp. 623-628. La question est également susceptible de se poser, dans le système onusien, en cas de déchéance de la qualité de membre des Nations Unies qui, en lien avec l'article 93 § 1 de la Charte des Nations Unies relatif à l'admission au sein de l'Organisation, ferait cesser la participation de l'Etat au Statut de la Cour : *ibid.*, pp. 624-625.

[213] Voir *supra*, note n° 178.

[214] L'hypothèse s'est produite dans les affaires grecques soumises à la Commission européenne des droits de l'homme (*Danemark, Norvège et Suède c. Grèce*, req. n° 4448/70, décision finale du 16 juillet 1970, *Rec. Déc.*, vol. 34, pp. 70-75, *Ann.*, vol. 13, 1970, pp. 123-137), la prise d'effet de la dénonciation de la Convention étant antérieure d'une quinzaine de jour à la décision de la Commission. Celle-ci avait établi sa compétence au titre des faits produits avant cette date mais après la notification de la décision grecque de dénoncer, en se fondant sur l'ex-article 65 § 2 de la Convention qui ne concerne pas à proprement parler la compétence temporelle mais prévoit que la dénonciation n'a pas pour effet de délier son auteur « des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet » (texte original de la Convention consulté le 10 mars 2011 sur le site http://human-rights-convention.org/). Cette hypothèse est restée isolée. La question aurait néanmoins, à l'avenir, vocation à s'illustrer au sujet de la compétence la Cour pénale internationale dans la mesure où l'article 127 du Statut de Rome prévoit la continuité de l'« examen » des affaires que la Cour avait déjà commencé dans le cas du retrait du consentement étatique sur lequel est fondée la compétence de la Cour (disposition citée *supra*, note n° 176), ainsi que devant les tribunaux CIRDI, l'article 72 de la Convention éponyme stipulant le maintien des « droits et obligations (…) qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire » (voir sur ce mécanisme, *infra*, n° 228 et ss.).

2. L'effet immédiat des lois de compétence du droit interne

68. C'est, encore, en considération de la façon dont les juridictions internes donnent effet aux lois de compétence que peut se mesurer la spécificité de la solution retenue dans l'ordre international. Par juridictions internes, il faut entendre ici l'ensemble des juridictions françaises, judiciaires et administratives[215]. Les solutions retenues dans les systèmes juridiques d'inspiration ou d'héritage anglo-saxon sont effectivement, comme on sera conduit à le vérifier ultérieurement, bien souvent différentes de celles du droit français ; compte tenu de leur proximité avec les solutions du droit international, elles seront évoquées à l'occasion de l'étude du fondement du principe de détermination de la compétence temporelle[216].

Cette précision posée, il est possible d'affirmer que l'applicabilité temporelle des lois de compétence de droit interne n'est jamais appréciée autrement qu'en considération de la date d'exercice de la fonction judiciaire. Telle qu'elle se trouve envisagée en droit interne, la compétence est le plus souvent réductible à un instrument de répartition du contentieux entre les différents tribunaux, qui donne ainsi la mesure de l'étendue de leur pouvoir de décision. Elle représente le domaine d'activité que le législateur assigne respectivement à chaque juridiction, et permet de désigner, parmi différents organes investis d'un pouvoir identique, celui qui a vocation à l'exercer concrètement[217]. C'est sous cet aspect fonctionnel que la notion ressurgit à l'occasion du règlement des conflits de lois nés de leur succession dans le temps, puisque seul le droit en vigueur à la date où le juge *statue* détermine son aptitude à connaître d'une affaire[218]. Cette solution va notamment ordonner la réitération de tous les actes, à commencer par la citation en justice, déjà effectués au titre de la procédure introduite devant un tribunal qui, s'il disposait d'une compétence à la date à laquelle ces actes avaient été accomplis, s'en serait trouvé dépossédé au jour où il est appelé à juger. On ne peut faire

[215] Du reste, la solution du droit français n'est pas isolée. D'autres droits étatiques retiennent la solution consistant à apprécier la compétence à la date de l'exercice du pouvoir. Voir par exemple pour le droit italien, *Société de navigation Adria c. Feher*, Cour de cassation italienne, 29 janvier 1936, *I.L.R.*, vol. 8, pp. 429-434, et spéc. p. 433, et plus généralement, au titre de l'application immédiate des lois de nature procédurale *Palumbo c. Société anonyme André*, Cour de Cassation italienne, 12 janvier 1937, *I.L.R.*, vol. 8, pp. 434-436, et spéc. p. 435.

[216] Voir *infra*, n° 90 et ss.

[217] Voir sur ce point, *supra*, n° 8, et les références citées aux notes n° 37 et 38. Voir également L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2009, 6ème éd., p. 79 ; G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1996, p. 174 ; H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Tome II, *La Compétence*, Paris, Sirey, 1973, pp. 277, 680.

[218] En ce sens, S. Guinchard, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2010, 30ème éd., p. 88. Voir également les références auxquelles il est fait renvoi in *Rev. trim. Dr. Civ.*, 2002, p. 842. Pour la doctrine de droit public, voir G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, Paris, Giard, 1925, 3ème éd., pp. 135 et ss., spéc. p. 136 : « [l]e juge n'a pas le pouvoir d'exiger le maintien de sa compétence ancienne ; il ne peut exercer sa compétence que telle que la loi l'a organisée *au moment précis où il juge* ». Voir également J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, p. 468.

mieux que citer le doyen Roubier pour expliquer cette remise en cause des actes effectués sous l'empire de la loi ancienne et en conformité avec celle-ci. Comme l'indique l'auteur, la loi qui peut être tenue responsable de ce bouleversement

> « est relative à la compétence du tribunal : or, la compétence, c'est le pouvoir du juge de statuer sur le litige, et, tant que le litige n'a pas été tranché par jugement, on n'est pas en présence d'un fait accompli, en ce qui concerne la loi de compétence, mais bien d'une situation en cours, sur laquelle la loi nouvelle agit, sans qu'il y ait à parler de rétroactivité »[219].

69. La réitération des actes de procédure permet, autrement dit, d'illustrer le mode d'application générale ou *immédiate* d'une loi sur les processus en cours de constitution : seuls les actes qui, pris en eux-mêmes, ont une valeur juridique propre au regard de la situation dont la nouvelle législation régit les conditions de création, échappent à son emprise. Pour le reste, c'est sur une situation en cours de formation, et au titre de faits réalisés subséquemment à son entrée en vigueur que la loi agit, sans que l'on puisse pour cette raison affirmer qu'elle porte atteinte à quelque situation déjà constituée[220].

---

[219] P. Roubier, *Le droit transitoire*, Dalloz, Paris, 2008, p. 545. Cette justification est également retenue par les juridictions communautaires pour l'application des règles de procédure et de compétence aux instances en cours. Dans l'affaire *Santesteban Goicoechea* relative à la décision-cadre portant création du mandat d'arrêt européen, la Cour de Justice de l'Union européenne avait ainsi d'abord affirmé l'indifférence de la date des faits litigieux au titre de l'application des lois de procédure, avant de justifier leur effet immédiat en considération de la persistance de la situation litigieuse elle-même, rappelant « selon une jurisprudence constante [que] les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants à la date à laquelle elles entrent en vigueur, à la différence des règles de fond qui sont habituellement interprétées comme ne visant pas des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur » (*Procédure d'extradition contre Santesteban Goicoechea*, aff. C-296/08 PPU, arrêt du 12 août 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6307, § 80). Déjà en ce sens : *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Srl Meridionale Industria Salumi et autres*, aff. jointes 212/80 à 217/80, arrêts de la Cour du 12 novembre 1981, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 2735, spéc. § 14 ; *Beemsterboer Coldstore Services BV c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Arnhem*, aff. C-293/04, arrêt du 9 mars 2006, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-2263, § 21. Au titre des règles de compétence, voir également la solution retenue dans l'affaire *Procédure pénale contre Giovanni Dell'Orto* (aff. C-467/05, arrêt de la Cour du 28 juin 2007, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-5557, § 48), et récemment rappelée dans deux ordonnances rendues par le Tribunal le 7 septembre 2010 dans les affaires *Etimine et Etiproducts c. Commission* (aff. T-539/08, J.O. C 301 du 6.11.2010, p. 30, § 79) et *Norilsk Nickel Harjavalta Oy, Umicore SA/NV c. Commission* (aff. T-532/08, ordonnance du Tribunal (grande chambre) du 7 septembre 2010, § 73).

[220] La question demeure toutefois plus problématique pour les lois de procédure dont l'objet a trait autant au règlement qu'à la conduite du procès, dans la mesure où la solution impliquerait la remise en cause des effets des actes effectués antérieurement et ce, indépendamment des liens que les actes de procédure nouveaux entretiennent avec eux : voir en ce sens P.-A. Côté, « L'application dans le temps des lois de pure procédure », *Revue du Barreau* (Québec), 1989, pp. 625-652, spéc. p. 631 ; J. Héron, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 149. L'exigence de réitération ne serait plus ici sans emporter une forme de rétroactivité puisque supposant le renouvellement de faits correspondant au présupposé des lois en conflit, et donc logiquement *accomplis* conformément à la législation en vigueur à la date de leur réalisation. C'est toutefois en établissant le rapport de chacun de ces actes vis-à-vis de la marche générale du procès – pour sa part, toujours en cours – sans laquelle ils ne feraient sens que la doctrine justifie l'application immédiate de la loi nouvelle : voir en ce sens P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 558 ; du même auteur : « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », *op. cit.*, p. 515 ; voir également J. Héron, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 149. La question se pose avec une acuité particulière pour la procédure pénale, le juge admettant des limites à l'application immédiate de la loi

En considération de la localisation *ratione temporis* du présupposé des lois de compétence du droit interne, l'instance apparaît comme une situation *en cours* dont l'environnement juridique est susceptible d'être remis en cause jusqu'au jour de sa clôture. La solution qui dérive de l'application générale de la loi nouvelle serait néanmoins encore plus attentatoire à la sécurité juridique si elle n'était tempérée par le choix d'organiser la « survie » de la loi du jour où un jugement intéressant le fond est intervenu. Comme l'affirme à ce sujet le professeur Petit, « un jugement rendu compétemment au regard du droit en vigueur au jour de son prononcé ne saurait être regardé comme émanant d'une juridiction incompétente en vertu d'une règle postérieure à cette date »[221]. Cet effet « cliquet anti-retour » est consacré par l'ensemble des branches du droit étatique[222]. Il permet la sauvegarde du produit de l'exercice juridictionnel, et fixe, une fois pour toutes, le droit applicable en matière de compétence pour l'ensemble du procès[223].

70. Le régime des lois de compétence se rapproche, de ce point de vue, du principe de détermination de la compétence temporelle que les juridictions internationales présentent, comme on l'a vu, bien souvent par le truchement de la règle du maintien du droit applicable à la compétence *pendente lite*. La solution retenue en droit interne s'en distingue toutefois, en tant qu'elle n'accorde de pertinence qu'à la date à laquelle le tribunal exerce son pouvoir, et non à la date à laquelle il est saisi[224]. A bien y regarder, le décalage opéré par les juridictions

---

nouvelle. Sur ce point, voir G. Mathieu, « L'application de la loi pénale dans le temps (dans la perspective du nouveau code pénal) », *R.S.C.*, 1995, pp. 257-270, spéc. pp. 263 et ss. Voir également pour des exemples sur cette question du régime d'application temporel des lois de procédure, les solutions retenues par les juridictions civiles en matière de saisies (*Rev. trim. Dr. Civ.*, 1981, pp. 199-200) et, plus récemment, en matière d'astreinte, (*Rev. trim. Dr. Civ.*, 1998, pp. 733-739). En droit public, la question aurait aujourd'hui vocation à être réglée par le législateur lui-même, depuis qu'il est tenu d'assortir la règle nouvelle de mesures transitoires appropriées : voir sur cet aspect l'arrêt du Conseil d'Etat *Mme Lacroix* du 13 décembre 2006 prolongeant la décision *KPMG et autres* du 24 mars 2006, au titre des lois de procédure, reproduit *in* J. Boucher, F. Lenica, « Le droit transitoire, arrêt sur image », Chronique générale de jurisprudence administrative française, *A.J.D.A.*, 2007, pp. 358-362.

[221] J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, pp. 469-470.

[222] Voir en ce sens P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, pp. 555-558. Voir également J. Normand, « L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz et Sirey, 1985, pp. 555-586, spéc. p. 559. Plus récemment, voir les observations de J. Normand in *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1998, pp. 735-736. En matière pénale, l'article 112-2 du nouveau Code pénal prévoit : « [s]ont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur : 1° [l]es lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance ».

[223] La même solution est appliquée en ce qui concerne les voies de recours laissées à disposition des justiciables à la date de l'adoption de la décision, au sujet desquelles la loi nouvelle n'a pas prise : voir *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1977, pp. 589-590 et 2007, p. 629. Cette solution relative aux voies de recours est d'ailleurs connue du droit international, et a été reprise notamment par la Commission arbitrale pour la propriété, les droits et intérêts en Allemagne dans la sentence *Purfürst c. Etablissements Vitoux* du 14 février 1958 sur la recevabilité de l'appel, *I.L.R.*, vol. 25, pp. 530-533, spéc. p. 533.

[224] Certains auteurs justifient la survie de la loi de compétence applicable à la date du prononcé du jugement en première instance, en raison du respect dû aux droits qui ont été acquis par le jugement. Cette présentation n'est toutefois guère convaincante. Pourquoi effectivement tenir compte de l'effet substantiel du jugement en vue de justifier l'application aux instances d'appel et de cassation de la loi sous l'empire de laquelle ce jugement a été

internationales entre la date à laquelle elles apprécient leur compétence, et celle à laquelle elles l'exercent, conduit, d'ailleurs, à donner une tournure singulière à l'effet immédiat de la règle nouvelle. S'il demeure justifié de parler d'« entrée en vigueur immédiate de l'engagement juridictionnel » en ayant pour cible le rapport temporel qui caractérise cet engagement aux requêtes nouvelles[225], le fait de « figer » l'appréciation de la compétence à cette date a pour effet de transformer l'instance en un fait instantané à la réalisation duquel coïncide la constitution de la situation de compétence. Ce fait juridique est, par ailleurs, positionné de telle façon que l'établissement de la compétence ne saurait trouver une remise en cause dans les différents événements susceptibles d'affecter la validité ou la portée de l'engagement juridictionnel d'ici la date du jugement. En cela, la solution du contentieux international se distingue de celle du droit interne qui se fonde sur l'application générale de la loi nouvelle aux procès en cours. Le principe de détermination de la compétence temporelle des juridictions internationales semblerait plutôt, pour sa part, caractériser l'attribution d'un « effet différé » à l'application immédiate des règles de compétence, à l'image de ce qu'évoquait P. Reuter au sujet de l'application de la Convention de Vienne sur le droit des

---

prononcé, alors que la date d'acquisition ou de lésion des droits subjectifs au sujet desquels l'action avait été engagée ne comptait pas parmi les éléments déterminant le droit applicable à la compétence en première instance ? La loi de compétence, comme celle de procédure, est « une loi actuelle », dit-on, « qui ne tient pas compte des conditions et du moment dans lesquels le droit naît au fond » (P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 543 ; voir également, en ce sens, P. Chapdelaine, « The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958 : Retroactivity or Immediate Application ? », *Arbitration International* (*The Journal of London Court of International Arbitration*), 1992, vol. 8, n° 1, pp. 73-81, spéc. pp. 75-78), et il semble, dans cette mesure, périlleux de décider, même pour favoriser une solution d'opportunité, d'accorder pertinence à la date à laquelle l'une des parties a acquis un droit substantiel pour identifier la loi de compétence applicable. A l'analyse, le recours aux droits établis par le jugement pour justifier la survie de la loi applicable à la date à laquelle celui-ci a été rendu, doit même s'avérer inutile. Il y aurait, en effet, tout lieu de s'en tenir à l'*hypothèse* prévue par la règle de compétence et de considérer que cette règle est susceptible de viser une suite de faits concrets, précisément la somme des jugements nécessaires au règlement définitif de la cause, dont seul l'un d'eux déclencherait les conséquences de droit que cette même règle envisage. Et l'on ne saurait alors discerner dans le choix exprimé en faveur du premier fait de la série, autre chose qu'une simple modalité de l'application immédiate de la règle en vigueur au jour où le juge statue. Cette idée semble, d'ailleurs, partagée par les auteurs qui considèrent qu'il serait « plus juste de partir du principe que la loi de compétence, comme les pouvoirs du juge, sont ceux que détermine la loi en vigueur au jour où il statue et que sa décision serait-elle frappée d'appel, cette compétence ne saurait sans rétroactivité être reconsidérée à la lumière d'une loi postérieure » : J. Normand, in *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1998, pp. 733-739, spéc. p. 736. Voir également J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 430. On peut par ailleurs citer des décisions en faveur de cette appréciation : voir notamment au sujet de l'inapplicabilité d'un traité régissant la compétence de juridictions nationales en matière d'accident de la route aux jugements passés avant son entrée en vigueur, *Hobier c. Sigg Sandrino et Compagnie d'assurances « La Zurich »*, Cour d'appel d'Orléans, arrêt du 21 octobre 1936, *I.L.R.*, vol. VIII, pp. 421-422, spéc. p. 421.

[225] La doctrine a également pu également fonder l'application des clauses juridictionnelles aux requêtes nouvelles en raison de la « subsistance » du litige au jour de la saisine du juge : voir notamment les travaux du Rapporteur spécial à la Commission du droit international H. Waldock, et principalement le commentaire du projet d'article 57 sur le droit des traités, 3ème rapport, *An. C.D.I.* 1964, II, pp. 6-9, spéc. p. 7, § 3.

traités aux seuls textes *conclus* – et non à l'ensemble de ceux qui *s'appliquent* – à compter de son entrée en vigueur[226].

71. L'originalité du mode d'action temporel des règles internationales attributives de compétence se trouve ainsi établie au vu des solutions du droit interne, ainsi que de celles retenues au titre du pouvoir juridictionnel. C'est le décalage opéré entre l'appréciation et l'exercice de la compétence qui fait la spécificité du principe de détermination de la compétence temporelle. Retenir pour date critique celle du dépôt de l'acte introductif d'instance conduit, semble-t-il, à ne pas tenir compte de l'objet de la règle de compétence, qui est d'habiliter un tribunal à adopter un acte juridictionnel. Le juge international semble, en cela, s'écarter de la méthode classique de résolution des conflits de loi qui ordonne de déterminer l'applicabilité des règles en référence à la date de réalisation des faits auxquels elles attribuent des conséquences juridiques. L'impression se confirme, pour peu que l'on s'attache à identifier les effets juridiques que déclenche l'acte de saisine du tribunal.

§ 2 - LA DISTINCTION DES EFFETS ATTACHES A LA SAISINE ET A LA COMPETENCE

72. L'analyse a jusque là conduit à mettre en évidence le fait que la situation juridique de compétence se trouve constituée à une date différente de celle à laquelle elle aurait naturellement vocation à l'être. Il s'agit encore, pour le démontrer, d'envisager les liens entre compétence et saisine, et de caractériser le fait qu'elles renvoient à deux situations juridiques différentes, bien que constituées à la même date. Le meilleur moyen d'y parvenir est précisément de partir du point de vue opposé, c'est-à-dire d'adopter le postulat de l'unité de la situation juridique de compétence et de celle déclenchée par la saisine, dans le but de confronter ce point de vue à la pratique et de démontrer que les solutions des juridictions internationales ne permettent pas d'en établir le bien-fondé (A). Une présentation théorique des rapports entre compétence et saisine donnera, après coup, une tournure positive au résultat

[226] P. Reuter *in* P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1970, préface, p. II. L'article 4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit que « [s]ans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans la présente Convention auxquelles les traités seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats » (*R.T.N.U.*, vol. 1155, p. 331). Pour une restitution de la genèse de l'article 4 et une interprétation de son contenu, voir également Sh. Rosenne, « The Temporal Application of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Cornell I.L.J.*, 1970-1971, pp. 1-24, spéc. pp. 4-12.

de l'expérience, et un fondement à la nécessité de distinguer les deux notions en autant de situations juridiques (B).

A. La distinction des effets à l'épreuve de la pratique

73. De prime abord, aucune difficulté particulière ne semble se poser pour distinguer entre saisine et compétence, c'est-à-dire entre une démarche procédurale qui, pour schématiser, consiste à porter une demande à la connaissance d'un organe, et la faculté de celui-ci à pouvoir examiner cette demande en vue de l'adjuger. Au vu du contenu du principe de détermination de la compétence temporelle, la distinction perd cependant en clarté. Le fait de juger qu'une compétence nouvelle « s'applique » aux requêtes postérieures pourrait effectivement signifier que l'action de saisir la juridiction est le fait à la réalisation duquel est attachée la naissance de la situation juridique de compétence. Se pose alors légitimement la question de savoir dans quelle mesure la saisine déclenche, malgré tout, une situation juridique distincte de celle relative à la compétence. Pour rapporter la preuve de la pluralité de situations en présence, il pourrait être fait évocation des hypothèses dans lesquelles cette coïncidence *ratione temporis* ne trouve précisément pas à se produire en raison de l'établissement, en cours de procédure, du lien juridictionnel entre parties litigantes. Mention a déjà été faite du *forum prorogatum* et des cas où une requête intervient en l'absence de toute base de compétence préexistante, l'introduction de l'instance étant alors envisagée comme une « offre de consentement à la compétence que le défendeur pou[rrait] accepter ou refuser »[227]. L'admission d'une telle pratique par les juridictions internationales témoignerait

[227] P. Weil, « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *in* J. Makarczyk (éd.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century : Essays in Honour of Krzystof Skubiszewski*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 833-848, spéc. p. 839. Voir dans le même sens, G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1973, p. 180 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 30. L'introduction d'une demande en l'absence d'une quelconque base de compétence préexistante fait aujourd'hui l'objet d'une procédure spéciale qui, en institutionnalisant la pratique du *forum prorogatum*, en a profondément modifié la mécanique, dans la mesure où la soumission à la juridiction résultait, à l'origine, du silence gardé au sujet de l'incompétence de la juridiction à apprécier la demande en l'absence de tout engagement juridictionnel. Issu de la réforme du Règlement de 1978, l'article 38 § 5 dispose que « [l]orsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'Etat contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet Etat. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire ». La question de l'offre de consentement à la compétence a, par ailleurs, plus récemment ressurgi dans le cadre de l'arbitrage relatif aux investissements, l'offre étatique étant, cette fois, consignée dans une disposition législative nationale ou dans un traité bilatéral, et réputée acceptée par l'action d'introduire l'instance. Cette solution qui consiste à voir dans le dépôt de la requête, la manifestation du consentement du demandeur à la compétence du tribunal ainsi saisi, a été retenue aux fins de l'article 25 de la Convention de Washington qui exige un consentement écrit des parties en litige, condition que la conclusion des traités entre Etat hôte et Etat de nationalité de l'investisseur ou que l'édiction de

ainsi de la nécessité de distinguer entre la saisine de la juridiction d'une part, et sa compétence pour connaître de l'affaire, d'autre part[228], une demande étant, en effet, susceptible d'être introduite de manière régulière indépendamment de sa faculté à déclencher l'application d'une règle de compétence. Cette solution ne permet pas néanmoins de caractériser la dualité de situations juridiques dans tous les autres cas où leur constitution coïncide, d'autant que le mécanisme du *forum prorogatum* justifie, comme il a déjà été remarqué, qu'il soit dérogé à la règle consistant à apprécier la compétence à la date de la saisine[229].

74. Il semble, dans cette mesure, plus judicieux d'identifier les conséquences qui seraient susceptibles de découler de l'assimilation des deux situations en cause, et de confronter, dans un second temps, ces conséquences à la pratique des juridictions internationales. La principale conséquence serait la suivante : en prenant pour point de départ le fait que saisine et compétence relèvent d'une seule et même situation de droit, la régularité de la première ne saurait plus être dissociée de l'application du titre de compétence à la date critique. « Sans compétence, pas de saisine régulière », pourrait-on dire. Cette thèse s'est, toutefois, vu opposer un ferme démenti à l'occasion du règlement de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*. L'argument était développé par le gouvernement britannique en vue de faire déclarer nulle ou, du moins dépourvue d'effet, la requête déposée à son encontre par le gouvernement italien qui, après s'être volontairement adressé à la Cour, avait mis en doute sa compétence à connaître de sa demande. Le dépôt de l'exception préliminaire italienne devait, pour la partie britannique, non seulement demeurer contradictoire avec les déclarations précédemment prises en faveur de la juridiction de la Cour, mais même équivaloir à « un retrait ou à une annulation de [l]a requête »[230]. L'examen de ce dernier argument constituait l'occasion pour la haute juridiction de lever les ambiguïtés qui demeuraient, suite à l'arrêt *Nottebohm* rendu quelques mois auparavant. Après avoir évoqué, dans cette dernière affaire, le fait pour un Etat de déposer en temps utile une requête en vue de la saisir « valablement », c'est-à-dire en considération de l'existence à cette date d'un titre de compétence opposable au gouvernement défendeur, la Cour n'avait plus utilisé cette nuance, semblant précisément faire de l'opposabilité de l'engagement juridictionnel un aspect de la

---

dispositions législatives nationales, ne permettaient pas comme tels de satisfaire. Cette solution ne doit, ainsi, pas être en mesure d'éclairer les rapports que saisine et compétence entretiennent au-delà des conditions d'application de la Convention CIRDI : voir sur ce point, *infra*, n° 121.

[228] G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op.cit.*, p. 441.

[229] Voir *supra*, n° 49.

[230] Italie c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour du 15 juin 1954 (question préliminaire), *Rec.* 1954, pp. 19-35, spéc. p. 24.

« régularité » même de la saisine[231]. Le raisonnement tenu dans l'affaire de l'*Or monétaire* devait, à cet égard, faire figure de mise au point. Sur la question de savoir si l'attitude italienne était en mesure d'affecter la validité de la requête, la haute juridiction considérait qu'à la date à laquelle elle avait été introduite, c'est-à-dire celle à laquelle il convenait de se placer pour juger de sa validité, aucune exception préliminaire n'avait encore été déposée de sorte que l'argumentaire britannique était nécessairement voué à l'échec. Et c'est précisément en considération de la régularité de cette requête que la Cour s'autorisait désormais à statuer sur le litige relatif à sa compétence. Sous cet angle, la distinction entre compétence et saisine demeurait ainsi clairement établie, la régularité de la saisine n'étant pas « affaire » de compétence[232].

Quant à l'attitude manifestée par le gouvernement demandeur à l'égard de la juridiction, la Cour n'y décelait aucune contradiction. Elle attachait toutefois une importance particulière à l'objet de l'exception préliminaire qui ne portait pas sur la réalité même du consentement à la juridiction, mais plutôt sur la possibilité que cette juridiction puisse être exercée *ratione materiae* dans le cas d'espèce. La Cour en déduisait que l'engagement pris en faveur de sa juridiction n'était, en lui-même, pas remis en cause par ce que le Royaume-Uni avait vainement tenté de faire passer pour un changement d'attitude[233]. La haute juridiction avait, d'ailleurs, déjà abouti à une conclusion identique au sujet de la faculté pour le gouvernement demandeur de s'opposer à l'exercice de la compétence, ne trouvant à cet égard aucune contradiction avec les textes réglementant sa procédure :

---

[231] Liechtenstein c. Guatemala, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 1953, *Rec.* 1953, pp. 111-125, spéc. pp. 120, 122-123. Ainsi la Cour considérait-elle que « la caducité ultérieure de la déclaration du Guatemala par l'échéance du terme pour lequel elle a été souscrite ne saurait invalider la requête si celle-ci était régulière : par suite, cette caducité ne saurait dépouiller la Cour d'une compétence qui découlait pour elle de l'application combinée de l'article 36 du Statut et des deux déclarations » (*ibid.*, pp. 122-123). Cette nuance allait néanmoins être réutilisée quatre années plus tard, dans l'affaire du *Droit de Passage*, la Cour jugeant qu'« une fois (…) valablement saisie d'un différend, l'action unilatérale de l'Etat défendeur, dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour » (*Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 125-153, spéc. p. 142). Au reste, le recours à l'expression « valablement saisi » est habituel dans la jurisprudence des deux Cours de La Haye. Voir notamment, s'agissant de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, l'arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939 rendu dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* précitée, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, p. 80.

[232] *Rec.* 1954, p. 30. La Cour de La Haye aura encore l'occasion de le confirmer dans l'affaire relative au *Cameroun septentrional* en dissociant la régularité de la saisine de l'établissement de la compétence : « c'est par l'acte du demandeur que la Cour est saisie, mais, *même si, une fois saisie, elle estime avoir compétence*, la Cour n'est pas toujours contrainte d'exercer cette compétence » : *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963, *Rec*. 1963, pp. 6-40, spéc. p. 29 (nous soulignons).

[233] *Rec.* 1954., p. 29.

> « l'article 62 du Règlement est rédigé dans des termes qui ne limitent pas au défendeur le droit de présenter des exceptions préliminaires. Cet article n'exclut pas que, dans des circonstances telles que celles dans lesquelles la présente affaire a surgi, une exception préliminaire soit soulevée par le demandeur. L'exception préliminaire de l'Italie n'est donc pas contraire au Règlement, non plus qu'au Statut »[234].

La pertinence de la solution apparaissait ainsi indissociable des circonstances de l'affaire que la Cour n'avait d'ailleurs pas manqué de qualifier d'« insolites »[235]. On aurait, pour ainsi dire, grand mal à tirer du rejet de l'argumentation britannique un principe général régissant les rapports entre compétence et saisine. Le résultat auquel parvient la Cour suffit néanmoins à confirmer que compétence et saisine se situent à deux niveaux différents. Si le fait de contester la compétence se trouve en contradiction avec la saisine initiale de l'organe, il n'y a, en tout état de cause, pas lieu de distinguer suivant la teneur du motif invoqué. Que l'exception soit limitée à l'objet de la compétence ou étendue à la réalité même de l'engagement juridictionnel, on doit, dans tous les cas, estimer qu'elle constitue une remise en cause de la situation constituée par l'introduction de la requête. La solution de la Cour doit ainsi logiquement dépasser le cadre de l'affaire de l'*Or monétaire*[236], et la réforme du Règlement intervenue en 1978 en fait acte puisque l'article 79, anciennement article 62, reconnaît désormais la faculté à « une partie autre que le défendeur » de soulever « toute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête »[237].

75. Au demeurant, rien ne permet de conclure que le fait de mettre en mouvement la mécanique judiciaire prive des moyens de contester la compétence de l'organe. Il n'est pas davantage fondé d'envisager la compétence d'un tribunal à connaître d'une demande comme une condition de la régularité de l'acte par lequel il s'en serait trouvé saisi. Il s'agit désormais de trouver un fondement théorique à ces deux observations qui tendent à indiquer que la compétence temporelle organise la rencontre de deux institutions juridiques bien distinctes que sont la compétence, d'une part, et la saisine, de l'autre.

---

[234] *Ibid.*

[235] *Ibid.*, p. 28.

[236] L'analyse apparaissait d'autant plus précieuse qu'elle n'aurait à peu près jamais l'occasion d'être formulée par un autre biais. C'est plus généralement en référence à la requête et au fait qu'elle n'ait pas été retirée qu'on rapporterait, dans toutes les autres affaires, le fait que le demandeur compte toujours sur la compétence de la juridiction, le désistement à la procédure restant encore le moyen le plus simple de priver une juridiction de l'exercice de sa compétence dans les limites, toutefois, des conditions prévues par les règlements de procédure. Voir sur cet encadrement, *infra*, note n° 273.

[237] Article 79 § 1 du Règlement adopté le 14 avril 1978. Les expressions citées ont été conservées dans la nouvelle rédaction de l'article datant du 1er février 2001.

B. Présentation théorique des rapports entre compétence et saisine

76. L'appréciation par les juridictions internationales de leur compétence temporelle n'est pas l'unique occasion d'opérer un rapprochement entre compétence et saisine. Dans la présentation qui en est faite en doctrine, celles-ci sont liées par un rapport de complémentarité qui exprime la dépendance de la première vis-à-vis de la seconde[238]. La compétence est « un pouvoir, une faculté, une habilitation », et elle ne serait « rien sans l'acte de saisine qui en rend possible l'exercice », estime le professeur Prosper Weil. Simple « potentialité à l'état de puissance »[239], la compétence nécessiterait, pour devenir effective, que les parties en litige aient eu recours au mode de saisine approprié. La saisine n'a-t-elle pas d'ailleurs été définie comme « la prise de connaissance d'une situation litigieuse dûment introduite devant elle, en vue d'instruire et éventuellement de trancher la ou les demandes qui s'y rattachent »[240] ? Si tant est qu'elle ne soit pas une *condition de compétence* à proprement parler, la saisine se présente ainsi comme une *condition de la compétence* du juge[241].

Selon certains auteurs, les rapports entre compétence et saisine ne seraient d'ailleurs pas réductibles à ce lien « fonctionnel »[242]. Pour le professeur Weil, le choix du mode de saisine devrait ainsi s'envisager comme un aspect de la compétence juridictionnelle[243]. L'auteur relève notamment au soutien d'une telle opinion que le mode de déclenchement, unilatéral ou conjoint, de la procédure dispose d'une influence directe sur la manière dont

---

[238] La plupart des observations faites en ce sens s'appuient sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn, arrêt sur les exceptions préliminaires du 15 février 1995, *Rec.* 1995, pp. 6-26, spéc. p. 23, § 43), dans laquelle la Cour formule l'opinion selon laquelle la saisine fait figure de « complément nécessaire » à l'exercice de la compétence. « De ce point de vue », poursuit la Cour, « la question de savoir si la Cour a été valablement saisie apparaît comme une question de compétence ». Voir notamment Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, pp. 561-563 ; P. Weil, « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *op. cit.*, pp. 840-848.

[239] P. Weil, « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *op. cit.*, p. 839.

[240] G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, p. 49.

[241] Voir, en ce sens, l'opinion formulée par M. Forteau lors des débats faisant suite à son intervention sur « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *in* H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 93-97, spéc. p. 94.

[242] Voir l'opinion dissidente du juge Shahabuddeen jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *Rec.* 1995, pp. 51-66, spéc. p. 60.

[243] Pour M. Weil, « les considérations qui sont à la racine de cette exigence pour ce qui est de la compétence et qui constituent le fondement et la raison d'être du principe de la juridiction consensuelle jouent tout autant, *mutatis mutandis*, à l'égard du mode de saisine » : « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *op. cit.*, p. 842.

aura été identifiée la situation litigieuse portée à la connaissance du juge[244]. Comme il a néanmoins pu être observé, il convient de distinguer entre *compétence* et *consensualisme*, en ce sens que le fait que le consentement des parties au litige soit concerné par tel ou tel aspect de la procédure ne constitue pas une présomption irréfragable de ce que la compétence se trouve elle-même en cause[245]. Cette position est celle sur laquelle s'aligne la majeure partie des travaux doctrinaux consacrés à la compétence et/ou à la saisine qui, quelque soit finalement la nature et l'importance de leur influence réciproque, sont présentées comme des institutions distinctes l'une de l'autre. En est fréquemment donné pour preuve le constat précédemment établi selon lequel la régularité de la saisine est liée à des considérations extérieures à la compétence[246]. En ce sens, un tribunal pourrait très bien avoir été régulièrement saisi alors même que les parties ne l'ont pas autorisé à exercer son pouvoir juridictionnel ; de la même façon, une juridiction pourrait se voir privée de la possibilité de connaître d'un différend sans que cette incapacité ne préjuge en quoi que ce soit de sa compétence à l'examiner et à le trancher[247]. Tel serait, par exemple, le cas lorsque l'auteur de la requête introductive d'instance n'a pas précisé l'objet du différend, ou l'identité des parties litigantes. La plupart des règlements de procédure prévoient ce type d'exigences[248], et contiennent parfois des conditions supplémentaires de régularité de l'acte introductif d'instance, telle l'indication de la base de compétence[249]. Le non-respect de telles conditions ne préjugerait pas, le cas échéant, de la compétence ou de l'incompétence du tribunal irrégulièrement saisi.

77. La distinction entre compétence et saisine apparaît, malgré tout, véritablement significative une fois seulement que l'on s'attache à déterminer l'origine des différentes aptitudes que le juge est successivement appelé à exercer au fil de son examen. Il est admis, à

---

[244] Ainsi l'auteur fait-il observer que saisir un organe « en lui notifiant un compromis définissant d'un commun accord le contenu exact des questions sur lesquelles la Cour est invitée à se prononcer (…) est une chose ; laisser à l'une des parties le soin de déterminer seule les contours du différend en est une autre » (*ibid.*, p. 844).

[245] En ce sens, M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, pp. 48-53.

[246] Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 66-68, spéc. p. 67 ; M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, pp. 76-80.

[247] Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 66-68, spéc. p. 67 ; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op.cit.*, pp. 440-441 ; M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, pp. 56 et ss., 76-80 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, pp. 560-561. Pour un commentaire des exigences propres à l'introduction de l'instance dans la procédure C.I.J., voir G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 162 et ss.

[248] Voir notamment l'article 40 du Statut de la C.I.J., ainsi que l'article 38 § 1 du Règlement ; voir également pour la procédure CIRDI, l'article 36 § 2 de la Convention de Washington, ainsi que l'article 2 du Règlement d'introduction des instances.

[249] Voir, à titre d'exemple, l'article 36 § 2 de la Convention CIRDI, et l'article 2 (1) (c) du Règlement d'introduction des instances.

ce sujet, que le pouvoir de statuer sur la compétence ne se déclenche qu'en vertu de la communication d'une prétention en bonne et due forme[250]. Le recours au mode de saisine adéquat n'est, autrement dit, pas qu'une « condition suspensive à l'exercice de la compétence »[251]. Avant même cela, il vient activer le pouvoir d'établir la situation de compétence[252]. Le fait d'apprécier le bien-fondé des moyens d'incompétence est, dans cette mesure, déjà la marque du caractère régulier de la saisine. Cette conclusion est notamment partagée par le professeur Abi-Saab qui, bien qu'estimant qu'une saisine ne s'opère valablement qu'en présence d'un titre de compétence lui-même valable *prima facie*, c'est-à-dire d'un titre en capacité de « justifi[er] la mise en marche du mécanisme judiciaire par rapport à l'affaire en cause »[253], considère qu'une telle exigence ne signifie pas que ce titre doit « être valable et couvrir l'affaire en cause, *car la compétence (...) deviendrait alors une condition de saisine* »[254].

---

[250] Voir en ce sens G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, pp. 49, 86 ; Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 66-68, spéc. p. 67 ; A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 142 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 139 ; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 441.

[251] Opinion dissidente du juge Shahabuddeen précitée, *Rec.* 1995, p. 60.

[252] On doit pareillement rattacher aux effets de la saisine du tribunal, le pouvoir d'ordonner les mesures conservatoires. Comme le note à ce sujet le professeur Santulli, « la compétence pour adopter des mesures conservatoires est indépendante de la compétence pour connaître du fond du litige. La juridiction internationale est compétente pour les mesures conservatoires dès que l'instance est introduite. C'est une compétence en raison d'un acte (la saisine), et n'est soumise à aucune autre condition, personnelle, matérielle, temporelle ou spatiale. Cependant, la 'nécessité' des mesures conservatoires exige (…) une certaine appréciation de la compétence : si la juridiction est manifestement incompétente, elle estime qu'il n'y a pas lieu de sauvegarder des droits que la juridiction ne va pas pouvoir reconnaître » : *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 439. S'agissant de la procédure C.I.J., la présentation d'une demande en indication de mesures conservatoires peut être faite « à tout moment au cours de la procédure relative à l'affaire au sujet de laquelle elle est introduite » (article 73 § 1 du Règlement). Comme le relève à ce sujet le juge Padilla Nervo dans son opinion dissidente sous l'ordonnance de la Cour internationale de Justice rendue le 17 août 1972 dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (R.F.A. c. Islande), l'unique condition objective *ratione temporis* relative à l'exercice de la compétence pour adopter des mesures conservatoires est que la demande faite en ce sens soit présentée en cours d'instance (*Rec.* 1972, pp. 37-44, spéc. p. 42).

[253] G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, pp. 50-54, spéc. p. 53. Les hypothèses seraient toutefois peu nombreuses, l'auteur citant uniquement le cas de l'acte dont la nullité serait si manifeste qu'elle n'aurait besoin d'un jugement pour être déclarée : pp. 53-54, spéc. p. 54.

[254] *Ibid.*, p. 53. Pour une opinion opposée, voir Sh. Rosenne qui considère pour sa part que l'existence même du titre de compétence est comprise dans l'appréciation de la régularité de la saisine. L'auteur juge que *« [i]f the title of jurisdiction is in force* ratione personae *when the case is brought before the Court, the seisin will be prima facie valid, without prejudice, of course, to the separate question whether the concrete dispute falls within the scope of obligation to adjudicate created by the title of jurisdiction. This means that from the formal point of view the case will have been regularly instituted and must proceed regularly in accordance with the Statute and the Rules of the Court* » : *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 30. Sh. Rosenne réitère clairement cette vue dans son ouvrage *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, où il juge que « *the capability of the seisin to produce intended effects depends not on its formal validity but upon the title of jurisdiction existing or brought into existence between the parties in the concrete case* » (vol. II, *op. cit.*, p. 561).

78. La plupart des auteurs s'en tiennent à cela, et n'identifient pas l'origine du pouvoir que la saisine déclenche[255]. Le professeur Forteau propose, pour sa part, dans son étude consacrée à la saisine des juridictions interétatiques à vocation universelle, de le rattacher à la *fonction judiciaire* qui fonde la somme des pouvoirs que l'organe tire de sa qualité de juge[256]. Seule cette fonction permet, selon l'auteur, d'expliquer « que la juridiction puisse connaître d'une affaire (en être saisie) à l'égard de laquelle elle déclinera pourtant sa compétence »[257], et ainsi de justifier cette « capacité d'action [de la juridiction] à l'égard des parties à un différend pour lequel rien ne dit qu'elle dispose d'une compétence, c'est-à-dire d'une vocation à agir dans le domaine qu'il constitue »[258]. La distinction pertinente se rapporte ainsi à celle déjà envisagée entre l'attribution de la juridiction et les conditions dans lesquelles elle aurait concrètement vocation à être exercée, c'est-à-dire, pour le dire plus simplement, à la distinction entre *pouvoir* et *compétence*. Malgré les démentis qu'est susceptible de lui opposer une pratique au demeurant fluctuante sur la question des rapports entre compétence et saisine[259], la thèse du professeur Forteau doit être approuvée dans la mesure où la reconnaissance de la qualité pour ester devant une juridiction internationale est non seulement préalable à l'acceptation subjective de l'exercice de son pouvoir, mais également indépendante de celle-ci car uniquement subordonnée à la reconnaissance de l'existence

---

[255] On relève, dans plusieurs ouvrages, l'existence d'une compétence « *prima facie* » ou encore « procédurale », distinguée de la compétence juridictionnelle proprement dite : voir respectivement G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, pp. 440-441 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III : Procédure, La Haye, Nijhoff, 1997, p. 1194. Le professeur Abi-Saab qui mentionne à côté de la compétence « principale » de la Cour internationale de Justice, une compétence « incidente » propose, néanmoins, d'en identifier la source. Plutôt alors que de fonder cette faculté sur le Statut, il la rattache aux principes généraux de la procédure internationale « qui sont à la base d'une bonne administration de la justice » : *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, pp. 84-89 et spéc. p. 87.

[256] M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, pp. 53, 76-80. La thèse est ainsi proche de celle formulée par Abi-Saab (voir *supra*, note n° 255). Voir également en ce sens, E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 67.

[257] M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, p. 77.

[258] *Ibid.*, p. 78.

[259] Voir sur ce point les affaires citées par le professeur Forteau (*ibid.*, pp. 48-53) auquel il faut ajouter l'affaire *Nottebohm* déjà citée en ce sens, *supra*, notes n° 74 et 231, ainsi que les affaires *Délimitation maritime en mer noire* (Roumanie c. Ukraine, arrêt de la Cour internationale de Justice du 3 février 2009, *Rec.* 2009, pp. 61-134, spéc. pp. 70-71) et *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Russie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 1er avril 2011, §§ 115 et ss.) dans lesquelles les conditions préalables à la saisine de la Cour ont été envisagées au titre de la compétence. La Cour de La Haye a néanmoins déjà affirmé que l'appréciation de la validité de la saisine relève de sa fonction judiciaire : voir l'arrêt du 15 juin 1964 rendu dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome* déjà citée, *Rec.* 1954, p. 28. C'est également à sa fonction juridictionnelle que la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a explicitement rattaché le pouvoir qu'elle détenait d'apprécier sa compétence dans l'affaire *Tadić* : *Le Procureur c. Tadić, alias « Dule »*, IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *I.L.R.*, vol. 105, pp. 453-527, spéc. p. 460, § 18.

objective de la juridiction en tant qu'organe institué pour dire le droit[260]. Cette distinction permet ainsi de caractériser la dualité de situations juridiques mises en jeu. La situation consécutive à la saisine régulière de la juridiction correspond à la « situation d'instance »[261] placée sous l'autorité du juge agissant au titre de sa fonction juridictionnelle. Quant à la situation juridique de compétence, elle se concrétise nécessairement en rapport à autre chose que la seule mise en action régulière de la mécanique judiciaire.

Conclusion Chapitre premier

79. L'examen du contenu du principe de détermination de la compétence temporelle a permis de recueillir plusieurs enseignements significatifs. L'existence d'un *principe* reflète d'abord l'uniformité des solutions retenues en matière de compétence temporelle : les juridictions internationales, dans leur ensemble, apprécient leur aptitude à connaître d'une demande à la date à laquelle celle-ci a été portée à leur connaissance. Cette règle qui n'a en aucune occasion été remise en cause, fait tout à la fois figure de principe général du contentieux international et de règle coutumière de droit intertemporel. L'assise de la règle est d'autant plus remarquable que la solution qu'elle commande n'avait, *a priori*, aucune raison d'être préférée à celle qui aurait consisté à apprécier la compétence à la date du prononcé du jugement. L'applicabilité immédiate de l'engagement juridictionnel aux requêtes postérieures revient, en effet, à dissocier *ratione temporis* l'appréciation de la compétence de son exercice effectif par l'adoption de la décision juridictionnelle et fait, à cet égard, figure d'exception au régime général d'application des règles relatives au pouvoir juridictionnel. L'analyse des rapports entre compétence et saisine a également permis de mettre en évidence la singularité de la solution retenue par les juridictions internationales. A la saisine se trouvent effectivement attachés des effets distincts de ceux qu'ordonne l'engagement juridictionnel. L'appréciation de la compétence à la date de l'acte introductif d'instance ne trouve donc, de ce point de vue, aucune explication logique. De cet ensemble affleure ainsi l'idée que la date à

[260] Dans le cas de la Cour internationale de Justice, cette double opération – l'acquisition de la qualité pour ester, et la reconnaissance de sa juridiction – est réalisée au jour de la signature du Statut. Voir, en ce sens, l'opinion du juge Daxner déjà citée, *Rec.* 1948, pp. 39-40, et l'article 35 § 1 du Statut de la Cour qui prévoit que « [l]a Cour est ouverte aux Etats parties au présent Statut ». Le caractère autonome d'une telle opération vis-à-vis de la compétence a, quant à lui, été affirmé sans ambiguïté dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, R.F.A. c. Islande, arrêt de la Cour sur la compétence du 2 février 1973, *Rec.* 1973, pp. 49-67, spéc. p. 53. Voir également, sur ce point, *infra*, note n° 393.

[261] M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, p. 86.

laquelle il est procédé à la détermination de la compétence et, le cas échéant, à son établissement, exprime un véritable *choix* de la part des juridictions internationales, plutôt qu'une conséquence logique et inévitable de la structure des règles de compétence. Quel que soit l'angle sous lequel on l'envisage, le principe relatif à la compétence temporelle repose sur des considérations, à première vue, extérieures à l'activité juridictionnelle, si ce n'est peut-être la préoccupation de ne pas voir cette activité régie par le droit existant au jour où elle aurait vocation à être exercée.

Chapitre 2. Le fondement du principe de détermination de la compétence temporelle : l'acquisition d'un droit au maintien de la compétence *pendente lite*

80. Les analyses consacrées au principe mis en jeu à l'occasion de la détermination par les juridictions internationales de leur compétence *ratione temporis* ont, jusque ici, laissé irrésolue la question de son fondement. Il faut dire que l'application du principe de détermination de la compétence temporelle ne s'était jusqu'à une époque très récente, jamais accompagnée d'un exposé des raisons justifiant qu'il soit tenu compte de la date d'entame des procédures. Avec le recul, le choix des juridictions internationales semble néanmoins difficilement dissociable du corollaire maintes fois relevé dans les énoncés juridictionnels, selon lequel la compétence, parce qu'elle est établie à la date de la saisine, demeure « acquise » pour toute la durée de la procédure. On trouve là un des principaux vecteurs de diffusion du principe aux différents prétoires de l'ordre juridique international. La détermination de l'applicabilité de la règle attributive de compétence à une date différente de celle à laquelle elle aurait vocation à produire ses effets ne fait d'ailleurs véritablement sens que si on la rapporte à l'intérêt qu'elle représente pour celui qui sollicite un jugement. En effet, si l'engagement juridictionnel habilite le juge à exercer son pouvoir, il est également, dans l'ordre juridique international, l'acte qui attribue aux justiciables la faculté d'agir en justice. Cette faculté se concrétise dans le droit de soumettre une prétention à un juge aux fins d'obtenir une décision sur son bien-fondé. Dans cette perspective, le principe de détermination de la compétence temporelle a pour objet de protéger le *droit d'action en justice* attribué par l'engagement juridictionnel, et concrétisé par le dépôt de la demande. Le fait de figer, à cette date, le droit applicable à la compétence constitue la garantie que les événements susceptibles de survenir pendant l'instance ne seront pas en mesure d'affecter l'exercice prochain du pouvoir juridictionnel. Le principe de détermination de la compétence temporelle se trouve ainsi associé à l'acquisition d'un droit individuel au maintien de la compétence telle qu'établie à la date de l'acte introductif d'instance, pour toute la durée de la procédure.

Un « droit acquis » peut être défini comme une « prérogative juridique détenue par un particulier à titre définitif »[262]. La notion renferme ainsi deux aspects distincts : en premier lieu, l'acquisition du droit est celle d'un sujet identifié. En ce sens, on peut dire d'un droit acquis qu'il est « toujours apprécié par référence à quelqu'un, [qu'] il est toujours un droit 'subjectif'»[263]. En second lieu, c'est au fait qu'il ne soit susceptible d'aucune remise en cause que l'on distingue un droit acquis des simples facultés ou expectatives individuelles. L'« acquisition » postule, dans cette mesure, l'intangibilité de la situation juridique. Il s'agit ainsi d'envisager successivement le caractère *subjectif* (Section 1) et *définitif* (Section 2) de la situation juridique de compétence pour mettre à jour l'existence d'un droit acquis au maintien de la compétence *pendente lite*.

SECTION 1 / LE CARACTERE SUBJECTIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE

81. Démontrer le caractère subjectif de la situation juridique de compétence nécessite, au préalable, de s'entendre sur la notion de situation juridique subjective ou de « droit subjectif ». On peut définir le droit subjectif comme une prérogative reconnue à un sujet par le droit objectif[264]. Telle qu'elle est ainsi entendue, la notion est indissociable de l'application de la règle à un cas concret, c'est-à-dire de l'individualisation des droits qu'elle institue de manière abstraite et impersonnelle[265]. Affirmer l'existence d'un droit subjectif qui se rapporte à l'exercice par le tribunal de sa compétence, suppose donc d'identifier la prérogative individuelle qui va se concrétiser à la date d'application de l'engagement juridictionnel. Cette recherche va permettre d'aboutir à la conclusion que le droit au maintien de la compétence *pendente lite* est une prérogative attachée au droit d'action des justiciables qui se concrétise par le dépôt de la demande, et qui a pour finalité l'obtention d'un jugement au fond (§ 2). Il

[262] J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, p. 135. D'après l'auteur, il s'agit toutefois d'une acceptation « fonctionnelle ». Elle se démarque du concept de droit acquis qui désignerait une « prérogative détenue par une personne en application d'une règle de droit » (*ibid.*).

[263] C. Santulli, « Les droits acquis », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 87-92, spéc. p. 88. Voir également, sur la notion de droit acquis, J. Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, Paris, Les publications universitaires de Paris, 1981 ; A. Cavaglieri, « La notion de droits acquis et son application en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1931, pp. 257-296 ; P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 233-253, spéc. pp. 234-235.

[264] F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions administratives à compétence générale*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 200 et ss.

[265] J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, p. 135.

convient toutefois, au préalable, d'expliquer la raison pour laquelle la concrétisation du droit d'action détermine le régime d'application temporel des règles de compétence (§ 1).

§ 1 - LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'AUTEUR DE LA DEMANDE

82. La règle qui consiste pour les juridictions internationales à déterminer leur compétence au jour de l'acte introductif d'instance, ne peut se comprendre sans envisager l'intérêt que cette règle représente pour l'auteur d'une requête, et plus généralement pour tout justiciable qui sollicite un jugement sur le bien-fondé de ses prétentions. Cette règle a pour objet de protéger le droit d'obtenir le jugement en privant d'effets les évènements survenus *pendente lite* et qui seraient susceptibles de faire obstacle à l'exercice par le juge de sa compétence (A). Cette prise en considération des intérêts des justiciables conduit, d'ores et déjà, à tirer des enseignements sur l'objet même de la question posée à un juge chargé d'apprécier sa compétence *ratione temporis*. Le principe de détermination de la compétence temporelle ne vise pas, comme on va le voir, à trancher un « conflit » de règles dans le temps (B).

A. Les raisons de la prise en compte des intérêts du demandeur

83. Démontrer que la manière de déterminer la compétence juridictionnelle se fonde sur le *droit* à ce que celle-ci ne puisse être remise en cause pendant l'instance peut s'avérer chose délicate. L'option consistant pour une juridiction à apprécier sa compétence à la date de l'acte introductif d'instance est, en effet, le plus souvent présentée comme la simple mise en œuvre d'un principe bien établi du procès international. Il est rare que les juridictions indiquent les raisons qui justifient l'application d'une telle règle. Par ailleurs, dans les décisions où les juridictions s'y sont employées, l'application *in casu* du principe de détermination de la compétence temporelle tirerait le plus généralement sa justification de considérations tout à fait extérieures au maintien de la compétence telle qu'établie à la date de la saisine de la juridiction. La seule véritable façon de mener à bien cette démonstration serait, alors, d'identifier la raison pour laquelle la règle consistant à apprécier la compétence à la date de l'acte introduisant l'instance s'est imposée à l'ensemble des branches du contentieux international. Il s'agirait, en d'autres termes, d'identifier parmi les caractères communs aux

différentes compétences, celui permettant d'expliquer la méthode retenue par les juridictions internationales.

A ce sujet, l'analyse de l'énoncé des règles de compétence a déjà permis de dégager l'idée que les Etats, en acceptant la compétence d'un organe juridictionnel, se soumettent à l'exercice de sa juridiction et ouvrent, par la même opération, la faculté aux sujets à l'égard desquels ils s'engagent de les attraire en justice en vue du règlement des différends qui les opposent. Toute la problématique réside dans le fait qu'un tel engagement n'est pas permanent, ou n'a, du moins, le plus souvent pas vocation à l'être. En règle générale, les Etats se seront effectivement ménagé la faculté de répudier leur engagement, moyennant certaines conditions. La tentation serait alors grande pour ces Etats, une fois attraits en justice, de mettre en œuvre leur droit de dénonciation s'ils pouvaient, par cette seule opération, court-circuiter la procédure juridictionnelle et ainsi priver la partie adverse de son droit d'action. Le dépôt d'une requête inaugure, en effet, une période durant laquelle la partie défenderesse aura bien souvent à cœur de trouver une parade au déroulement normal de l'instance, toujours dans le but d'éviter que le tribunal ne se prononce sur le fond. L'évaluation de la compétence à la date d'introduction de l'instance doit ainsi trouver son explication logique dans l'ambiguïté du rapport que les justiciables entretiennent à l'égard de la juridiction internationale. Le principe de détermination de la compétence temporelle participe d'une « normalisation du déroulement du procès »[266] en livrant une photographie des engagements à un moment où les tactiques contentieuses n'étaient pas encore en mesure d'affecter leur validité. Au surplus, on comprend désormais que l'appréciation de la compétence ne se trouve, en réalité, jamais véritablement détachée de son exercice par le tribunal, puisque le fait de se positionner au jour de l'entame de la procédure n'est qu'une manière de s'assurer de l'opposabilité de l'engagement juridictionnel à la date du jugement[267]. C'est en référence à certains de ces éléments que la Cour internationale de Justice a justifié le principe de détermination de la compétence temporelle dans son arrêt de 2008 rendu dans

[266] H. Gelas, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, thèse Paris II, [S.l.], [s.n.], 2004, p. 118, au sujet de la fonction attribuée à la procédure contentieuse internationale dans son ensemble.

[267] Cet aspect était déjà perceptible au vu de formules comme celle par laquelle les gouvernements britannique et argentin avaient communément admis dans l'affaire du *Chenal de Beagle*, que l'engagement juridictionnel, en dépit de son extinction en cours de procédure, serait tenu pour applicable jusqu'au règlement définitif de l'affaire : affaire du *Chenal de Beagle* (Argentine/Chili), sentence de la Reine Elizabeth II du 18 avril 1977 portant ratification du rapport et de la décision du 18 février 1977, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 53-264, spéc. p. 225 ; *I.L.R.*, vol. 52, pp. 93-228, spéc. p. 98 (« *[a]nd whereas, the Government of the Argentine Republic having (…) denounced the Treaty (…), both Parties stated their understanding, which was shared by Our Government in the United Kingdom, that this would in no way affect the arbitration proceedings in the present case and that the Treaty and the Agreement for Arbitration (Compromiso)* would continue in force with respect to those proceedings until their final conclusion »; nous soulignons).

l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. La Cour estimait que

> « [s]i, à la date d'introduction d'une requête, toutes les conditions sont remplies pour que la Cour ait compétence, il ne serait pas acceptable que ladite compétence disparaisse par l'effet d'un événement postérieur (…). [U]n défendeur pourrait se mettre volontairement à l'abri de la compétence de la Cour en provoquant, postérieurement à l'introduction de la requête, l'événement ou l'acte en conséquence duquel les conditions de la compétence de la Cour ne seraient plus remplies – par exemple, en dénonçant le traité comportant une clause compromissoire. C'est pourquoi la disparition, postérieure à l'introduction d'une instance, d'un élément qui conditionne la compétence de la Cour ne produit pas et ne saurait produire d'effet rétroactif. Il y va de la sécurité juridique, (…) et du droit pour un Etat qui a valablement saisi la Cour de voir statuer sur ses prétentions, lorsqu'il a pris toutes précautions nécessaires pour accomplir l'acte de saisine en temps utile »[268].

84. L'explication, si elle s'arrêtait là, ne suffirait pas néanmoins à justifier que la pratique ait étendu la solution du maintien de la compétence, telle qu'établie au jour de l'introduction de l'instance, à l'ensemble des circonstances postérieures, y compris celles extérieures au comportement de la partie défenderesse. Il ne saurait effectivement plus être question d'asseoir le droit au maintien de la compétence sur les probables tentatives de la partie attraite en justice de remettre en cause ses engagements dans le cas où l'acte invoqué au soutien de la compétence a expiré *pendente lite*, même si certains auteurs font encore remarquer, à cet égard, que la connaissance du terme de l'engagement juridictionnel pourrait être à l'origine de « manœuvres dilatoires redoutables », « le défendeur pou[vant] laisser traîner à volonté le procès jusqu'à expiration du titre de compétence »[269]. Dans l'affaire du *génocide*, la Cour de La Haye donne pour autre justification à la règle consistant à apprécier sa compétence à la date d'introduction de la requête, le respect du principe d'égalité entre les

---

[268] Croatie c. Serbie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 2008, *Rec.* 2008, p. 438, § 80.

[269] M. Mabrouk, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 56. Parmi les rares justifications données à la règle, il est le plus souvent renvoyé à ce type de considérations qui concernent le risque que le défendeur revienne sur ses engagements : G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op.cit.*, pp. 444-445 ; J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *op. cit.*, p. 343. L'argument avait également été développé par l'agent du gouvernement du Liechtenstein, M. Sauser-Hall, dans l'affaire *Nottebohm* : *C.I.J. Mémoires, Nottebohm*, vol. II, p. 22. L'agent évoquait, par ailleurs, le fait que la solution consistant à apprécier la compétence à la date du jugement pourrait obliger l'organe à s'empresser d'instruire l'affaire en vue de statuer avant la terminaison de l'engagement juridictionnel (*ibid.*, p. 25). Sans y voir spécifiquement le fondement de la solution retenue dans l'affaire *Nottebohm*, Sir H. Waldock trouve pour sa part dans l'appréciation de la compétence à la date de la saisine le moyen de ne pas rendre totalement illusoire la juridiction obligatoire de la Cour, compte tenu des manœuvres dont seraient capables les Etats une fois qu'ils ont été attraits en justice : « Decline of the Optional Clause », *B.Y.B.I.L.*, 1955-1956, pp. 244-287, spéc. p. 267.

justiciables. Selon la Cour, le fait d'admettre que des faits survenus en cours d'instance puissent remettre en cause sa compétence serait de nature à provoquer une « différence de traitement injustifiée entre plusieurs requérants ou à l'égard du même requérant selon la plus ou moins grande célérité avec laquelle la Cour serait à même d'examiner les affaires qui lui sont soumises »[270]. D'une manière plus générale, on peut estimer que le fait de rendre vaines les stratégies d'évitement du règlement par la juridiction du fond de l'affaire n'est que la face la plus visible de la nécessité de tenir compte des intérêts du plaideur dans un ordre juridique où la juridiction ne s'impose qu'à ceux qui y ont effectivement consenti. Telle qu'elle se présente en droit international, la compétence n'est effectivement pas celle dont on pourrait dire, à l'image de la description qui en est faite en droit interne, qu'elle constitue le rouage d'un mécanisme de répartition du pouvoir juridictionnel qui n'aurait pour autre fonction que d'indiquer la juridiction qui, à l'exclusion de toutes les autres, dispose de l'aptitude à connaître de la prétention[271]. Si l'organisation juridictionnelle étatique « dans son entier est instituée pour trancher l'intégralité des litiges »[272], rien ne garantit dans l'ordre juridique international qu'à tout contentieux corresponde une action judiciaire ou arbitrale disponible. Le droit d'action étant tributaire du consentement à la juridiction, on conçoit que l'extinction, volontaire ou non, des effets de l'engagement juridictionnel puisse être à l'origine d'un véritable préjudice au vu des attentes qui avaient pu être placées dans cet engagement au moment de l'introduction de l'instance. C'est à cette nécessité plus générale de fixer, une fois pour toutes, le droit applicable à la compétence que doit être associé le fait de l'apprécier non en considération de l'organe qui l'exerce, mais des sujets à qui cet exercice pourrait profiter[273].

[270] Affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt précité du 18 novembre 2008, *Rec.* 2008, p. 438, § 80.
[271] Voir sur ce point *supra*, n° 8, 68.
[272] Ph. Théry, « Compétence », *in* D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 249.
[273] Il faut, à cet égard, faire observer que si le principe de détermination de la compétence temporelle est présenté comme trouvant sa justification dans la prise en compte des intérêts du demandeur, la partie défenderesse pourrait tout aussi bien entendre bénéficier de la même garantie. Les règles relatives au désistement du demandeur à la procédure en tiennent d'ailleurs compte, puisque le consentement de la partie défenderesse est exigé pour mettre fin à la procédure, à partir du moment où elle a déjà accompli un acte de procédure : voir, en ce sens, l'article 89 du Règlement de la Cour. Le Règlement d'arbitrage CIRDI est encore plus protecteur des intérêts de la partie attraite devant l'arbitre dans la mesure où l'article 44 ordonne, de manière systématique, la transmission de la demande de désistement aux fins de permettre à la partie défenderesse de s'y opposer.

B. Conséquences théoriques : la reformulation du problème d'applicabilité des règles de compétence dans le temps

85. La prise en compte des intérêts des justiciables, si elle permet de donner une explication rationnelle du principe de détermination de la compétence temporelle, rejaillit plus largement sur la nature de la question posée au sujet de l'applicabilité temporelle des règles attributives de compétence. Il n'a effectivement, jusqu'à présent, pas été question de présenter le problème des limites temporelles à l'application des règles de compétence autrement que comme un problème de conflit de règles dans le temps, alors qu'il consiste, en réalité, à déterminer l'applicabilité d'une ou plusieurs règles prises isolément.

86. Il est utile de rappeler, à ce sujet, que la résolution d'un conflit de règles nécessite d'identifier « laquelle [parmi] deux règles successives est applicable à un cas concret »[274]. Elle oblige, dans cette mesure, à opérer un *choix* entre deux règles antagonistes en vue de faire *primer* l'une d'elles, c'est-à-dire de la rendre applicable à l'exclusion de l'autre. Le problème de droit intertemporel dans l'ordre international avait été envisagé en ces termes par le Rapporteur Max Sørensen dans les travaux qu'il avait remis à l'Institut de droit international[275], et sans qu'il n'ait été question de distinguer suivant la nature substantielle ou procédurale des règles en cause[276]. La compétence temporelle des juridictions internationales pose pourtant un problème spécifique. Tel qu'a permis de le révéler l'étude du mode d'action dans le temps des règles attributives de compétence, l'objet de ces règles interdirait effectivement de voir dans leur succession un éventuel conflit. Malgré leurs différences, ces

---

[274] J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 108.

[275] Voir M. Sørensen, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *An. I.D.I.*, t. 55, *op. cit.*, p. 12. Le choix se fait sur la base de l'applicabilité de la loi la plus récente au fait soumis à jugement, c'est-à-dire concrètement sur la base de la loi en vigueur au jour de résolution du problème intertemporel. Voir à ce sujet, l'observation de M. Wengler pour qui « le champ d'application temporel des deux normes est déterminé par une interprétation de la norme actuellement en vigueur » (*ibid.*, p. 13). En préalable à ses développements sur la mise en œuvre du principe, Sørensen avait cependant fait observer que la résolution du problème intertemporel supposerait moins d'établir laquelle parmi plusieurs règles serait « la seule norme *valable* » et, prévalant comme telle, « en tant que norme existant à un moment donné », que de déterminer l'*applicabilité* d'une seule norme dans le temps « regardée séparément ou dans ses rapports avec d'autres normes, antérieures ou postérieures » (*ibid.*, p. 11, § 16).

[276] A l'occasion de ces travaux, le principe directeur dégagé par le Rapporteur, suivant lequel « un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit qui lui est contemporain », avait été étendu à toutes les branches du droit international, y compris aux questions de procédure et de compétence : « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, pp. 1-116, spéc. pp. 40-42, §§ 44-45 (rapport provisoire), et pp. 59-61, §§ 28-33. La même approche a été retenue par la Commission du droit international s'agissant du projet de codification du droit de la responsabilité internationale de l'Etat. Le principe directeur dégagé dans le cinquième rapport de Roberto Ago était formulé de la façon suivante : « il y a violation par un Etat d'une obligation internationale déterminée si celle-ci était en vigueur pour cet Etat au moment où il a adopté un comportement non conforme à celui que requérait ladite obligation » (cinquième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1976, II-1, p. 22, § 61). Comme telle, la réflexion fondée sur la vigueur de l'obligation internationale *substantielle* ne demeure toutefois susceptible d'intéresser la compétence temporelle que par le truchement de son objet, au titre de l'étendue temporelle de l'habilitation : voir *infra*, n° 314 et ss.

règles attributives seront toutes réputées viser la réalisation d'un but analogue : celui d'habiliter le juge à exercer son pouvoir, et d'attribuer aux justiciables la faculté corrélative de s'adresser à lui en vue d'obtenir un jugement. Les règles de compétence n'ont, en d'autres termes, pas vocation à s'exclure mutuellement. La Cour permanente de Justice internationale n'en a pas jugé autrement dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, estimant que la multiplicité d'engagements juridictionnels ne serait jamais en mesure de constituer un obstacle à l'exercice de la juridiction, les différentes sources de compétence ayant pour effet de s'additionner et d'ouvrir, dans la plus large mesure possible, l'accès à la juridiction internationale[277]. Plus récemment, un tribunal arbitral a pu affirmer, dans le même ordre d'idées, que le fait pour une partie d'invoquer une base de compétence n'emporte pas, comme tel, renonciation au droit de fonder également sa demande sur d'autres obligations juridictionnelles[278]. Cette compatibilité de principe entre règles attributives de compétence n'empêchera pas, de toute évidence, qu'un problème d'applicabilité temporelle puisse se poser au titre de celle(s) invoquée(s) au soutien de l'exercice du pouvoir juridictionnel. Il doit néanmoins être tiré pour conclusion que la résolution du problème de compétence temporelle suppose moins de trancher un conflit entre différentes règles, que d'établir la faculté d'une règle prise isolément à fonder la procédure juridictionnelle. On trouve ainsi la raison pour laquelle les techniques habituellement mises en œuvre pour dénouer les conflits de lois dans le temps sont inaptes à fournir une explication logique à la solution retenue par les juridictions internationales au sujet de leur compétence temporelle.

---

[277] *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Belgique c. Bulgarie, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. p. 76 : « la multiplicité d'engagements conclus en faveur de la juridiction atteste chez les contractants la volonté d'ouvrir de nouvelles voies d'accès à la Cour plutôt que de fermer les anciennes ou de les laisser se neutraliser mutuellement pour aboutir finalement à l'incompétence ». La Cour internationale de Justice a systématiquement repris cette solution : voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, pp. 392-443, spéc. pp. 426-427, § 80 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ordonnance du 8 avril 1993 (première demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1993, pp. 3-25, spéc. p. 17, § 27 ; *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007, *Rec.* 2007, pp. 832-876, spéc. pp. 872-873, §§ 132-136. Voir également sur cette question, *infra*, n° 191 et ss.

[278] *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. (« Duke ») c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/04/19, sentence arbitrale du 21 juillet 2008, § 159.

§ 2 - IDENTIFICATION DE LA PREROGATIVE INDIVIDUELLE ATTACHEE A LA SITUATION DE COMPETENCE : LE DROIT AU MAINTIEN DES EFFETS PRODUITS A LA DATE DU DEPOT DE LA DEMANDE

87. De l'analyse qui vient d'être menée affleure l'idée que la règle selon laquelle la compétence s'apprécie à la date de l'acte introductif d'instance trouve son fondement dans l'intérêt qu'elle représente pour le justiciable qui sollicite un jugement sur le bien-fondé de sa prétention. La prise en compte du droit pour les parties de voir leur cause entendue permet, en effet, de donner une justification au principe de détermination de la compétence temporelle. En exerçant leur droit d'action par le dépôt de leur réclamation, les parties vont déclencher les effets de la règle attributive de compétence qui seront réputés acquis jusqu'à la date du jugement (A). Ce n'est, dans cette mesure, pas l'activité du tribunal mais bien uniquement celle des parties qui détermine le mode d'application dans le temps de l'engagement juridictionnel. Il pourra être rendu compte de cette spécificité du mode d'application de l'engagement juridictionnel en droit international, par l'évocation de la règle processuelle de droit interne dite « *perpetuatio fori* » qui, si elle a également pour objet de maintenir les effets de la situation juridique de compétence telle que constituée à la date de la saisine, ne met en jeu aucun droit individuel (B).

A. Une prérogative attachée au droit d'action

88. L'explication du principe selon lequel la compétence s'apprécie à la date de l'acte introductif d'instance repose sur la mise en œuvre, à cette même date, du droit d'action. C'est en effet par la communication de sa demande qu'un réclamant exerce le droit qu'il a d'obtenir de l'organe qu'il saisit, un jugement sur le bien-fondé de sa prétention. On trouve précisément dans l'exercice du droit d'action, le fait qui déclenche l'application de l'engagement juridictionnel. L'intérêt d'une telle synchronisation des effets attachés au droit d'action d'une part, et à la compétence d'autre part, est manifeste : en agissant, le requérant va déclencher les effets de la règle attributive de compétence, et ainsi obtenir la garantie que les évènements survenus en cours d'instance n'affecteront pas l'exercice par le tribunal de sa compétence. Tel est l'objet de la prérogative individuelle attachée à la situation juridique de compétence. Si l'on veut énoncer cette situation sous la forme d'une proposition, on dira que chaque sujet investi par l'engagement juridictionnel du droit d'action dispose corrélativement d'« un droit à ce que les effets de l'engagement juridictionnel en *t1* soient opposables en *t2* » à l'Etat

auteur de l'engagement, *t1* étant la date du dépôt de la requête et *t2*, la date à laquelle la juridiction apprécie le bien-fondé de cette requête.

89. On peut ainsi considérer que la situation juridique de compétence est une situation juridique subjective : on peut la traduire par une prérogative individuelle, qui se concrétise à la date d'application de l'engagement juridictionnel. Il faut toutefois apporter deux précisions :

– le droit acquis au maintien de la compétence, s'il ne se conçoit pas sans l'exercice du droit d'action, ne se confond pas avec ce dernier. Le droit acquis au maintien de la compétence ne constitue pas en lui-même la garantie d'obtenir une décision. Si l'obtention du jugement suppose, à l'évidence, la validité temporelle de l'habilitation du tribunal à exercer son pouvoir, celle-ci ne préjuge en rien de la satisfaction des autres conditions de compétence relatives au champ d'application de l'habilitation à juger, c'est-à-dire des conditions qui se rapportent aux types de différends que le juge peut trancher. De ce point de vue, la mise en œuvre du principe de détermination de la compétence temporelle conduit simplement à identifier le ou les différents textes sur la base desquels le juge sera conduit à examiner son aptitude à connaître du litige qui lui a été soumis. La concrétisation du droit d'action est, par ailleurs, subordonnée à d'autres conditions[279]. Elle supposera notamment que le requérant établisse un intérêt juridique à l'action, déjà né au moment du dépôt de la demande. Les juridictions s'assureront également que le droit d'action n'a pas perdu son objet en cours de procédure, l'intérêt devant toujours être « actuel » à la date du jugement[280]. Le droit d'obtenir

[279] Voir au sujet des conditions procédurales encadrant le dépôt de la demande, *supra* n° 52.

[280] Le nécessaire maintien de l'intérêt à agir à la date du jugement, auquel est associé en droit du contentieux international la condition d'« actualité » du litige, commandera la prise en compte de l'ensemble des événements ayant pu priver l'action de son objet. Tel sera le cas lorsque la partie demanderesse a vu ses prétentions satisfaites avant que le juge ne statue : voir principalement l'affaire des *Essais nucléaires*, Australie c. France, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, pp. 253-272, spéc. pp. 270-272 ; voir également au titre d'un « fait de nature à fournir une solution au litige », *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 novembre 1980, §§ 82-86. Pour la jurisprudence communautaire, voir *AKZO chimie*, aff. 53/85, arrêt du 24 juin 1986, *Rec. C.J.C.E.*, 1986, p. I-1965 ; *Alitalia – Linee aeree italiane SpA c. Commission*, aff. T-301/01, arrêt du Tribunal de première instance 9 juillet 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. II-1753, § 37. Une décision de « non-lieu à statuer » pourra également être rendue au titre de l'absence de « réalité » de l'opposition entre les parties au procès dans des affaires où la cause affectant l'intérêt à agir n'est pas la conduite de l'une d'elles mais une circonstance extérieure dont la survenance prive de tout motif le prononcé d'une décision sur le fond : voir, à ce sujet, l'affaire du *Cameroun septentrional* dans laquelle la Cour internationale de Justice avait considéré ne pas être invitée à exercer sa fonction judiciaire en appréciant du bien-fondé de la demande de constatation du manquement à un accord auquel il avait été mis fin (arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963, *Rec.* 1963, pp. 15-39, spéc. pp. 33-34, 37 ; voir également l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice jointe à l'arrêt, *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. pp. 99).

le jugement dépend ainsi de conditions qui ne pourront être examinées avant le jour où la juridiction sera effectivement appelée à statuer[281].

– la deuxième précision concerne les rapports entre saisine, compétence, et droit d'action. L'analyse des rapports entre compétence et saisine a déjà permis de mettre en évidence la dualité de situations juridiques constituées à la date de l'acte introductif d'instance. La saisine déclenche un *pouvoir* au profit de la juridiction qui lui permettra

[281] La mutabilité du droit substantiel dont la protection est l'objet du droit d'action doit d'ailleurs conduire à remettre en cause le bien-fondé du principe souvent énoncé dans les décisions juridictionnelles, selon lequel la *recevabilité* de la réclamation – au titre de laquelle sera notamment envisagée la condition de l'intérêt à agir – s'apprécie à la date de l'acte introductif. De règle, la recevabilité, en tant qu'elle détermine le *pouvoir* du tribunal d'adjuger les prétentions des parties, s'apprécie à la date à laquelle la juridiction statue, conformément à ce qui a été indiqué précédemment au sujet du régime d'application temporel des règles relatives au pouvoir juridictionnel (voir *supra*, n° 65-67). La détermination de la recevabilité à la date du dépôt de la réclamation serait, tout au plus, justifiée pour les conditions qui encadrent la faculté de réclamer tel le respect des délais de recours, l'épuisement des voies de recours internes ou encore la condition d'existence du différend qui fait figure de présupposé à l'action juridictionnelle contentieuse (voir sur cette condition d'existence du litige, *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963, *Rec*. 1963, pp. 6-40, spéc. p. 27, ainsi que les opinions du juge Morelli, *Rec.* 1963, pp. 131-149, spéc. p. 132, et du juge Fitzmaurice, *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. p. 109 ; voir également le jugement du Tribunal des Nations Unies en Libye du 3 juillet 1954 rendu dans l'affaire relative aux *Institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'Accord conclu, en date du 28 juin 1951, entre les gouvernements britannique et italien, et concernant la disposition de certains biens italiens en Libye*, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 375-383, spéc. p. 378). Les juridictions n'établissent toutefois pas de distinction entre les différentes conditions, s'agissant de la date à laquelle il convient de les apprécier : voir notamment *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ICSID Case No.ARB/95/3, décision du 2 septembre 1998 reproduite in *ICSID Review –Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, pp. 458-527, spéc. p. 490, § 72 : « [q]uant à la compétence du tribunal et à la recevabilité de la requête, elles s'apprécient, selon le principe rappelé récemment par la Cour internationale de Justice, à la date du dépôt de la requête », le tribunal se fondant ici sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice rendue le 27 février 1998 dans l'affaire des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique, exceptions préliminaires, *Rec.* 1998, pp. 115-137, spéc. p. 130, §§ 42-43. Sur la pratique de la Cour mondiale, voir également l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt de la Cour internationale de Justice du 14 février 2002, *Rec.* 2002, p. 16, § 40 : « selon une jurisprudence constante, la date pertinente aux fins d'apprécier la recevabilité d'une requête est celle à laquelle cette dernière a été déposée ». Pour la jurisprudence communautaire, voir les deux ordonnances rendues par le Tribunal le 7 septembre 2010 dans les affaires *Etimine et Etiproducts c. Commission* (aff. T-539/08, J.O. C 301 du 6.11.2010, p. 30, § 76) et *Norilsk Nickel Harjavalta Oy, Umicore SA/NV c. Commission* (aff. T-532/08, ordonnance du Tribunal (grande chambre) du 7 septembre 2010, § 70) s'agissant des conditions de recevabilité des recours en annulation : « conformément à l'adage *tempus regit actum* (…), la question de la recevabilité d'un recours doit être tranchée sur la base des règles en vigueur à la date à laquelle il a été introduit (…), et d'autre part, les conditions de recevabilité du recours s'apprécient au moment de l'introduction du recours, à savoir du dépôt de la requête ». Cette règle trouve sa justification dans « le risque d'arbitraire dans l'administration de la justice » que la solution contraire serait susceptible d'entraîner « puisque la recevabilité du recours dépendrait alors de la date, par ailleurs aléatoire, du prononcé de la décision du Tribunal mettant fin à l'instance » (*Etimine et Etiproducts c. Commission*, aff. T-539/08, ordonnance du 7 septembre 2010, J.O. C 301 du 6.11.2010, p. 30, § 77). Voir, toutefois, au sujet des conditions encadrant la présentation d'une demande préjudicielle, les conclusions de l'Avocat général Mme Kokott du 2 septembre 2010 dans l'affaire *Artur Werińsky c. Mediatel 4B spółka z o.o.*, aff. C-283/09, § 22 : « [c]'est la date de l'arrêt préjudiciel, et non celle du dépôt de la demande de décision préjudicielle, qui devrait être déterminante pour la question du droit de saisine », et l'arrêt de la Cour de Justice en date du 17 février 2011 (aff. C-283/09, §§ 30-32). Voir par ailleurs, sur ces différents points, les observations de D. Simon in *Europe*, 2010, n° 11, pp. 18-19.

notamment de se prononcer sur sa faculté à connaître du différend porté à sa connaissance, mais qui ne se confond pas avec la *compétence* attribuée par l'engagement juridictionnel. Or, dire que les effets du titre attributif de compétence se synchronisent avec l'exercice du droit d'action ne revient pas à contredire une telle affirmation. Cette précision s'impose au vu de l'assimilation fréquemment faite aussi bien par la doctrine qu'en jurisprudence, entre le *droit d'action*, auquel il convient d'associer la constitution de la situation de compétence, et la faculté de *saisir* la juridiction dont la mise en œuvre fera naître la situation d'instance[282]. Il faut admettre qu'une telle distinction n'est, à première vue, pas évidente : la demande en justice est tout à la fois l'acte par lequel se concrétise le droit d'action, et l'acte qui a pour effet de saisir la juridiction. Ces deux conséquences que l'on impute à la même demande en justice sont pourtant bien distinctes. H. Motulsky en fait état dans les différents travaux qu'il consacre à la notion d'action en justice[283]. Il oppose ainsi l'*action* en justice de l'*accès* au juge, lequel désigne l'habilitation à mettre en mouvement le mécanisme judiciaire[284]. L'action ne peut ainsi, selon lui, s'envisager comme « la simple latitude de saisir les autorités juridictionnelles, ni l'acte qui entraîne leur fonctionnement ». Elle est « la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise »[285]. La distinction qu'il s'agit d'établir entre action et saisine renvoie donc en dernière analyse au point de vue que l'on adopte pour décrire les effets de la demande en justice : pour la juridiction, la demande

---

[282] Voir notamment sur cette assimilation, l'affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaire du 11 juin 1998, *Rec*. 1998, pp. 275-327, spéc. p. 295, § 34, la Cour évoquant les droits acquis en matière de saisine pour désigner la faculté ouverte par le titre de compétence à agir devant elle.

[283] On doit principalement à Henri Motulsky d'avoir dégagé les contours de la notion d'action en justice. L'auteur dissocie l'action du *droit substantiel* dont elle a pour objet la protection. Il s'oppose ainsi à la théorie classique de l'action qui l'envisageait comme « le droit en mouvement », « le droit casqué et armé, sur pied de guerre », et qui selon le fameux adage « pas de droit, pas d'action », conduisait à la priver de toute autonomie à l'égard du droit substantiel (H. Motulsky, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, pp. 54-55, 59-60 ; voir également « Le droit subjectif et l'action en justice », *A.P.D.*, 1964, pp. 215-227, spéc. pp. 217 et ss ; sur cette distinction entre droit subjectif et droit d'action devant la juridiction internationale, voir G. Morelli, « La théorie générale du procès international », *R.C.A.D.I.*, 1937-III, vol. 61, pp. 257-370, spéc. p. 363). Motulsky dissocie également l'action de la demande dans laquelle elle trouve sa réalisation. Pour l'auteur, l'action s'insère ainsi dans une « trilogie procédurale » entre, d'une part, le fond de la prétention, et d'autre part « la régularité formelle de la procédure » (*Droit processuel*, *op. cit.*, p. 59).

[284] H. Motulsky, *Droit processuel*, *op. cit.*, pp. 60-61. Voir également sur cette distinction, L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, pp. 315 et ss.

[285] « Le droit subjectif et l'action en justice », *op. cit.*, p. 223. Cette définition a été reprise à l'article 30 al. 1er du Code de procédure civile, l'action étant définie comme « le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Sur le droit d'action devant les juridictions internationales, voir par ailleurs Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 57 : « [l]a demande en justice est l'acte de procédure par lequel un Etat saisit la Cour pour obtenir d'elle la sanction d'un droit dont il se dit titulaire » ; A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 323 et ss. ; G. Morelli, « La théorie générale du procès international », *op. cit.*, pp. 362 et ss., ainsi que l'opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 2 décembre 1963 dans l'affaire relative au *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, pp. 131-149, spéc. pp. 131-133.

est l'acte par lequel elle se trouve saisie d'une situation litigieuse. En revanche, du point de vue du justiciable, la demande est l'acte par lequel il sollicite la reconnaissance d'une prétention juridique, et l'exercice du pouvoir juridictionnel[286] : en communiquant sa prétention au juge, le requérant met en œuvre le droit dont il dispose, et dont il pourra par ailleurs renoncer en cours d'instance[287], de voir sa cause entendue.

L'analyse conforte ainsi la conclusion relevée précédemment : saisine et compétence renvoient à deux situations juridiques autonomes, quoique constituées de façon simultanée. La situation d'instance établit un rapport procédural entre les parties litigantes, d'une part, et l'organe saisi d'autre part. Quant à la situation de compétence, on l'associe au droit d'action dont l'exercice déclenche les effets du lien juridictionnel noué entre les parties. C'est en rapport à ce droit et à la date à laquelle il en est fait exercice, que le juge examinera sa faculté à connaître de la demande ainsi soumise à lui. Le droit au maintien de la compétence accordé au demandeur tire ainsi son fondement de l'obligation juridictionnelle assumée par le défendeur, et de la manière par laquelle les juridictions internationales font application de cette obligation *ratione temporis*. Ceci étant dit, on comprend que le maintien de la compétence ne peut s'envisager comme un simple effet de la « liaison » de l'instance, mais véritablement comme un droit subjectif qui procède de la manière dont le juge apprécie sa compétence temporelle. Cette différence fondamentale va pouvoir être illustrée avec l'évocation de la règle de droit processuelle interne dite « *perpetuatio fori* ».

B. Droit au maintien de la compétence et règle de « perpetuatio fori »

90. Le lien qui a été établi entre la manière dont s'appliquent les règles de procédure dans le temps, et les intérêts bien compris des justiciables n'a rien de spécifiquement international. Un parallèle pourrait même être spontanément établi avec certaines règles processuelles de droit interne que la doctrine internationaliste a associées au principe « *perpetuatio fori* »[288], encore que ces règles ne forment pas une catégorie homogène. A

[286] Voir en ce sens, L. Azoulai, « Commentaire », *in* H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel, *La saisine des juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 197-202, spéc. pp. 197-199.

[287] Le cas de figure vise principalement l'hypothèse du désistement, qui fait toutefois l'objet d'un encadrement procédural (voir sur ce point *supra*, note n° 273), mais on peut également y rattacher la situation qui s'était produite dans l'affaire de l'*Or monétaire* dans laquelle l'Italie contestait la compétence de la Cour qu'elle avait elle-même saisie.

[288] Voir en ce sens l'analyse de G. Morelli in *Studi sul processo internazionale*, Milan, Giuffrè, 1963, pp. 79-88, spéc. p. 88 : « *[i]l principio per cui il tempo del processo non deve tornare a danno delle'attore, principio che, negli ordinamenti interni, riceve molteplici applicazioni, una delle quali è appunto la* perpetuatio jurisdictionis

l'analyse, leur évocation permet même de caractériser la singularité de la solution retenue par les juridictions internationales.

91. Avant d'évoquer la règle processuelle « *perpetuatio fori* » proprement dite, il doit d'abord être fait état des liens qui unissent le principe de détermination de la compétence temporelle et les règles jurisprudentielles des systèmes juridiques d'inspiration ou de tradition anglo-saxonne qui retiennent la date d'engagement des instances pour la détermination de la compétence juridictionnelle, et qui associent explicitement cette solution à la prise en compte de la situation des justiciables. Le professeur Côté rapporte du droit canadien que la reconnaissance par les tribunaux du droit au maintien de la règle de compétence en vigueur au jour de l'institution de la procédure s'explique par le préjudice individuel qu'un changement de législation serait susceptible d'entraîner. Il ressort de la jurisprudence que la compétence juridictionnelle est envisagée comme un élément fondamental du cadre procédural dont le juge a pour préoccupation d'assurer la stabilité. La neutralisation de l'application immédiate des lois en cours de procès se justifie en raison du fait qu'elle permet d'éviter la remise en cause des prévisions du plaideur et les espérances qu'il aurait pu former en s'engageant dans l'instance[289].

La solution est proche de celle du contentieux international. Au vu des justifications retenues par le juge, on doit toutefois considérer que le maintien de la loi de compétence applicable à la date de l'acte introductif d'instance n'est, dans un tel contexte, pas dissociable des conséquences imputables à la saisine de la juridiction et à l'établissement du lien d'instance entre elle et les parties. Le juge interne associe le maintien de la loi applicable à la date d'introduction de l'instance à la fixation du cadre général du litige qui lui est soumis. Or, tel se trouve précisément être l'effet principal de la « liaison » de l'instance. De la saisine résulte, effectivement, des conséquences dans le rapport procédural établi entre le juge et les parties. Ces conséquences s'illustrent notamment au titre de l'objet de l'instance qui est défini au moment de l'acte introductif d'instance, et qui ne pourra plus être étendu par la suite[290]. Elles s'illustrent également au titre de l'encadrement de la faculté du demandeur de se désister[291], trouvant leur justification dans le fait que « le juge saisi a vocation à le demeurer

---

nelle sur varie forme, fornisce un criterio che, tutte le volte che non risulti una volontà contraria, deve ritenersi decisivo ai fini della interpretazione dei limiti temporali della efficacia delle norme dirette a conferire giurisdizione alla Corte internazionale di giustizia. L'estinzione di queste norme deve, in generale intendersi nel senso che essa non tocca i processi in corso ».

[289] P.-A. Côté, « L'application dans le temps des lois de pure procédure », *op. cit.*, pp. 631-632, 640-643.

[290] Voir, toutefois, s'agissant de l'exception admise au titre des faits postérieurs à l'acte introductif d'instance, et qui se rapportent directement aux faits antérieurs, *infra*, n° 479.

[291] Voir sur ce point, *supra*, note n° 273.

jusqu'à l'adoption de la décision finale »[292]. Si ces conséquences se retrouvent à l'identique dans le procès international, elles n'englobent pas cependant le droit au maintien de la compétence qui, on l'a dit, est fondé sur l'obligation juridictionnelle assumée par le défendeur, et qui procède de la règle jurisprudentielle consistant à apprécier la compétence à la date du dépôt de la demande. Dans le cadre du procès international, la fixation à la date de la saisine du droit applicable à la compétence ne se justifie pas, en d'autres termes, en considération du rapport procédural établi à cette même date entre le juge et les parties, mais uniquement en considération de l'applicabilité du lien juridictionnel entre les parties, au jour où l'une d'elles exerce son droit d'action.

92. La solution du contentieux international doit, pour les mêmes raisons, être distinguée de la *règle* processuelle « *perpetuatio fori* » qui, si elle a tout autant pour objet de garantir le maintien de la situation juridique de compétence établie à la date du dépôt de la demande, ne consacre aucun droit individuel d'aucune sorte[293]. La locution *perpetuatio fori* est employée, le plus souvent dans la littérature juridique germaniste, pour signifier que « la compétence d'une juridiction reste acquise alors même que les circonstances sur lesquelles elle se fonde viendraient à disparaître après l'introduction de l'instance »[294]. Les solutions concrètes auxquelles l'application de cette règle aboutit ne sont d'ailleurs pas inconnues du droit positif français, et nullement incompatibles avec ce qui a été dit précédemment à leur sujet, puisque la *perpetuatio fori* ne porte pas sur la compétence « d'attribution » des tribunaux – c'est-à-dire leur aptitude à connaître d'un « genre déterminé de procès »[295] – qui serait susceptible d'être modifiée jusqu'à la date du jugement[296], mais simplement sur le

---

[292] M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *op. cit.*, p. 73. Voir également, au sujet des effets attachés au lien d'instance, J. Héron, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, spéc. p. 151, et les extraits cités *infra*, note n° 301.

[293] La locution « *perpetuatio fori* » a d'ailleurs pu être utilisée dans la pratique internationale pour désigner la conséquence attachée au principe d'appréciation de la compétence à la date de la saisine. Voir en ce sens la sentence déjà citée du tribunal arbitral pour l'accord sur les dettes extérieures allemandes du 3 juillet 1958 rendue dans l'affaire *Confédération Helvétique c. R.F.A. (No. I)*, *I.L.R.*, vol. 25 (1958-I), pp. 33-70, spéc. p. 55. Pour la doctrine, voir *supra*, note n° 288.

[294] P. Lagarde, « *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, pp. 237-247, spéc. p. 237.

[295] Ch. Eisenmann, « Sur la compétence des juridictions », Chronique, *D.*, 1948, pp. 49-52, spéc. p. 50.

[296] La distinction n'est pas toujours clairement établie en doctrine. On pourrait, en un sens, en retrouver l'expression dans l'association parfois faite entre défaut de compétence d'attribution et incompétence absolue, et entre défaut de compétence territoriale et incompétence relative. La plupart des auteurs rejettent néanmoins l'assimilation : voir notamment R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1949, 2ème éd., pp. 178-180 ; S. Guinchard, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 997 ; H. Solus, « Compétence d'attribution et compétence territoriale », *J.C.P.*, 1947.I.663. On trouve trace dans certaines appréciations doctrinales d'une distinction plus nettement établie entre les conséquences attachées à la *perpetuatio fori* et la compétence matérielle. Le doyen Roubier évoque, au fil de ses observations sur les effets accordés aux lois nouvelles sur les procès en cours, la distinction susceptible d'être opérée entre compétences matérielle et territoriale : contrairement aux lois s'attachant à définir une compétence fondée sur l'objet des

maintien des conséquences de la saisine régulière du tribunal au regard de sa localisation sur le territoire[297]. L'exemple le plus fréquemment donné concerne le maintien de la compétence du tribunal du domicile du défendeur malgré le changement d'adresse de ce dernier, une fois l'instance engagée[298]. Parce qu'elle avantage le demandeur en ne l'obligeant pas à s'adapter au comportement adverse, la doctrine a considéré que cette solution trouvait sa justification dans la protection des intérêts du demandeur et dans son « expectative légitime qui est d'obtenir du tribunal un jugement sur le fond »[299]. Il s'avère toutefois que la règle *perpetuatio fori* n'est que la simple concrétisation des effets des règles d'organisation judiciaire. A l'image du choix du *for* en droit international privé[300], le dépôt de l'acte introductif d'instance a effectivement pour fonction la désignation du « ressort » territorial compétent. La *perpetuatio fori* ne couvre ainsi, malgré les apparences, aucun droit individuel d'aucune sorte[301]. Elle n'est qu'une conséquence de la saisine régulière du tribunal.

---

litiges et dont l'application immédiate se justifierait à raison de ce qu'elles feraient appellent à une juridiction mieux adaptée pour les résoudre, les règles intéressant la compétence territoriale identifieraient celle-ci « tantôt par la préférence donnée à telle ou telle partie (…), tantôt par un mécanisme d'organisation territoriale (…) et il n'y a pas de raison aussi sérieuse de désinvestir les anciennes juridictions saisies du litige sous la loi précédente » : « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », *Mélanges en l'honneur de J. Maury*, t. 2, pp. 513-537, spéc. p. 519.

[297] Sur la distinction entre compétence dite d'attribution ou *ratione materiae* et compétence territoriale ou « *personae vel loci* », voir l'échange entre H. Solus (« Compétence d'attribution et compétence territoriale », *J.C.P.*, 1947.I.663 ; « Considérations sur la compétence des juridictions », *D.*, 1949, pp. 153-156 ; voir également H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Tome II, *La Compétence*, *op. cit.*, pp. 13-17) et Ch. Eisenmann (« Sur la compétence des juridictions », *op. cit.*). Sur cette distinction, voir également J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 786-787 ; R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, p. 177.

[298] Comme le note le professeur Lagarde, cette solution est fréquemment présentée sans être associée à l'application du principe de *perpetuatio fori* (« *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », *op. cit.*, p. 238) : voir en ce sens, la présentation de la règle « *actor sequitur forum rei* » dans les manuels de droit judiciaire privé, notamment celui de H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 288 et ss.

[299] P. Lagarde, « *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », *op. cit.*, p. 240.

[300] Voir à cet effet la résolution de l'Institut de droit international au sujet du problème intertemporel en droit international privé, la *perpetuatio fori* trouvant sa traduction dans le fait que « [l]es changements intervenant en cours de procédure dans les faits qui constituent le fondement de la compétence juridictionnelle ne privent pas la juridiction de sa compétence et n'affectent normalement pas la reconnaissance ou l'exécution de ses décisions dans d'autres Etats » (Résolution I, § 2-a, Session de Dijon, août-septembre 1981, *Rev. crit. Dr. int. pr.*, 1981, p. 815). Pour un exemple pratique, voir *Dorra c. Caisse fraternelle de capitalisation*, Cour d'appel de Rabat (France), arrêt du 15 mars 1938, *I.L.R.*, vol. 11, pp. 223-224, et spéc. p. 224 : l'entrée en vigueur postérieure à la saisine du tribunal d'un traité modifiant les règles de compétence n'affecte pas la procédure en cours, la compétence du tribunal s'appréciant à la date à laquelle il est saisi.

[301] Cette propriété attachée à l'acte introductif d'instance a d'ailleurs pu être invoquée par la doctrine de droit interne privé en vue de modifier la date à laquelle il conviendrait d'apprécier la compétence (d'attribution) des tribunaux : voir les références citées in *Rev. trim. Dr. civ.*, 2002, p. 843, et principalement J. Héron, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 151 : pour l'auteur, la demande en tant qu'elle constitue « le premier acte de la chaîne » procédurale, commande les autres actes placés sous sa dépendance, et qui n'ont de sens que par rapport à elle. « En particulier, le dernier acte de la chaîne qu'est le jugement n'est jamais que la *réponse* du juge à la demande qui lui est soumise ; ses caractéristiques et son contenu sont commandés par la demande » ; voir également, du même auteur, « Eléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *R.R.J.*, 1992, pp. 961-970, spéc. p. 962.

93. De cet ensemble, il peut être conclu que la situation juridique de compétence, telle que constituée à la date de l'exercice de l'action en justice, est une situation subjective. A cette situation se trouve attaché un droit individuel qui se rapporte à l'exercice par le tribunal de sa compétence en vue de l'obtention d'un jugement au fond. Le parallèle qui a été établi avec les règles processuelles de droit interne a d'ailleurs permis de caractériser la spécificité d'une telle garantie attachée au droit d'action. L'attribution du droit au maintien de la compétence ne peut s'envisager comme un simple effet de la liaison de l'instance ; elle procède de la manière par laquelle le juge fait application dans le temps de l'obligation juridictionnelle assumée par l'Etat défendeur. On ne serait toutefois, à ce stade, autorisé à parler d'un droit *acquis* à l'exercice de la compétence. Encore s'agit-il d'établir son intangibilité.

SECTION 2 / LE CARACTERE DEFINITIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE

94. L'irrévocabilité est, après le caractère subjectif, l'autre qualité qui permet d'identifier les droits acquis. Les précédents développements avaient, à ce propos, déjà permis de dégager l'idée selon laquelle le décalage opéré entre le moment en considération duquel le juge apprécie sa compétence, et celui au cours duquel il en fait exercice, conduit à ne pas tenir compte des modifications intervenues en cours d'instance au titre du droit applicable à la compétence. En d'autres termes, le fait d'apprécier la compétence à la date de l'acte introductif d'instance a pour objet de paralyser l'application immédiate de la loi nouvelle aux procès en cours. Telle est la signification du caractère définitif de la situation juridique de compétence que l'on associe à la survie de la loi ancienne (§ 1). Une fois cette précision posée, il s'agira d'envisager la question de la « régularisation » de la compétence *pendente lite* en vue d'illustrer la manière par laquelle le juge international est conduit à moduler, dans le seul intérêt du demandeur, les conséquences du caractère définitif de la situation constituée à la date de la saisine (§ 2).

§ 1 - LA SIGNIFICATION DU CARACTERE DEFINITIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE

95. L'utilité de recourir à la notion de situation juridique définitive, autrement traduite par celle d'irrévocabilité du droit, est l'objet de fréquentes remises en cause, aussi bien par la doctrine de droit public que privé[302]. On lit parfois qu'un droit acquis n'est que le droit à ce qu'une loi – nouvelle – ne s'applique pas[303] ; ou encore, et réciproquement, que respecter les droits acquis, c'est appliquer le droit[304]. Rapporter le caractère définitif d'une situation juridique n'apporterait, en somme, aucune autre explication que celle que la notion de situation constituée est déjà en mesure de fournir. Le professeur Petit fait notamment observer que l'intangibilité du droit réputé « acquis » constitue finalement moins la raison de l'inapplicabilité de la loi nouvelle que sa conséquence[305]. L'irrévocabilité servirait, tout au plus, à traduire l'inaptitude d'une loi munie d'effet immédiat à remettre en cause les choses du passé.

L'emploi de l'expression « droit acquis » aux fins de caractériser la situation du demandeur devant la juridiction internationale ne doit, toutefois, pas s'inscrire dans cette tendance qui aboutit à déprécier le contenu même de la notion. En effet, le choix du jour du dépôt de la demande pour apprécier la compétence revient à interrompre le cours normal des choses, ce choix s'expliquant par la nécessité de donner un tour définitif au consentement de l'Etat à la juridiction[306]. Le principe de détermination de la compétence temporelle impose le maintien, pour toute la durée de la procédure, de l'obligation juridictionnelle applicable à la date de son déclenchement ; il commande en d'autres termes « la survie de la loi ancienne »

---

[302] Voir la doctrine citée par le professeur Petit, in *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, p. 147, note n° 191. Voir également P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, pp. 339-340.

[303] Th. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, *op. cit.*, p. 60. *A contrario*, les termes d'« expectative », d'« attente » ou encore de « faculté », auraient « pour finalité de marquer la possibilité qu'a la loi nouvelle à régir les droits qui ne sont pas encore acquis » : *ibid.*, p. 62.

[304] C. Santulli, *Les droits acquis*, *op. cit.*, p. 90.

[305] J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, p. 147. Voir également en ce sens, P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 244-245.

[306] Comme l'indique l'agent du M. Sauser-Hall, agent du gouvernement de la Principauté de Liechtenstein dans l'affaire *Nottebohm*, l'introduction de la procédure « cristallise les droits des parties en matière de compétence » : *C.I.J. Mémoires*, *Affaire Nottebohm*, vol. II, p. 25. Il faut toutefois faire observer que le fait qu'un titre de compétence n'ait pas été invoqué dans l'acte introductif d'instance n'exclut pas qu'il puisse l'être après coup, du moins dans le mémoire en demande, en vue de fonder la compétence : en ce sens *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984, *Rec*. 1984, pp. 392-443, spéc. pp. 426-427, § 80 ; dans le même sens, Affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, ordonnance de la Cour du 13 septembre 1993 (nouvelle demande en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1993, pp. 325-352, spéc. pp. 338-339.

pour les procès en cours, situation dans laquelle « la loi nouvelle laisse la loi ancienne s'appliquer pour tous les effets juridiques à venir de faits antérieurs à sa promulgation »[307].

L'intérêt de cette solution réside précisément dans le fait d'écarter la pertinence de toute règle nouvelle dont l'application aurait pour résultat d'attribuer une signification différente aux effets concrétisés au jour du dépôt de la requête. La solution retenue par les juridictions internationales revient d'abord à exclure l'application immédiate des règles de compétence entrées en vigueur d'ici la date du jugement, la situation étant constituée au jour du déclenchement de l'instance. Le fait de réputer acquise la situation de compétence permet, de surcroît, d'écarter l'éventuel effet *rétrospectif* des règles nouvelles, lequel consisterait à modifier pour l'avenir la manifestation des effets de la situation constituée à la date de la saisine[308]. En effet, à l'image de règles intertemporelles du droit interne, celles qui régissent les relations juridiques internationales s'articulent autour de la distinction fondamentale entre *création* et *existence* des droits[309]. Cette distinction trouve sa première formulation, en droit international, dans les deux principes énoncés par Max Huber à l'occasion du règlement de l'affaire de l'*Ile de Palmas*. L'arbitre avait jugé au sujet de la découverte et de l'acquisition de territoires inhabités qu'elles devaient, comme tout autre événement juridique, être appréciées « à la lumière du droit qui [leur] est contemporain », c'est-à-dire le droit en vigueur au moment où elles s'étaient produites. Une distinction devait cependant être établie entre

[307] P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 11. La survie de la loi ancienne est également associée en droit international à un type de clauses dites « d'antériorité », qui auraient pour effet de soustraire à une nouvelle réglementation les mesures prises avant la date de son entrée en vigueur, y compris pour leur effets postérieurs. Il en avait notamment été question dans l'affaire O.M.C. *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (Philippines/Brésil), rapport du groupe Spécial du 17 octobre 1996, WT/DS22/R, spéc. § 25.

[308] Le terme de rétrospectivité est utilisée par Jacques Héron pour qualifier l'effet que certaines lois pourraient déployer « pour le futur sur des situations juridiques constituées dans le passé, mais qui se prolongent dans l'avenir », sans qu'elles obligent les sujets de droit « à réexaminer leurs actes passés pour en tirer d'autres conséquences de droit » (*Les principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 102). Le génie de ces règles rétrospectives tient au fait qu'elles « jouent » sur la durée de l'effet juridique envisagé. On citera, pour reprendre l'un des nombreux exemples cités par J. Héron, celui de la législation venant durcir les conditions d'octroi d'un permis de conduire un navire de plaisance. L'intervention de la loi a, ici, pour base la durée de la situation juridique en cause, c'est-à-dire celle résultant de l'acquisition du droit de naviguer. Cette nouvelle réglementation ne prétend pas statuer sur l'acquisition initiale du permis, ni même sur l'usage du navire que ce permis avait pu autoriser avant qu'elle n'entre en vigueur. A compter de cette date, cependant, seuls les propriétaires de navire de plaisance qui remplissent les nouvelles conditions posées pour la délivrance du permis se trouveraient encore en droit de naviguer.

[309] Le principe apparaît souvent en droit interne sous une tournure négative, « nul n'ayant », dit-on, « de droits acquis au maintien de ses droits », c'est-à-dire au maintien de la situation législative ou réglementaire qui a présidé à leur création. Le constat est ancien et ne diffère pas de la justification qui est donnée à l'application immédiate de la loi nouvelle. Planiol affirmait à ce propos que « la loi ne garantit nullement l'exercice indéfini des droits qu'elle sanctionne non plus que le maintien indéfini des situations juridiques qu'elle crée » (*Traité élémentaire de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1946, 3ème éd. revue et complétée par G. Ripert, t. 1, p. 112). Voir également, à ce sujet, la discussion engagée par MM. Duguit et Bonnard au sujet du fonctionnaire qui n'aurait aucun droit acquis au maintien du statut en vigueur lors de son entrée dans l'administration, restituée par J.-M. Auby, *in* « L'incompétence '*ratione temporis*'. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *op. cit.*, pp. 27-28.

création et existence des droits, « le principe même qui soumet l'action créatrice d'un droit au droit en vigueur au moment où il naît exige[ant] que son existence, en d'autres termes la poursuite de sa manifestation, se conforme aux conditions requises par l'évolution du droit »[310]. En application d'un tel principe, Max Huber avait jugé que la découverte de l'île au cours du XVIIème siècle par l'Espagne n'était plus en mesure de produire les effets revendiqués par elle après que le droit international eut posé une nouvelle condition, celle de l'occupation effective, pour maintenir la souveraineté initialement créée[311]. La solution retenue, dans cette affaire, au sujet de l'exercice *continu* d'un titre territorial permet ainsi d'illustrer le fait que le choix de la survie de la loi ancienne est le seul moyen de rendre indifférente l'évolution ultérieure du droit. Cette considération est tout aussi valable pour la règle retenue en matière de compétence temporelle : la situation d'instance est une situation *en cours*, qui ne s'achève qu'à la date du jugement. On comprend donc la nécessité de maintenir le droit applicable à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. A défaut, le droit d'action du requérant serait à la merci du bon vouloir de l'Etat attrait en justice, qui pourrait modifier son engagement d'ici la date du jugement et prévoir notamment de nouvelles conditions d'établissement de la compétence en stipulant, par exemple, que celle-ci ne porte désormais plus sur telle catégorie de litiges mais sur telle autre, ou non plus sur l'ensemble des litiges de telle catégorie, mais uniquement sur certains d'entre eux, toujours dans le but de réduire la portée de son acceptation de compétence à un domaine que n'intègre pas le différend pour lequel la procédure a été ouverte à son encontre.

La Cour internationale de Justice a envisagé ce cas de figure dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, au titre d'une condition figurant dans la déclaration facultative de juridiction obligatoire du Portugal par laquelle celui-ci s'était réservé « le droit d'exclure du champ d'application de la (…) déclaration, à tout moment au cours de sa validité, une ou plusieurs catégories déterminées de différends, en adressant au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une notification qui prendra effet à la date où elle aura été donnée »[312]. Le gouvernement indien, défendeur à l'instance, soutenait que cette condition à laquelle le Portugal avait subordonné son acceptation de la compétence de la Cour n'était pas

[310] Sentence arbitrale du 4 avril 1928 (Pays-Bas/Etats-Unis), *R.S.A.*, vol. II, pp. 829-872, spéc. p. 845 ; traduction du professeur Jean Combacau *in* « L'écoulement du temps », *op. cit.*, p. 79.

[311] Pour une analyse des principes énoncés par Max Huber dans cette affaire, on renverra à l'étude du professeur Combacau sur « L'écoulement du temps », *ibid.*, *passim.* Voir également les commentaires de P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg et Cie, 1967, t. 1, pp. 217-218, ainsi que le rapport provisoire du Rapporteur Sørensen à l'I.D.I., in *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, pp. 35 et ss., et la résolution adoptée par l'Institut lors de la Session de Wiesbaden, *An. I.D.I.*, 1975, t. 56, p. 538, spéc. § 2. g.

[312] *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, p. 141.

valide, car « incompatible avec le principe et la notion de juridiction obligatoire telle que celle-ci est établie à l'article du 36 du Statut »[313] de la Cour. Pour le gouvernement indien, cette condition entachait de nullité la déclaration dans laquelle elle figurait, et privait ainsi la haute juridiction de sa compétence pour connaître du litige. La Cour ne devait toutefois pas faire sienne cette thèse. Elle indiquait tout d'abord qu'elle se refuserait, en tout état de cause, à donner effet au droit que se serait réservé un Etat dans la déclaration par laquelle il reconnaît sa juridiction obligatoire, d'ôter de son champ d'application une ou plusieurs catégories déterminées de différend, dès lors qu'une telle modification interviendrait au titre d'une affaire déjà pendante. Par ailleurs, la Cour jugeait que les termes utilisés dans la déclaration portugaise ne pouvaient être interprétés comme allant à l'encontre de cette règle, la notification n'ayant pas vocation à modifier la marche des procédures déjà entamées mais uniquement à réduire le champ de compétence de la Cour au titre des futures affaires dont elle pourrait avoir à connaître[314]. En d'autres termes, la haute juridiction estimait que la notification n'était pourvue d'aucun effet rétrospectif.

96. La neutralisation des effets rétrospectifs de la loi nouvelle est également l'idée qui sous-tend la justification donnée, en droit interne, au choix de la survie de la loi ancienne de compétence. Le fait de s'en remettre au seul droit applicable à la date de la saisine n'est, en effet, jamais envisagé sans la référence à la situation continue d'instance que cette saisine inaugure. On trouve ici la raison pour laquelle le principe romaniste d'après lequel *un procès doit être achevé là où il a été porté*[315] avait pu être présenté par une frange de la doctrine de droit privé comme porteur d'un droit acquis[316]. La thèse défendue à cette occasion consistait à déduire de l'exercice de toute aptitude légale, l'acquisition d'un droit irrévocable ; s'agissant plus précisément de la compétence, les auteurs justifiaient le droit du plaideur à ce que la compétence se maintienne en considération de l'aptitude qu'il avait exercée, en conformité à la loi, en soumettant sa cause à un juge déterminé[317]. Cette thèse a été reprise par les pénalistes au sujet du choix, par les représentants de l'Etat, de l'ordre juridictionnel compétent, l'idée étant qu'un accusé ne puisse être soustrait à la juridiction de jugement initialement désignée[318]. Même encore aujourd'hui, le maintien de la compétence telle

[313] *Rec.* 1957, p. 142.
[314] *Rec.* 1957, p. 142.
[315] La maxime est la traduction de la formule latine « *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* » (voir P.-A. Merlin, « Compétence », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 288).
[316] Voir la doctrine citée, à cet effet, par le doyen Roubier in *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 553, notamment G. Baudry-Lacantinerie, M. Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *Des personnes*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1902, 2ème éd., t. I, p. 123.
[317] Voir P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 553.
[318] Voir à ce sujet A. Vitu, note in *J.C.P.*, 1955.II.8643.

qu'établie à la date de l'acte introductif d'instance s'inscrit sous le signe de la survie de la loi ancienne. C'est, d'abord, l'analyse qui est la plus couramment livrée s'agissant des dispositions transitoires du droit privé et public français qui accompagnent parfois la mise en œuvre d'une réforme législative, et qui réservent l'application des dispositions nouvelles aux instances introduites postérieurement à leur entrée en vigueur. La mise en application du nouveau code de procédure civile avait d'ailleurs permis d'en fournir une illustration, les dispositions relatives à la compétence n'étant rendues applicables qu'aux instances introduites à compter de la date d'entrée en vigueur du nouveau code[319]. De manière plus significative encore, le droit anglo-canadien qui fait de cette solution d'exception du droit français une règle de droit commun, prévoit la survie de la loi ancienne de compétence qui, n'étant pas d'« effet purement procédural », pourrait entraîner, par son application immédiate, un préjudice pour les justiciables[320].

97. Parler d'un droit acquis au maintien des effets de la compétence *pendente lite* pour exprimer son caractère irrévocable n'est donc pas dénué de tout fondement, ni même de tout antécédent. Le caractère définitif de la situation juridique envisagée ne saurait, par ailleurs, simplement proscrire l'application rétroactive de la règle nouvelle ; dans le cas des règles de compétence, il revient à exclure l'application immédiate et rétrospective de celles entrées en vigueur en cours d'instance. Encore faut-il prendre la mesure de ce que cette conséquence attachée à l'irrévocabilité de la situation de compétence n'est appelée à jouer qu'au seul profit de l'auteur de la demande.

---

[319] Voir sur cette question Th. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, *op. cit.*, pp. 206-207 ; J. Héron, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, pp. 150-151 ; J. Normand, in *Rev. trim. Dr. civ.*, 1980, pp. 393-395, et 1981, pp. 674-675. Voir également, du même auteur « L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie », *op. cit.*, pp. 559-560, 579-580. Pour les dispositions transitoires organisant la survie des lois de compétence applicables au jour d'introduction des procédures, voir J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op. cit.*, pp. 605-608. Voir également G. Eveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 260. Plus généralement, au titre de la tendance à limiter l'application des réformes aux procédures introduites uniquement à compter de leur entrée en vigueur, voir J. Normand, in *Rev. trim. Dr. civ.*, 1980, pp. 588 et ss., spéc. pp. 589-590, et *Rev. trim. Dr. civ.*, 2002, pp. 840-843, spéc. p. 843.

[320] Voir sur cette question, P.-A. Côté, « L'application dans le temps des lois de pure procédure », *op. cit.*, pp. 631-632, 640-643.

§ 2 - LA MODULATION DES CONSEQUENCES DU CARACTERE DEFINITIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE : LA « REGULARISATION » DE LA COMPETENCE *PENDENTE LITE*

98. L'analyse a, jusque là, permis d'illustrer le fait que le caractère définitif d'une situation juridique renvoie au processus d'application de la règle de droit. L'irrévocabilité des droits attachés à la compétence juridictionnelle est une manière de retranscrire l'existence d'une base de compétence applicable à la date de l'acte introductif d'instance. Si l'on veut bien, désormais, considérer l'hypothèse inverse, c'est-à-dire celle dans laquelle le juge ne serait en mesure de fonder l'exercice de son pouvoir sur aucune clause juridictionnelle valable à la date critique, il y aurait, semble-t-il, tout lieu de conclure au caractère définitif de la situation juridique d'incompétence ainsi constituée. Ce serait toutefois omettre que les principes gouvernant la compétence *ratione temporis* ne font sens que si on les rapporte à l'exercice du droit d'action des justiciables. L'irrévocabilité de la situation de compétence constituée à la date de l'acte introductif d'instance ne se vérifie que dans les hypothèses où la compétence a effectivement été acquise à cette date.

99. A déjà été évoqué le mécanisme du *forum prorogatum* qui justifie que le moment auquel il convient d'apprécier la compétence coïncide avec la date de son exercice par la juridiction, mais qui, précisément pour cette raison, ne met en jeu aucune situation – de compétence ou d'incompétence – constituée à la date du dépôt de la requête. En vérité, la seule hypothèse qu'il s'agit d'envisager est celle dans laquelle la juridiction internationale prendrait acte du perfectionnement *pendente lite* d'un engagement juridictionnel jugé défectueux à la date du dépôt de la requête, mais qui aurait ainsi été « régularisé » d'ici la date du jugement[321]. Un tel aménagement trouve son explication dans la volonté d'éviter un excès de formalisme[322]. La régularisation est admise si le vice affectant le titre de compétence à la

[321] Voir sur ce point C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 146-147.

[322] Pour la même raison, la « régularisation » de la recevabilité de la réclamation est également admise par les juridictions internationales. Voir par exemple, au sujet de la possibilité de tenir compte des faits postérieurs à la requête au titre de la satisfaction des préalables de négociation, l'affaire *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Nicaragua c. Honduras, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 20 décembre 1988, *Rec.* 1988, pp. 69-107, spéc. p. 95, § 66. Au sujet de la régularisation de l'épuisement des voies de recours internes, voir *Giovanni Ventura c. Italie*, req. n° 7438/76, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 mars 1978 dans laquelle elle reprend la solution dégagée dans l'affaire *Ringeisen* d'après laquelle « il doit être loisible à la Commission de tolérer que le dernier échelon de ces recours soit atteint peu après le dépôt de la requête, mais avant qu'elle ne soit appelée à se prononcer sur la recevabilité » : *Ann.*, vol. 22, pp. 149-157, spéc. p. 151 ; voir également en ce sens, *Michel Deschamps c. Belgique*, req. n° 13370/87, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 juillet 1991. Devant les juridictions communautaires, la régularisation n'est toutefois possible que dans la mesure où les faits en cause se sont réalisés avant l'expiration du délai de recours : voir notamment s'agissant des conditions de recevabilité d'un recours en annulation, *Srl Bensider* et. al *c. Commission*, 50/84, arrêt de la Cour de Justice des

date de communication de la réclamation est susceptible d'être purgé par le dépôt d'une nouvelle demande[323]. C'était déjà le sens et la mesure de la mansuétude dont avait su faire preuve la Commission européenne des droits de l'homme lors de ses premières années de fonctionnement, au sujet de l'entrée en vigueur progressive des déclarations d'acceptation de compétence des différents Etats signataires de la Convention[324]. Les deux Cours de La Haye ont retenu la même justification dans les affaires relatives aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*[325] et à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[326], au sujet de la prise en compte de l'entrée en vigueur, en cours d'instance, des titres de compétence sur la base desquels les requêtes avaient été introduites. Comme l'indique la Cour dans la deuxième affaire :

Communautés européennes du 27 novembre 1984, *Rec.* p. 3991, § 8, et plus récemment, *Etimine et Etiproducts c. Commission*, aff. T-539/08, ordonnance du Tribunal du 7 septembre 2010, J.O. C 301 du 6.11.2010, p. 30, § 76, et *Norilsk Nickel Harjavalta Oy, Umicore SA/NV c. Commission*, aff. T-532/08, ordonnance du Tribunal (grande chambre) du 7 septembre 2010, § 70.

[323] Si l'intérêt de la régularisation réside précisément dans le fait d'éviter la réintroduction d'une demande, l'économie réalisée serait d'autant plus profitable dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc* qu'elle ne nécessiterait pas le reconstitution du tribunal après sa dissolution suite à la décision d'incompétence. Cette circonstance est notamment prise en compte par le professeur Schreuer pour considérer que la Convention CIRDI admet la régularisation de la compétence : Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol. 11, pp. 318-492, spéc. p. 460. La jurisprudence CIRDI offre toutefois un tableau plus contrasté. Dans l'affaire *Tradex Hellas* déjà évoquée, le tribunal arbitral observant que le dépôt de la requête d'arbitrage précédait l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement, s'était interrogé sur le point de savoir si le fait que cette entrée en vigueur ait tout de même fini par intervenir *pendente lite* était en mesure de modifier les choses, c'est-à-dire de constituer « *a posteriori*, un fondement suffisant pour justifier [sa] compétence dans cette procédure à compter de cette date » (*J.D.I.*, 2000, pp. 151-161, spéc. p. 154). Cette possibilité avait été, semble-t-il, exclue en considération de la règle d'appréciation de la compétence à la date de la saisine. Comme le note toutefois le professeur Gaillard, la régularisation de la compétence était, dans cette affaire, dénuée d'intérêt pratique « puisque l'obligation elle-même de l'Etat de protéger l'investissement ne pouvait s'appliquer à un investissement qui n'existait déjà plus au moment de la requête d'arbitrage et *a fortiori* au moment de l'entrée en vigueur du traité », postérieure à celle-ci (*ibid.*, p. 160).

[324] Voir sur ce point M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *op. cit.*, pp. 86-87.

[325] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924 déjà cité, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 34 : « [m]ême si, avant cette époque, la juridiction de la Cour n'existait pas pour la raison que l'obligation internationale (…) n'était pas encore en vigueur, il aurait été toujours possible, pour la partie demanderesse, de présenter à nouveau sa requête, dans les mêmes termes, après l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne ; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question ».

[326] Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, pp. 595-624, spéc. pp. 613-614, § 26. Cette justification a été reprise dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo c. Rwanda (nouvelle requête), arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 3 février 2006, *Rec.* 2006, pp. 6-54, spéc. p. 29, § 54. La même solution a, de façon plus surprenante, été reconduite dans l'arrêt du 18 novembre 2008 rendu dans l'affaire du génocide opposant la Croatie à la Serbie, au titre de la capacité de la Serbie à être partie à la procédure conformément aux exigences de l'article 35 du Statut de la Cour. A cette occasion, il a été rappelé que « ce qui importe, c'est que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance, dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure – ou à en commencer une nouvelle – et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de constater que la condition est désormais remplie » (*Rec.* 2008, p. 441, § 85). Pour une critique de cette solution, voir Th. Christakis in *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 193-205, spéc. pp. 197-202.

> « [c]ertes, la compétence (…) doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède »[327].

La règle suivant laquelle une demande ne peut être valablement portée à la connaissance d'un juge sur le fondement d'un acte qui ne serait pas encore entré en vigueur ne peut, dès lors, être admise en des termes aussi catégoriques que le principe du maintien de la compétence pour toute la durée du procès, en tant que conséquence de son établissement à la date du dépôt de la demande[328]. La seule atténuation admise dans l'application de la règle d'appréciation de la compétence l'est ainsi au bénéfice de la compétence et de ceux qui en réclament l'exercice. Il ne s'agit pas, néanmoins, de voir dans l'hypothèse de la régularisation une remise en cause de l'application immédiate du titre de compétence. Certains auteurs ont en effet estimé que la régularisation de la compétence *pendente lite* consiste à faire rétroagir l'engagement juridictionnel[329]. On peut sans doute admettre, au soutien d'une telle analyse, que « les faits qui n'ont pas déterminé la constitution d'une situation juridique d'après la loi en vigueur au jour où ils se sont produits, ne peuvent, en vertu d'une nouvelle loi, être considérés comme ayant entraîné cette constitution sans qu'il y ait rétroactivité »[330]. Le génie même de la régularisation réside toutefois dans le fait ne pas tenir compte de la date de l'événement survenu en cours d'instance. Un juge magnanime ferait, pour ainsi dire, remonter cet événement sur l'échelle du temps de sorte qu'il intègre les circonstances dont il devait être tenu compte aux fins de la détermination de la compétence. On trouve ainsi, dans l'hypothèse de la régularisation de la compétence, une belle illustration de fiction juridique qui consiste « à 'faire comme si', à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit »[331]. Rapportée au principe de détermination de la compétence temporelle, la solution apparaît toutefois comme un simple retour des choses. La manœuvre consistant à figer l'environnement juridique du procès dès la date de son entame est exclusivement destinée à garantir l'intangibilité du consentement du défendeur à l'égard de la procédure. Ainsi, dès que l'événement intervenu après la date référence n'est pas de nature à remettre en cause la

[327] Affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* précitée, *Rec.* 1996, pp. 613-614, § 26.
[328] En ce sens, Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 30.
[329] Voir en ce sens, H. W. Briggs, « Reflections on Non-Retroactivity of Treaties », *op. cit.*, pp. 320-327, spéc. p. 324, au sujet de la solution retenue par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis.*
[330] M. Borda, « Portée et limitations du droit transitoire », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*. Tome 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 75-90, spéc. p. 79.
[331] G. Cornu, Ph. Malinvaud (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 402.

compétence du tribunal, ni donc le droit pour le demandeur d'obtenir un jugement sur le bien-fondé de sa prétention, le juge n'a plus de raison de ne pas en tenir compte. Dans un tel contexte, le décalage entre la date à laquelle s'apprécie, et celle à laquelle s'exerce la compétence n'a plus d'objet[332].

100. De ce qui précède, il doit être conclu que le caractère définitif de la situation de compétence ne peut être compris sans qu'il ne soit tenu compte de la prérogative individuelle qui s'y trouve attachée : l'irrévocabilité qualifie moins la situation – de compétence ou d'incompétence – constituée à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance, que les conséquences juridiques de l'applicabilité d'un titre de compétence à cette même date. Et ces conséquences ne sont finalement rien d'autre que la faculté pour le demandeur d'opposer à la partie adverse son engagement juridictionnel à la date où il met en œuvre son droit d'agir en justice. Dans une telle mesure, le maintien de la compétence pour toute la durée de l'instance, en tant que prérogative juridique détenue par un sujet à titre définitif, fait figure de droit acquis et donne un fondement au principe de détermination de la compétence *ratione temporis*.

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 1

101. On trouve dans l'acquisition d'un droit au maintien de la compétence *pendente lite* l'explication du décalage relevé précédemment entre la date d'introduction de l'instance choisie pour déterminer l'applicabilité des règles attributives de compétence, et la date à laquelle aurait logiquement conduit la prise en compte de l'objet premier de ces mêmes règles, c'est-à-dire celle de l'adoption de l'acte juridictionnel. Le fait de figer le droit applicable à la compétence pour toute la durée de l'instance est une assurance donnée en vue de l'obtention d'un jugement, le réclamant ayant un droit acquis à ce que le titre de

[332] L'exigence d'applicabilité du titre de compétence à la date du jugement serait nécessaire s'agissant de la condition de compétence temporelle dans la mesure où c'est à cette même date que le juge serait conduit à envisager la capacité du réclamant à purger le vice initial par le dépôt d'une nouvelle demande. Pour le reste, c'est-à-dire en ce qui concerne les autres conditions de compétence et de recevabilité, la jurisprudence internationale semble indiquer que le maintien du titre de compétence d'ici la date du jugement ne serait pas requis, pourvu toutefois que l'événement invoqué au soutien de la régularisation de la procédure soit survenu alors que le titre de compétence était encore en vigueur : voir en ce sens l'arrêt de la Cour permanente rendu dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia* dans lequel la Cour refuse de tenir compte du prononcé d'une décision interne postérieure à la saisine au titre de la condition d'épuisement des recours internes, dans la mesure où cette décision était intervenue à une date ultérieure à celle où le gouvernement avait dénoncé l'engagement juridictionnel : arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939 déjà cité, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 78-80.

compétence produise ses effets nonobstant les évènements intervenus durant cet intervalle. Le principe de détermination de la compétence temporelle se présente, dans cette mesure, comme un mécanisme de garantie d'opposabilité du consentement à la juridiction. Par ailleurs, il permet de mettre à jour l'autre objet de l'obligation à laquelle les Etats consentent en attribuant compétence à un organe. Contrairement au droit interne où les règles de compétence se bornent à indiquer aux justiciables quelle voie saisir pour obtenir la reconnaissance des droits substantiels dont ils se disent titulaires, l'engagement juridictionnel est lui-même porteur d'un droit, celui d'agir en justice, sans lequel l'habilitation donnée au tribunal d'exercer son pouvoir ne fait sens. Ce lien étroit entre *droit d'action* et *compétence* du tribunal se reflète logiquement dans le régime temporel d'application de l'engagement juridictionnel : c'est en exerçant son droit d'obtenir un jugement sur le bien-fondé de sa prétention que le réclamant déclenche les conséquences qui y sont attachées sur le plan juridictionnel.

Ces observations permettent, dans une perspective plus générale, d'affirmer que la compétence temporelle, par la manière dont elle est déterminée, fait l'objet d'une question distincte de la compétence *ratione personae* à laquelle la doctrine la réduit. S'il s'agit toujours d'établir la subordination consentie de l'Etat à l'égard du juge devant lequel il est attrait, l'appréciation de la compétence temporelle intègre un autre acteur, l'auteur de la demande, et fonde les solutions sur son droit d'obtenir un jugement. La distinction faite par le juge entre les questions qui ressortissent à sa compétence personnelle, et qui ont trait à la détermination de l'existence du consentement de l'Etat mis en cause, et celles qui concernent sa *compétence temporelle* et qui mettent en jeu la durée pour laquelle ce consentement a été donné, demeure ainsi utile pour l'explication des solutions qu'il sera conduit à retenir. Aussi est-ce à cette notion de compétence temporelle qu'il convient, désormais, de s'en remettre pour rendre compte du dénouement des affaires dans lesquelles l'applicabilité *ratione temporis* de la règle attributive de compétence avait été mise en cause.

TITRE 2 – LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE DETERMINATION DE LA COMPETENCE TEMPORELLE

102. Le fait pour une juridiction internationale d'avoir identifié le principe sur la base duquel elle va être conduite à déterminer sa compétence temporelle n'aura pas raison de toutes les difficultés que cette juridiction devra résoudre, en vue d'établir le bien ou mal fondé de l'exception d'incompétence *ratione temporis*. Encore lui resterait-il, précisément, à mettre en œuvre le principe de détermination de la compétence temporelle. Une requête introductive d'instance doit, en application de ce principe, avoir été déposée après la prise d'effet de l'engagement juridictionnel ; elle doit également, en application du même principe, l'avoir été avant que les effets de cet engagement n'aient pris fin. L'acte introductif d'instance se présente, dans cette mesure, comme un fait instantané dont la partie cherchant à contester la compétence aura pour mot d'ordre d'établir l'antériorité ou la postériorité à l'égard de la période pour laquelle elle avait consenti à l'exercice du pouvoir juridictionnel. La détermination de la compétence temporelle va ainsi rendre nécessaire l'identification des conditions dans lesquelles les engagements juridictionnels acquièrent (Chapitre 1) et perdent (Chapitre 2) leur efficacité juridique.

Chapitre 1. Prise d'effet de l'engagement juridictionnel et détermination de la compétence temporelle

103. La mise en œuvre du principe de détermination de la compétence temporelle va, dans toute une série d'hypothèses, se résumer à identifier la date à laquelle l'engagement juridictionnel a acquis son efficacité juridique, et à la rapporter à la date du dépôt de la demande en justice. Tel sera le cas chaque fois que la contestation relative à la compétence vise à établir le caractère prématuré de l'introduction de l'instance, en considération de la date à laquelle s'est constitué le lien juridictionnel. Les règles à l'aune desquelles le juge appréciera le bien-fondé de l'exception préliminaire diffèrent néanmoins suivant la nature, conventionnelle ou unilatérale, du ou des actes consignant la règle attributive de compétence. Dans le cas des engagements conventionnels, c'est sur la base des règles du droit international des traités que va s'engager la détermination de la compétence temporelle, même si ces règles doivent plutôt s'envisager comme un cadre général qui ne dispense pas du recensement des conditions propres à chaque engagement juridictionnel, ainsi que des règles spéciales que l'engagement juridictionnel déclenche en considération de l'organe qu'il investit de compétence (Section 1). La référence aux conditions posées par les textes va être également rendue nécessaire, s'agissant des engagements unilatéraux attribuant compétence. L'identification de la date de prise d'effet des déclarations unilatérales d'acceptation de compétence dépend, en effet, non seulement des conditions qui s'y trouvent consignées, mais également des conditions du traité sur la base duquel ces déclarations ont été prises (Section 2).

SECTION 1 / LES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS ATTRIBUTIFS DE COMPETENCE

104. Les engagements juridictionnels conventionnels forment une catégorie composite d'actes que l'on serait en mesure de différencier suivant que l'attribution de la compétence constitue, ou non, l'objet exclusif de l'opération conventionnelle. Une autre distinction pourrait encore être établie selon que la constitution du lien juridictionnel entre les justiciables aura nécessité leur engagement mutuel, ou un engagement conventionnel unique.

Le premier cas vise le règlement des litiges interétatiques qui opère sur le fondement d'un *lien conventionnel*. La seconde hypothèse concerne les traités qui « organisent '*unilatéralement*' la juridiction internationale à l'égard des sujets internes »[333], et qui interviennent principalement en matière pénale et dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Dans ce type de situations, l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel sera établie sur la base du consentement d'un seul Etat. A ce stade de l'analyse, ces distinctions n'appellent pas cependant un traitement différencié dans la mesure où la détermination des conditions de prise d'effet de l'engagement étatique vont être engagées sur la base des règles du droit des traités, rendues pertinentes en raison de l'appartenance de cet engagement à la catégorie des actes conventionnels (§ 1). Ce qui distingue les engagements les uns vis-à-vis des autres tient davantage aux conditions spéciales qui vont déterminer leur capacité à fonder la compétence juridictionnelle. La date à compter de laquelle l'exercice de la compétence peut être sollicitée, est, en effet, susceptible de varier en fonction des juridictions et des conditions statutaires qui précisent les modalités d'attribution de la compétence (§ 2).

§ 1 - LES CONDITIONS GENERALES RELATIVES A LA PRISE D'EFFET DE L'ENGAGEMENT CONVENTIONNEL

105. L'établissement d'une compétence juridictionnelle fondée sur un accord international nécessite d'identifier les règles du droit des traités déterminant la date de leur mise en application. Qu'il s'agisse, à ce titre, d'envisager la date à laquelle s'est constitué le lien conventionnel entre les deux parties en litige, ou la date de prise d'effet du seul engagement étatique auquel était subordonnée la compétence, l'entrée en vigueur du traité va faire figure de date référence, marquant le seuil à compter duquel l'acte acquiert son efficacité juridique (A). Le droit des traités conduit cependant à opérer, dans les hypothèses où les parties en auraient convenu ainsi, une distinction entre l'existence de l'acte et la date (antérieure) d'applicabilité des règles qu'il consigne et dont dépend, en dernière analyse, l'attribution de compétence. Il s'agira, à ce propos, d'évoquer, en tempérament à la condition d'entrée en vigueur, l'hypothèse de la mise en application provisoire de la règle attributive de compétence (B).

[333] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 118 (nous soulignons).

A. La condition de droit commun : l'entrée en vigueur du traité

106. L'entrée en vigueur du traité dans lequel figure la règle attributive de compétence fait figure de premier repère dans la recherche de la date à compter de laquelle cette règle de compétence a été en mesure de produire ses effets. Il est courant de présenter l'« entrée en vigueur » du traité comme l'événement marquant la date à partir de laquelle naît l'obligation pour ses destinataires de se conformer aux prescriptions conventionnelles[334]. Le droit intertemporel établit, pour sa part, une distinction entre la date d'*observation* de la règle, c'est-à-dire la date à laquelle naît l'obligation juridique, de son *entrée en vigueur* qui serait identifiée en considération des faits que cette règle régit, et donc de la période à laquelle elle s'*applique*[335]. Cette distinction est utile pour expliquer le phénomène de rétroactivité, défini comme « l'applicabilité anticipée de la loi nouvelle par rapport à la date de son observabilité »[336]. Elle n'a toutefois pas d'objet dans le cas d'une règle d'application immédiate, telle que la règle attributive de compétence, puisque la date à laquelle cette règle devient obligatoire ou « observable », est aussi celle qui marque le début de son application[337]. Aussi peut-il être tenu pour établi que l'entrée en vigueur de la règle attributive

---

[334] Cette présentation est aussi bien retenue par la doctrine que par la jurisprudence : voir S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale, conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985, p. 50 ; G. E. do Nascimento e Silva, « Le facteur temps et les traités », *R.C.A.D.I.*, 1977-I, vol. 154, pp. 221-297, spéc. pp. 223-226, l'auteur établissant toutefois une distinction entre le moment où le traité devient obligatoire et le moment où il « entre en exécution » ; G. Fitzmaurice, quatrième rapport sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1959, II, p. 75, §§ 120-122 ; P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, P.U.F., 1995, 3ème éd. revue et augmentée par P. Cahier, p. 52 : « l'entrée en vigueur est réalisée par le fait que le traité obtient la plénitude de son efficacité juridique comme source d'obligations » ; E. Roucounas, « Uncertainties Regarding the Entry into Force of Some Multilateral Treaties », *in* K. Wellens (éd.), *International Law : Theory and Practice, Essays in Honour of E. Suy*, Leyde/Boston, Nijhoff, 1998, pp. 179-193, spéc. p. 179 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 21. Pour la jurisprudence : *Réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles* (*Allemagne c. Commission des réparations*), sentence du 3 septembre 1924, *I.L.R.*, vol. 2 (1923-1924), pp. 341-343, et spéc. p. 342 ; *Pablo Nájera (France) c. Mexique*, sentence du 19 octobre 1928 de la Commission mixte des réclamations France/ Mexique, *I.L.R.*, vol. 4, pp. 393-394 ; *R.S.A.*, vol. V, pp. 466-488, spéc. p. 471 ; affaire relative à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 10 septembre 1929, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 16, pp. 3-32, spéc. p. 20.

[335] J. Héron, *Les principes du droit transitoire*, *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 29 : « l'observation de la loi détermine les obligations du sujet de droit à l'égard de la norme nouvelle ; l'application de la loi détermine les faits régis par la norme ». J. Héron rattache, en dernière analyse, la date d'entrée en vigueur de la loi à celle de son application (*ibid.*, pp. 30-31), mais propose de n'avoir recours aux notions d'observation et d'application que dans les hypothèses où celles-ci se trouvent dissociées *ratione temporis* (*ibid.*, p. 32).

[336] G. Eveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 62. Cette distinction entre observation et application du traité rétroactif avait été envisagée par G. Fitzmaurice dans son quatrième rapport sur le droit des traités : « lorsqu'un traité a un effet rétroactif (…), l'obligation de l'appliquer ou d'appliquer certaines de ses dispositions rétroactivement ne peut exister avant une certaine date, à savoir celle d'entrée en vigueur dudit traité, ce qui n'empêche pas, mais au contraire explique, que l'obligation dont l'exécution doit avoir lieu rétroactivement naisse à cette date-là » : *An. C.D.I.* 1959, II, p. 75, § 122.

[337] J. Héron, *Les principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 28.

de compétence désigne l'opération au terme de laquelle cette règle acquiert sa « pleine efficacité juridique »[338]. A cette qualité objective de l'acte se trouve associée une date unique, qui ne va néanmoins pas toujours correspondre avec celle de prise d'effet du ou des engagements conventionnels sur la base desquels le juge pourra exercer sa compétence. Deux séries d'hypothèses peuvent être isolées suivant que l'engagement étatique intervient avant (1) ou après (2) la date d'entrée en vigueur du traité.

1. Hypothèses dans lesquelles l'engagement étatique précède la date d'entrée en vigueur du traité

107. L'hypothèse la plus élémentaire est celle où la date d'entrée en vigueur du traité marque le *dies a quo* de la période durant laquelle le traité est susceptible d'être invoqué comme base de compétence. Il s'agit du cas dans lequel l'Etat a donné son accord à être lié par le traité, et donc par la ou les clauses juridictionnelles qu'il consigne, alors même que le traité n'était pas encore entré en vigueur. La Convention de Vienne sur le droit des traités distingue, à ce titre, deux phases temporelles pour chacune desquelles l'Etat se voit investi d'un statut particulier. Le fait d'avoir consenti à être lié par le traité fait de lui un « contractant » mais il n'acquiert, à proprement parler, la qualité de « partie » au traité qu'à compter de son entrée en vigueur[339]. La première étape marque l'aboutissement de la procédure de « conclusion » du traité[340]. Elle va, dans certains cas, coïncider avec la date d'entrée en vigueur du traité. En vertu de la marge de discrétion dont ils disposent en la matière, les Etats qui participent à la négociation peuvent, en effet, non seulement assouplir les modalités par lesquelles chacun exprimerait de manière définitive son engagement, mais également réduire la section de temps séparant la date à laquelle un tel engagement a été donné du jour où il devient applicable[341]. Le cas le plus topique est celui du compromis d'arbitrage qui prévoit qu'il s'applique entre les parties dès la date de sa conclusion, et qui fait ainsi coïncider la date à laquelle les parties ont donné leur consentement à une procédure arbitrale, et la date à compter de laquelle elles pourraient conjointement ou individuellement déclencher cette procédure aux fins de régler le litige qui les oppose[342].

---

[338] P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, p. 61.

[339] Article 2§ 1, f) et g) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (texte de la Convention consulté le 10 mars 2011 sur le site http://untreaty.un.org/).

[340] Voir sur ce point F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*. *Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2004, pp. 28 et ss.

[341] Voir respectivement les articles 11 et 24 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[342] Voir, à titre d'exemple, le compromis d'arbitrage signé à Londres le 4 mars 1930 entre la France et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relativement à la réclamation *Chevreau*, *R.S.A.*, vol. II,

L'hypothèse de la coïncidence des dates de conclusion et d'entrée en vigueur de l'accord, n'est pas non plus à exclure dans le cas où cet accord est multilatéral[343]. En règle générale cependant, l'entrée en vigueur d'un traité multilatéral a vocation à intervenir après sa conclusion par un ou plusieurs Etats. L'article 24 § 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités codifie la règle coutumière en vertu de laquelle « un traité entre en vigueur dès que le consentement à être lié par le traité a été établi pour tous les Etats ayant participé à la négociation ». Cette règle est supplétive ; elle ne s'applique que si les négociateurs n'en ont pas convenu autrement en fixant un seuil minimum d'engagements situé en deçà de la totalité des Etats présents à la négociation[344]. A titre d'illustration, la récente mise en fonction de la Cour pénale internationale est venue clôturer une période durant laquelle les engagements étatiques avaient été laissés en suspens jusqu'à la date de l'entrée en vigueur du Statut de Rome intervenue le 1er juillet 2002, après le dépôt du soixantième instrument de ratification[345]. Cet exemple permet d'indiquer que les procédures dans lesquelles la compétence du tribunal est déterminée en fonction de l'entrée en vigueur du traité dans lequel figure la clause attributive de compétence, conduisent, le plus souvent, à ne pas tenir compte de la date à laquelle l'Etat avait donné son engagement à être lié par le traité. Il ne peut toutefois en aller de telle façon que tant que la participation des Etats au régime conventionnel a précédé la date de son entrée en vigueur. Dans l'hypothèse inverse, les conditions de

---

pp. 1113-1143, spéc. pp. 1115-1116 ; voir encore le compromis conclu par le Chili et l'Argentine le 22 juillet 1971, et appliqué dans la sentence arbitrale du 18 février 1977, à l'occasion de l'affaire du *Chenal de Beagle*, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 53-264 (texte du compromis reproduit aux pp. 64-71) ; voir encore l'Accord franco-canadien du 30 Mars 1992 instituant un tribunal d'arbitrage chargé d'établir la délimitation des espaces maritimes entre la France et le Canada, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 270-273.

[343] E. Roucounas, « Uncertainties Regarding the Entry into Force of Some Multilateral Treaties », *op. cit.*, p. 181 et note n° 13, renvoyant sur ce point aux travaux de G. Fitzmaurice à la Commission du droit international.

[344] Sur la genèse de cette pratique conventionnelle, voir M. Lachs, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, pp. 229-341, spéc. pp. 278 et ss. Pour la pratique contemporaine, voir par exemple l'article 308 § 1 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982 entrée en vigueur le 16 novembre 1994, c'est-à-dire douze mois après la date du dépôt du soixantième instrument de ratification ou d'adhésion, et qui pour l'ensemble de ces soixante Etats parties marque le *dies a quo* de la compétence des tribunaux constitués conformément à la Convention. Voir en ce sens « *Juno Trader* », Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau, prompte mainlevée, arrêt du tribunal du droit de la mer du 18 décembre 2004, § 57. En matière de droit de l'homme, les délais sont plus restreints. L'article du Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit son entrée en vigueur trois mois après le dépôt du dixième instrument. La Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 est entrée en force après le dépôt du onzième instrument (article 74 § 2), la Convention européenne des droits de l'homme après le dépôt du dixième instrument (art. 59 § 2), et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 19 § 1), ainsi que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 27 § 1), trente jours après le dépôt du vingt-septième instrument.

[345] L'article 126 § 1 Statut de Rome prévoyait son entrée en vigueur à l'échéance d'un délai de soixante jours à compter du dépôt du soixantième instrument de ratification. Voir sur ce point D. J. Scheffer, « How to Turn the Tide using the Rome Statute's Temporal Jurisdiction », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, n° 2, pp. 26-34, spéc. pp. 28-29.

l'expression définitive du consentement à être lié vont, seules, s'avérer décisives pour la détermination de la compétence temporelle.

2. Hypothèses dans lesquelles l'entrée en vigueur du traité précède la date à laquelle l'Etat s'engage

108. Les hypothèses envisagées sont celles dans lesquelles l'engagement de l'Etat, ou au moins l'un des deux engagements conventionnels nécessaires pour attribuer compétence au tribunal, est intervenu postérieurement à l'entrée en vigueur du traité qui consigne l'engagement juridictionnel. C'est cette date qui va désormais indiquer le *dies a quo* de la période pour laquelle le traité est susceptible d'être invoqué comme base de compétence. Il est, à cet égard, courant de parler d'entrer en vigueur « subjective » pour désigner le moment au cours duquel le traité est devenu applicable à l'égard d'un Etat, lorsque ce moment ne coïncide pas avec son entrée en vigueur préalable et « objective ». La Convention de Vienne sur le droit des traités envisage cette situation : « lorsque le consentement d'un Etat à être lié par un traité est établi à une date postérieure à l'entrée en vigueur dudit traité, celui-ci, à moins qu'il n'en dispose autrement, entre en vigueur à l'égard de cet Etat à cette date » (article 24 § 3)[346].

109. Les modalités de l'acquisition de la qualité de *partie* à un traité déjà en vigueur sont parfois identiques à celles qui déterminaient déjà la qualité de *contractant*. Le caractère tardif du consentement conduira toutefois, le plus fréquemment, à abréger la procédure au terme de laquelle ce consentement serait réputé donné sous sa forme définitive[347], comme dans le cas de l'adhésion[348]. Aussi convient-il, pour chaque régime conventionnel, de distinguer suivant que les Etats expriment leur accord à être juridiquement tenus par le texte par « la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu », comme l'énonce l'article 11 de la Convention de Vienne. L'incompétence temporelle des juridictions internationales tire, le plus souvent, son origine du défaut de *ratification* de l'acte consignant la clause

[346] Voir par exemple la date retenue par le tribunal international du droit de la mer, au sujet de sa compétence, dans son arrêt du 18 décembre 2000 dans l'affaire « *Monte Confurco* » (Seychelles c. France, prompte mainlevée, § 58), qui coïncidait avec la date à laquelle la France avait ratifié la Convention de Montego Bay (11 mai 1996).

[347] Voir P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, pp. 60-61 ; M. Lachs, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *op. cit.*, p. 287. Comme le note cependant M. Lachs, il arrive que les normes relatives à cette participation tardive des Etats prévoient un *dies a quo* à compter duquel celle-ci pourrait intervenir : *ibid.*, p. 286, et les exemples donnés par l'auteur, note n° 1.

[348] L'adhésion est un acte permettant à un Etat non signataire de l'accord, d'exprimer en une seule fois son engagement : P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2010, 10ème éd., p. 308.

juridictionnelle à la date de l'acte introductif d'instance, même si l'on sait que ces juridictions admettent leur compétence sur la base d'un traité simplement signé à cette date, mais dont la ratification serait intervenue avant la date du jugement[349].

110. Les conditions susceptibles de retarder la prise d'effet de l'engagement étatique doivent également s'avérer déterminantes pour l'identification de la date à compter de laquelle les justiciables, destinataires de l'engagement juridictionnel, étaient habilités à agir en justice. Il est d'abord fréquent que les textes prévoient des délais en vue de permettre à chaque Etat contractant de mettre son droit interne en accord avec ce qui a été décidé sur le plan international[350]. A titre d'exemple, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 et par lequel les Etats parties à celui-ci peuvent conférer compétence au Comité des droits de l'homme pour l'examen des communications individuelles relatives à l'application du Pacte, prévoit que l'engagement des Etats prend effet trois mois après la date du dépôt de leur instrument de ratification ou d'adhésion[351]. Le Comité n'a cependant pas évoqué dans son Observation générale n° 24 sur *les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs* la faculté dont disposeraient les Etats d'allonger ce délai afin de différer la date à partir de

---

[349] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, Rec. *C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. pp. 33-35. Voir également l'opinion dissidente du juge Moore, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 54-75, spéc. p. 57. Le défaut de ratification avait par ailleurs pu être invoqué pour faire obstacle à la compétence, dans le cas où de cette ratification dépendait l'entrée en vigueur (objective) du traité : voir *Holiday Inns S.A. c. Maroc*, ICSID Case No.ARB/72/1, décision sur la compétence du 12 mai 1974 ; *Tradex Hellas S.A. (Grèce) c. Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, décision du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. pp. 178-180 ; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C.S.O.B.) c. République slovaque*, ICSID Case No.ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 330-357, spéc. pp. 344-346, §§ 37-43, au titre d'une communication écrite entre les parties, nécessaire à l'entrée en vigueur du texte, qui n'était pas intervenue à la date d'introduction de l'instance. Sur l'exigence de ratification, voir également l'affaire relative à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* déjà citée, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 10 septembre 1929, *Rec. C.P.J.I.*, série A, n° 16, pp. 3-32, spéc. p. 20 ; *X. c. France*, req. n° 276/57, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 29 août 1957, *Ann.*, vol. 1, pp. 171-174, spéc. p. 173 ; *X. c. Autriche*, req. n° 188/56, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 17 décembre 1957, *Ann.*, vol. 1, pp. 174-179, spéc. pp. 177-178.

[350] Voir notamment l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, Rec. 1996, pp. 595-624, spéc. pp. 612, § 24 : la Cour admet la satisfaction *pendente lite* de la condition de délai imposée par la Convention au titre de son adhésion. La question des délais sera également susceptible de se poser au titre de la compétence temporelle, dans le cadre de la pratique des tribunaux institués conformément à la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer qui prévoit que l'adhésion à la Convention prend effet à compter d'un délai de trente jours (article 308 § 2), ainsi que devant la Cour pénale internationale dont l'acceptation de compétence prend effet soixante jours après le dépôt de l'instrument d'adhésion (article 126 § 2). *A contrario*, la Convention européenne des droits de l'homme, une fois ratifiée, prend effet de manière immédiate (article 59 § 3).

[351] Article 9 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (texte du Protocole consulté le 10 mars 2011 sur le site http://www2.ohchr.org/). Voir sur cette disposition, M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 2005, pp. 902-903.

laquelle pourraient être adressées les communications individuelles fondées sur le non-respect du Pacte. Il faut dire que la pratique des Etats n'avait jusque là, et même depuis lors, pas tant consisté à encadrer le droit d'action des particuliers dans le temps, qu'à restreindre le champ de compétence du Comité, en en excluant les réclamations fondées sur des faits et événements survenus antérieurement à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard de l'Etat en cause, pratique que le Comité considérait, au demeurant, parfaitement valable dans son Observation générale[352].

111. En vérité, la question des réserves aux traités et de leur influence sur la compétence temporelle des juridictions s'est manifestée sous un autre jour. Il arrive que les textes qui attribuent aux Etats la faculté d'assortir leur participation au régime conventionnel de certaines limites, intègrent ce paramètre dans le calcul de la date de prise d'effet de l'engagement individuel[353]. La question s'est ainsi posée de savoir si tel devait également être le cas dans le cadre du système de protection des droits de l'homme établi par la Convention interaméricaine de San José qui, tout en permettant aux Etats d'émettre des réserves à leur engagement, soumet celles-ci au régime prévu par la Convention de Vienne sur le droit des traités[354]. Or, dans un cas de figure comme celui de la Convention interaméricaine où le type de limitations à l'engagement autorisées par le texte n'a pas été explicité[355], les dispositions de la Convention prévoient que c'est de l'acceptation, expresse ou tacite[356], de la réserve par les autres Etats contractants ou parties au traité, que dépend l'établissement des liens conventionnels avec l'Etat auteur de la réserve[357] et, par extension, l'acquisition par cet Etat

[352] Observation générale n° 24 (52) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou de ses Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, § 14 (texte de l'Observation générale consulté le 10 mars 2011 sur le site de la Bibliothèque des droits de l'homme de l'Université du Minnesota, http://www1.umn.edu/). Le texte des instruments de ratification et d'adhésion au Protocole est disponible sur le site des Nations Unies, http://treaties.un.org/. Voir également sur ce point, *infra*, n° 415.

[353] Voir sur ce point E. Roucounas, « Uncertainties Regarding the Entry into Force of Some Multilateral Treaties », *op. cit.*, p. 183.

[354] Article 75 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

[355] *A contrario*, l'article 57 de la Convention européenne des droits de l'homme limite la faculté de formuler des réserves aux hypothèses dans lesquelles une loi de l'Etat serait en contrariété avec l'une des dispositions de la Convention. Il en va également ainsi pour la Convention de Montego Bay qui prévoit en son article 309 qu'elle « n'admet ni réserves ni exceptions autres que celles qu'elle autorise expressément dans d'autres articles ».

[356] L'article 20 § 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit qu'« à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un Etat si ce dernier n'a pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit à la date à laquelle il a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure ».

[357] L'article 20 § 4 a) de la Convention de Vienne prévoit que « l'acceptation d'une réserve par un autre Etat contractant fait de l'Etat auteur de la réserve une partie au traité par rapport à cet autre Etat si le traité est en vigueur ou lorsqu'il entre en vigueur pour ces Etats ». L'article 20 § 4 b) prévoit pour sa part que l'objection faite à une réserve par un autre Etat contractant « n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'Etat qui a formulé l'objection et l'Etat auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été nettement exprimée par l'Etat qui a formulé l'objection ». Pour une analyse de ces dispositions, voir A. Pellet, « La CIJ et les

de la qualité de partie au traité[358]. Dans son avis relatif à l'*Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine*, la Cour de San José a néanmoins refusé de subordonner la mise en application des dispositions conventionnelles à l'accomplissement d'une telle procédure. Dans son avis, la Cour insiste sur le caractère spécifique de la Convention comme instrument de protection des droits de l'homme, ainsi que sur les relations juridiques que la Convention institue entre les Etats, d'une part, et les individus placés sous leur juridiction, d'autre part[359]. L'objet de la Convention justifie ainsi, selon la Cour, qu'il ne soit pas tenu compte de la réaction des Etats à l'égard des réserves, pour déterminer la date à compter de laquelle les individus seraient tenus pour bénéficiaires des droits énoncés par le texte[360]. Il en résulte une conséquence immédiate, sur le plan juridictionnel, qui est d'ailleurs envisagée par la Cour dans son avis, dans la mesure où l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard d'un Etat établit la compétence de la Commission interaméricaine pour l'examen des pétitions individuelles[361]. Il peut ainsi en être conclu que les échanges que les Etats seraient susceptibles d'entretenir au sujet des réserves grevant leur engagement, ne pourront être utilement invoqués pour faire obstacle à la compétence *ratione temporis* de la Commission.

Ce dernier exemple permet d'illustrer le type de difficultés susceptibles d'être posées à un tribunal, au titre de sa compétence temporelle, dans le cas où l'engagement juridictionnel est consigné dans un engagement conventionnel postérieur à l'entrée en vigueur du traité. L'opération nécessitera d'identifier la date à laquelle est intervenue l'expression du

---

réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », *in* N. Ando *et al*. (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 481-514, spéc. pp. 497 et ss.

[358] Le lien entre l'acceptation de la réserve et la participation au traité de l'Etat auteur de la réserve est établi par l'article 20 § 4 c) de la Convention de Vienne qui prévoit qu'« un acte exprimant le consentement d'un Etat à être lié par le traité et contenant une réserve prend effet dès qu'au moins un autre Etat contractant a accepté la réserve ». En conditionnant ainsi l'efficacité du consentement à l'établissement d'un lien conventionnel, le texte de la Convention ne consacre pas la position notamment soutenue par M. Lachs dans son cours donné à l'Académie de La Haye en 1957 sur les traités multilatéraux, qui consistait à soutenir que la position adoptée par une partie au traité à l'égard des réserves d'une autre ne produirait « aucun effet quant à la participation au traité de l'Etat qui forme la réserve » : M. Lachs, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *op. cit.*, p. 312.

[359] *Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine (articles 74 et 75)*, avis du 24 septembre 1982, OC-2/82, Série A, n° 2, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 558-571, spéc. pp. 568-569, §§ 28-29.

[360] *Ibid.*, p. 570, § 34. Sur le caractère objectif des obligations contractées sur la base de la Convention de San José, et plus généralement sur la base des traités de protection des droits de l'homme, voir A. A. Cançado Trindade, « The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts », in *Contemporary International Law Issues : Conflicts and Convergence* (Proceedings of the third Conference held in The Hague, and organized by the American Society of International Law and by Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), La Haye, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162. Voir également *infra*, n° 305, 354.

[361] Avis du 24 septembre 1982 précité, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 569-570, §§ 32, 34. Voir également sur cette question du *locus standi* des personnes physiques devant la Commission, *Government of Costa Rica (in the matter of Viviana Gallardo* et al.*)*, décision préliminaire du 22 juillet 1981 et décision du 13 novembre 1981 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 577-593, spéc. pp. 584-587.

consentement de l'Etat à être lié par le traité, ainsi que la prise en considération de l'ensemble des facteurs qui seraient susceptibles de différer les effets de ce consentement.

B. Le tempérament admis à la condition d'entrée en vigueur du traité : la mise en application provisoire de la règle attributive de compétence

112. La pertinence accordée, par les juridictions internationales, aux règles du droit des traités dans le cadre de l'appréciation de leur compétence temporelle, nécessite d'évoquer la faculté dont disposent les parties à un accord de prévoir, pour la période précédant son entrée en vigueur, la mise en application à titre provisoire des règles conventionnelles.

113. Avant d'identifier en quoi consiste une telle opération, il y a lieu de la différencier d'autres procédés qui ne remettent pas en cause les liens établis précédemment entre entrée en vigueur du traité et compétence temporelle. Il convient ainsi de dissocier la mise en application provisoire du traité, de sa *mise en vigueur accélérée* qui consiste à réduire la phase séparant la conclusion de l'acte de son entrée en force, durant laquelle auront été menées les procédures de droit interne requises pour l'adoption de l'acte. Cette technique a notamment pu être mise en œuvre par le biais d'échanges de lettres entre les parties dans le cadre d'accords bilatéraux de protection des investissements[362]. Le fait que la procédure de mise en vigueur accélérée du traité suppose une entente des Etats parties s'agissant de la date butoir à laquelle les procédures internes auront dû s'achever, la rend malgré tout inadaptée dès que l'entrée en vigueur de l'instrument dont il s'agit est suspendue à une participation plus importante d'Etats. Une autre méthode consisterait, à cet égard, à faire réception des dispositions conventionnelles dans un acte distinct et soumis à une procédure d'entrée en vigueur plus souple. La sentence arbitrale CIRDI *C.S.O.B. contre République Slovaque* a permis d'en donner illustration. Le tribunal constitué dans cette affaire avait refusé de considérer que le traité invoqué par la société demanderesse puisse, en raison des incertitudes entourant son entrée en vigueur, exprimer un consentement valable du gouvernement défendeur à la procédure d'arbitrage. Les clauses finales du traité prévoyaient, en effet, après sa signature, une communication écrite entre parties contractantes relative à l'accomplissement des formalités constitutionnelles internes. Or, une telle communication

[362] Voir pour illustration, l'affaire *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, ICSID Case No.ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *I.L.M.*, 2003, vol. 42, pp. 609-624, spéc. p. 611, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 398-416, spéc. p. 401, § 9.

n'était toujours pas intervenue à la date d'introduction de l'instance[363]. Une parade allait néanmoins être trouvée à l'incompétence temporelle du tribunal par le truchement de l'accord de consolidation conclu entre les parties litigantes, par lequel celles-ci avaient entendu incorporer les dispositions du traité, y compris la clause les habilitant à saisir les juridictions CIRDI pour les litiges relatifs à un investissement. Bien que d'élaboration postérieure au traité, cet accord était entré en vigueur avant le dépôt de la requête d'arbitrage. Il avait, de surcroît, été convenu au moment de son adoption qu'il serait en mesure de produire ses effets indépendamment de la date à laquelle le traité viendrait à être ratifié. Aussi le tribunal estimait-il les règles conventionnelles applicables à la procédure, et la condition de sa compétence, satisfaite[364]. L'intérêt d'une telle incorporation des règles dans un instrument bilatéral distinct était ainsi démontré ; par ce procédé, les parties avaient soustrait leur lien conventionnel aux contraintes de la procédure d'entrée en vigueur du traité. L'exercice de la compétence juridictionnelle demeurait encore, malgré tout, tributaire de la condition d'entrée en vigueur de l'accord bilatéral, et c'est encore en cela que l'hypothèse mérite d'être dissociée de la mise en application provisoire des traités.

114. La singularité de la procédure de mise en application provisoire réside effectivement dans le fait de substituer à la date d'entrée en vigueur du traité, celle de la signature de l'Etat pour la mise en application des dispositions conventionnelles. Elle revient ainsi à bouleverser les repères autour desquels s'engage l'appréciation de la compétence temporelle. Avant même cela, la procédure de mise en application provisoire est l'occasion de s'interroger sur la polysémie du terme « traité », suivant notamment qu'on l'envisage comme *acte* ou *norme*, c'est-à-dire comme *mode de production* ou comme *produit*[365]. Il a jusque là été permis de raisonner sur la base d'un schéma classique dans lequel l'*acte*, c'est-à-dire « l'opération par laquelle des sujets de droit donnent naissance à des normes conventionnelles »[366], précède l'application de ces dernières ; dans cette perspective, l'entrée en vigueur du traité, toujours entendu au sens d'acte, marque le moment où ladite opération a atteint son « résultat » : la production de normes[367]. Dans le cas de sa mise en application provisoire, le traité, en tant que norme cette fois, pourrait malgré tout produire des effets avant

---

[363] *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C.S.O.B.) c. République slovaque*, ICSID Case No.ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 344-346, §§ 37-43.
[364] Décision précitée, §§ 49-55. Voir sur cette affaire les observations de J. Matringe *in* « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, p. 59.
[365] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 11 et ss.
[366] J.-P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 52.
[367] *Ibid.*

cette date, c'est-à-dire à un moment où « l'acte n'existe pas encore en tant que tel »[368]. Il est admis pour cette raison que « l'entrée en vigueur concerne le traité en tant qu'*acte juridique*, alors que l'application ne concerne que la *norme* contenue dans cet acte »[369].

Le vocabulaire qu'impose cette distinction de l'acte et de la norme introduit un *hiatus* avec la terminologie du droit transitoire qui n'envisage l'« entrée en vigueur » qu'au titre de l'application des règles de droit[370]. Il ne serait, quoi qu'il en soit, pas autorisé de parler d'une « entrée en vigueur provisoire du traité », de la même façon que l'on évoque dans d'autres cas son entrée en vigueur immédiate ou rétroactive. La mise en application provisoire des règles consignées dans un traité ne désigne pas, en effet, la direction qui aurait été donnée au mode d'action dans le temps des règles, une fois celles-ci entrées « en vigueur ». Comme son nom l'indique, l'application *provisoire* intervient avant cette échéance, à une époque où les règles ne tirent pas encore leur caractère obligatoire de l'acte qui les renferme, contrairement à ce qui se produit dans le cas de la rétroactivité. Dans cette mesure, il y a tout lieu de proscrire l'expression d'« entrée en vigueur provisoire »[371], et de lui préférer celle d'« application provisoire » telle qu'on la trouve employée dans la Convention de Vienne[372].

115. Cette précision posée, il doit désormais s'agir d'identifier l'objet de la procédure de mise en application provisoire du traité. Le but de la démarche consiste à opérer un gain de temps. Elle intervient ainsi, le plus souvent, dans des matières où les règles nationales constitutionnelles proscrivent la conclusion d'accords en forme simplifiée. Comme l'indique cependant le professeur Geslin, la procédure de mise en application provisoire « ne vise pas uniquement à faciliter la mise en œuvre du traité sur le plan interne, elle vise également, et

---

[368] A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, p. 137. Voir également, *ibid.*, p. 5 : « cette pratique [de l'application provisoire d'un traité] n'est autre que la mise en œuvre de la norme contenue dans l'acte instrumentaire *avant* que la procédure de conclusion du traité-acte ne soit définitivement achevée. Aussi la norme prend-elle vie avant l'acte dans lequel elle est insérée ».

[369] *Ibid.*, p. 137.

[370] Voir *supra*, n° 106 et note n° 335.

[371] Dans l'affaire *Kardassopoulos*, le tribunal arbitral, après avoir formellement distingué application provisoire et entrée en vigueur, avait fait référence à la date d'« entrée en vigueur définitive » du Traité sur la Charte de l'énergie pour la différencier de celle à compter de laquelle les parties étaient déjà tenues de l'appliquer : *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, §§ 209-210, 219, 222, 250. Voir, sur ce point, les observations critiques de J. Matringe, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit international public », in *R.A.*, 2007, pp. 891-897, spéc. pp. 894-895.

[372] Comme le restitue le professeur Geslin dans sa thèse sur la mise en application provisoire des traités, l'élaboration du projet d'articles de la C.D.I. sur le droit de traités avait conduit à utiliser la « notion d'entrée en vigueur provisoire » pour la situation spécifique d'un traité « formellement entré en vigueur au moment de la signature mais [dont] il est prévu qu'il sera[it] ratifié ultérieurement, cette ratification ne faisant que confirmer l'engagement que la signature avait déjà rendu définitif » : *La mise en application provisoire des traités*, *op. cit.*, pp. 132 et ss., et spéc. p. 137. La notion d'entrée en vigueur provisoire du traité se trouve ainsi associée à cette procédure particulière. Elle se trouve, par ailleurs, utilisée pour désigner les procédures de « mise en application anticipée » de certains accords de produit : *ibid.*, pp. 145 et ss.

à titre principal, à accélérer son applicabilité au niveau international »[373]. Les traités soumis à ratification sont effectivement, le plus souvent, ceux qui subordonnent leur entrée en vigueur à un nombre élevé d'engagements étatiques. Appliquer provisoirement les règles conventionnelles représente ainsi le moyen d'effacer le décalage temporel, pour les Etats contractants ou simples signataires de l'accord, entre l'expression définitive ou provisoire de leur consentement à être lié, et le moment où ce consentement se trouvera en capacité de produire des effets de droit.

116. La volonté de parvenir à un règlement rapide du litige a, par plusieurs occasions, constitué l'objet d'une telle application anticipée. Dans ces différentes affaires, c'est sur le fondement d'une disposition du traité ou d'un accord annexe[374] que le juge avait pu faire jouer, à titre provisoire, la règle attributive de compétence. L'ouvrage de référence sur la procédure de mise en application provisoire des traités recense plusieurs exemples en ce sens[375], où le traité avait pour seul objet d'instituer une procédure de règlement des différends. Il ne fait toutefois pas de doute que les obligations procédurales et substantielles seraient solidaires à l'égard de la procédure de mise en application provisoire, lorsque le régime conventionnel auquel cette procédure se rapporte consigne ces deux types d'obligations. La jurisprudence récente a permis de l'illustrer. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Yukos* a été conduit à envisager les conditions dans lesquelles les Etats signataires du Traité sur la Charte de l'Energie pourraient se voir opposer, avant son entrée en vigueur, la clause de règlement des litiges de l'article 26[376]. Pour faire obstacle à la compétence arbitrale, le gouvernement russe avait plaidé, dans cette affaire, l'incompatibilité de la procédure de mise en application provisoire de l'engagement juridictionnel avec les dispositions de son droit interne, seule circonstance, au demeurant, admise par l'article 45 § 1 du traité pour ne pas exiger des signataires qu'ils se conforment provisoirement à leurs obligations

[373] A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, *op. cit.*, p. 24.

[374] Ce sont les deux possibilités que prévoit l'article 25 § 1 de la Convention de Vienne, le « traité ou une partie d'un traité s'appliqu[ant] à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur : *a*) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou *b*) si les Etats ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière ».

[375] A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, *op. cit.*, pp. 28-30. L'auteur cite notamment l'exemple du différend frontalier entre le Nicaragua et le Honduras qui avait fait l'objet de la conclusion du Traité de Gaméz-Bonilla du 7 octobre 1894 dont la Cour internationale de Justice fut, d'ailleurs, conduite à interpréter les clauses dans l'affaire de la *sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, Honduras c. Nicaragua, arrêt du 18 novembre 1960, *Rec.* 1960, pp. 192-218. Des extraits du traité sont reproduits dans l'arrêt de la Cour : *Rec.* 1960, pp. 199-202.

[376] *Yukos Universal Limited c. Russie*, décision du tribunal arbitral constitué conformément à l'article 26 du Traité de la Charte sur l'énergie et au Règlement d'arbitrage CNUDCI, sur les exceptions préliminaires du 30 novembre 2009. Au reste, cette décision n'est pas la première dans laquelle l'application provisoire du Traité sur la Charte avait permis de fonder la compétence arbitrale. Tel avait déjà été dans le cas dans l'affaire *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ICSID Case No.ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 273-323, spéc. pp. 299-301, §§ 138-142.

conventionnelles. Etait plus particulièrement invoquée par la Russie, l'exigence constitutionnelle de ratification à laquelle se trouve soumise la mise en application des traités conférant compétence aux juridictions internationales[377]. L'argument ne devait toutefois s'avérer d'aucun secours pour le gouvernement défendeur. Le tribunal arbitral refusait d'entreprendre une évaluation au cas par cas de la compatibilité avec les prescriptions nationales, de la procédure prévue par l'article 45 pour chacune des dispositions énoncées dans la Charte. La seule limite prévue par cet article concernait la possibilité d'écarter la procédure de mise en application provisoire dans le cas où elle serait en elle-même proscrite dans le droit national de l'Etat signataire[378]. Ce disant, le tribunal affirmait la solidarité des dispositions substantielles et procédurales, à l'égard du régime d'application provisoire du traité.

117. La solution retenue dans cette affaire permet, dans une perspective plus générale, de conclure à la pleine réception, sur le terrain de la compétence, des différents principes guidant l'application temporelle des dispositions conventionnelles, aussi bien au titre de la condition ordinaire d'entrée en vigueur de l'accord, que du tempérament admis à cette condition par le droit des traités, qui concerne la mise en application provisoire des règles conventionnelles. La détermination de la compétence temporelle va néanmoins nécessiter, dans certains cas, de tenir compte de règles spéciales, susceptibles de créer un décalage entre la prise d'effet de l'engagement conventionnel et son opposabilité en tant qu'engagement juridictionnel.

[377] Voir la position retenue dans le premier mémoire, décision *Yukos* précitée, § 351. Le fondement de la contestation de la compétence arbitrale allait néanmoins se préciser au fil de la procédure, d'abord dans le « *Skeleton argument* » soumis au tribunal le 10 novembre 2008, puis lors de la phase orale où il n'était plus question de plaider l'impossible application provisoire de la Charte en raison de la présence d'une clause d'arbitrage, mais plutôt en raison du type de différends susceptibles de relever de la compétence arbitrale, en l'occurrence les litiges mettant en jeu des demandes d'indemnisation fondées sur des actes pris par l'Etat en sa qualité de souverain : décision précitée, §§ 71, 352 et ss. Cette position était d'ailleurs très clairement reflétée dans l'analyse du professeur Pellet, expert mandaté par le gouvernement russe, qui établissait un lien avec les exigences du droit constitutionnel français, plus précisément avec l'article 53 de la Constitution sur la base duquel la conclusion d'un traité serait soumis à approbation parlementaire non pas tant en raison de la présence d'une clause d'arbitrage, mais en considération des matières sur lesquelles l'arbitrage pourrait porter : §§ 171-176, spéc. § 175.

[378] Décision *Yukos* précitée, §§ 301-329.

§ 2 - LES CONDITIONS SPECIALES ENCADRANT L'ATTRIBUTION DE LA COMPETENCE

118. Si les règles relatives à l'entrée en vigueur des engagements conventionnels évoquées précédemment déterminent, dans bien des cas, à elles seules la date à laquelle débute la compétence, d'autres situations imposent de tenir compte des dispositions contenues dans le statut du tribunal, qui précisent les modalités d'attribution de la compétence juridictionnelle. Deux types de dispositions statutaires intéressent directement la question de la date d'entrée en vigueur des engagements juridictionnels conventionnels : les dispositions contenues dans le Statut de la Cour de La Haye (A), et les dispositions qui règlent les conditions de validité des accords d'arbitrage CIRDI (B).

A. La date d'entrée en vigueur des « traités et conventions » attribuant compétence à la Cour internationale de Justice

119. Le Statut de la Cour ne prévoit pas de conditions particulières s'agissant des engagements conventionnels étatiques établissant la compétence de la Cour, si ce n'est qu'ils aient été « en vigueur »[379]. L'article 36 § 1, qui mentionne une telle exigence, n'apporte aucune indication supplémentaire. La question s'est ainsi posée de savoir si les traités et conventions attribuant compétence à la Cour, devraient, en plus d'être en vigueur à la date de l'acte introductif d'instance, l'avoir déjà été au jour de l'adoption du Statut. A cette question, la consultation des travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente dans lequel figurait déjà la disposition de l'article 36, invite à répondre par la négative. M. Hudson rapporte des procès verbaux de la première assemblée du Comité consultatif de juriste chargé de préparer un projet pour l'établissement de la Cour permanente, que la condition de l'applicabilité temporelle des traités attribuant compétence ne fut pas d'emblée abordée. Le Conseil de la Société des Nations devait néanmoins l'intégrer dans son ébauche d'article 36, puis la reconduire dans sa version définitive sans que ne soit finalement jamais mis en doute le fait que l'expression « traités et conventions en vigueur » renvoyait aussi bien aux accords remplissant cette condition à la date d'adoption du Statut, qu'à ceux qui entreraient en vigueur

[379] L'article 36 § 1 du Statut de la Cour de la Haye prévoit au sujet de sa compétence qu'elle « s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou *dans les traités et conventions en vigueur* ».

postérieurement à cette date[380]. Il put en être fait l'expérience dès l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* dans laquelle la Cour permanente exerça sa compétence sur le fondement d'une convention entrée en vigueur après l'adoption du Statut[381]. Ce point ne devait jamais être remis en cause depuis lors, et il ne fut pas même débattu devant la Cour internationale de Justice[382]. Confirmation était simplement faite dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, que l'expression « traité en vigueur » avait toujours été interprétée comme visant les instruments applicables à la date de l'acte introductif d'instance[383].

120. Plus délicate, en revanche, est la détermination des liens entre entrée en vigueur *subjective* du Statut et entrée en vigueur du traité dans lequel figure la clause attributive de compétence. La question ne devrait, à première vue, pas se poser dans la mesure où l'article 36 § 1 ne réserve pas la faculté d'accepter la compétence de la Cour aux seuls Etats parties au Statut. Les traités se distinguent, à cet égard, des déclarations facultatives de juridiction obligatoire prises sur la base de l'article 36 § 2 qui ne produisent aucun effet tant que leur auteur n'a pas adhéré au Statut[384]. La qualité de partie au Statut va, tout de même, rejaillir sur les conditions d'applicabilité *ratione temporis* des traités établissant la compétence de la Cour, à deux égards. L'entrée en vigueur du Statut à l'égard d'un Etat déclenche tout d'abord un certain nombre de règles, notamment celle qui fait obligation à l'Etat partie de faire enregistrer le traité auprès du Secrétaire général avant de pouvoir en invoquer les dispositions devant un organe des Nations Unies[385]. Etant énoncée dans la Charte des Nations Unies, l'obligation d'enregistrement ne s'adresse qu'aux Etats qui seraient devenus parties au Statut

---

[380] M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 : A Treatise*, New York, Mc Millan, 1943, pp. 438-439. Toute autre interprétation n'aurait, d'ailleurs, pas été validée au vu du contexte dans lequel avait été élaborée la disposition de l'article 36 qui faisait, alors, figure de solution de remplacement au choix, un temps envisagé, d'un mécanisme de règlement obligatoire des différends par la nouvelle Cour permanente : *ibid.*, p. 439. Voir également sur ce point, H. Kelsen, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, *op. cit.*, p. 518.

[381] Allemagne c. Pologne, arrêt sur les exceptions préliminaires du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 3-30, spéc. p. 11.

[382] Voir, par exemple, pour l'établissement de la compétence de la Cour sur la base d'une convention entrée en vigueur postérieurement à l'adoption du Statut, l'affaire relative aux *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, Jamahiriya Arabe Libyenne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt sur les exceptions préliminaires du 27 février 1998, *Rec.* 1998, pp. 115-137, spéc. p. 121.

[383] Serbie-et-Monténégro c. Belgique, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 15 décembre 2004, *Rec.* 2004, pp. 279-329, spéc. pp. 318-319, § 101. La Cour établit ici un rapprochement avec la condition énoncée à l'article 37 du Statut pour le transfert de juridiction des traités antérieurs à la dissolution de la Cour permanente et qui attribuaient compétence à celle-ci. Voir sur ce point *infra*, n° 183.

[384] Voir à ce sujet, M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 : A Treatise*, *op. cit.*, pp. 451-452. Voir également *infra*, n° 123 et ss.

[385] Cette règle figure à l'article 102 § 2 de la Charte des Nations Unies : « [a]ucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent Article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation ».

par leur qualité de membre de l'Organisation[386]. Telle est la conclusion à laquelle avait abouti la Commission mixte des réclamations France/Mexique dans l'affaire *Pablo Nájera*, à une époque où l'obligation d'enregistrement était énoncée à l'article 18 du Pacte des Nations Unies et où elle conditionnait le « caractère obligatoire » des traités à l'égard des organes mêmes extérieurs à la Société des Nations[387]. Pour la Commission, seuls les Etats membres de la Société des Nations, destinataires exclusifs de l'obligation établie dans le Pacte, se trouvaient dans l'incapacité d'invoquer un traité non enregistré, même à l'égard d'Etats tiers. Quant à ces derniers, n'étant pas liés par cette règle spéciale et dérogatoire du droit international général, ils devaient être en mesure de réclamer l'application de l'acte dès sa ratification[388]. Dans la pratique de la Cour, la condition d'enregistrement des traités n'a, toutefois, pas emporté de conséquences décisives sur sa compétence temporelle, la Cour semblant suivre la doctrine qui l'avait déjà conduite, au titre de la régularisation de la compétence, à ne pas sanctionner un vice de forme auquel il pourrait être aisément porté remède[389].

D'une toute autre importance se révèle être la seconde conséquence attachée à la participation, ou plutôt à la non-participation, de l'Etat au Statut. Comme il a pu être indiqué précédemment, de la qualité d'Etat partie procèdent la reconnaissance de la Cour en tant que juridiction internationale, et la faculté pour les Etats d'y avoir accès[390]. Le *locus standi* des Etats tiers au Statut est, pour sa part, déterminé par l'article 35 § 2 qui prévoit que les conditions dans lesquelles la Cour pourrait leur être ouverte sont, « sous réserve des

---

[386] L'article 93 § 1 de la Charte dispose que «[t]ous les Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour internationale de Justice». L'article 93 § 2 prévoit cependant la possibilité donnée, à titre exceptionnel, à des Etats non membres des Nations Unies de devenir parties au Statut de la Cour. Ces règles sont rappelées par la Cour dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Croatie c. Serbie, arrêt du 18 novembre 2008 déjà cité, *Rec.* 2008, p. 430, § 58.

[387] *Pablo Nájera (France) c. Mexique*, sentence de la Commission mixte des réclamations France/Mexique du 19 octobre 1928, *I.L.R.*, vol. 4, pp. 393-394, *R.S.A.*, vol. V, pp. 466-488, spéc. pp. 468-473. La disposition de l'article 18 du Pacte de la Société des Nations était reproduite par la Commission, ainsi que son interprétation considérée comme « acquise » par la Commission et au terme de laquelle cette disposition, « – sans porter atteinte à la force obligatoire, entre les Parties contractantes, de la convention dûment ratifiée, mais pas enregistrée, de sorte qu'elles ne peuvent plus se rétracter unilatéralement, ni conclure avec d'autres Puissances des conventions incompatibles avec la première – empêche tout de même que les Parties contractantes en fassent valoir les stipulations en justice, l'une envers l'autre (…) » : *ibid.*, p. 469.

[388] *R.S.A.*, vol. V, p. 471.

[389] Dans l'affaire *Mavrommatis* où la Cour permanente avait admis que la ratification puisse intervenir *pendente lite*, elle n'avait pas même évoqué le défaut d'enregistrement du Protocole XII annexé au Traité de Lausanne. L'enregistrement du Traité de Lausanne était intervenu le 5 septembre 1924, c'est-à-dire une semaine après l'arrêt de la Cour. Voir sur cet aspect de l'affaire *Mavrommatis*, M. O. Hudson, *A.J.I.L.*, 1934, vol. 28, pp. 548 et ss., spéc. p. 552. Dans l'affaire relative au *Sud Ouest Africain*, la Cour avait par ailleurs souligné le caractère non rétroactif de l'obligation d'enregistrer qui ne s'applique qu'aux traités conclus après l'adoption du Statut : Ethiopie c. Afrique du Sud, et Liberia c. Afrique du Sud, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 décembre 1962, *Rec.* 1962, pp. 319-348, spéc. p. 332.

[390] Voir *supra*, n° 78.

dispositions particulières des traités en vigueur », réglées par le Conseil de Sécurité. Ces conditions ont été fixées par la résolution n° 9 (1946) du 15 octobre 1946 qui impose le dépôt auprès du Greffe de la Cour d'une déclaration par laquelle l'Etat tiers accepte la juridiction de la Cour et s'engage à exécuter ses sentences de bonne foi[391]. L'engagement se rapproche de celui pris sur le fondement des déclarations facultatives de l'article 36 § 2 du Statut. Il s'en distingue, cependant, en ne permettant pas à l'Etat qui en est l'auteur de s'en prévaloir en tant que base de compétence, seuls les Etats parties au Statut étant, en effet, aptes à accepter par déclaration unilatérale la juridiction de la Cour[392]. Dans cette mesure, la compétence de la Cour pour connaître de la requête d'un Etat non partie au Statut, ne saurait être établie que sur la base d'un engagement autonome[393], qui ne pourrait qu'être conventionnel, et qui devrait, conformément à l'article 36 § 1 du Statut, déjà être en vigueur à la date à laquelle cette requête a été introduite[394].

Différente est la situation dans laquelle l'Etat qui n'a pas ratifié le Statut, n'a pas non plus émis une déclaration de ce type, et prétend tirer son droit d'ester devant la Cour d'une *disposition particulière d'un traité en vigueur*. Les affaires dans lesquelles une telle situation s'est produite ont permis d'apporter des éclaircissements sur ce qu'il convient d'entendre par

---

[391] Le texte de la résolution est reproduit *in* F. Gharbi, « Le Statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les Cahiers de Droit*, 2002, pp. 213-274, spéc. pp. 273-274.

[392] La résolution de 1946 prévoit que les Etats non parties au Statut sont habilités à reconnaître, par le truchement d'une déclaration de caractère général, la juridiction obligatoire de la Cour pour tout différend ou une ou plusieurs catégories de différends nés ou à naître. La résolution ajoute cependant que cette acceptation ne pourrait « hors le cas de convention expresse, être opposée aux Etats parties au Statut qui auront souscrit la déclaration prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice » (§ 2 de la Résolution précitée).

[393] La condition d'un engagement juridictionnel autonome de la déclaration n'apparaît pas avec évidence dans l'affaire du *Détroit de Corfou* où la résolution de 1946 avait trouvé à s'appliquer pour la première fois, dans la mesure où la compétence avait été établie par *forum prorogatum* et n'avait ainsi pas mis en jeu un acte distinct de la déclaration unilatérale prise par l'Etat tiers au Statut. La Cour allait malgré tout ne prendre en compte parmi la correspondance échangée entre les parties avant l'introduction de l'instance, que la lettre dans laquelle sa compétence était évoquée par l'Etat défendeur, tiers au Statut, et non celle par laquelle ce dernier s'était engagé à se soumettre aux conditions posées par la résolution du Conseil de Sécurité : *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1948, *Rec.* 1948, pp. 15-30, spéc. pp. 27-28. La nécessité d'un engagement autonome apparaîtra plus clairement dans l'affaire de *l'Or monétaire pris à Rome en 1943* et du *Plateau continental de la mer du nord*, et surtout dans l'affaire des *Pêcheries islandaises* où la Cour distinguera « l'accord conclu entre les parties qui a pour but d'établir la compétence de la Cour » et « la déclaration [qui] concerne l'accès à la Cour d'Etats qui ne sont pas parties au Statut » : *Compétence en matière de pêcheries*, R.F.A. c. Islande, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 2 février 1973, *Rec*. 1973, pp. 49-67, spéc. p. 53, § 11. Voir également sur cette distinction fondamentale, l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice jointe à l'arrêt, *Rec.* 1973, pp. 68-80, spéc. p. 80, § 23. Pour une appréciation différente, voir F. Gharbi, « Le Statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 227.

[394] Comme il a été indiqué précédemment au sujet de la condition posée à l'article 36 § 1 du Statut, il n'importera pas que cet engagement conventionnel soit entré en vigueur avant ou après l'entrée en vigueur objective du Statut. Quant à la déclaration, elle serait, comme l'indique le juge Fitzmaurice, « dans les délais si elle est faite à un moment quelconque avant le dépôt au Greffe de la requête introductive d'instance, ou même si elle l'accompagne » : opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, *Rec.* 1973, pp. 68-80, spéc. p. 80, § 24.

« disposition particulière d'un traité », et par « traité en vigueur ». S'agissant du premier point, la solution est donnée dans l'ordonnance du 9 avril 1993 dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* où de l'avis de la Cour, « une clause compromissoire d'une convention multilatérale, telle que l'article IX de la convention sur le génocide, invoqué par la Bosnie-Herzégovine en l'espèce, pourrait être considérée *prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur »[395]. La solution est donc claire : les dispositions particulières ouvrant l'accès aux Etats qui ne sont pas parties au Statut, sont celles par lesquelles ces mêmes Etats attribuent compétence à la Cour[396].

Puisque les *dispositions particulières* dont fait mention l'article 35 correspondent au titre de compétence sur la base duquel agit l'Etat tiers au Statut, la condition posée par ce même article 35 § 2, en vertu de laquelle ces dispositions particulières doivent figurer dans un *traité en vigueur*, va définir le régime de la compétence temporelle. La haute juridiction a déterminé dans son arrêt de 2004 rendu dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, la signification à attribuer à cette condition temporelle. L'analyse était encore menée au titre de la clause juridictionnelle de la Convention sur le génocide qui, parce qu'elle était en vigueur à la date d'introduction de l'instance, devait aux yeux du gouvernement serbe, demandeur à l'instance, aussi bien garantir son accès à la Cour que l'exercice par celle-ci de sa compétence. Il était toutefois relevé par la haute juridiction qu'une telle interprétation s'avérait incompatible avec l'« objet essentiel » de la disposition de l'article 35 § 2 du Statut qui consiste à réglementer les conditions d'accès à la Cour, et qui exclut, dans cette mesure, qu'on l'interprète comme « permet[tant] qu'à l'avenir des Etats puissent avoir accès à la Cour par la simple conclusion d'un traité spécial, multilatéral ou bilatéral, contenant une disposition à cet effet »[397]. L'histoire rédactionnelle de la disposition de l'article 35 § 2 qui se trouvait déjà consignée dans le Statut de la Cour permanente, confortait d'ailleurs ce point de vue, la

---

[395] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, ordonnance du 8 avril 1993 (première demande en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1993, pp. 3-25, spéc. p. 14, § 19.

[396] Pour une confirmation, voir l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 15 décembre 2004 déjà cité, rendu dans l'affaire *Licéité de l'emploi de la force*, *Rec.* 2004, p. 318, § 101 : « [p]rise dans son sens naturel et ordinaire, l'expression 'dispositions particulières' doit, de l'avis de la Cour, se référer à des traités qui contiennent une 'disposition particulière' visant la Cour, et il ne peut guère s'agir d'autre chose que d'une disposition tendant à soumettre à la Cour le règlement de différends entre les parties au traité ».

[397] Arrêt de la Cour précité, *Rec.* 2004, p. 319, § 102. Voir également, dans cette perspective, S. Yee, « The Interpretation of 'Treaties in Force' in Article 35(2) of the Statute of the ICJ », *I.C.L.Q.*, 1998, vol. 47, pp. 884-904, spéc. p. 887. Admettre la solution inverse n'aurait d'ailleurs pas été sans négliger la distinction devant être établie entre la compétence de la Cour d'une part, et la faculté pour une partie de la saisir, d'autre part, ni sans créer, à cet égard, une inégalité entre justiciables que prohibe de manière explicite l'article 35 § 2 du Statut de la Cour. Voir sur ce point, les arguments de la Belgique restitués par la Cour dans son arrêt, *Rec.* 2004, p. 316, § 96.

référence aux « dispositions particulières des traités en vigueur » exprimant la volonté de tenir compte des traités conclus à l'issue du premier conflit mondial avec les puissances centrales. Jugeant que la condition temporelle figurant à l'actuel article 35 § 2 du Statut avait conservé la même signification[398], la Cour estimait devoir interpréter l'expression « traité en vigueur » comme désignant les traités déjà applicables au jour de l'adoption de son Statut, condition que ne satisfaisait pas, en l'espèce, la Convention sur le génocide entrée en vigueur en 1951[399]. Par le truchement des conditions d'accès à la Cour, les conditions de compétence temporelle prennent ainsi une tournure différente pour les Etats qui ne sont pas parties au Statut. Dans le cas où l'Etat prétend se fonder sur une *disposition particulière d'un traité en vigueur* pour ester en justice, seuls les engagements juridictionnels applicables à la date de l'adoption du Statut permettront d'établir la compétence de la Cour[400]. Dans toutes les autres situations, c'est-à-dire celles où les Etats sont parties au Statut ou ont reconnu par déclaration unilatérale la juridiction de la Cour, l'applicabilité du traité consignant l'engagement juridictionnel à la date de la requête sera la seule condition requise aux fins de la compétence temporelle.

B. Les conditions de validité des accords d'arbitrage CIRDI

121. Les accords d'arbitrage CIRDI permettent d'illustrer le décalage susceptible de se créer entre l'entrée en vigueur de l'engagement conventionnel et l'acquisition de son efficacité en tant qu'engagement juridictionnel. Le consentement arbitral se trouve placé au cœur du mécanisme d'attribution de la compétence du Centre dont il constitue la « pierre

[398] Arrêt précité, *Rec.* 2004, pp. 322-324, §§ 110-113. Voir pour une interprétation en ce sens et antérieure à l'arrêt de la Cour, Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, p. 629. La Cour aurait tout bonnement pu considérer que les traités visés à l'article 35 § 2 étaient ceux conclus à l'issue du premier conflit mondial, d'autant que la signification de la disposition ne fut pas débattue lors de la mise en place du nouveau Statut. Cette possibilité avait notamment été envisagée par le professeur I. Shihata dans son ouvrage *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction*, La Haye, Nijhoff, 1965, p. 143. Voir, par ailleurs, pour une autre interprétation limitant les dispositions particulières des traités en vigueur à celles prévues par les traités réglant les conséquences de la seconde guerre mondiale, S. Yee, « The Interpretation of 'Treaties in Force' in Article 35(2) of the Statute of the ICJ », *op. cit.*, pp. 900, 902-903.

[399] Arrêt précité, *Rec.* 2004, p. 324, §§ 113-114. Cette solution sera rappelée dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Croatie c. Serbie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 2008, *Rec.* 2008, pp. 434-435, § 71.

[400] La situation dans laquelle des Etats auraient prévu la compétence de la Cour à une époque où celle-ci n'était pas encore établie est peu probable. Les Etats pourraient, certes, invoquer le mécanisme de l'article 37 du Statut qui permet de fonder la compétence de la Cour sur la base des clauses conventionnelles qui attribuaient compétence à la Cour permanente avant sa dissolution (sur ce mécanisme, voir *infra*, n° 183 et ss.). Dans la mesure cependant où l'application de ce mécanisme conduirait, dans une telle hypothèse, à modifier les conditions dans lesquelles les Etats accèderaient au prétoire de la Cour, il semble peu probable que la Cour soit effectivement disposée à faire jouer la disposition de l'article 37 qui ne concerne que la compétence.

angulaire »[401], et deux conditions parmi celles énoncées par la Convention déterminent son opposabilité *ratione temporis*. Comme le prévoit l'article 25 (1) de la Convention, « la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (…) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ». A la lecture de cette disposition, le premier élément devant entrer en ligne de compte concerne l'auteur de l'engagement. En prévoyant que la compétence du Centre s'étend *ratione personae* aux différends constitués entre un investisseur et un « *Etat contractant* », l'article 25 (1) fait de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat partie au différend une condition de *validité* de son consentement arbitral[402]. Cet Etat ne pourrait ainsi se voir opposer les effets de son engagement juridictionnel devant un tribunal du Centre tant qu'il ne remplit pas cette condition[403], et c'est au vu de la date à laquelle il avait ratifié la Convention, ou y avait adhéré[404], qu'un arbitre pourrait éventuellement décliner sa compétence[405].

---

[401] Rapport des Administrateurs du 18 mars 1965, in *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, *op. cit.*, vol. III, p. 857, § 23.

[402] La Convention CIRDI ne reprend pas la terminologie de la Convention de Vienne sur le droit des traités, plus récente, dans la mesure où l'« Etat contractant » désigne celui à l'égard duquel la Convention est entrée en vigueur, c'est-à-dire la situation d'un « Etat partie » au sens de la Convention de Vienne. Voir sur cette distinction, *supra*, n° 107.

[403] Demeure malgré tout réservée la possibilité pour les Etats non contractants d'avoir recours au règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire CIRDI sur la base duquel le tribunal serait constitué, et sa procédure organisée. L'administration de l'instance serait, le cas échéant, menée sans le concours du Centre, et la sentence ne bénéficierait pas des garanties d'exécution offertes par la Convention : voir sur ce point Ch. F. Amerasinghe, « The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes », *Ind. J.I.L.*, 1979, pp. 166-227, spéc. pp. 183-184.

[404] Conformément à l'article 68 § 2 de la Convention de 1965, l'entrée en vigueur à l'égard d'un Etat intervient trente jours après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Voir par exemple, au sujet de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Jamaïque, la décision sur la compétence du 6 juillet 1975 rendue par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Kaiser Bauxite Company c. Jamaïque*, ICSID Case No.ARB/74/3, in *I.L.R.*, vol. 114, pp. 144-151, et spéc. p. 149, § 18.

[405] Voir sur ce point, Ch. F. Amerasinghe, « The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes », *op. cit.*, pp. 182-184 ; du même auteur, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 631-632 ; Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 456, § 322. Pour la jurisprudence, voir la récente décision *Toto Costruzioni Generali S.p.A. (Italie) c. Republique du Liban*, ICSID Case No.ARB/07/12, 11 septembre 2009, § 93 : « *the Tribunal's jurisdiction is not affected by the fact that Lebanon has made the general offer to accept ICSID arbitration for investment disputes with Italian investors, well before the ICSID Convention entered into force for Lebanon. It is sufficient that Lebanon had offered to accept ICSID jurisdiction and that the ICSID Convention was in force at the time of the consent,* i.e., *on June 30, 2004* ». Le défaut de ratification de la Convention dans les délais était l'un des motifs justifiant le rejet de la réclamation dans l'affaire *AMCO Asia Corporation, Pan American Development Ltd et P.T. Amco Indonesia* (Etats-Unis d'Amérique) *c. République d'Indonésie*, ICSID Case No.ARB/81/1, décision du 25 septembre 1983 sur la compétence, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, vol. I, pp. 17-36 ; *I.L.R.*, vol. 89, pp. 379-402, spéc. p. 391, § 22. Dans l'affaire *Holiday Inns* déjà citée, avait néanmoins été prise en compte l'entrée en vigueur *pendente lite* de la Convention à l'égard de l'Etat défendeur : sur cette affaire, voir Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 456, § 323 ; P. Lalive, « The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems », *B.Y.B.I.L.*, 1980, pp. 123-161, spéc. p. 146.

De manière plus banale, c'est la date à laquelle il aura été consenti à l'arbitrage CIRDI qui va sceller la satisfaction des conditions requises par l'article 25 (1). Comme le rappelle le Préambule de la Convention, la ratification de la Convention par l'Etat ne suffit pas à établir son obligation de recourir à l'un des modes de règlement des litiges proposés par le CIRDI. L'article 25 (1) exige un accord passé *par écrit* avec l'investisseur partie au litige. A cet égard, l'article 2 (3) du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage entend par « date du consentement », celle « à laquelle les parties au différend ont consenti par écrit à soumettre leur différend au Centre ; si les deux parties ont donné leur consentement à des dates différentes, c'est la dernière des deux dates qui est retenue »[406]. D'après le professeur Schreuer, la possibilité que les parties n'aient pas consenti à la même date vise deux situations distinctes[407]. La première est celle où l'accord d'arbitrage n'a pas été signé le même jour[408]. L'hypothèse devrait même, plus largement, couvrir l'ensemble des cas où l'expression de l'engagement des parties à être lié par les termes de l'accord n'a pas été donnée simultanément. La deuxième situation visée par l'article 2 du Règlement, est celle dans laquelle l'accord d'arbitrage a été conclu non plus sur la base d'un instrument conventionnel unique, mais sur la base de deux actes unilatéraux « distincts et décalés » dans le temps[409]. La doctrine parle d'arbitrage « sans lien direct » pour qualifier les procédures qui auront ainsi été engagées en l'absence d'un accord conclu directement par les parties litigantes[410]. Cette situation avait été envisagée au cours de l'élaboration de la Convention ; le rapport des administrateurs établi au moment de son adoption prévoyait que

> « la Convention n'exige pas que le consentement des deux parties [à l'arbitrage] soit exprimé dans le même acte juridique. C'est ainsi qu'un Etat pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit »[411].

---

[406] Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (consulté le 10 mars 2011 sur le site du CIRDI : http://icsid.worldbank.org/).
[407] En ce sens, Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, pp. 455-456.
[408] *Ibid.*, p. 455, § 320.
[409] En ce sens, J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, p. 56 ; du même auteur, « Les effets juridiques internationaux des engagements des personnes privées », *in* S.F.D.I., *Colloque du Mans*. *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, pp. 117-156, spéc. pp. 144-147.
[410] L'« arbitrage sans lien direct » est l'expression employée par le professeur Santulli dans son manuel de *Droit du contentieux international* (*op. cit.*, pp. 114-117). Elle est la traduction de la formule anglo-saxonne « *arbitration without privity* » que l'on doit au professeur Paulsson : « Arbitration without privity », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 232-257.
[411] Rapport des Administrateurs du 18 mars 1965, in *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*. *Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, *op. cit.*, vol. III, p. 858, § 24.

Bien au-delà de ce qu'une telle faculté laissée aux Etats pouvait laisser présager au moment de l'adoption de la Convention[412], le consentement arbitral donné unilatéralement et par avance s'est imposé comme modèle de référence depuis le milieu des années quatre-vingt, avec la conclusion de très nombreux traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Par ces traités, les Etats s'engagent à se soumettre à une procédure arbitrale pour le règlement des litiges constitués avec les ressortissants de l'autre Etat partie au traité, au titre des investissements que ces derniers auraient réalisé sur son territoire. A la manière dont la jurisprudence arbitrale l'envisage, l'engagement conventionnel constitue, dans une telle configuration, le premier terme de l'engagement juridictionnel en adressant une « offre » d'arbitrer aux investisseurs qui seraient libres de l'accepter et qui, le cas échéant, perfectionneraient l'accord d'arbitrage[413]. C'est sur cette base que la pratique arbitrale établit la distinction entre, d'une part, l'entrée en vigueur de la clause de règlement des litiges contenue dans le traité, et d'autre part, la date à laquelle cette clause pourrait être opposée aux fins de la procédure d'arbitrage CIRDI[414].

---

[412] Sur cet aspect, voir G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *R.A.*, 1995, pp. 3-37 ; B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *op. cit.*, *passim*.

[413] Voir sur ce point G. Delaume, « Consent to ICSID Arbitration », *in* J. Norton, M. Andenas, M. Footer (éd.), *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century : a Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, pp. 155-178, spéc. pp. 165-167 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 114-117. Pour la jurisprudence, voir *inter alia American Manufactoring & Trading Inc. c. République du Zaïre*, ICSID Case No.ARB/93/1, sentence arbitrale du 21 février 1997, *J.D.I.* 1998, pp. 243 et ss., *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 11-37, spéc. p. 26, § 5.23 ; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C.S.O.B.) c. République slovaque*, ICSID Case No.ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 330-357, spéc. p. 344, § 38 ; *Eudoro Armando Olguin c. République du Paraguay*, ICISD Case No.ARB/98/5, décision sur la compétence du 8 août 2000, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 154-180, spéc. pp. 161-162, § 26 ; *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, ICSID Case No.ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 273-323, spéc. pp. 298-299, §§ 133-137. Cette pratique remonte à l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka* (ICSID Case No.ARB/87/03, sentence arbitrale du 27 juin 1990, *ICSID Reports*, vol. 4, pp. 250-295 & *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 526-573) dans laquelle la procédure d'arbitrage CIRDI avait, pour la première fois, été engagée sur la base d'un traité et sans l'acceptation préalable de l'investisseur. Elle a encore été très récemment confirmée dans l'affaire *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Liban*, ICSID Case No.ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 94. D'autres sentences sont par ailleurs citées par le professeur Schreuer *in* « Consent to arbitration », *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, n° 2 (article mis à jour le 27 février 2007 et consulté le 10 mars 2011, disponible à l'adresse http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf, p. 8, notes n° 25 et 26). En toute hypothèse, il s'agira de distinguer suivant que l'offre émise dans le traité était une véritable offre d'arbitrer (« *binding consent* ») ou une simple offre de contracter (« *offer to deal* »), l'Etat n'ayant dans ce dernier cas pas donné son consentement à l'arbitrage mais simplement proposé, à cet effet, la conclusion d'un accord avec l'investisseur. Voir sur ce point G. Delaume, « Consent to ICSID Arbitration », déjà cité en ce sens, pp. 161-162, 165-166.

[414] Cette distinction ressort en des termes très explicites de plusieurs sentences, notamment de celle rendue dans l'affaire *American Manufactoring & Trading Inc. c. République du Zaïre* dans laquelle le tribunal arbitral avait jugé que « AMT a voulu que soit suivie la procédure devant le CIRDI. Il l'a exprimé sans équivoque ; cette volonté jointe à celle du Zaïre exprimée dans le traité crée le consentement nécessaire à la validité de la saisine du Centre » : sentence arbitrale du 21 février 1997 précitée, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 26, § 5.23. Voir par ailleurs sur cette distinction entre T.B.I. et engagement juridictionnel, J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, pp. 54-56.

Comme il a pu être relevé, l'application de la théorie de l'offre d'arbitrer aux traités de protection des investissements tient son origine de l'exigence énoncée à l'article 25 (1) d'un accord formulé par écrit entre les parties au différend[415]. A l'image de ce qui est ainsi convenu lorsque le consentement étatique à l'arbitrage a été donné dans le cadre d'une législation nationale[416], la requête présentée par l'investisseur est, en l'absence de toute autre manifestation de volonté préalable de sa part, réputée formaliser son accord à l'égard de la compétence arbitrale. Cette construction juridique revient à faire coïncider la constitution de l'accord d'arbitrage avec son application dans un cas concret. Si cette situation demeure somme toute banale dans le cas où l'offre a été donnée sans contrepartie[417], elle semble difficilement adaptée aux traités bilatéraux qui attribuent des droits procéduraux réciproques en habilitant aussi bien l'Etat que l'investisseur, à recourir à l'arbitrage pour les différends qui les opposent. Admettre que le consentement de l'investisseur dont dépend, en définitive, l'applicabilité des règles énoncées dans le traité à l'égard de la compétence, puisse intervenir au jour de et par la soumission même d'une affaire au Centre, revient ainsi ni plus ni moins à méconnaître les conditions au vu desquelles l'Etat s'était engagé. Si l'on estime, en effet, que le traité bilatéral d'investissement doit, en tant qu'engagement juridictionnel, être activé par un acte ultérieur et distinct de l'investisseur partie au litige, cette dernière opération devrait logiquement précéder le déclenchement de la procédure, faute de quoi Etat et investisseurs ne seraient pas logés à la même enseigne. Ce nécessaire décalage dans le temps se trouve, d'ailleurs, imposé par certains traités qui font obligation à l'investisseur de faire un choix préalable entre plusieurs procédures arbitrales internationales, choix qui, une fois effectué, donne la faculté à l'investisseur, aussi bien qu'à l'Etat partie au litige, d'entamer la procédure d'arbitrage[418].

---

[415] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 115.

[416] Sur ce point, voir, *inter alia*, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République Arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/84/3, décisions préliminaires sur la compétence des 27 novembre 1985 et 14 avril 1988 déjà citées, *I.L.R.*, vol. 106, p. 528, § 78 ; *Tradex Hellas S.A. (Grèce) c. République d'Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. pp. 186-187. Voir par ailleurs G. Delaume, « Consent to ICSID Arbitration », *op. cit.*, pp. 161-164, et spéc. p. 164.

[417] Voir sur ce point les observations du Vice-président Badawi dans son opinion dissidente annexée à l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Droit de passage*, *Rec.* 1957, pp. 154-163, spéc. p. 155. Cette solution a pu toutefois être contestée dans le cadre de la Convention CIRDI. A cet effet, le professeur Stern relève la position des Administrateurs sur le fait que le « consentement des parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi » : B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *op. cit.*, p. 227.

[418] Voir sur ce point G. Delaume, « Consent to ICSID Arbitration », *op. cit.*, pp. 167-168. Ce mécanisme est associé à la pratique conventionnelle américaine. Voir notamment les articles 25 et 26 du modèle américain de T.B.I. de 2004, dont le texte est disponible à l'adresse http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm (consultée le 10 mars 2011). Voir également l'article 1121 de l'Accord ALENA qui impose un consentement écrit à l'égard de l'une des procédures d'arbitrage visées par l'article 1120 de l'Accord (CNUDCI, CIRDI, Mécanisme

122. Quoi qu'on en dise, la solution jurisprudentielle est d'application constante. Exception faite des cas où il est expressément prévu par le traité, aucun consentement de l'investisseur préalable à l'acte introductif d'instance ne sera exigé pour établir la compétence arbitrale d'un tribunal CIRDI. Ainsi, des « trois piliers juridictionnels »[419] sur la base desquels l'arbitrage trouve à être établi, à savoir la Convention de Washington, le traité contenant la clause d'arbitrage, et le consentement de l'investisseur, seuls les deux premiers déterminent la date à compter de laquelle la requête d'arbitrage a pu être valablement introduite ; cette date coïncidera avec celle de l'entrée en vigueur la plus tardive des deux engagements conventionnels de l'Etat partie au litige que sont la Convention CIRDI, d'une part, et le traité contenant son consentement à l'arbitrage, d'autre part.

SECTION 2 / LES ENGAGEMENTS UNILATERAUX ATTRIBUTIFS DE COMPETENCE

123. Après le mode conventionnel, il faut envisager la technique d'attribution unilatérale du pouvoir juridictionnel qui intervient dans différents domaines du contentieux international. Le fait qu'il ne soit ici question que de *compétence* à proprement parler doit cependant conduire à n'aborder que les situations dans lesquelles la juridiction a été consentie[420]. A cet égard, il ne sera pas question d'envisager l'hypothèse où la faculté pour le tribunal d'exercer son pouvoir juridictionnel résulte de l'acte unilatéral qui l'a institué, sans avoir nécessité aucun acte de volonté de la part des Etats[421]. Dans ce type de cas de figure, la période durant laquelle l'exercice de la juridiction pourrait être utilement sollicité va se trouver alignée sur la durée de fonctionnement de l'organe, ou sera éventuellement réduite à un intervalle de temps plus court en considération des délais prévus pour encadrer le droit d'action.

---

supplémentaire CIRDI), et la renonciation (« *waiver* ») à utiliser d'autres voies de droit pour le règlement du litige que celle pour laquelle le consentement a été donné.

[419] L'expression est celle retenue par le tribunal arbitral dans la sentence arbitrale du 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, ICSID Case No.ARB/05/17, § 83.

[420] Sur la distinction entre attribution unilatérale consensuelle et autoritaire du pouvoir de juger, voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 118-122.

[421] On citera, à cet effet, le cas des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* créés par le Conseil de Sécurité sur la base du Chapitre 7 de la Charte des Nations Unies (voir les résolutions 808 du 22 février 1993 et 827 du 25 mai 1993 pour le tribunal pour l'ex-Yougoslavie – texte des résolutions reproduit in *R.G.D.I.P.*, 1993, pp. 534-535 et pp. 552-563 –, et la résolution 955 du 8 novembre 1994 pour le tribunal pour le Rwanda, *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 1066-1080), ainsi que le cas des tribunaux administratifs internationaux créés par une résolution de l'Organisation : sur la compétence de ces tribunaux, voir *infra*, n° 250.

Réduite aux hypothèses où elle exprime l'engagement volontaire de l'Etat, l'attribution unilatérale du pouvoir de juger apparaît finalement moins en opposition avec les techniques conventionnelles, qu'en décalage avec elles sur le plan temporel. La déclaration unilatérale attributive de compétence est toujours un « acte dérivé », c'est-à-dire « un acte secondaire conditionné par un acte primaire »[422] lui-même de nature conventionnelle et dont l'entrée en vigueur ferait ainsi figure de première condition de compétence temporelle[423]. La faculté d'exercer le pouvoir juridictionnel serait néanmoins désormais assujettie à une condition supplémentaire relative à la prise d'effet de l'engagement unilatéral intervenu sur la base du traité et en conformité avec celui-ci. La date devant être tenue pour pertinente serait alors susceptible de varier d'un régime conventionnel à l'autre et l'examen du régime de compétence temporelle, indissociable de la juridiction à laquelle il se rapporte. Une distinction peut toutefois être opérée entre le modèle originaire de déclaration unilatérale élaboré pour l'attribution de la juridiction obligatoire de la Cour de La Haye et dont le trait caractéristique principal est de conditionner l'efficacité de chaque engagement à l'existence d'un engagement réciproque (§ 1), et ses adaptations au contentieux des droits de l'homme qui constitue l'autre domaine d'intervention des déclarations unilatérales d'acceptation de compétence (§ 2).

§ 1 - LES ENGAGEMENTS UNILATERAUX SOUMIS A RECIPROCITE : LES DECLARATIONS FACULTATIVES DE JURIDICTION OBLIGATOIRE DE L'ARTICLE 36 § 2 DU STATUT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

124. Le modèle des engagements unilatéraux soumis à réciprocité est associé au contentieux interétatique, et plus particulièrement à celui de la Cour de La Haye d'où il tire son origine. La technique des déclarations facultatives y a été conçue pour attribuer par avance le pouvoir unilatéral de saisir la Cour de tous les différends ou d'une ou plusieurs catégories déterminées de litiges ayant survenu ou qui viendraient à surgir avec un Etat ayant pris le même engagement[424]. L'application de cette formule originale d'attribution de la

[422] Voir en ce sens l'analyse du juge Arman-Ugon dans le cadre de l'affaire de l'*Interhandel*, opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour du 21 mars 1959 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1959, pp. 85-94, spéc. p. 91, § 4.
[423] Voir par ailleurs sur ce point, *infra*, n° 181 et ss.
[424] Sur la notion de « juridiction obligatoire » et son rapport à l'étendue temporelle de compétence, voir *infra*, n° 259.

juridiction obligatoire n'a pas été sans poser la délicate question de la nature du lien juridictionnel ainsi établi entre les auteurs des différentes déclarations, permettant à cette occasion d'envisager les implications, sur le plan de la compétence, de la condition de réciprocité (A). C'est sur la base de ces enseignements que seront analysées les solutions retenues par la Cour s'agissant de la date à compter de laquelle elle s'estimerait valablement saisie d'une demande (B).

A. Nature des déclarations facultatives de juridiction obligatoire

125. La question de la nature des déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour mondiale fait figure de débat au long cours. Elle prend racine dans les circonstances particulières dans lesquelles avait été mis sur pied le système de la clause optionnelle de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour[425]. La solution des déclarations unilatérales facultatives avait été retenue par la Première Assemblée de la Société des Nations en vue de concilier la volonté de certains Etats de voir la future Cour permanente de Justice internationale investie d'une compétence générale et obligatoire, et la crainte manifestée par d'autres qui souhaitaient qu'il en soit, sur ce point, remis à la discrétion de chaque participant au Statut et aux accords qu'ils adopteraient par la suite au titre de différends librement déterminés. Dans ce contexte, la proposition du délégué brésilien M. Fernandez d'inscrire dans le Statut de la Cour permanente une clause optionnelle, devait recueillir l'assentiment des deux camps, dans la mesure où elle revenait à donner la faculté aux Etats de reconnaître à tout moment, par déclaration unilatérale, la compétence obligatoire de la Cour permanente pour des litiges dont ils seraient libres de définir la catégorie juridique. Les mêmes clivages réapparurent en 1945 pour finalement connaître un dénouement identique.

126. Cette solution de compromis n'était pas néanmoins sans poser la question de la nature unilatérale ou conventionnelle – et dans ce cas, bilatérale ou multilatérale –, de l'acte sur la base duquel la Cour exercerait sa compétence. L'ambiguïté apparaît à la lecture des

[425] Sur l'historique du système de la clause optionnelle, voir S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 6-9 ; L. Gross, « Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause : History and Practice », *in* L. F. Damrosch (éd.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, Dobbs Ferry, 1987, pp. 19-55, spéc. pp. 19-22 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Leyde, Sijthoff, 1965, pp. 364-367 ; H. W. A. Thirlway, « Reciprocity in the Jurisdiction of the International Court », *N.Y.I.L.*, 1984, pp. 97-138, spéc. pp. 103 et ss. ; M. Vogiatzi, « The Historical Evolution of the Optional Clause », in *Non-State Actors and International Law*, vol. 2, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 41-88, spéc. pp. 66 et ss. ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 244-246.

termes dans lesquels est prévue l'adhésion au système optionnel de la clause de l'article 36, « les Etats parties au présent Statut pou[vant], à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique » ayant l'un des objets prévus par cette disposition[426].

A la lecture de cette disposition, il ne pourrait, de prime abord, être mis en doute que l'engagement pris à l'égard de la juridiction résulte d'un acte unilatéral que les parties au Statut seraient libres de prendre ou non[427]. Le caractère facultatif de l'engagement s'est d'ailleurs, le plus souvent, trouvé associé à la faculté pour l'Etat de décider seul de la portée de son engagement. C'est ce qu'a rappelé la Cour dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : « les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les Etats ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire. L'Etat est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves »[428]. L'établissement de l'existence et de la portée de l'engagement pris à l'égard de la juridiction obligatoire de la Cour se rapporte, dans cette mesure, sans hésitation possible à l'expression d'une volonté individuelle[429].

Dans le même temps, l'efficacité de chaque déclaration demeure subordonnée à une condition de réciprocité, étant en mesure de jouer uniquement à l'égard des Etats qui ont accepté « la même obligation ». Cette condition peut sans doute encore se traduire sur le plan de la portée *ratione personae* de l'habilitation conférée sur la base de l'engagement unilatéral de l'Etat, la juridiction obligatoire de la Cour n'étant consentie qu'à l'égard des Etats ayant déjà émis une déclaration en conformité avec l'article 36 § 2 du Statut. Néanmoins, la réciprocité doit également jouer sur la situation de l'auteur de l'engagement unilatéral à l'égard de qui l'effet des engagements des autres Etats n'était jusqu'alors que potentiel. En

---

[426] Texte de l'article 36 du Statut de la Cour permanente, repris tel quel dans le Statut de la nouvelle Cour à l'article 36 § 2.

[427] Voir en ce sens *Nottebohm*, Liechtenstein c. Guatemala, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 1953, *Rec.* 1953, pp. 111-125, spéc. p. 122.

[428] Arrêt de la Cour déjà cité du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, p. 418, § 59. Voir également, en ce sens, l'opinion individuelle du juge McNair jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Rec.* 1952, pp. 16-123, spéc. p. 116.

[429] Voir au titre de la détermination des règles gouvernant l'interprétation des déclarations unilatérales, l'appréciation de la Cour dans son arrêt sur les exceptions préliminaires du 22 juillet 1952 rendu dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Company*, *Rec.* 1952, pp. 93-115, spéc. p. 105 : « le texte de la déclaration de l'Iran n'est pas un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs Etats. Il résulte d'une déclaration unilatérale par le gouvernement de l'Iran qui semble avoir apporté une prudence à la rédaction du texte de la déclaration ». La Cour permanente en avait déjà jugé de même, au sujet de la portée à accorder à la limite *ratione temporis* introduite dans la déclaration française dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, Italie c. France, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, spéc. p. 23.

remplissant la condition posée à l'article 36 § 2, l'Etat qui s'engage vis-à-vis de la juridiction obligatoire se trouve désormais investi du droit d'agir devant la Cour sur le fondement des autres déclarations.

127. L'exigence de réciprocité confine ainsi l'efficacité de chaque déclaration au cadre d'une juridiction obligatoire mutuellement consentie. Elle met en contraste le caractère unilatéral de l'engagement étatique et la nature conventionnelle de la relation juridique qu'il tend à établir en conjonction avec les autres déclarations[430]. Ch. De Visscher fait état de cette ambivalence lorsqu'il affirme que

> « la déclaration prévue au paragraphe deux de l'article 36 du Statut de la Cour est un acte unilatéral générateur d'effets contractuels. Elle est un acte unilatéral en ce sens qu'elle est, dans son élaboration et dans son énoncé, l'œuvre exclusive de l'Etat qui la souscrit. Elle est génératrice d'effets contractuels du fait qu'elle s'insère dans un cadre institutionnel, dont une norme spéciale lui confère la valeur d'un engagement international à l'égard de tout Etat ayant accepté ou acceptant par la suite la même obligation »[431].

Cette nature équivoque ressort également des appréciations portées par la Cour elle-même, qui faisait notamment mention dans l'affaire du *Droit de passage* d'un « rapport contractuel entre les Parties » dont découle sa juridiction obligatoire, ou encore du « lien consensuel qui constitue la base de la disposition facultative »[432]. Plus récemment, la Cour rappelait dans son arrêt *Compétence en matière de pêcheries* qu'une déclaration d'acceptation

---

[430] Voir sur ce point, J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, *op. cit.*, p. 140 ; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 503 : « *although these declarations are unilateral in form, they give rise to a 'treaty situation', because (...) a contractual relationship is created, involving mutual obligations for the parties* » ; M. Fitzmaurice, « The Optional Clauses System and the Law of Treaties : Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice », *A.Y.I.L.*, 1999, pp. 127-159, spéc. pp. 129-130 ; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, *op. cit.*, pp. 345-346 ; B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, Genève, Droz, 1959, pp. 59 et ss. ; Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 175-200, spéc. pp. 191-192. Sur la nature consensuelle du lien juridique, voir encore l'opinion dissidente du juge Read dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, Rec. 1952, pp. 142-150, spéc. p. 142, ainsi que H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 250-254. Le juge P. H. Kooijmans évoque, pour sa part, des « *treaty-like obligations* » dans son article « Who Tolled the Death-Bell for Compulsory Jurisdiction ? Some Comments on the Judgment of the International Court of Justice in the Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application) », in *Realism in Law-Making, Essays of International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 71-87, spéc. p. 77. La distinction entre le caractère unilatéral de l'engagement et la relation juridique qu'il établit conduirait ainsi à faire une distinction entre la nature d'une déclaration facultative, et celle des déclarations facultatives de juridiction obligatoire : en ce sens F. Gharbi, « Le Statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 247.

[431] Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Dalloz, 1963, p. 199.

[432] *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, p. 146.

constitue « un acte unilatéral relevant de la souveraineté de l'Etat » mais qui, dans le même temps, « établit un lien consensuel et ouvre la possibilité d'un rapport juridictionnel avec les autres Etats qui ont fait une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, et constitue 'une offre permanente aux autres Etats parties au Statut n'ayant pas encore remis de déclaration d'acceptation' »[433].

128. Ces différents éléments ont, par ailleurs, conduit la Cour à envisager l'adoption de telles déclarations comme marquant finalement moins l'adhésion des Etats à un accord multilatéral liant l'ensemble des participants au système de la clause optionnelle[434], que comme établissant « une série de *liens bilatéraux* avec les autres Etats qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire »[435]. Le caractère contractuel du rapport qui s'établit sur la base des déclarations est effectivement la résultante de leur « engrènement mutuel » [436] à l'égard de la juridiction de la Cour ; seul ce rapport contractuel importe lorsqu'il s'agit pour la haute juridiction d'apprécier sa compétence pour connaître du litige qui

---

[433] *Compétence en matière de pêcheries*, Espagne c. Canada, arrêt de la Cour sur la compétence du 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, pp. 432-469, spéc. p. 453, § 46, la Cour reprenant, à la fin de l'extrait cité, un passage de son arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juin 1998 rendu dans l'affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, Cameroun c. Nigéria, *Rec.* 1998, pp. 275-327, spéc. p. 291, § 25.

[434] Cette thèse a été défendue par plusieurs auteurs et juges (voir l'opinion dissidente du juge Alvarez dans l'affaire de *l'Anglo-Iranian Oil Company*, *Rec.* 1952, pp. 124-135, spéc. p. 125 ; voir également Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 230-259, spéc. pp. 233-234 ; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 73-74 : il s'agit de la conclusion « en forme simplifiée d'une convention multilatérale avec signature différée » ; F. Gharbi, « Le Statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, pp. 247-248) et contestée ou amendée par d'autres (voir principalement M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 : A Treatise*, *op. cit.*, p. 473 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 254). Voir par ailleurs, sur ces clivages : M. Fitzmaurice, « The Optional Clauses System and the Law of Treaties : Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 134-135 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 25. L'exemple du Pacte du Bogota du 30 avril 1948 a, plus récemment, été évoqué pour établir la distinction entre le rapport unissant les déclarations dans le système de la clause optionnelle de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour et l'*incorporation* de ces déclarations au sein d'un traité multilatéral qui en régirait notamment les conditions de modification et de dénonciation : voir sur ce point l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 20 décembre 1988 rendu dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Nicaragua c. Honduras, *Rec.* 1988, pp. 69-107, spéc. p. 84, § 34, et les analyses de E. Jimenez de Aréchaga, « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice under the Pact of Bogota and the Optional Clause », in *International law at a Time of Perplexity*, *Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 355-360, spéc. pp. 356-357, et de F. O. Vicuña, « The Legal Nature of the Optional Clause and the Right of a State to Withdraw a Declaration Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *in* N. Ando *et al.* (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 463-480, spéc. p. 469.

[435] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, pp. 392-443, spéc. p. 418, § 60 (nous soulignons).

[436] L'expression est celle des juges Fitzmaurice et Spender dans leur opinion dissidente commune rendue dans l'affaire du *Sud Ouest Africain*, *Rec.* 1962, pp. 465-563, spéc. p. 476. Voir également G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 501: « *these declarations are not treaties, but they give rise to a quasi-treaty situation by creating a network of bilateral relationships between the various declarants. This relationship is normally a latent one ; it becomes active only if and when a dispute arises* ».

lui a été soumis. Comme le faisait observer Sir H. Waldock avant que la Cour ne l'affirme à son tour,

> « *the relation between two States under the Optional Clause appears to be more a bilateral than a multilateral relation. The declarations or any other subsequent acts of other adherents to the Optional Clause have no bearing on the obligations of the two States* inter se *and, so far as the actual obligation to accept the Court's jurisdiction is concerned, there is little mutuality among the collective body of the States adhering to the Clause* »[437].

En définitive, le régime d'applicabilité de l'obligation juridictionnelle consignée dans les déclarations facultatives de l'article 36 § 2 est comparable à celui d'une obligation stipulée dans un accord bilatéral. Il va s'agir d'en mesurer les implications concrètes sur le plan de la compétence temporelle de la Cour.

B. Prise d'effet des déclarations facultatives de juridiction obligatoire

129. La nature conventionnelle du lien juridictionnel, qui est la résultante de la nécessaire *coïncidence* des engagements étatiques unilatéraux, occupe une place centrale dans l'établissement de la compétence de la Cour. Sur le plan de l'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel, elle se traduit par une règle simple : *le consentement à la juridiction résultant de la rencontre des deux déclarations doit précéder la date à laquelle la Cour s'est trouvée saisie de la requête de l'une des parties pour que l'examen de cette requête puisse relever de sa compétence*. La Cour a été appelée en plusieurs occasions à appliquer cette règle et à préciser le moment à compter duquel les déclarations seraient en capacité de s'appliquer (1). La solution retenue dans ces affaires explique la précaution prise par certains Etats d'assortir leur engagement de conditions qui en retardent la prise d'effet (2).

[437] H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 254. L'auteur nuancait toutefois sa remarque en faisant observer que « *[o]n the other hand, the relation is not exclusively bilateral because, as previously mentioned, the whole Statute is brought in with the Optional Clause and, under Article 62, parties to the Statute with a legal interest which may be affected by the decision may apply to intervene in the case. Thus, while the relation established between States by their declarations is for must purposes bilateral, it alos has a multilateral aspect. The easiest course is, perhaps, to call it a consensual relation which is* sui generis » (*ibid*.).

1. La date de prise d'effet des déclarations unilatérales : solutions de droit commun

130. L'invocation du caractère prématuré de la requête présentée devant la Cour a, par deux fois, fourni à celle-ci l'occasion d'énoncer les règles pertinentes en vue de déterminer la date à laquelle les Etats en litige étaient réputés avoir accepté la « même obligation », conformément à l'article 36 § 2 du Statut. L'unique disposition statutaire intéressant l'entrée en vigueur des déclarations est consignée à l'article 36 § 4 qui prévoit qu'elles « seront remises au Secrétaire général des Nations Unies qui en transmettra copie aux parties au présent Statut ainsi qu'au Greffier de la Cour ». Deux formalités sont ainsi distinctement énoncées : le dépôt de la déclaration aux mains du Secrétaire général, d'une part, et l'obligation pesant sur celui-ci d'en porter communication à l'ensemble des Etats liés par le Statut de la Cour, d'autre part. A cet égard, la question s'est posée de savoir si les déclarations facultatives de juridiction obligatoire de la Cour demeuraient soumises à un régime distinct de celui appliqué aux déclarations faites sous l'empire de la Cour permanente. En l'absence de toute prescription statutaire, la Cour permanente s'en était effectivement tenue à la date du dépôt de la déclaration ou de son instrument de ratification[438]. La Cour internationale de Justice a eu l'occasion de se prononcer une première fois sur cette question dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, dans laquelle le gouvernement portugais avait introduit sa requête trois jours seulement après avoir déposé sa déclaration, et bien avant que celle-ci n'ait été transmise à l'Inde, partie défenderesse à l'instance. Cette dernière devait précisément trouver dans le non-respect de la formalité requise par l'article 36 § 4 motif à exciper de l'incompétence temporelle de la Cour. Elle invoquait l'exigence de réciprocité à laquelle se trouvait, selon elle, soumis l'exercice régulier par le Portugal de son droit d'entamer une instance. De surcroît, la déclaration portugaise n'avait, toujours à en croire le gouvernement indien, pu prendre effet avant la date à laquelle le Secrétaire général en avait communiqué la copie, ou du moins avant l'intervalle de temps raisonnable au terme duquel le Secrétaire aurait dû exécuter sa tâche[439].

La Cour internationale refusait néanmoins de faire dépendre l'effet des déclarations de « l'action ou de l'inaction ultérieure du Secrétaire général »[440]. Le Statut ne contenait, selon

[438] Tel est le constat qui ressort à la lecture de plusieurs arrêts de la Cour permanente, bien qu'une telle question n'ait jamais été décisive, ni même débattue par les parties en litige. Voir notamment l'affaire des *Phosphates du Maroc* dans laquelle la Cour mentionne la date du dépôt de l'instrument de ratification de la déclaration dont l'applicabilité était soumise à examen : Italie c. France, arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, spéc. p. 22.

[439] *Droit de passage en territoire indien*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 145-146.

[440] Arrêt précité, *Rec.* 1957, pp. 146-147.

elle, aucune condition suspensive d'aucun type, ni ne prescrivait aucun délai qui aurait eu pour objet de dissocier la date du dépôt par les Etats de leur déclaration unilatérale, de celle à compter de laquelle ils seraient en mesure d'introduire leur réclamation à l'égard d'autres Etats ayant accepté la même obligation. La Cour reconduisait ainsi la même solution que sa devancière, en s'en expliquant en ces termes :

> « par le dépôt de sa déclaration d'acceptation entre les mains du Secrétaire général, l'Etat acceptant devient Partie au système de la disposition facultative à l'égard de tous les autres Etats déclarants, avec tous les droits et obligations qui découlent de l'article 36. Le rapport contractuel entre les Parties et la juridiction obligatoire qui en découle sont établis 'de plein droit et sans convention spéciale' du fait du dépôt de la déclaration. En conséquence, tout Etat faisant une déclaration d'acceptation doit être censé tenir compte du fait qu'en vertu du Statut, il peut se trouver à tout moment tenu des obligations découlant de la disposition facultative vis-à-vis d'un nouveau signataire, par suite du dépôt de la déclaration d'acceptation de ce dernier. Un Etat qui accepte la compétence de la Cour doit prévoir qu'une requête puisse être introduite contre lui devant la Cour par un nouvel Etat déclarant le jour même où ce dernier dépose une déclaration (…) »[441].

L'insistance avec laquelle la Cour évoquait les conséquences, à l'égard des Etats *primo* déclarants, de la prise d'effet immédiate des engagements devait par ailleurs préfigurer le rejet de l'argument indien tiré de la condition de réciprocité. La Cour semblait effectivement faire peu de cas de la connaissance – et donc de la faculté de faire usage – des droits dont chaque Etat serait investi dans le cadre du système de la clause optionnelle. Elle le confirmait d'ailleurs explicitement au titre de la quatrième exception préliminaire par laquelle l'Inde invoquait l'impossibilité dans laquelle elle s'était trouvée d'exclure le différend qui faisait l'objet de la requête portugaise en raison de son introduction prématurée, la Cour jugeant sur ce point que

> « le Statut ne prescrit aucun délai entre le dépôt par un Etat d'une déclaration d'acceptation et d'une requête, et que le principe de réciprocité n'est pas affecté par un délai dans la réception par les Parties au Statut des copies de la déclaration »[442].

[441] *Rec.* 1957, p. 146. Pour une critique de cette solution, voir l'opinion dissidente du Vice-président Badawi annexée à l'arrêt de la Cour, dans lequel il estime que les déclarations ne peuvent prendre effet qu'à compter de leur communication effective en se fondant sur la théorie de l'offre et de l'acceptation : *Rec.* 1957, pp. 154-163, spéc. pp. 154-159.
[442] Arrêt précité, *Rec.* 1957, p. 147.

131. La même problématique devait recevoir une solution en tout point identique dans l'affaire dite de la *Péninsule de Bakassi*, où le déclenchement de l'instance était intervenu dans des circonstances comparables à celles de l'affaire du *Droit de passage*, et où le défendeur ajoutait à la méconnaissance de la condition de réciprocité, la violation de l'obligation d'agir de bonne foi en vue de faire obstacle à l'exercice de la compétence[443]. Dans cette affaire, la Cour refusait, une nouvelle fois, de voir dans la réception de la déclaration auprès des Etats intéressés le fait-condition de son efficacité, nonobstant la situation d'inégalité qui en résulterait au titre du droit de présenter une requête[444]. Deux éléments nouveaux étaient toutefois évoqués par la haute juridiction en vue de justifier cette solution. La Cour tirait d'abord partie d'un argument du gouvernement défendeur pour affirmer la conformité de la solution avec les règles de la Convention de Vienne de 1969 relatives à l'entrée en vigueur des traités[445]. Plus intéressant devait être le rappel concernant l'absence de réciprocité requise à l'égard de la portée temporelle de l'obligation juridictionnelle acceptée par chaque Etat[446]. Avant cette affaire, la Cour avait effectivement exprimé, à plusieurs reprises, l'idée que le décalage dans l'expression des consentements, de même que l'inégale durée pour laquelle les parties litigantes se seraient soumises à sa juridiction obligatoire, ne seraient pourvus d'aucune conséquence sur la manière dont elle serait appelée à établir si les Etats litigants avaient accepté la « même obligation ». L'affirmation était livrée dans sa version la plus brute, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, où il avait été jugé que la « notion de réciprocité porte sur l'étendue et la substance des engagements, y compris les réserves dont ils s'accompagnent, et non sur les conditions formelles relatives à leur création, leur durée ou

[443] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaire du 11 juin 1998, *Rec*. 1998, pp. 275-327, spéc. pp. 290-300. Sur cet aspect de l'affaire, voir O. Elias, C. Lim, « The *Right of Passage* Doctrine Revisited : An Opportunity Missed », *Leiden J.I.L.*, 1999, pp. 231-245 ; M. Fitzmaurice, « The Optional Clauses System and the Law of Treaties : Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 141-148 ; V. Lamm, « Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 43-45 ; J. G. Merrills, « Decisions of International Tribunals : the International Court of Justice. The Land and Maritime Boundary Case (*Cameroon v. Nigeria*), Preliminary Objections », *I.C.L.Q.*, 1999, pp. 651-658.

[444] Arrêt précité, *Rec*. 1998, pp. 294-300, §§ 32-46. Pour une critique très élaborée de la décision de la Cour dans l'affaire du *Droit de Passage*, voir l'opinion dissidente du Vice-président Weeramantry jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Péninsule de Bakassi* : *Rec.* 1998, pp. 362-376, spéc. pp. 364-367. On notera surtout parmi les huit raisons que le Vice-président énonce, la cinquième par laquelle il souligne le caractère inapproprié de l'interprétation de la Cour de l'expression « de plein droit et sans convention spéciale » qui, comme l'avaient déjà relevé en leur temps le Vice-président Badawi et le juge Chagla (opinions dissidentes jointes à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Droit de passage*, *Rec.* 1957, respectivement p. 157 et p. 170), n'a aucun lien avec le moment à compter duquel la déclaration prend effet (*ibid.*, pp. 366-367).

[445] Arrêt précité, *Rec*. 1998, pp. 293-294, § 31.

[446] *Rec.* 1998, pp. 298-299, § 43.

leur dénonciation »[447]. On le conçoit, du reste, aisément. Comme il a été dit précédemment, la coïncidence des déclarations dans le temps détermine leur faculté à produire leurs effets, et il est logique qu'une telle condition s'apprécie à la date à laquelle les effets seraient susceptibles de se réaliser, c'est-à-dire au jour d'introduction de la requête. Le fait alors que la réciprocité soit établie en considération de cette seule condition de *simultanéité*, au moment de l'acte introductif d'instance, conduit à ne pas différencier les engagements l'un de l'autre en fonction des dates depuis lesquelles, et jusqu'auxquelles, ils ont été donnés[448].

132. Dans cette mesure, et contrairement à ce qu'elle implique sur le plan de la portée matérielle de l'obligation juridictionnelle au titre de laquelle la Cour devra s'assurer que le différend porté à sa connaissance relève bien de la sphère de coïncidence des deux déclarations en considération des catégories de litiges qu'elles envisagent[449], la réciprocité n'a jamais, et ne saurait jamais être associée à une *égalité* entre les justiciables devant la juridiction, en raison des qualités temporelles propres à chaque engagement. Force est néanmoins d'admettre que la solution énoncée dans l'affaire du *Droit de passage*, et toujours reconduite depuis lors[450], ne peut tirer de cet état de fait une quelconque justification, puisque cette solution revient, pour sa part, à introduire un déséquilibre, non pas au titre de la portée

---

[447] Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984 déjà cité, *Rec.* 1984, p. 419, § 62. La Cour avait déjà eu l'occasion d'indiquer au titre des conditions de dénonciation des déclarations, qu'« [i]l n'est pas nécessaire que 'la même obligation' soit définie de façon irrévocable au moment du dépôt de la déclaration d'acceptation pour toute la durée de celle-ci. Cette expression signifie simplement que, dans les rapports entre Etats qui adhèrent à la disposition facultative, tous et chacun sont liés par les obligations identiques qui existeraient à tout moment tant que l'acceptation les lie réciproquement » : *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires déjà cité du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, p. 144.

[448] Certains observateurs mettent cette solution sur le compte de la « nature » des limites temporelles : Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 230-259, spéc. pp. 252-253 ; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, p. 76. Voir par ailleurs sur cette question, S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 53, 56 et ss.; Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 578-584 ; V. Lamm, « Reciprocity and the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Acta juridica hungarica*, 2003, pp. 45-66, spéc. pp. 60 et ss. ; J. N. Singh, *International Justice : Jurisprudence of the World Courts*, New Delhi, Harnam, 1991, pp. 41 et ss. ; E. B. Weiss, « Reciprocity and the Optional Clause », *in* L. F. Damrosch (éd.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, Dobbs Ferry, 1987, pp. 82-105, spéc. pp. 85 et ss. Voir également, au sujet des conditions de dénonciation des déclarations, *infra*, n° 212, 214.

[449] Voir sur ce point, *infra*, n° 269-271.

[450] Dans l'intervalle de ces deux affaires, la Cour avait par deux fois explicitement confirmé sa solution dans les affaires du *Temple de Préah Vihéar* (Thaïlande c. Cambodge, arrêt sur les exceptions préliminaires du 29 mai 1961, *Rec.* 1961, pp. 17-35, spéc. p. 31) et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, pp. 392-443, spéc. p. 412, § 45). La solution sera par ailleurs tacitement reconduite par la Cour dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, dans les instances où la question n'avait pas fait l'objet d'une exception préliminaire fondée sur la condition *ratione temporis* insérée dans la déclaration du défendeur : voir *inter alia* Serbie-et-Monténégro c. Belgique, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 15 décembre 2004, *Rec.* 2004, pp. 279-329.

temporelle des engagements pris individuellement, mais bien au titre des droits fondés sur le lien juridictionnel établi entre les deux Etats parties en litige. Contrairement à ce que la Cour laissait sous-entendre dans l'affaire de la *Péninsule de Bakassi*, la règle associant la prise d'effet des déclarations à la date de leur dépôt ne s'imposait pas d'elle-même.

2. Les conditions stipulées dans les déclarations à l'égard de leur prise d'effet

133. Les règles énoncées précédemment ne demeurent pertinentes que dans la mesure où les Etats n'en avaient pas convenu autrement dans leur engagement, dans les limites de ce qu'autorise le Statut. Inversement, les conditions stipulées dans les déclarations relativement à leur date d'applicabilité ne peuvent être comprises sans tenir compte de la solution retenue par la Cour dans l'affaire du *Droit de passage*. Avant cette affaire, et principalement sous l'empire de la Cour permanente, la pratique des Etats conduisait sans doute déjà à distinguer entre les déclarations soumises à ratification et les autres, les premières nécessitant de tenir compte de la date – éventuellement postérieure à celle de leur signature et de leur dépôt – à compter de laquelle les Etats entendaient activer leurs effets[451]. Cette distinction devait néanmoins perdre en intérêt suite à la raréfaction des déclarations soumises à ratification[452], et à la recrudescence de nouvelles limitations ayant pour objet de mettre en adéquation les conditions d'entrée en vigueur de l'engagement étatique avec la nature contractuelle du rapport juridique auquel il donne lieu.

134. L'encadrement de la prise d'effet des déclarations tire son fondement légal de la disposition de l'article 36 § 3 du Statut qui prévoit que de telles déclarations « pourront être faites purement ou simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certains Etats, ou pour un délai déterminé ». Deux voies semblaient ainsi initialement ouvertes aux Etats pour différer l'entrée en vigueur de leur engagement. La première aurait consisté à conditionner cette entrée en vigueur à l'adhésion de certains Etats ou d'un nombre déterminé

[451] Voir sur ce point, M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 : A Treatise*, *op. cit.*, p. 452. S'agissant des déclarations non soumises à ratification, M. Hudson interprétait la disposition de l'article 36 du Statut de la Cour permanente au terme de laquelle les Etats pouvaient reconnaître « *dès à présent* » la juridiction obligatoire de la Cour permanente, comme renvoyant à la date de signature de la déclaration, et non à celle de son dépôt. La Cour permanente n'eut néanmoins jamais l'occasion de se prononcer sur ce point. Sur la pratique des déclarations soumises à ratification, voir S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 53 ; H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *R.C.A.D.I.*, 1958-II, vol. 93, pp. 223-367, spéc. pp. 269-270 ; V. Lamm, « Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 37-38 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 18-19.

[452] Voir H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 270 ; V. Lamm, « Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 38.

d'Etats, à l'instar de ce que prévoient certaines conventions internationales dans leurs clauses finales. A l'origine, cette modalité avait été prévue pour que les Etats de petites et moyennes statures obtiennent l'assurance que leur engagement à l'égard de la clause optionnelle ne soit rendu opératoire qu'à la condition que les grandes puissances aient également accepté de se soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour[453]. Cette condition suspensive ne fut, néanmoins, à une exception près, jamais reprise dans les déclarations faites sous le régime de la Cour permanente[454]. Elle ne devait pas connaître un destin différent suite à l'établissement de la nouvelle Cour. Cette condition n'étant en mesure de garantir que provisoirement l'égalité devant l'obligation juridictionnelle, les Etats allaient privilégier l'autre possibilité qui leur était donnée d'enfermer leur participation à la clause optionnelle dans un « délai déterminé », en réaction à la solution retenue dans l'affaire du *Droit de passage.* La faculté de fixer, par ce biais, la date à laquelle prendrait effet leur déclaration devait d'ailleurs leur être reconnue dès cette affaire. La haute juridiction avait tenu compte du libellé de la déclaration de l'Inde du 28 février 1940 par laquelle celle-ci avait accepté sa compétence « à compter de ce jour », pour confirmer le bien-fondé de la solution qui consistait à tenir pour pertinente la date du dépôt de la déclaration portugaise[455]. C'était, en d'autres termes, admettre le caractère supplétif de la règle appliquée au cas d'espèce, et sous-entendre que l'Inde aurait pu retarder la prise d'effet de son engagement en indiquant une autre date dans la déclaration.

La Cour allait le formuler en des termes plus explicites dans l'affaire de la *Péninsule de Bakassi* où le gouvernement nigérian invoquait le contenu de sa déclaration et la condition de réciprocité à laquelle il avait expressément subordonné sa participation à la clause optionnelle. Le fait, pour le Nigéria, d'avoir indiqué de manière expresse, dans sa déclaration, l'exigence de réciprocité à l'égard de la juridiction rendait compte, selon lui, de son intention au moment de l'adoption de la déclaration, de créer une « égalité de risques » et de se prémunir de l'introduction de « requêtes surprise ». La Cour ne devait toutefois accorder aucun crédit à un tel argumentaire ; d'après elle, le libellé de la déclaration nigériane ne posait

[453] Voir R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *in* G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Nijhoff, 2007, pp. 875-890, spéc. pp. 878-879. Voir également J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *in* N. Ando *et al*. (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 397-407, spéc. p. 398 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 255.

[454] Voir sur ce point J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *op. cit.*, p. 398. L'auteur note que le Brésil a été le seul Etat à avoir eu recours à une telle modalité, faisant dépendre son engagement de l'adhésion ultérieure de deux des membres permanents du Conseil de la Société des Nations.

[455] *Droit de passage en territoire indien*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, p. 146.

aucune condition supplémentaire à celle de l'article 36 § 2 et, dans cette mesure, n'équivalait pas à une « réserve *ratione temporis* »[456]. Pour justifier cette conclusion, il était fait état des précautions prises par le Royaume-Uni et plusieurs autres Etats à sa suite, que le Nigéria aurait été libre d'imiter à son tour pour exclure toute requête inopinée.

135. Suite au règlement de l'affaire du *Droit de passage*, le Royaume-Uni avait effectivement modifié sa déclaration pour exclure les procédures l'opposant à des Etats qui auraient accepté la juridiction obligatoire moins de douze mois avant d'avoir saisi la Cour. Par cette condition, le Royaume-Uni excluait ainsi du champ de compétence de la Cour

> « tout différend à l'égard desquels toute autre partie en cause a accepté la juridiction obligatoire de la Cour (…) uniquement en ce qui concerne lesdits différends ou aux fins de ceux-ci, ou lorsque l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au nom d'une autre partie au différend a été déposée ou ratifiée moins de douze moins avant la date du dépôt de la requête par laquelle la Cour est saisie du différend »[457].

Cette condition *ratione temporis* qualifiée par la doctrine de « clause unilatérale de réciprocité »[458], revient à retarder la constitution de l'accord bilatéral relatif à la juridiction obligatoire de la Cour en suspendant les effets de la participation des Etats à la clause optionnelle pour les douze mois suivant la date à laquelle ils ont déposé leur déclaration unilatérale. En ménageant un intervalle de temps suffisant pour que le Secrétaire général communique les déclarations nouvellement émises, cette formule permet de reconstituer les conditions d'un véritable rapport contractuel. L'Etat auteur de l'engagement dans lequel elle

---

[456] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, arrêt précité du 11 juin 1998, *Rec.*, 1998, p. 300.

[457] Déclaration britannique du 18 avril 1957, renouvelée le 26 novembre 1958. La limite a été maintenue dans la déclaration actuellement en vigueur du 5 juillet 2004 (texte de la déclaration consulté le 10 mars 2011 sur le site de la Cour (http://www.icj-cij.org/) et reproduit in *Rec.* 1999, p. 834, § 22). La France avait, pour sa part, envisagé une autre condition visant à produire le même effet, en exigeant de la partie adverse l'acceptation de la compétence de la Cour à la date des faits ou situations ayant donné lieu au différend pour une durée au moins égale à celle de la déclaration française, c'est-à-dire trois ans (déclaration du 10 juillet 1959). Voir pour un commentaire des conditions française et britannique, Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 254-255 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 22-23. Voir également, au titre de la limitation britannique, l'opinion individuelle du juge Oda annexée à l'ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 rendue dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, *Rec.* 1999, pp. 849-865, spéc. pp. 854-856, ainsi que les critiques formulées à l'égard d'une telle limitation par F. Gharbi, « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les cahiers de droit*, 2002, pp. 433-502, spéc. pp. 449-450, 459-461, et J. G. Merrills, « The Optional Clause Today », *B.Y.B.I.L.*, 1979, pp. 87-116, spéc. p. 102. Voir par ailleurs, pour les déclarations bulgare, polonaise et hongroise ayant repris cette condition temporelle : V. Lamm, « Quatre nouvelles déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ émanant d'Etats d'Europe centrale (Bulgarie, Estonie, Hongrie, Pologne) », *op. cit.*, pp. 357-359.

[458] Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 254.

figure aurait désormais connaissance de la date à laquelle il se trouvera lié avec celui qui a accepté son offre de reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour. A ce jour, une telle précaution a été reprise par une quinzaine de participants à la clause optionnelle, y compris par l'Inde et, plus récemment, par le Nigéria à l'issue du règlement du différend territorial l'ayant opposé au Cameroun[459]. Sa diffusion a connu une phase d'accélération suite à l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* et aux deux ordonnances rendues par la Cour, dans lesquelles celle-ci avait convenu du caractère prématuré de la requête serbe en considération du non-respect manifeste du délai de douze mois devant séparer sa saisine de l'acceptation de sa compétence[460]. Depuis cette affaire, la formule britannique figure dans plus de la moitié des déclarations prises en faveur de la juridiction obligatoire de la Cour. La généralisation de cette pratique invite à l'intégrer dans la présentation des règles relatives à l'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel, puisqu'il s'agirait désormais de distinguer suivant que la déclaration contient ou non une limite qui répercute l'exigence de réciprocité sur les conditions dans lesquelles les requêtes pourraient être valablement présentées à la Cour.

§ 2 - LES DECLARATIONS UNILATERALES DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

136. Les procédures juridictionnelles de règlement des différends interétatiques ne constituent pas l'unique cadre d'intervention des déclarations facultatives de juridiction obligatoire. La clause optionnelle de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour de La Haye a effectivement pu servir de modèle pour l'élaboration des clauses juridictionnelles de plusieurs instruments de protection des droits de l'homme[461]. La transposition ne s'est pas faite cependant sans emporter certaines adaptations de nature à modifier les conditions

[459] C'est également le cas de l'Allemagne, de l'Australie, de la Bulgarie, de Chypre dont la déclaration prévoit cependant un délai de six mois, de l'Espagne, de la Hongrie, du Japon, de Malte, de Maurice, du Nigéria, de la Nouvelle-Zélande, des Philippines, de la Pologne, du Portugal sous une version quelque peu modifiée, de la Slovaquie, ainsi que de la Somalie.

[460] *Licéité de l'emploi de la force*, Yougoslavie c. Royaume-Uni, et Yougoslavie c. Espagne, ordonnances du 2 juin 1999 (demandes en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1999, pp. 761-774, et pp. 826-841, spéc. pp. 770-771, 835-836.

[461] Voir pour une analyse comparée des différents systèmes, J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme*. *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. 2, pp. 1253-1268 ; J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *op. cit.*, *passim.* ; V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », in *Il Processo Internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazioni e studi*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 825-853 ; F. O. Vicuña : « The Legal Nature of the Optional Clause and the Right of a State to Withdraw a Declaration Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 479.

d'applicabilité de l'engagement étatique. Celui-ci « opère » différemment dans la mesure où il n'est plus question de soumettre son efficacité à une condition de réciprocité, du moins pour l'essentiel du contentieux dont les organes de protection des droits de l'homme ont à connaître.

Cette distinction fondamentale n'apparaît pas d'emblée à la lecture des textes qui accordent encore aux Etats la faculté de subordonner leur déclaration d'acceptation de compétence à l'adoption d'un ou plusieurs engagements étatiques identiques. La distinction nécessite, dans cette mesure, d'être établie en considération de la portée qu'il s'agira, le cas échéant, d'attribuer à une telle condition de réciprocité (A). Les autres conditions qui permettent d'identifier le *dies a quo* de la période pendant laquelle pourraient être communiquées au tribunal les plaintes individuelles et étatiques ne diffèrent pas, pour le reste, de celles déjà évoquées au titre de la clause optionnelle de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice (B).

A. La signification de la condition de réciprocité insérée dans les déclarations unilatérales du contentieux des droits de l'homme

137. Les différents travaux consacrés au régime juridique des déclarations unilatérales du contentieux des droits de l'homme font état de la singularité de la condition de réciprocité qui se trouve parfois stipulée[462]. Singulière, cette condition le serait d'autant plus qu'elle se trouve désormais appelée à jouer dans un contexte unique. La possibilité laissée à l'Etat de moduler dans le temps les effets de sa déclaration unilatérale en fonction de l'adoption d'autres déclarations figurait à l'origine dans les clauses procédurales des deux instruments européen et américain de protection des droits[463]. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 et l'institution d'une nouvelle Cour européenne, aucun engagement unilatéral distinct de la Convention n'est désormais requis pour l'examen des plaintes étatiques et individuelles[464]. La question de la signification à attribuer à la condition de réciprocité ne se trouve plus posée

[462] Voir J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 1262-1263 ; J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *op. cit.*, p. 399 ; V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, pp. 826 et ss.

[463] La technique des déclarations facultatives de juridiction obligatoire est également retenue par le Protocole de Ouagadougou relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. L'article 34 § 6 du Protocole ne prévoit pas toutefois la possibilité de soumettre l'engagement à une condition de réciprocité.

[464] Voir sur ce point *infra*, n° 222. L'adoption d'une déclaration unilatérale (« notification ») reste cependant nécessaire pour les requêtes individuelles relatives aux territoires dont l'Etat partie assure les relations internationales, conformément à l'article 56 de la Convention.

qu'au titre des déclarations unilatérales acceptant la compétence des organes de protection de la Convention de San José.

138. S'agissant tout d'abord de la compétence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, l'adoption d'une déclaration unilatérale est rendue nécessaire dans le seul cadre du contentieux interétatique, les particuliers étant investis d'un droit d'action par la clause compromissoire de l'article 44 de la Convention de San José. Les parties contractantes sont ainsi libres d'admettre, au surplus, la compétence de la Commission pour l'examen des communications par le truchement desquelles elles mettraient en cause le respect par un autre Etat partie des dispositions conventionnelles[465]. La Commission ne sera, par ailleurs, en mesure de transmettre la plainte, individuelle ou étatique, à la Cour sans l'adoption d'une déclaration prise conformément à l'article 62 de la Convention de 1969, par laquelle l'Etat accepte sa juridiction obligatoire « inconditionnellement, ou sous condition de réciprocité, ou pour une durée déterminée ou à l'occasion d'espèces données ». Les limites que les parties sont habilitées à fixer à leur engagement délimitent, dans cette mesure, le cadre dans lequel peut opérer la saisine de la Cour, aussi bien au titre des réclamations étatiques que des plaintes individuelles transmises par la Commission. La condition de réciprocité à laquelle la grande majorité des Etats ont subordonné l'effet de leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour[466] semble, malgré tout, trouver une signification différente suivant le type de requêtes, étatiques ou individuelles. Pour les premières, cette condition ne dispose que d'une simple portée déclarative puisque les communications étatiques susceptibles d'être soumises à l'appréciation juridictionnelle sont celles qui mettent en confrontation deux Etats parties à la Convention ayant admis la juridiction obligatoire de la Cour[467]. Quant aux plaintes individuelles, elle ne semblerait pas même pouvoir être interprétée de cette façon dans la mesure où aucune condition de réciprocité ne trouve à être satisfaite dans le cadre d'un contentieux où seul compte l'engagement de l'Etat mis en cause[468]. Comme il en a été fait la

[465] Article 45 § 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

[466] Voir par exemple la déclaration argentine qui attribue compétence à la Cour « pour une durée indéterminée, sous condition de stricte réciprocité, pour toutes les affaires relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention ». Une telle condition est également reprise dans les déclarations du Brésil, du Chili, de la Colombie, de l'Equateur, du Salvador, du Guatemala, du Nicaragua, du Paraguay, du Pérou, de l'Uruguay. Les textes des différentes déclarations sont reproduits dans les *Documents de base relatifs aux droits de l'homme dans le Système interaméricain* établis par le Secrétariat de la Cour (remis à jour en 2003) et consultables sur le site de la Cour : http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Basingl01.pdf (consulté le 10 mars 2011).

[467] Cette solution est extensible à l'ensemble du contentieux interétatique des droits de l'homme : voir l'article 41 du Pacte sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966, et l'article 21 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984.

[468] Voir en ce sens J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1262.

remarque, « la réciprocité n'a guère de sens à l'endroit des requêtes individuelles, les 'victimes' ne pouvant pas et n'ayant pas à émettre des déclarations »[469].

A l'analyse, l'exigence de réciprocité ne peut être détachée du contexte de l'article 62, et plus particulièrement de la faculté reconnue aux Parties de n'accepter la compétence qu'« à l'occasion d'espèces données ». Cette habilitation a, par extension, donné lieu à une pratique des Etats consistant à limiter le champ d'application *ratione materiae* de leur déclaration, pratique que la Cour interaméricaine n'avait d'ailleurs pas contestée, dans son principe, à l'occasion d'une série d'affaires où était en cause la validité de la déclaration unilatérale de Trinidad-et-Tobago[470]. Dans cette mesure, l'insertion d'une condition de réciprocité dans une déclaration facultative donne à son auteur la garantie de ne pouvoir être attrait devant la Cour au titre d'une affaire que la partie adverse n'avait elle-même pas initialement consenti à soumettre à règlement juridictionnel.

139. Pour le reste, la Cour de San José n'a jamais explicité le caractère sinon contradictoire, du moins superfétatoire, d'une telle exigence de réciprocité au titre de la *constitution* du lien juridictionnel. L'expérience européenne antérieure à la réforme du Protocole n° 11 apparaît, dans un tel contexte, tout à fait éclairante. Avant qu'elle ne soit reprise dans le cadre du système américain de protection des droits de l'homme, la clause facultative de juridiction obligatoire établie par le Statut des Cours de La Haye avait effectivement déjà « servi de source d'inspiration pour l'[ex-] article 25 de la Convention [européenne des droits de l'homme] et de modèle pour l'[ex-] article 46 de la Convention »[471]. Aux termes de cette dernière disposition, et en lien avec l'ancien article 48[472], les Hautes

---

[469] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 121.

[470] Voir les affaires *Hilaire*, *Benjamin* et al., *Constantine* et al. *c. Trinité-et-Tobago*, arrêts sur les exceptions préliminaires du 1er septembre 2001, Série C, n° 80, 81, 82 respectivement, dans lesquelles la Cour ne conteste pas à l'Etat défendeur la faculté d'avoir limité le champ d'application matériel de sa déclaration unilatérale mais invalide les limites émises *in casu* en raison de leur incompatibilité avec l'objet et le but du traité (voir l'arrêt *Benjamin* précité, § 79). La Cour appliquait ainsi aux limites insérées dans les déclarations d'acceptation de sa compétence, le critère d'acceptabilité des réserves de l'article 75 de la Convention fondé sur la compatibilité de la réserve avec le but et l'objet du traité, critère qu'elle avait déjà pu énoncer à l'occasion de son avis consultatif du 24 septembre 1982, *Effet des réserves sur l'entrée en vigueur la Convention américaine (articles 74 et 75)*, OC-2/82, Série A, n° 2, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 558-571, spéc. p. 570, § 35. Pour le reste, les limites matérielles à l'acceptation de la compétence de la Cour sont rares. On ne recense guère que la déclaration argentine du 5 septembre 1984, ou encore la déclaration chilienne du 21 août 1990 qui excluent que la Cour se prononce sur des « considérations d'utilité publique ou d'intérêt social qui ont été retenues dans les affaires concernant l'expropriation d'un individu » (extrait de la déclaration chilienne, in *Documents de base relatifs aux droits de l'homme dans le Système interaméricain*, *op. cit.*, p. 60).

[471] J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1262.

[472] L'ex-article 48 prévoyait qu'« [à] la condition que la Haute Partie contractante intéressée, s'il n'y en a qu'une, ou les Hautes Parties contractantes intéressées, s'il y en a plus d'une, soient soumises à la juridiction obligatoire de la Cour ou, à défaut, avec le consentement ou l'agrément de la Haute Partie contractante intéressée, s'il n'y en a qu'une, ou des Hautes Parties contractantes intéressée, s'il y en plus d'une, la Cour peut

parties contractantes pouvaient reconnaître « purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certaines autres parties contractantes ou pour une durée déterminée » la compétence de la Cour pour l'examen des réclamations individuelles et étatiques[473]. Plusieurs Etats firent simplement figurer, dans leur engagement, une condition de réciprocité telle qu'elle se trouve énoncée à l'article 62 de la Convention de San José, et la Commission européenne fut conduite à en déterminer les effets à l'égard de la compétence de la Cour européenne dans une affaire intéressant le Danemark [474]. Elle devait, à cette occasion, établir d'emblée la parenté de l'article 46 avec celle de l'article 36 § 3 du Statut de la Cour qui autorisent les Etats à subordonner l'entrée en vigueur de leur déclaration à un nombre minimum d'engagements ou à l'acceptation de la compétence de la Cour par tel ou tel Etat[475]. Pour le reste, et contrairement à ce qu'avait un temps prétendu le gouvernement danois, une telle limite ne pouvait, selon la Commission, se voir attribuer un quelconque effet sur la compétence de la Cour à l'égard des requêtes individuelles. Tout au plus devait-elle se faire le rappel de la condition à laquelle se trouvait soumise l'introduction des requêtes étatiques, conformément aux termes de l'article 48[476].

L'analyse de la Commission européenne conforte ainsi le point de vue énoncé précédemment. Le fait de soumettre à réciprocité l'engagement pris en faveur de la juridiction ne saurait avoir pour conséquence de définir ni de restreindre les conditions dans lesquelles les requérants individuels peuvent exercer leur droit de recours. Cette conclusion s'impose avec d'autant plus d'évidence, s'agissant du système de protection des droits de l'homme institué par la Convention de San José, que la formule de l'article 36 § 3 du Statut de la Cour internationale de Justice n'a pas été reprise *verbatim* dans l'énoncé de la clause de l'article 62,

---

être saisie : par la Commission ; par une Haute Partie contractante dont la victime est le ressortissant ; par une Haute Partie contractante qui a saisi la Commission ; par une Haute Partie contractante mise en cause ».

[473] Ex-article 46 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[474] Voir le mémoire de la Commission européenne des droits de l'homme du 26 janvier 1976 sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, *Rec. C.E.D.H. Série B : Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. 21 (1975-1976), pp. 115 et ss. Voir également les observations du professeur Frowein qui comptait parmi les signataires du mémoire de la Commission : J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *op. cit.*, pp. 400-402.

[475] Voir également en ce sens, l'analyse de V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, pp. pp. 828-831, 839-843. Une telle option n'a jamais été prise par les Etats au titre des déclarations faites conformément à l'ancien article 46 de la Convention européenne : *ibid.*, pp. 842-843, 850. Pour un constat identique, J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *op. cit.*, pp. 400-401. S'agissant de la Commission et de sa faculté à exercer sa compétence, l'ancien article 25 § 4 de la Convention imposait l'adoption de la déclaration unilatérale par au moins six Hautes Parties contractantes. Ce seuil fut atteint le 5 juillet 1955, permettant aux déclarations danoise, islandaise, irlandaise et suédoise d'entrer en vigueur : voir le recensement des différentes déclarations établi par M.-A. Eissen, *in* « Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. Décisions en matière de compétence *ratione temporis* », *A.F.D.I.*, 1963, pp. 722-734, spéc. p. 734.

[476] *Rec. C.E.D.H. Série B : Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. 21 (1975-1976), *op. cit.*, p. 118.

et qu'elle ne saurait, dans ce contexte, permettre aux Etats parties de retarder la prise d'effet de leur déclaration en la faisant coïncider avec l'entrée en vigueur d'autres engagements.

B. Les autres facteurs déterminant la prise d'effet des déclarations unilatérales du contentieux des droits de l'homme

140. Après avoir identifié la portée de la condition de réciprocité et indiqué qu'elle aurait pour seul domaine de pertinence le contentieux interétatique, il faut envisager les autres facteurs susceptibles d'entrer en ligne de compte dans la détermination de la date à compter de laquelle les réclamations individuelles et étatiques pourraient être utilement présentées devant les organes de protection des droits de l'homme.

141. Dans la limite relevée précédemment, les règles statutaires gouvernant la prise d'effet des engagements ne diffèrent pas fondamentalement de celles applicables aux déclarations facultatives de l'article 36 § 2. La possibilité admise par les textes de limiter la validité temporelle de l'engagement juridictionnel inviterait une nouvelle fois à tenir compte de la date éventuellement spécifiée dans la déclaration. Cette pratique, si elle reste marginale dans le cadre du système américain[477], était relativement fréquente s'agissant des déclarations des articles 25 et 46 de la Convention européenne[478] où habitude avait été prise dans l'hypothèse d'un renouvellement tardif des déclarations arrivées à expiration, de faire rétroagir le nouvel engagement aux fins d'assurer la continuité du droit d'action devant les organes[479].

S'agissant des procédures interétatiques mises en œuvre dans le cadre de la protection universelle des droits de l'homme, les textes ne font pas mention de la possibilité de limiter la durée de l'engagement[480] mais compensent cette lacune en accordant aux Etats un droit de

[477] Le seul exemple est la déclaration de la République dominicaine appliquée dans l'affaire *Yean & Bosico c. République dominicaine*, arrêt de la Cour du 8 septembre 2005, Série C, n° 130, § 102.

[478] Voir notamment les exemples des déclarations belge du 20 septembre 1971 et italienne du 28 juin 1973 donnés par V. Starace, *in* « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, p. 845, § 6. Voir également la déclaration turque du 22 janvier 1990 prise en conformité avec l'ex-article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme, et valable pour une durée de trois années à compter de la date de son dépôt.

[479] Sur ce point, voir J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1261. L'auteur relève pour seule exception à cette pratique la déclaration française du 16 juillet 1980 renouvelant l'engagement souscrit au titre de l'article 46 de la Convention.

[480] Le Comité ne l'a, comme on l'a indiqué précédemment, pas envisagée dans son Observation générale n° 24 (52) (voir *supra*, n° 110). Voir, malgré tout, les déclarations belge et britannique prises sur la base de l'article 41 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, qui incorporent la limite énoncée dans les déclarations facultatives de juridiction obligatoire de la Cour internationale Justice excluant la compétence pour les différends avec des Etats ayant émis une déclaration moins de douze mois avant la date de la saisine.

retrait avec effet immédiat[481]. Dans ce cas de figure, comme d'ailleurs dans toutes les autres situations où les Etats, bien qu'y étant habilités, n'auraient pas fixé une date à compter de laquelle s'appliquerait leur engagement, c'est encore en référence à la date du dépôt de la déclaration que la compétence pour examiner la plainte doit être appréciée. L'ensemble des textes contiennent effectivement une disposition reproduite sur le modèle de l'article 36 § 4 du Statut de la Cour de La Haye[482], et il est clair, du moins pour les requêtes individuelles, que l'absence de réciprocité ôte toute pertinence à la date à laquelle la déclaration unilatérale a effectivement été transmise aux autres Etats parties[483]. La Cour européenne avait justifié cette solution dans l'affaire *Yagiz c. Turquie*, en affirmant que « la notification au Secrétaire général [marque] (…) le moment auquel la reconnaissance de la juridiction obligatoire prend effet »[484]. Quant à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la question de la date à compter de laquelle elle serait habilitée à connaître des plaintes individuelles n'a jamais trouvé à se poser. Certaines affaires semblent toutefois indiquer que la solution serait identique. A plusieurs reprises, la Cour a jugé que sa compétence se limitait à l'examen des faits litigieux survenus postérieurement à l'acceptation par l'Etat de sa juridiction obligatoire[485]. Dans ces affaires, elle avait alors retenu la date du dépôt de la déclaration pour identifier son champ de compétence *ratione temporis*[486].

142. Parallèlement à la détermination de la date à laquelle débute l'applicabilité des déclarations facultatives de juridiction obligatoire, la question s'est posée, dans le cadre de la protection universelle et américaine des droits de l'homme, de savoir à quelle(s) date(s) le juge se positionnerait en vue d'apprécier sa compétence. La présentation d'une

[481] Voir les articles 41 § 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et 21 § 2 de la Convention contre la torture. La même solution est également prévue à l'article 14 § 3 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 pour les déclarations admettant la reconnaissance du droit de recours individuel devant le Comité contre les discriminations.

[482] Voir l'article 45 § 4 de la Convention de San José directement inspiré de l'article 36 § 4 du Statut de la CIJ, ainsi que de l'ex-article 46 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : « [l]es déclarations sont déposées auprès du Secrétariat général de l'Organisation, lequel en donne copie aux Etats membres ». Cette disposition a également été reprise dans les différentes conventions onusiennes : voir la disposition de l'article 41 § 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, reprise à l'article 14 § 3 de la Convention contre la discrimination et à l'article 21 § 2 de la Convention contre la torture.

[483] Voir ainsi, pour une critique de la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Droit de passage*, mais pour la recommandation de son application au titre du droit de recours individuel devant la Cour européenne, V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, pp. 843-845. Voir également, en ce sens, M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *op. cit.*, p. 86.

[484] *Yagiz c. Turquie*, req. n° 19092/91, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 7 août 1996, § 27.

[485] Voir sur ces affaires, *infra*, n° 267.

[486] Voir par exemple l'arrêt *Heliodoro Portugal c. Panama*, où c'est la date du dépôt de la déclaration qui a été retenue (9 mai 1990) et non celle de l'instrument (29 février 1990) : arrêt du 12 août 2008, Série C, n° 186, §§ 26-27. Voir encore, sans toutefois qu'aucune question relative à la sphère de compétence temporelle n'ait été posée, l'affaire *Bayarri* dans laquelle la Cour fait mention de la date de dépôt de la déclaration argentine : *Bayarri c. Argentine*, arrêt de la Cour du 30 octobre 2008, Serie C, n° 187, § 23.

communication étatique se trouve subordonnée dans le cadre du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, ainsi que dans celui de la Convention contre la torture[487], à une démarche préalable qui consiste à attirer l'attention de l'Etat dont est mis en cause le comportement, et à solliciter de sa part des explications. Ce n'est qu'à l'issue d'un délai de six mois à compter de la réception de cette demande que le point litigieux pourrait faire l'objet d'une notification au Comité des droits de l'homme par l'un des deux Etats intéressés. Il n'est rien dit de plus sur la date à laquelle la compétence devrait être appréciée, mais c'est uniquement avec la notification de la plainte que le Comité s'en trouverait effectivement saisi et c'est ainsi logiquement à cette date qu'il devrait être conduit à déterminer l'applicabilité des déclarations unilatérales. Comme le conclut sur ce point Manfred Nowak, une réclamation devrait ainsi pouvoir relever de la compétence du Comité même dans le cas où les déclarations ont été prises après le déclenchement de la procédure par la demande d'informations[488].

Le fait de tenir pour pertinente la date à laquelle s'achève la procédure de communication entre les Etats parties comporte néanmoins le risque que l'auteur du comportement du litigieux fasse usage de la faculté qui lui est reconnue de dénoncer avec effet immédiat sa déclaration unilatérale, avant le terme du délai de six mois. L'alinéa 2 de l'article 41 envisage cette situation en prévoyant qu'un tel retrait serait, le cas échéant, réputé « sans préjudice de l'examen de toute question qui fait l'objet d'une communication déjà transmise ». La compétence des Comités se trouve donc, en définitive, appréciée en fonction de deux dates distinctes : celle à laquelle la phase de communication interétatique a débuté et à compter de laquelle le retrait des déclarations unilatérales serait sans effet, et la date de notification de la communication au Comité jusqu'à laquelle les Etats auront pu lui attribuer compétence si tel n'était pas déjà le cas[489].

143. Les requêtes individuelles soumises à l'examen des organes de la Convention interaméricaine ont également soulevé le problème du moment en référence auquel devrait s'apprécier la compétence. La pluralité de dates critiques pour une même cause serait ici moins surprenante dans un système de protection qui regroupe des organes indépendants et investis de compétences propres. La question s'est, malgré tout, posée de savoir quel enseignement tirer de la possibilité faite pour la Cour interaméricaine, conformément à l'article 63 § 2 de la Convention de 1969, d'adopter sur requête de la Commission des

[487] Voir les articles 41 du Pacte de 1966, et 21 de la Convention contre la torture.
[488] M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary*, *op. cit.*, p. 763.
[489] Sur l'historique de cette disposition : *ibid.*, pp. 762-764.

mesures conservatoires dans des affaires qui ne lui auraient pas encore été soumises. Le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires est effectivement l'un de ceux qui se rattachent à la fonction juridictionnelle et qui, dans cette mesure, peut être mis en œuvre dès la saisine de l'organe[490]. On pourrait ainsi estimer en considération de ces éléments que la Cour serait tenue d'apprécier sa compétence à la date de soumission de la requête à la Commission[491]. Comme il a pu cependant être relevé[492], le mécanisme prévu à l'article 63 § 2 trouve son explication dans le caractère non juridictionnel des fonctions confiées à la Commission et dans son incapacité corrélative à indiquer les mesures préalables nécessaires à la sauvegarde des droits des parties. Ce mécanisme n'est ainsi en mesure de livrer aucune indication pertinente sur la date tenue pour décisive, s'agissant de la compétence de la Cour. En l'absence de toute condition spéciale, on doit même considérer que c'est en conformité au principe de détermination de la compétence temporelle, et ainsi à la date à laquelle la Commission lui a transmis la plainte, que la Cour sera conduite à déterminer sa compétence. Cette solution déjà appliquée en son temps par l'ancienne Cour de Strasbourg dans des affaires où l'admission de sa compétence par l'Etat défendeur était postérieure à la date à laquelle la Commission européenne des droits de l'homme s'était trouvée saisie de la réclamation[493], a d'ailleurs été retenue par la Commission américaine des droits de l'homme dans ses observations rendues au sujet de l'affaire du *Tribunal constitutionnel* ; elle avait indiqué sur le fondement notamment de l'actuel article 33 du Règlement de la Cour relatif à l'ouverture du procès[494], que c'est bien la date de transmission de la requête à la Cour qui fixe le droit applicable à sa compétence[495]. Bien que ne l'ayant pas explicitement confirmée dans

---

[490] Voir *supra*, note n° 252.

[491] Voir sur point E. G. Jiménez, « Le retrait de la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de la part du Pérou », *R.H.D.I.*, 2001, pp. 109-133, spéc. pp. 124-127, l'auteur faisant notamment mention des observations de l'*International Human Rights Law Group*.

[492] *Ibid.*, pp. 125-126. Voir également, restituée en substance, la déclaration de l'ancien Président de la Cour M. Hector Gross Espiell : *ibid.*, pp. 124-125.

[493] Voir notamment la réclamation *Loizidou* dont la Commission européenne des droits de l'homme s'était trouvée initialement saisie le 22 juillet 1989, c'est-à-dire antérieurement au dépôt de la déclaration turque du 22 janvier 1990 acceptant la juridiction de la Cour : *Metropolitan Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papachrysostomou and Titina Loizidou c. Turquie*, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89, décision de la Commission du 4 mars 1991, *D.R.*, vol. 68, pp. 216-289, et arrêts de la Cour sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995, et sur le fond (G.C.) du 18 décembre 1996. Une telle situation se reproduira dans l'affaire *Mitap et Müftüoglu c. Turquie*, req. n° 15530/89 et 15531/89, décision de la Commission du 10 octobre 1991, *D.R.*, vol. 72, pp. 169-183, et arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1996.

[494] Le dernier règlement de la Cour a été adopté par celle-ci le 29 janvier 2009, et est entré en vigueur le 24 mars de la même année. Texte du règlement disponible sur le site de la Cour, http://www.corteidh.or.cr/reglamento_2009.cfm (consulté le 10 mars 2011)

[495] Extraits restitués dans le deuxième rapport de la Commission sur la situation des droits de l'homme au Pérou (2000), O.E.A./Ser.L/V/II.106, doc. 59, 2 juin 2000, document disponible à l'adresse http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000en/chapter3.htm, §§ 35-37 (consultée le 10 mars 2011).

l'affaire du *Tribunal constitutionnel*[496], ni d'ailleurs dans les autres affaires où sa compétence était mise en doute, la Cour a retenu à l'occasion de l'affaire *Benjamin c. Trinité-et-Tobago*, une interprétation de l'article 51 de la Convention respectueuse de cette solution. La Cour a effectivement considéré que la condition d'acceptation de sa compétence énoncée dans cet article, et à défaut de laquelle la Commission serait autorisée, à compter d'un délai de trois mois, à émettre un avis et des conclusions sur la plainte, renvoyait à la condition d'existence de la déclaration unilatérale étatique à la date à laquelle ladite plainte lui aurait été transmise par la Commission, et non, comme le soutenait la partie défenderesse, à la nécessité d'avoir pris une décision sur sa compétence dans le délai prescrit[497].

Conclusion Chapitre 1

144. L'examen de la date à compter de laquelle une instance pourrait être valablement introduite devant une juridiction internationale permet de formuler la conclusion suivante : les engagements juridictionnels sont des règles soumises aux conditions régissant la validité des actes qui les consignent, et qui justifient qu'une distinction soit faite suivant la nature unilatérale ou conventionnelle de ces derniers. Les cas dans lesquels le consentement à l'exercice du pouvoir juridictionnel repose sur un traité ont effectivement permis d'affirmer la pertinence des règles gouvernant l'entrée en vigueur des engagements conventionnels ainsi que des mécanismes permettant d'en accélérer la mise en application. Quant aux déclarations unilatérales d'acceptation de la compétence, elles ont principalement donné l'occasion de restituer les particularismes des différents régimes conventionnels qui font d'un tel engagement unilatéral, la condition de l'exercice du pouvoir juridictionnel. Un rapprochement avec les engagements conventionnels a, par ailleurs, pu être opéré s'agissant de la nature de la relation juridique établie sur la base des déclarations soumises à réciprocité. Il n'en demeure pas moins que les solutions pratiques retenues en matière de compétence temporelle font, même encore dans ce cas, prévaloir la dimension unilatérale des engagements. A cet égard, l'analyse de la solution retenue par la Cour de La Haye dans l'affaire du *Droit de passage*,

[496] Sur cette affaire, voir *infra*, n° 223.
[497] *Benjamin* et al. *c. Trinité-et-Tobago*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 1er septembre 2001, Série C, n° 81, §§ 23-41, spéc. § 40. Il peut être relevé sur ce point que la traduction française du texte de l'article 51 de la Convention est trompeuse dans la mesure où elle fait mention de la compétence de la Commission, et non celle de la Cour tel que le sous-entend le texte dans sa version anglaise.

s’agissant de la date à laquelle les déclarations unilatérales prennent effet et habilitent les justiciables à agir, a permis de mettre en évidence l’absence de réciprocité dans l’exercice par les Etats de leurs droits procéduraux.

Chapitre 2. Terminaison de l'engagement juridictionnel et détermination de la compétence temporelle

145. Si le principe de compétence temporelle suppose que l'instance ait été introduite après l'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel, il impose également que le requérant ait agi sur la base d'un titre de compétence toujours valide. C'est le traitement, par les juridictions internationales, des contestations relatives au maintien en vigueur de l'acte à la date de l'acte introductif d'instance, qu'il s'agit désormais d'envisager.

L'hypothèse de la terminaison de l'engagement juridictionnel se trouve en lien direct avec la manière par laquelle les juridictions internationales apprécient leur compétence temporelle. Le risque que l'obligation s'éteigne *pendente lite* explique que la date tenue pour pertinente soit celle à laquelle la procédure a été engagée. Cette solution pratique rend compte du caractère *temporaire* de l'obligation juridictionnelle. L'étude du traitement, par les juridictions internationales, des exceptions préliminaires fondées sur l'extinction du titre de compétence doit permettre d'affirmer, à ce sujet, que l'obligation juridictionnelle ne bénéficie pas d'un statut particulier qui aurait pour effet de la soustraire aux conséquences de la terminaison de l'instrument dans lequel elles figurent (Section 1). La question de l'extinction des effets du titre de compétence n'en apparaît pas moins spécifique, au vu des circonstances pouvant être utilement opposées à l'applicabilité temporelle de l'obligation juridictionnelle considérée en elle-même, et non plus par l'intermédiaire de l'acte qui la consigne (Section 2).

SECTION 1 / TERMINAISON DE L'OBLIGATION JURIDICTIONNELLE COMME CONSEQUENCE DE LA TERMINAISON DU TRAITE DANS LEQUEL ELLE FIGURE

146. Envisager les cas dans lesquels l'incompétence temporelle dérive de la terminaison du traité dans lequel figure la clause attributive de compétence a pour but de démontrer que cette clause ne dispose pas d'un statut différent de celui des autres énoncés conventionnels. A cet égard, une précision s'impose. Evoquer la « terminaison » d'un traité, c'est faire référence au terme de sa « validité temporelle »[498]. Dans tous les cas, c'est encore

[498] L'expression de « validité temporelle » est notamment employée par G. Fitzmaurice dans son deuxième rapport sur le droit des traités où il affirme qu'« un traité a une existence dans le temps, c'est-à-dire une durée, dès lors qu'il est entré en vigueur et qu'il demeure en vigueur, en d'autres termes, tant qu'il n'est pas venu à

la manifestation des *effets* conventionnels dans le temps qui se trouve envisagée, la question qui se pose étant de déterminer si la règle attributive de compétence est applicable en considération de la date à laquelle le traité à pris fin[499].

Le problème des effets de la terminaison du traité dans lequel figure l'engagement juridictionnel réside dans la détermination de la valeur à attribuer à l'« intangibilité » de la promesse faite de recourir au juge[500]. Cette expression employée par George Scelle dans son projet présenté à la C.D.I. sur la procédure arbitrale, et souvent reprise depuis lors, revient-elle à signifier que les Etats doivent exécuter cet engagement de bonne foi, comme ils y seraient contraints à l'égard de n'importe quelle autre obligation juridique stipulée dans le traité ? La promesse jouit-elle, au surplus, d'un statut particulier qui la mettrait à l'abri des mutations de l'acte dans lequel elle figure ? Ces questions sont le plus souvent envisagées par la doctrine au titre de l'« autonomie de la clause compromissoire » dont la pratique internationale n'accorde paradoxalement qu'une valeur résiduelle. Le premier enseignement qui ressort de la jurisprudence relative à la compétence temporelle tient à la préférence donnée à un principe de solidarité des énoncés conventionnels, à l'égard des effets de la terminaison du traité (§ 1). L'établissement de ce constat conduira à envisager les différentes causes de terminaison du traité, en considération des conditions dans lesquelles elles peuvent être utilement invoquées au soutien de l'incompétence temporelle des juridictions internationales (§ 2).

§ 1 - EFFETS DE LA TERMINAISON DU TRAITE CONSIGNANT L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL : LA SIGNIFICATION DE L'« AUTONOMIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE »

147. La question des effets de la terminaison du traité dans lequel figure l'obligation juridictionnelle ne se pose qu'au titre d'une technique particulière d'attribution du pouvoir : la clause compromissoire. Celle-ci doit néanmoins être entendue dans son sens le plus large, c'est-à-dire moins en référence à la nature, judiciaire ou arbitrale, de la procédure de

---

expiration ou devenu caduc, ou tant qu'il n'a pas été éteint » : *An. C.D.I.* 1957, II, p. 23, § 2. Pour le reste, la « terminaison » est entendue comme désignant tout à la fois l'« extinction » et la « révocation » que l'on oppose parfois, la première étant attachée à la survenance de facteurs extérieurs ou intrinsèques à l'acte, tandis que la révocation ne désignerait rien de plus que la volonté de son auteur d'y mettre un terme : voir sur cette distinction le neuvième rapport de M. Rodriguez Cedeño sur les actes unilatéraux de l'Etat, A/CN.4/569/Add.1, 6 avril 2006, § 83.

[499] Sur cette distinction, voir F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *R.C.A.D.I.*, 1971-III, vol. 134, pp. 427-587, spéc. pp. 451-454.

[500] Projet sur la procédure arbitrale adopté par la Commission à sa cinquième session, *An. C.D.I.* 1958, II, pp. 1-15, spéc. p. 3.

règlement des différends qu'elle organise, qu'à l'*objet* de la compétence auquel on l'associe. Placée dans un traité ou dans un contrat, cette clause vise à soumettre à un organe juridictionnel les litiges qui pourraient survenir au sujet de l'interprétation de l'acte ou à l'occasion de son application[501]. Le propre de la clause compromissoire est ainsi de figurer dans un acte consignant d'autres obligations dites « matérielles ». L'étude des solutions retenues par les juridictions internationales au sujet de leur compétence temporelle va ainsi permettre de déterminer si l'énoncé que cette clause consigne fait l'objet d'un régime juridique différent de celui des autres obligations.

A cet effet, la détermination de la signification à attribuer au principe d'« autonomie de la clause compromissoire » suppose de procéder en deux étapes. L'étude des occurrences doctrinales de l'« autonomie » ou de la « séparabilité » de l'engagement juridictionnel invite d'abord à envisager ce principe dans le sens qui lui est le plus communément attribué en droit international public, c'est-à-dire en tant que principe justifiant la faculté dont font usage les juridictions internationales de déterminer leur compétence lorsque est mise en cause l'inapplicabilité temporelle ou l'invalidité du traité (A). L'analyse de la pratique internationale relative à la compétence temporelle conduira, dans un second mouvement, à valider cette lecture *a minima* de l'« autonomie » accordée aux clauses juridictionnelles inscrites dans un acte de portée plus large, dans la mesure où il s'avère impossible de vérifier l'existence d'un régime d'application temporel qui leur est propre, et qui garantirait l'exercice de la compétence au fond (B).

A. Effets de la terminaison de l'acte sur le pouvoir d'apprécier la compétence

148. Il est de règle que le fait, pour l'Etat défendeur à l'instance, d'alléguer l'invalidité ou l'extinction de l'instrument dans lequel se trouve consigné l'engagement juridictionnel ne fait pas échec au pouvoir du juge d'apprécier sa compétence. Comme il a été

[501] Voir notamment en ce sens, Ch. J. Tams, « The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction », *in* Th. Giegerich (éd.), *A Wiser Century ? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Berlin, Dunckler et Humblot, 2009, pp. 461-492, spéc. pp. 462-463. On retrouve d'ailleurs la même définition en droit interne. L'article 1442 du Nouveau code de procédure civile, tel que modifié par le décret 2011-48 du 13 janvier 2011, définit la clause compromissoire comme « la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ». La terminologie employée est néanmoins sujette à débat en droit international, l'expression de « clause compromissoire » étant le plus souvent réservée pour désigner les clauses qui renvoient au mode arbitral de règlement des litiges, par opposition aux « clauses de juridiction ». Les termes de ce débat sont restitués par le professeur Poirat, in *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 432-437.

dit, « un Etat (…) ne peut se délier unilatéralement de son engagement, sans respecter la procédure organisée pour régler les différends, en invoquant l'inexistence générale de l'engagement »[502]. Cette solution s'impose d'abord en considération d'une nécessité logique. Admettre la solution inverse reviendrait, comme l'indique la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, à soutenir que

> « des questions qui peuvent à première vue mettre en jeu un traité et qui, si tel était le cas, relèveraient de sa clause juridictionnelle peuvent en être exclues du simple fait d'une déclaration unilatérale selon laquelle le traité n'est plus en vigueur. Accepter une telle proposition serait s'orienter vers une situation telle que l'on pourrait ôter toute valeur pratique aux clauses juridictionnelles en permettant à une partie de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application puis de déclarer que, ce traité ayant pris fin ou étant suspendu, sa clause juridictionnelle devient nulle et ne saurait être invoquée aux fins de contester la validité de l'extinction ou de la suspension, alors précisément que l'un des objectifs d'une telle clause peut être de permettre qu'il soit judiciairement statué en la matière. Un tel résultat, qui détruirait l'objet même d'un règlement judiciaire serait inacceptable »[503].

Cet extrait est souvent présenté comme la consécration pratique de l'« autonomie » ou de la « séparabilité » de la clause compromissoire[504], qui semble ainsi reposer sur des considérations proches de celles justifiant l'appréciation de la compétence à la date de l'acte introductif d'instance. Le fait que la clause compromissoire survive aux prétentions de suspension ou de terminaison de l'engagement conventionnel[505], trouverait en somme à se fonder sur deux nécessités qui se répondent : convenir d'une autre solution serait, d'une part, faire fi de la cause réelle ou supposée de la caducité de l'engagement, d'autre part consacrer un droit de dénonciation unilatérale des clauses juridictionnelles susceptible d'être mis en œuvre à tout moment. A la lecture de l'arrêt de la Cour, l'autonomie de la clause compromissoire aurait pour autre justification le fait que l'évaluation du caractère régulier de la répudiation d'un traité compte parmi les prérogatives de la compétence juridictionnelle,

---

[502] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 462.
[503] *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, Inde c. Pakistan, arrêt de la Cour du 18 août 1972, *Rec.* 1972, pp. 46-75, spéc. pp. 64-65.
[504] F. A. Mann, « The Consequences of an International Wrong in International and National Law », *B.Y.B.I.L.*, 1976-1977, pp. 1-65, spéc. p. 60, note n° 3 ; S. Schwebel, « The Severability of the Arbitration Agreement », *International Arbitration* : *Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, vol. 4, pp. 1-60, spéc. p. 33 ; P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La Communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328, spéc. p. 325.
[505] Voir en ce sens F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 461.

constituant à ce titre l'un des effets recherchés par les parties à un traité dans lequel figure une clause de règlement des litiges. L'argument est fréquemment repris en doctrine[506], et semble *a priori* tout aussi convaincant. Le fait de statuer sur la validité de la répudiation du traité dans lequel figure la clause attributive de compétence serait rendu légitime dès lors qu'une telle question constitue l'objet du différend principal et qu'elle doive ainsi être soumise à l'appréciation de l'organe saisi conformément au principe qui veut que le juge du fond soit juge des exceptions préliminaires[507]. Certains auteurs aboutissent à la même conclusion en se fondant sur l'étendue du pouvoir d'apprécier la compétence qu'ils semblent précisément calquer sur le domaine d'exercice du pouvoir juridictionnel, l'idée étant qu'un tribunal ne puisse se voir privé de la faculté de faire usage à titre incident d'une compétence qu'il détient au principal : parce que les différends relatifs à la validité ou l'applicabilité temporelle du traité figurent parmi ceux désignés dans la clause compromissoire qui « découlent du traité ou sont relatifs à celui-ci »[508], *alors* le tribunal doit pouvoir en connaître, y compris dès la phase préliminaire[509]. Cette solution trouverait notamment confirmation dans le libellé des clauses

---

[506] Comme l'affirme le professeur Schwebel dans son article sur la divisibilité de l'accord d'arbitrage, « *the intention of the parties and the requirements of effective arbitration combine to give rise to the concept of severability* » : « The Severability of the Arbitration Agreement », *op. cit.*, p. 4. Voir par ailleurs sur ce point, J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, *op. cit.*, p. 213, ainsi que les références doctrinales citées par M. Petsche, in *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, Munich, Sellier, 2005, pp. 71 et ss.

[507] J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 589.

[508] L'expression est la traduction la plus souvent donnée de la formule anglaise « *any dispute arising out of or relating to this agreement* » : voir notamment la version française du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, disponible sur le site http://www.iccwbo.org/ (consulté le 10 mars 2011).

[509] Voir principalement en ce sens, S. Schwebel, « The Severability of the Arbitration Agreement », *op. cit.*, p. 3. Cette lecture est reprise par le professeur Schreuer dans son analyse de l'article 25 de la Convention CIRDI : « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 489, § 410. Le fait que la question du maintien en vigueur ou de la validité du traité puisse relever du domaine de la compétence fondée sur une clause compromissoire trouve d'ailleurs illustration dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*. Il ressort de l'arrêt de la Cour que la prétendue caducité de l'acte pourrait d'abord être un argument formulé en réponse au grief du demandeur concernant le non-respect des obligations conventionnelles. La détermination du lien unissant le litige au traité, aux fins de la compétence matérielle de la juridiction, dépendrait alors uniquement du contenu du grief avancé par le demandeur, suivant que l'établissement de son bien ou mal fondé nécessite l'application des dispositions conventionnelles (arrêt de la Cour précité du 18 août 1972, *Rec.* 1972, p. 61, § 27). Et dans le cas où la répudiation du traité par une partie se trouverait précisément être l'objet de la réclamation portée à la connaissance du juge, l'opposition de thèses juridiques développées à cette occasion constituerait bien un différend appelant une décision fondée sur le traité, que l'événement invoqué au soutien de la prétendue caducité se trouve d'ailleurs lui-même prévu par une disposition de l'acte ou qu'il nécessite l'examen de l'ensemble du texte au titre des conditions dans lesquelles le droit international admet qu'un tel événement puisse constituer un motif de dénonciation (*Rec.* 1972, pp. 66-69, §§ 35-43). La même solution semble d'ailleurs être admise par la Cour interaméricaine lorsqu'elle considère qu'elle doit connaître du différend relatif à la validité du retrait des déclarations d'acceptation de sa juridiction obligatoire, sur le fondement de la clause compromissoire qui lui donne compétence pour l'ensemble des litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention de San José : voir les affaires *Ivcher Bronstein c.* Pérou, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 1999, Série C, n° 54, §§ 32-33, et *Tribunal constitutionnel c. Pérou*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 1999, *Série* C, n° 55, §§ 31-32 (sur ces affaires, voir *infra*, n° 223).

compromissoires qui prévoient que les différends relatifs à l'interprétation et à l'application du traité comprennent ceux qui se rapportent à son maintien en vigueur ou à sa validité[510].

149. S'en remettre à de telles considérations pour justifier l'exercice du pouvoir d'apprécier la compétence, pourrait néanmoins aboutir à des conclusions en contradiction avec ce qu'il a déjà été permis de relever au titre de l'origine d'un tel pouvoir. La faculté pour le juge d'apprécier le bien-fondé de l'exception préliminaire supposerait, d'une part, que l'engagement juridictionnel soit valide, d'autre part que la circonstance invoquée en vue de faire échec à la compétence fasse l'objet du différend principal, voire même que celui-ci relève de la catégorie de conflits pour lesquels le tribunal est investi du pouvoir de juger. Sur ce dernier point, il est d'ores et déjà permis de relever que le fait que l'invalidité ou la terminaison de l'engagement juridictionnel constitue uniquement l'objet du différend sur la compétence, et que ce dernier soit dépourvu de tout lien avec le différend principal, n'est pas une circonstance susceptible de priver le juge de son pouvoir d'apprécier sa compétence. Les juridictions internationales se reconnaissent, en effet, le pouvoir de régler toutes les questions susceptibles de déterminer leur aptitude à exercer la compétence juridictionnelle au fond[511], et parmi ces questions figurent celles relatives au maintien en vigueur et à la validité de l'engagement juridictionnel[512].

---

[510] Voir par exemple, l'article 9 de l'accord de stabilité juridique conclu entre le Pérou et les Bermudes et appliqué dans l'affaire *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. République du Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur la compétence du 1er février 2006. Le texte de la disposition est cité dans la décision, § 75. Pour la pratique des contrats d'Etat, voir également le JAMS Model arbitration clauses de 2006 : « *[a]ny dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, including the formation, interpretation, breach or termination thereof* ».

[511] C'est cette considération qui a été retenue par le Tribunal pénal international dans l'affaire *Tadić* en vue de justifier son pouvoir d'apprécier la validité de sa création. L'accusé contestait la validité de la résolution du Conseil de Sécurité établissant le tribunal en tant qu'elle excédait, selon lui, les pouvoirs dont le Conseil était légalement investi en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il avait été conclu par la Chambre d'appel du tribunal qu'une telle question comptait parmi les aspects susceptibles de déterminer sa faculté à connaître du cas d'espèce, et qu'elle relevait ainsi du pouvoir qu'elle tirait de sa fonction judiciaire de déterminer sa compétence : *Le Procureur c. Tadić, alias « Dule »*, IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *I.L.R.*, vol. 105, pp. 453-527, spéc. pp. 459-463, §§ 14-22, spéc. § 21. La même solution a été reprise par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* pour justifier son pouvoir d'apprécier les conditions relatives à l'accès à la Cour : Croatie c. Serbie, arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 novembre 2008, *Rec.* 2008, pp. 412-467, spéc. p. 442, § 87 : « [s]ans doute, comme il a été dit plus haut, la question de l'accès se distingue-t-elle de celles relatives à l'examen de la compétence au sens étroit. Mais elle n'en est pas moins étroitement liée à la compétence, en ce sens que si les conditions d'accès font défaut, tout comme lorsque ne sont pas remplies les conditions relatives à la compétence *ratione materiae* ou *ratione temporis*, il en découle toujours une seule et même conséquence : la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'affaire ».

[512] Voir notamment *Confédération Helvétique c. R.F.A. (No. I)*, sentence du tribunal arbitral pour l'accord sur les dettes extérieures allemandes du 3 juillet 1958, *I.L.R.*, vol. 25 (1958-I), pp. 33-70, spéc. p. 55. Au sujet de la terminaison des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, voir *inter alia* : *Nottebohm*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 1953, Liechtenstein c. Guatemala, *Rec.* 1953, pp. 111-125, spéc. pp. 119-120 ; *Incident aérien du 27 juillet* 1955, Israël c. Bulgarie, arrêt de la Cour du 26 mai 1959 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1959, pp. 127-147. Voir également les affaires du *Plateau*

Quant à la nécessité de séparer la clause compromissoire des autres énoncés conventionnels pour la réputer valable en toute hypothèse, elle est en contradiction avec le principe qui veut que le pouvoir d'apprécier la compétence, en tant qu'accessoire à la fonction de juger, ait pour seul fait-condition la saisine du tribunal[513]. A l'analyse, cette nécessité révèle le problème théorique qui se pose, dans certaines hypothèses, au sujet du fondement du pouvoir d'apprécier la compétence. Dans quelle mesure serait-il, par exemple, permis de justifier l'examen d'une exception préliminaire en considération du pouvoir que le tribunal tiendrait de sa qualité de juge, lorsque cette exception porte sur le caractère régulier de l'établissement du tribunal[514] ? Pour prendre un exemple concret, sur quoi fonder, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage *ad hoc*, l'aptitude de l'entité saisie d'une demande à déterminer l'applicabilité temporelle du compromis ou de la clause compromissoire dès lors que de la réponse que cette entité donnerait à l'exception d'incompétence *ratione temporis* dépendrait son existence en tant qu'organe juridictionnel ? Le simple fait pour l'organe de procéder à l'examen de l'argument ne préjuge-t-il pas déjà de sa nature juridictionnelle ? De la même manière, quelle valeur juridique accorder à sa décision si ce même organe conclut finalement à l'invalidité ou à la caducité de l'accord d'arbitrage et, par implication logique, à son inaptitude à produire un acte juridictionnel ?

Toutes ces interrogations mettent en évidence l'accord intellectuel sur lequel repose l'exercice du pouvoir de régler ce type de questions incidentes, qui reviendrait à considérer

---

continental de la Mer Egée, Grèce c. Turquie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, pp. 3-45, spéc. p. 16, § 38 et *Incident aérien du 10 août 1999*, Inde c. Pakistan, arrêt du 21 juin 2000 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 2000, pp. 11-34, dans lesquelles la Cour se reconnaît le pouvoir d'apprécier le maintien en vigueur de l'Acte général de 1928 sans néanmoins y procéder. Au sujet de la caducité des traités lui conférant compétence, voir également *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, arrêt du 24 juillet 1964 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1964, pp. 6-50. La question de la nullité de l'échange de notes par lequel les parties avaient accepté la compétence de la Cour a également été envisagée dans l'affaire de la *Compétence en matière de Pêcheries* sans qu'aucun lien n'ait été établi avec la teneur du litige au fond : R.F.A. c. Islande, arrêt du 2 février 1973 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1973, pp. 49-67, spéc. pp. 58-59, § 24. Voir également dans le cadre de l'arbitrage CIRDI : *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/84/3, décision sur la compétence du 27 novembre 1985 déjà citée, *I.L.R.*, vol. 106, pp. 523-524, au sujet du maintien en vigueur d'une loi nationale constituant offre d'arbitrer. S'agissant du maintien en vigueur d'un traité bilatéral d'investissement, voir *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, SCC Case No. 088/2004, sentence arbitrale partielle du 27 mars 2007. Voir enfin, pour la pratique des juridictions des droits de l'homme, les deux arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 24 septembre 2004 rendus dans les affaires *Ivcher Bronstein & Tribunal constitutionnel*, évoqués *infra*, n° 223.

[513] Voir sur ce point, *supra*, n° 76-78.

[514] L'hypothèse constitue d'ailleurs le point de départ de la réflexion du professeur Schwebel sur l'autonomie de l'accord d'arbitrage : « *if there is no initial or sustained obligation to arbitrate under a agreement which either never came into force or is no longer in force, then the arbitral tribunal which may be or is constituted pursuant to the arbitration clause of the void or voided agreement has no standing to do anything ; it cannot pass upon the validity of the agreement or upon the effect of the tribunal's establishment or upon its jurisdiction or upon the merits of the case because it cannot have legal status which derives from a vacuum* » (« The Severability of the Arbitration Agreement », *op. cit.*, p. 2).

que le tribunal « a été valablement créé, au moins aux fins de l'appréciation de sa compétence »[515]. On comprend ainsi que l'« autonomie de la clause compromissoire » n'est qu'une manière de formuler cette fiction lorsque la compétence du juge est contestée au titre de l'applicabilité temporelle ou de la validité du traité dans lequel figure l'obligation juridictionnelle[516]. En réputant la clause de règlement des différends séparable des autres dispositions, il irait dans l'ordre des choses que la seule allégation d'incompétence ne suffise pas à faire échec à la tenue du procès. Un fondement juridique serait, par ailleurs, donné à la décision du tribunal dans le cas où celui-ci conclut à la caducité ou à la nullité du traité. L'autonomie de la clause compromissoire justifierait, en dernière analyse, qu'il n'y ait pas lieu de traiter différemment les exceptions d'incompétence selon qu'elles portent sur l'inapplicabilité de la clause juridictionnelle elle-même ou de l'instrument dans lequel elle figure[517].

B. Effets de la terminaison de l'acte sur l'exercice de la compétence au fond

150. Dire des juridictions internationales qu'elles disposent du pouvoir d'apprécier les prétentions relatives à l'inapplicabilité temporelle de l'accord dans lequel figure la clause compromissoire ne revient pas à préjuger de l'issue d'une telle appréciation et des conséquences qui devraient en être tirées sur le plan de l'exercice de la compétence au fond. Telle est précisément la limite qui doit être fixée à l'autonomie de la clause compromissoire qui, en tant qu'elle serait tenue pour synonyme d'« autonomie de ses conditions de

[515] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 140. L'auteur conclut que « l'illégalité de la création ne peut être qu'un argument au soutien de l'invalidité de l'attribution de compétence à un organe ». Voir également, en ce sens, J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, *op. cit.*, p. 212.

[516] Plusieurs règlements d'arbitrage le prévoient explicitement : voir notamment l'article 16 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international : « [l]e tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

[517] Voir en ce sens l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 2 février 1973 sur les exceptions préliminaires rendu dans l'affaire *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande, *Rec*. 1973, pp. 24-35, spéc. p. 31 : « [i]l est toujours légitime d'essayer de soutenir, à tort ou à raison, qu'en vertu de ses propres dispositions, une clause juridictionnelle est inapplicable au différend ou est caduque. C'est alors au tribunal compétent qu'il appartient d'en décider, dans l'exercice de son droit ou de sa fonction reconnu sous le nom de « compétence de la compétence » (…). Mais il doit en être de même lorsque la prétendue cause d'inapplicabilité ou d'inefficacité de la clause juridictionnelle se trouve, non dans la clause elle-même, mais dans le libellé de l'instrument où elle figure ou dans des considérations touchant à cet instrument, car autrement il n'y aurait aucun moyen de déterminer si les motifs d'inapplicabilité ou d'inefficacité invoqués sont valables (dans la mesure où ils affectent la clause juridictionnelle), et la compétence de la compétence deviendrait ou pourrait être rendue inopérante *a priori* ».

validité »[518], ne fait plus figure ici que d'exception au principe d'indivisibilité des obligations conventionnelles procédurales et substantielles (1), admise au bénéfice des clauses d'arbitrage insérées dans les contrats conclus entre Etats et particuliers (2).

1. Le principe applicable en matière de traités : l'indivisibilité des obligations substantielles et juridictionnelles

151. La pratique internationale relative à la compétence juridictionnelle *ratione temporis* ne permet pas d'établir l'existence d'un principe général d'autonomie de la clause compromissoire vis-à-vis des autres énoncés conventionnels. Le maintien en vigueur, à la date d'introduction de l'instance, du traité dans lequel figure la clause compromissoire est envisagé comme une condition nécessaire à l'exercice de la compétence au fond. A l'évidence, une telle condition serait requise uniquement dans le cas où la question de l'applicabilité temporelle de l'engagement conventionnel fait l'objet d'un litige relatif à la compétence. Dans l'hypothèse inverse, l'absence de contestation conjuguée à la disponibilité des moyens de compétence aurait pour effet de former une convention par laquelle les parties s'entendent sur l'aptitude du juge à examiner le litige qui lui a été soumis. Il est d'ailleurs de bonne logique qu'un tel accord trouve à se constituer lorsque les parties litigantes se contestent la paternité de la violation initiale d'un traité, et sollicitent du juge une décision établissant les responsabilités. Dans un tel cas de figure, il en irait même à vrai dire ainsi en l'absence de tout accord particulier entre les parties au différend. Comme il apparaît à la lecture de l'article 60 § 4 de la Convention de Vienne de 1969, le principe est que la clause compromissoire échappe à la suspension et à l'extinction du traité comme conséquences de sa violation[519]. La Cour internationale de Justice le rappelait dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, jugeant qu'« aucune violation du traité commise par l'une ou l'autre des parties ne saurait avoir pour effet d'empêcher cette partie d'invoquer les dispositions du traité relatives au règlement pacifique des différends »[520]. D'aucuns y voient d'ailleurs une nécessité logique ; il serait effectivement « absurde », comme l'indique le professeur Capotorti, « que l'extinction pour non exécution entraîne aussi les règles établies pour les cas de non exécution »[521].

[518] Voir ici C. Santulli, *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 113.
[519] Voir en ce sens, D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, p. 279, note n° 73.
[520] Etats-Unis c. Iran, arrêt de la Cour du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, pp. 3-46, spéc. p. 28, § 53.
[521] F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 554. Voir également, en ce sens, D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international, op. cit.*, pp. 279, 283-285, et spéc. p. 284 : « en vertu

152. La solution retenue dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* a pu être donnée en illustration d'un tel principe[522]. Le problème juridique posé à la Cour au sujet de sa compétence était pourtant étranger à la question de l'exception d'inexécution ; il résidait uniquement dans le fait de savoir dans quelle mesure l'allégation unilatérale de caducité du traité était, comme telle, en mesure de priver la clause de règlement de son caractère opératoire et ainsi d'éviter « qu'il soit judiciairement statué en la matière »[523]. Si, comme on le sait, la haute juridiction avait refusé de se déclarer incompétente sur cette seule base, à aucun moment n'avait-elle néanmoins exclu que la prétention de suspension ou d'extinction du traité puisse constituer l'objet d'un différend sur sa compétence qu'il s'agirait de trancher avant l'examen de l'affaire au fond[524]. C'est que, à l'exception du cas de la terminaison du traité comme conséquence de sa violation, il ne faut effectivement pas s'y tromper : le maintien en vigueur de l'engagement conventionnel à la date de l'acte introductif d'instance, est un prérequis à l'exercice par le juge de sa compétence. Il convient toutefois de mettre à l'écart de la pratique permettant d'établir ce principe (i), la solution particulière retenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries islandaises* (ii).

153. (i) L'étude du contentieux international permet d'affirmer la condition du maintien de l'engagement conventionnel à la date d'introduction de l'instance. Cette solution

---

d'une hiérarchie 'mécanique' des normes, hiérarchie logique et fonctionnelle et non axiologique, les dispositions relatives au règlement des différends se trouvent à l'abri des contre-mesures, dès lors qu'elles ont pour motif la violation des obligations pour lesquelles de telles clauses ont été prévues ».

[522] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 465-467. Le professeur Poirat voit dans l'assertion de la Cour dans l'affaire des otages à Téhéran une application particulière du principe d'indépendance de la clause de règlement des différends à l'égard des autres énoncés conventionnels. L'auteur établit ainsi un lien entre cette affaire et la solution retenue dans l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*. Voir également, dans le sens d'un « effet transitoire élargi, voire d'une forme de permanence des clauses compromissoires », s'agissant des différends relatifs à l'extinction du traité, H. Ascensio, « Article 70 », *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, III, pp. 2503-2539, spéc. pp. 2538-2539. Voir également, semble-t-il, en ce sens, Ph. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre états*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 171-172 ; H. W. A. Thirlway, *in* « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989. Part four », *B.Y.B.I.L.*, 1992, pp. 1-157, spéc. pp. 90-94.

[523] Arrêt précité du 18 août 1972, *Rec.* 1972, pp. 64-65, § 32.

[524] Voir en ce sens l'interprétation donnée à la solution de la Cour dans l'affaire de l'OACI par le juge Fitzmaurice dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire des Pêcheries islandaises, et citée *supra*, note n° 517. On peut donner en illustration du fait que la caducité du traité n'était, par définition, pas un argument inopposable à l'exercice de la compétence juridictionnelle, la conclusion à laquelle la Cour avait abouti la Cour au sujet de sa propre compétence, selon laquelle l'Inde n'avait, contrairement à ce que prétendait le Pakistan, jamais soutenu que les traités pertinents avaient cessé d'être en vigueur entre les deux parties ; la Cour vidait ainsi le litige relatif à la compétence temporelle (*Rec.* 1972, pp. 53-54, § 16). Seul en réalité l'argument invoqué par l'Inde durant la procédure devant le Conseil de l'OACI concernait la question des effets sur la compétence de l'exception d'inexécution. La Cour ne s'était toutefois pas prononcée sur ce point, jugeant qu'il ne visait pas la compétence du Conseil mais uniquement le bien-fondé de la demande (*ibid.*, pp. 64-65, § 32).

a été reconduite de manière systématique lorsque le consentement à la juridiction était consigné dans une clause compromissoire « type » par laquelle les parties à un traité s'étaient entendues pour confier à un organe le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou l'application des dispositions conventionnelles. L'appréciation portée sur les conséquences de l'expiration de l'accord de tutelle dans l'affaire relative au *Cameroun septentrional* en donnait déjà les prémices ; la Cour de La Haye y affirmait sans ambages que « l'article 19 de l'accord qui prévoyait la compétence de la Cour dans les cas auxquels il s'appliquait, a[vait] cessé bien entendu de pouvoir jouer en même temps que tous les autres articles de cet accord »[525].

La question fut plus longuement débattue dans l'affaire *Ambatielos*. Dans cette affaire, le problème se posait au sujet de deux traités successifs dont le plus récent comportait une disposition transitoire spéciale ayant pour objet d'assurer la continuité du mécanisme de règlement des litiges. Cette disposition maintenait la compétence initialement prévue par le traité expiré, pour l'adjudication des réclamations relatives à celui-ci. La nécessité d'une telle clause ne faisait, pour le juge McNair, guère de doute. Ainsi, alors même que le juge avait, précédemment à cette affaire, mis en exergue les « absurdités » qui se produisent « quand on insiste d'une manière pédante sur l'idée d'inséparabilité des dispositions [d'un] traité ou sur son caractère entier »[526], et considéré qu'il conviendrait de séparer les dispositions lorsqu'elles forment un tout se suffisant à lui-même, il admettait dans son opinion individuelle annexée à l'arrêt de la Cour qu'une telle divisibilité ne saurait être invoquée aux fins du maintien en vigueur de la clause de règlement d'un traité ayant expiré. Le fait que les réclamations « acquièrent une existence indépendante du traité dont la violation les a fait naître »[527], n'était selon lui pas de nature à modifier les choses ; aussi jugeait-il utile la précaution prise par les rédacteurs du nouveau traité d'avoir expressément prévu la compétence du tribunal pour les réclamations fondées sur le traité expiré, faute de quoi ces dernières n'auraient pas disposé d'une base conventionnelle valable[528].

---

[525] *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963, *Rec*. 1963, pp. 6-40, spéc. p. 35.

[526] A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 474.

[527] Opinion dissidente du Président McNair, *Rec.* 1952, pp. 58-65, spéc. p. 63. Cette affirmation illustre la règle codifiée à l'article 70 de la Convention de Vienne et que la Cour allait affirmer à l'occasion de l'affaire relative au *Cameroun Septentrional* suivant laquelle un Etat ne saurait se trouver dégagé de sa responsabilité du fait de l'extinction de l'obligation qu'il aurait transgressée à un moment où elle lui était opposable : voir sur ce point *infra*, n° 189.

[528] Opinion dissidente du Président McNair déjà citée, *Rec.* 1952, pp. 63-64. La Cour n'avait pas jugé utile de se prononcer sur ce point. Néanmoins, elle semblait reconnaître dans le fil de son examen, la nécessité de la déclaration jointe au nouveau traité aux fins de la survie de la procédure de règlement des réclamations fondées sur le traité antérieur : « sans la déclaration, l'article 32 du traité de 1926 qui a fait entrer ce traité en vigueur après la ratification, aurait pu, en l'absence de clause de sauvegarde, être considéré comme lui donnant pleinement effet, de telle manière qu'il effacerait entièrement le traité de 1886 et toutes ses dispositions, y

La solidarité des dispositions procédurales et substantielles devait encore trouver confirmation dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* où la Cour avait jugé au sujet de la clause attributive de compétence incorporée au pacte de Bogota, qu'un tel engagement « vaut *ratione materiae* pour les différends énumérés par ce texte. Il concerne *ratione personae* les Etats américains parties au pacte. Il demeure valide *ratione temporis* tant que cet instrument reste lui-même en vigueur entre ces Etats »[529].

Dans l'ensemble de ces affaires, la faculté de recourir à un tribunal se présentait comme un droit subsidiaire[530], la clause de règlement étant uniquement destinée à « garantir le respect d'autres énoncés sans l'existence desquels [elle n'a] pas de raison d'être »[531]. Faire du maintien en vigueur des dispositions substantielles une condition d'opposabilité du consentement à la juridiction pourrait, à première vue, sembler plus problématique dans le cas où la clause attributive de compétence ne limite pas l'exercice du pouvoir juridictionnel aux différends nés ou relatifs à l'interprétation ou à l'application des règles énoncées dans le traité. Le fait que le champ de compétence matériel « déborde » [532] le champ d'application du traité serait à mettre au crédit d'une plus grande autonomie de la clause de règlement des litiges. Les rares affaires ayant permis d'en juger ont néanmoins abouti à consacrer une solution identique aux précédentes[533]. Ainsi, dans l'affaire *Eastern Sugar B.V.*, la base de compétence était un traité bilatéral de protection des investissements. Le gouvernement tchèque, défendeur à l'instance, avait excipé de l'inapplicabilité *ratione temporis* dudit traité à raison de son adhésion à l'Union européenne intervenue deux mois avant que la procédure d'arbitrage n'ait été initiée, et de la prétendue incompatibilité du régime conventionnel de protection des investissements avec la réglementation communautaire. Le tribunal arbitral avait alors envisagé le traité d'un seul tenant, et la prétendue caducité des obligations

---

compris celles qui sont destinées à apporter des remèdes juridiques ainsi que toutes les réclamations fondées sur elles » (*Ambatielos*, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 1er juillet 1952, *Rec.* 1952, pp. 28-46, spéc. p. 43).

[529] Nicaragua c. Honduras, arrêt de la Cour du 20 décembre 1988 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1988, pp. 69-107, spéc. p. 84. Voir également pour une confirmation de la solution : *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, ordonnance du 13 septembre 1993 (nouvelle demande en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1993, pp. 325-352, spéc. p. 340, § 31.

[530] Voir en ce sens l'affaire relative au *Sud Ouest Africain*, Ethiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 18 juillet 1966, *Rec.* 1966, pp. 6-51, spéc. p. 39, §§ 64-65, ainsi que l'opinion individuelle du juge Spender joint à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Cameroun septentrional* sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963, *Rec.* 1963, pp. 65-96, spéc. p. 83.

[531] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 431.

[532] L'expression est celle du professeur Matringe, *in* « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit*., p. 63.

[533] *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, SCC Case No. 088/2004, sentence partielle du 27 mars 2007. Voir plus récemment, toujours au titre de la prétendue incompatibilité du T.B.I. avec le droit communautaire, *Eureko B.V. c. Slovaquie*, décision sur la compétence du 26 octobre 2010, spéc. §§ 231-283.

matérielles comme une circonstance susceptible de le priver de sa compétence, alors même que celle-ci avait été reconnue pour l'« ensemble des différends relatifs à un investissement réalisé sur le territoire de l'Etat d'accueil »[534] et que le tribunal arbitral avait, par ailleurs, préalablement jugé que la clause de règlement des litiges insérée dans les traités de protection des investissements constituait la pièce maîtresse du régime conventionnel[535].

154. Dans cette mesure, il doit être admis que la durée de l'obligation juridictionnelle n'est pas différente de celle de l'engagement conventionnel dans lequel elle a été énoncée. Cette conclusion se trouve, du reste, en parfaite conformité avec les conditions dans lesquelles est admise la divisibilité des dispositions conventionnelles en droit international général, tel que le reflètent les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités[536]. En admettant effectivement que les dispositions substantielles puissent être envisagées comme des « clauses déterminées » du traité, c'est-à-dire objectivement séparables des dispositions procédurales, encore faudrait-il, à la lecture de l'article 44 de la Convention de Vienne, que ces clauses n'aient pas « constitué une base essentielle du consentement [des parties] à être liées par le traité dans son ensemble » pour que leur caducité n'emporte pas celle de tous les autres énoncés conventionnels[537]. En application d'une telle condition, il n'est sans doute pas exclu que certaines dispositions substantielles survivent à d'autres et que l'obligation juridictionnelle puisse être maintenue au titre des différends qui se seraient constitués à l'occasion de leur interprétation ou de leur application. A considérer, cependant, que la caducité ait été établie par le juge pour la totalité de l'engagement substantiel consigné dans

[534] Article 8.1 du T.B.I. conclu par les Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque du 29 avril 1991 : « *[a]ll disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably* ».

[535] Sentence *Eastern Sugar* précitée, § 165. Le tribunal arbitral semblait néanmoins atténuer les conséquences d'une incompatibilité avérée des deux régimes conventionnels sur sa compétence à connaître du litige. Il faisait ainsi mention de la date de constitution du litige et de l'article 70 de la Convention de Vienne qui prévoit que « le fait qu'un traité [ait] pris fin (…) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ». La démonstration pouvait laisser penser qu'un différend constitué sous l'empire de la période d'applicabilité de l'engagement juridictionnel pourrait être soumis à un juge même dans le cas où cet engagement aurait pris fin avant la date d'introduction de l'instance. Le tribunal arbitral s'appuyait toutefois ici sur une clause figurant dans le traité bilatéral d'investissement qui prévoyait l'applicabilité du régime conventionnel pour une durée supplémentaire de quinze ans à compter de la date de terminaison du traité (§§ 175-178 de la sentence). Voir en ce sens, J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, p. 82.

[536] Voir pour une analyse d'ensemble du contenu des dispositions de la Convention de Vienne, P. Reuter, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », in *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston/Londres, Nijhoff, 1989, pp. 623-634. Voir par ailleurs, sur le statut coutumier de l'article 44 de la Convention de Vienne relatif à la « divisibilité des dispositions d'un traité », M. Bedjaoui, T. Leidgens, « Article 44 », in O. Corten, P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, III, pp. 1642-1662, spéc. pp. 1644-1651.

[537] La Commission du droit avait indiqué dans le commentaire sur le texte de l'article 44 que la réponse à une telle question devrait « nécessairement être établie par référence à l'objet qui fait la matière des clauses considérées, à la relation de celles-ci avec les autres clauses, aux travaux préparatoires et aux circonstances de la conclusion du traité » : *An. C.D.I.* 1966, II, p. 260.

l'acte, le fait, que « le principe de séparation s'applique », comme l'avait affirmé le juge Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, « uniquement aux dispositions et conditions qui ne sont pas de l'essence de l'engagement »[538], aboutirait à ce qu'une telle divisibilité ne puisse être utilement invoquée au soutien du maintien en vigueur de la clause attributive de compétence.

155. (ii) La seule entorse à la solidarité des engagements juridictionnels et substantiels a été admise par la Cour de La Haye, à l'occasion de l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* opposant le Royaume-Uni à l'Islande[539]. Au terme d'un raisonnement qu'il convient de restituer, la Cour de La Haye a consacré l'indépendance de la clause compromissoire et des conditions de son efficacité.

Dans cette affaire, le droit de recourir à la Cour figurait dans un échange de notes, au côté des droits et obligations dont les parties étaient convenues en matière de pêcheries qui, en substance, consistaient pour le Royaume-Uni à reconnaître une zone exclusive de compétence islandaise de 12 miles marin et, pour l'Islande, à s'abstenir d'élargir cette zone sans en avertir préalablement le Royaume-Uni, pourvu, par ailleurs, qu'une telle extension soit conforme au droit international. La clause compromissoire avait précisément pour objet de donner la possibilité à chacune des parties, à plus forte raison au Royaume-Uni, de transmettre unilatéralement les différends éventuellement constitués sur ce point à la Cour internationale de Justice. La situation au sujet de laquelle compétence était attribuée avait fini par se produire et la Cour se trouva saisie, par requête britannique, d'un différend constitué au titre de l'extension unilatérale du domaine de pêche islandais. L'Islande, absente de la procédure, avait communiqué une note à la Cour dans laquelle elle excipait de son incompétence, eu

[538] Opinion individuelle rendue dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (arrêt de la Cour internationale de Justice du 6 juillet 1957 sur les exceptions préliminaires), *Rec.* 1957, pp. 34-66, spéc. p. 57, au sujet de la divisibilité de la réserve automatique française du reste de la déclaration unilatérale dans laquelle elle figurait. D'autres opinions ont été émises en ce sens dans l'affaire du *Sud Ouest Africain* (arrêt de la Cour du 21 décembre 1962 sur les exceptions préliminaires) au sujet de la divisibilité d'une partie de la clause attributive de compétence : voir l'opinion individuelle du juge Jessup, *Rec.* 1962, pp. 387-436, spéc. p. 408, et l'opinion dissidente commune des juges Spender et Fitzmaurice, *Rec.* 1962, pp. 465-563, spéc. pp. 517-518. Le critère énoncé à l'article 44 a par ailleurs été mis en œuvre à différentes reprises par les organes juridictionnels de protection des droits de l'homme lorsqu'il s'est agi de considérer que les limites matérielles ou territoriales grevant la déclaration de compétence, et jugées non valides, ne comptaient pas parmi les facteurs ayant déterminé l'Etat à faire une telle déclaration : voir notamment *Loizidou c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 mars 1995 déjà cité (*Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 310, pp. 7-34, spéc. pp. 30-32, §§ 90-98), au sujet d'une « réserve » *ratione loci*, et *Kennedy c. Trinité et Tobago*, Comm. No. 845/1999, décision sur la recevabilité du 2 novembre 1999 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, au sujet d'une réserve excluant la compétence pour connaître des plaintes déposées par des détenus condamnés à mort.

[539] Arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 2 février 1973, *Rec.* 1973, pp. 3-22.

égard aux « changements de circonstances » intervenus en matière de pêche depuis la conclusion de l'accord.

Devant s'assurer de sa compétence conformément à l'article 53 du Statut, la Cour allait examiner le bien-fondé de l'argument islandais en le décomposant en deux branches distinctes. Elle lui donnait pour première signification celle de l'« absence de contrepartie », l'idée étant que la clause compromissoire ait constitué le « prix à payer » par l'Islande pour faire reconnaître le principe de la limite des douze miles marins alors qu'un tel principe s'était, depuis lors, imposé dans la pratique des Etats. Le changement de circonstances était ainsi envisagé non pas en tant que motif d'extinction des obligations substantielles et partant, de l'ensemble des clauses de l'accord, mais comme un facteur susceptible d'avoir rompu l'équilibre entre les droits (substantiels) et les obligations (juridictionnelles) énoncés dans l'échange de notes, au détriment de la partie islandaise. La réponse donnée par la Cour n'en était pas moins instructive. Il était jugé que l'engagement juridictionnel était indissociable du reste des obligations formant la « base essentielle du consentement »[540] et que la concrétisation des avantages concédés à l'Islande ne pouvait en aucun cas être invoquée par celle-ci aux fins de se soustraire à la juridiction de la Cour. La Cour ajoutait qu'« au surplus, dans le cas où un traité est partiellement exécuté et partiellement exécutoire et où l'une des parties a déjà bénéficié des dispositions exécutées, il serait particulièrement inadmissible d'autoriser cette partie à mettre fin à des obligations qu'elle a acceptées en vertu du traité et qui constituent la contrepartie des dispositions que l'autre a déjà exécutées »[541]. Présenté de cette manière, l'argument du changement de circonstances revenait ni plus ni moins à remettre en cause le caractère synallagmatique de l'échange de notes dont l'objet n'avait été atteint que pour la partie islandaise, et c'est dans cette mesure que la caducité de certaines dispositions ne pouvait entraîner celle de l'accord dans son ensemble[542]. Plutôt donc que dissocier les énoncés conventionnels, il était encore ici question, pour la Cour, de faire primer un principe d'indivisibilité.

156. C'est au titre de la deuxième version donnée à la thèse islandaise du changement de circonstances qu'allait être établie la césure entre la clause compromissoire et les autres dispositions de l'échange de notes. Les circonstances mises en cause ne concernaient plus la reconnaissance du principe de la zone économique exclusive mais avaient trait à l'amélioration des techniques de pêche utilisées à l'extérieur de cette zone par les autres Etats.

[540] *Rec.* 1973, p. 17, § 32.
[541] *Rec.* 1973, p. 18, § 34.
[542] Voir en ce sens le second rapport de G. Fitzmaurice à la C.D.I., où était envisagée la caducité du traité à la seule condition que les buts visés par celui-ci « aient disparu pour les deux parties » : *An. C.D.I.* 1957, II, p. 32.

Cette évolution technique avait été présentée par l'Islande comme étant susceptible de mettre en péril ses intérêts vitaux.

L'effet du changement invoqué n'était ainsi plus cantonné à la seule terminaison de l'obligation juridictionnelle. Si celle-ci devait être rendue inefficace à la date à laquelle avait été introduite la demande britannique devant la Cour, c'était, cette fois, en raison de la caducité des dispositions substantielles établissant la zone de pêche islandaise et les conditions de son extension, et, par un effet domino, de la caducité de l'accord dans son ensemble. La Cour relevait cependant que les modifications invoquées en matière de pêcheries constituaient tout au plus l'objet d'un différend au fond et qu'elles « ne sauraient modifier en quoi que ce soit l'obligation d'accepter [sa] compétence »[543]. Ayant établi sur le fondement de l'article 62 de la Convention de Vienne que « pour que l'on puisse invoquer un changement de circonstances en vue de mettre fin à un traité, ce changement doit avoir entraîné une transformation radicale de la portée des obligations qui restent à exécuter », la Cour concluait, sur ce point, que « non seulement l'obligation juridictionnelle ne s'est pas radicalement transformée dans sa portée mais encore [qu']elle est restée précisément ce qu'elle était en 1961 »[544]. Le changement fondamental de circonstances devait, en d'autres termes, être en mesure d'influencer la compétence de la Cour uniquement dans le cas où il aurait effectivement modifié la portée de l'obligation juridictionnelle énoncée dans la clause compromissoire ; le fait, pour le reste, de considérer l'argument sans pertinence pour la question de la compétence, ne pouvait s'expliquer autrement que par la divisibilité des engagements substantiel et juridictionnel consigné dans l'échange de notes de 1961.

2. L'exception admise en matière de contrats d'Etat

157. Les développements précédents n'ont guère faire place à la thèse de l'autonomie de la clause compromissoire dès qu'il s'est agi d'évoquer l'exercice par le tribunal de sa compétence au fond. C'est que la séparabilité de l'engagement juridictionnel à l'égard des autres énoncés conventionnels n'a véritablement vocation à s'illustrer que dans le cadre du contentieux international qualifié de « transnational » ou « mixte », en raison du fait qu'il met aux prises un Etat et un sujet interne. Ce principe n'aurait même vocation à s'illustrer, dans ce contentieux, que dans le cadre des procédures engagées sur le fondement de contrats d'Etat. Ces derniers sont des contrats passés par les Etats avec des investisseurs privés, dans lesquels

[543] *Rec.* 1973, p. 20, § 40.
[544] *Rec.* 1973, p. 21, § 43.

se trouve insérée une clause compromissoire qui confie le règlement des litiges nés de l'exécution du contrat à une instance arbitrale[545]. L'intérêt de recourir à ce type d'instruments est clairement lié à la volonté de créer un climat favorable aux investissements étrangers. Comme l'indique, à ce propos, le professeur Leben, « toute entreprise qui investit en contractant avec un Etat sait qu'elle dispose d'un instrument juridique qui lui permet d'attraire l'Etat devant une instance juridictionnelle extérieure à celui-ci pour voir trancher directement un litige qui l'oppose à cet Etat »[546].

Cette délocalisation du contrat pourrait néanmoins ne pas être nécessairement tenue pour synonyme d'internationalisation de l'engagement contractuel, posant ainsi la délicate question de la détermination de la nature de la procédure mise en œuvre sur le fondement de la clause compromissoire. A ce sujet, il a pu être affirmé que le caractère national ou international du tribunal devait dépendre du droit qui serait applicable à la procédure[547]. La clause compromissoire pourrait effectivement n'avoir pas soustrait la procédure juridictionnelle à l'emprise de l'ordre juridique de l'Etat contractant, prévoyant que l'arbitre tranche les différends en conformité aux règles procédurales de droit national, et

---

[545] Sur la notion, voir Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280. Du même auteur : « L'évolution de la notion du contrat d'Etat », *R.A.*, 2003, pp. 629-646. L'existence d'une clause compromissoire a d'ailleurs été considérée comme un élément de différenciation des contrats d'Etat vis-à-vis des « contrats passés par les Etats » : *ibid.*, pp. 631-632 ; P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *J.D.I.*, 1986, pp. 5-78, spéc. pp. 29-39.

[546] Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, p. 267.

[547] Voir P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *op. cit.*, p. 32. Voir également en ce sens, Ch. Leben, « L'évolution de la notion du contrat d'Etat », *op. cit.*, spéc. pp. 636-637. Le professeur Leben cite au soutien de cette thèse la solution retenue dans les sentences *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Co. c. Libye* du 19 janvier 1977 (fond), *I.L.M.*, vol. 17, pp. 3-37, spéc. p. 9, § 16, et *Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company (Aramco)* du 23 août 1958, *I.L.R.*, vol. 27, pp. 117-229, spéc. pp. 153-154. Voir également *Libyan American Oil Co. (Liamco) c. Libye*, sentence arbitrale du 12 avril 1977, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 141-219, spéc. pp. 173-176 ; *Aminoil c. Koweit*, sentence arbitrale du 24 mars 1982 reproduite partiellement in *J.D.I.*, 1982, pp. 869-909, spéc. p. 872, §§ 4-5. Le professeur Santulli établit pour sa part une distinction s'agissant des contrats qui activent un règlement international de procédure préalablement établi, suivant que l'acte qui élabore le règlement constitue tout autant le fondement du pouvoir de juger de l'organe. En considérant que tel soit le cas, comme la Convention CIRDI en donne l'exemple, l'acceptation de la compétence arbitrale résulterait à la fois de la participation à cette Convention et du contrat venu activer le règlement. Le caractère national ou international du pouvoir de juger dépendrait alors de l'autorité conférée à l'acte juridictionnel. Dans le cas de l'arbitrage CIRDI, l'obligation d'exécuter la décision est posée par la Convention de Washington, et un tribunal établi sur le fondement de la Convention serait ainsi *ipso facto* international : voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 37-39 ; le professeur Leben aboutit au même résultat : « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *op. cit.*, pp. 268-269. La solution serait différente, en revanche, s'agissant des autres règlements d'arbitrage comme le règlement CNUDCI qui ne fonde pas le pouvoir de juger ni l'autorité de la décision. En pareil cas de figure, la nature du tribunal est, en dernière analyse, déterminée par la nature de l'acte venu activer le règlement : C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 39-40. C'est à ce titre que le professeur Santulli fait alors réception du critère du droit applicable à la procédure au sujet des contrats d'Etat : *ibid.*, p. 40.

éventuellement qu'il motive ses décisions en se fondant sur la législation interne[548]. A l'opposé, certaines clauses de règlement des litiges permettent ou exigent même du tribunal qu'il s'affranchisse du droit national et décide de la procédure applicable à l'arbitrage sur le fondement du droit international[549]. Mais que le procès soit régi par le droit du contentieux interne ou international, l'autonomie de la clause compromissoire va permettre, dans les deux cas, d'établir l'autonomie des conditions de validité de la compétence arbitrale vis-à-vis des conditions de validité du contrat.

158. La signification attribuée à la séparabilité de la clause est ainsi bien distincte de celle relevée précédemment, au titre des énoncés conventionnels. Il faut dire que la question de la répudiation des contrats passés par les Etats avec des particuliers se pose en des termes différents de ceux relatifs à la terminaison des traités internationaux. Le régime juridique applicable à ces contrats fait effectivement figure de compromis entre deux principes que sont, d'un côté, celui de la force obligatoire du contrat que l'Etat est tenu d'exécuter de bonne foi et, de l'autre, le pouvoir souverain dont celui-ci dispose de modifier ou mettre un terme à son engagement contractuel[550]. La solution est alors formulée en termes de licéité : la mesure prise par l'Etat par laquelle il rompt la relation contractuelle n'est pas génératrice de responsabilité, tant que cette mesure poursuit un but d'intérêt général et qu'elle se trouve accompagnée d'une juste compensation.

Une limite supplémentaire à l'action de l'Etat se trouve posée s'agissant de certaines stipulations contractuelles qui sont à ce point essentielles, qu'elles devraient être réputées intangibles. On ne peut faire mieux que citer le professeur Weil pour expliquer les raisons qui font que les clauses compromissoires comptent parmi ces stipulations :

> « le mécanisme institué par les parties en vue de régler leurs litiges éventuels doit précisément pouvoir être mis en œuvre pour apprécier la licéité et les conséquences d'une mesure que l'Etat serait amené à prendre dans l'exercice de son pouvoir souverain ; or, ce serait priver cette clause essentielle du contrat de toute efficacité que d'autoriser l'Etat à se dégager des obligations librement

[548] Voir, à titre d'exemple, les requêtes présentées au surarbitre par les représentants de la Yougoslavie au sujet du différend *Losinger et Cie S.A. – « Kompass » c. Royaume de Yougoslavie*, reproduites in *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 78, pp. 98-100, ainsi que la sentence du surarbitre du 31 octobre 1934, pp. 54-97.

[549] Voir les sentences citées *supra*, note n° 547. Pour une décision dans laquelle la liberté laissée à l'arbitre de déterminer les règles organisant sa procédure a abouti à l'application du droit procédural national, voir l'affaire *British Petroleum Exploration Company (Libye) Limited (B.P.) c. Libye*, sentence arbitrale du 10 octobre 1973, *I.L.R.*, vol. 53, pp. 297-357, spéc. pp. 309-311.

[550] L'existence d'un tel pouvoir a été discutée dans la pratique au titre du respect de l'obligation consistant à maintenir l'investisseur dans ses droits contractuels : voir notamment la sentence précitée *British Petroleum Exploration Company (Libye) Limited (B.P.) c. Libye*, sentence arbitrale du 10 octobre 1973 déjà citée, et la note de P. Rambaud, « Arbitrage, concession et nationalisation : quelques observations sur la sentence B.P. », *A.F.D.I.*, 1981, pp. 222-230.

> assumées par lui en vue du règlement des différends pouvant l'opposer à son cocontractant. L'Etat ne saurait donc modifier unilatéralement le mécanisme mis en place, ni directement par un changement apporté d'autorité aux clauses compromissoires, ni indirectement en se refusant d'accepter l'arbitrage tel qu'il est prévu au contrat ou en faisant obstacle à sa mise en œuvre ; par de telles mesures, l'Etat commettrait un acte illicite. Encore moins peut-on admettre qu'un Etat invoque la résiliation du contrat dans son ensemble pour soutenir la caducité de la clause arbitrale et se dérober ainsi aux effets de cette dernière. Il est en effet admis unanimement que les clauses compromissoires sont autonomes par rapport aux autres dispositions du contrat et que l'invalidité ou la terminaison de ce dernier demeurent sans influence sur elles »[551].

C'est ainsi en raison de son objet que l'obligation juridictionnelle échappe à la sphère d'action du pouvoir souverain de modification et d'abrogation. L'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat a précisément pour but de permettre la détermination de la licéité de l'usage qui a été fait de ce pouvoir par l'Etat, et cette clause ne saurait logiquement connaître un destin identique à celui des autres dispositions, quelle qu'ait, par ailleurs, été la légitimité du but poursuivi par l'Etat lorsqu'il s'était agi de mettre un terme à la relation contractuelle[552]. La principale conséquence en est que la validité ou l'applicabilité du contrat à la date d'introduction de l'instance ne compte pas parmi les prérequis à l'exercice de la compétence au fond.

159. C'est sous cet aspect que l'autonomie de la clause compromissoire se trouve aujourd'hui réceptionnée dans la plupart des règlements d'arbitrage international, encore que certains n'y voient que l'affirmation du pouvoir dont dispose le tribunal arbitral de déterminer, en toutes circonstances, sa faculté à connaître du litige[553]. Le contenu de certaines

---

[551] P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre l'Etat et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969-III, vol. 128, pp. 95-240, spéc. p. 222. L'auteur cite à l'appui de cette thèse les opinions de MM. Jimenez de Arechaga, Cohen-Jonathan, et Fouchard : *ibid.*, note n° 34. Dans sa contribution aux *Mélanges Rousseau*, le professeur Weil fait par ailleurs référence, à ce sujet, à l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire de l'*OACI*, établissant ainsi un lien entre le raisonnement tenu par la Cour dans cette affaire et l'autonomie des conditions de validité de la clause d'arbitrage : « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *op. cit.*, p. 325.

[552] Cet aspect a été récemment rappelé par le tribunal arbitral dans l'affaire *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, au titre de sa faculté de connaître de la violation du droit à une procédure arbitrale garanti par le contrat conclu entre l'investisseur et son partenaire étatique (ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, §§ 116-120).

[553] La teneur de certains énoncés reste sans doute sujette à discussion, compte tenu notamment du lien qui pourrait être établi avec l'affirmation, dans la même disposition, du principe suivant lequel le tribunal demeure juge de sa compétence. Voir, à ce sujet, la disposition de l'article 16 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international déjà citée *supra*, note n° 516. Cette disposition est notamment reprise à l'article 45 § 1 du Règlement supplémentaire CIRDI qui concerne les déclinatoires de compétence et dispose que « [l]e tribunal est juge de sa compétence. Aux fins du présent article, une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage au titre du Mécanisme supplémentaire est considérée comme distincte des autres clauses du contrat dans lequel elle figure ».

clauses semble néanmoins dépourvu de toute ambiguïté[554]. Il est ainsi clairement fait la distinction à l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) entre, d'une part, la compétence pour trancher les litiges relatifs à la compétence et, d'autre part, la compétence exercée à titre principal « pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie ». Il est ensuite précisé, pour ces deux niveaux de compétence, qu'« une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

Au surplus, ces dispositions conventionnelles ne font que reprendre une solution déjà admise en pratique. Dès l'affaire *Losinger*, il avait pu être affirmé qu'« il est de jurisprudence constante que la résiliation unilatérale d'un contrat reste sans effet à l'égard de la clause compromissoire, laquelle subsiste à tout le moins jusqu'à droit connu sur les motifs de résiliation, ainsi que sur les conséquences d'une résiliation injustifiée »[555]. L'arbitre avait abouti à cette conclusion après avoir indiqué que

> « les motifs de résiliation avancés ne touchent en rien à la volonté des contractants de recourir à l'arbitrage pour faire trancher la question litigieuse de l'annulation, justifiée ou non, du contrat (…). Autant donc qu'elle n'est pas attaquée en elle-même, la clause [compromissoire] doit (…) produire son effet pour le présent litige, qui est une des 'contestations' et un des 'différends' en vue desquels la juridiction arbitrale a été adoptée par les Parties »[556].

Cette explication résume finalement assez bien le sens que la pratique internationale a donné, depuis lors, à l'autonomie de la clause compromissoire[557], et l'on est ainsi en mesure

---

[554] Voir notamment la disposition de l'article 25 (1) de la Convention CIRDI qui prévoit que « [l]orsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Voir au sujet de cet article 25 (1), *infra*, n° 225-227.

[555] Jugement préjudiciel du 20 octobre 1935 rendu par le surarbitre dans l'affaire *Losinger et Cie S.A. – « Kompass » c. Royaume de Yougoslavie*, texte de la sentence reproduit in *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 78, pp. 105-118, spéc. p. 110.

[556] *Ibid.*

[557] Voir *Lena Goldfields Company (Ltd.) c. URSS*, sentence arbitrale du 2 septembre 1930, *I.L.R.*, vol. 5 (1929-1930), pp. 3-4, *Cornell Law Quarterly*, 1950, pp. 42-53, spéc. pp. 43-44, §§ 11, 15 ; *Libyan American Oil Company (Liamco) c. Libye*, sentence arbitrale déjà citée du 12 avril 1977, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 141-219, spéc. p. 178 ; *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*, sentence arbitrale du 14 janvier 1982, *R.A.*, 1984, pp. 401-421, *Yearbook of commercial arbitration*, 1986, pp. 98 et ss., spéc. p. 103 : l'autonomie de la clause compromissoire permet de connaître du litige constitué au titre de la prétendue nullité du contrat mais ne préjuge pas de celle-ci ; *Sapphire International Petroleums Ltd. c. National Iranian Oil Co. (NIOC)*, sentence arbitrale du 15 mars 1963, *I.L.R.*, vol. 35, pp. 136-192, spéc. p. 159 (accord des parties pour considérer que la résiliation du contrat ne fait pas obstacle au droit de recours à l'arbitrage et à la compétence du tribunal saisi de

de conclure que la seule manière de faire échec à la compétence arbitrale consiste à invoquer l'inapplicabilité de la clause à raison des conditions qu'elle fixe pour que l'arbitre puisse examiner une requête. Cela ne revient pas cependant à affirmer, au sujet de ces contrats d'Etats, que le consentement à l'arbitrage est donné de manière perpétuelle et en toute indépendance vis-à-vis des autres clauses. Comme il a déjà été indiqué, l'objet du recours au juge, dans l'hypothèse d'une résiliation ou d'une résolution unilatérale du contrat, est précisément de déterminer la licéité de l'usage par l'Etat de son pouvoir souverain et, le cas échéant, d'ordonner des mesures de réparation. L'obligation juridictionnelle n'a autrement dit plus d'objet une fois le jugement rendu. Il en va, à l'évidence, de la même façon dans le cas où l'arbitre aurait lui-même procédé à la résolution du contrat en faisant droit à la demande de l'un des contractants fondée sur l'inexécution par son partenaire de ses obligations contractuelles[558]. L'annulation du contrat ou l'introduction d'une demande visant à l'obtenir a pour ainsi dire l'effet de transformer la règle juridictionnelle énoncée dans la clause compromissoire en une norme individuelle à exécution instantanée.

§ 2 - CONDITIONS D'OPPOSABILITE DE LA TERMINAISON DE L'ACTE CONSIGNANT L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL

160. Après avoir établi que la validité de l'acte dans lequel figure l'engagement juridictionnel s'envisage, le plus souvent, comme un prérequis à l'exercice de la compétence juridictionnelle, il s'agit d'identifier les conditions dans lesquelles l'Etat défendeur à

---

la demande). Voir également la sentence préliminaire du 27 novembre 1975, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Co. c. Libye*, *I.L.R.*, vol. 53, pp. 393-419, dans laquelle l'arbitre M. René-Jean Dupuy cite les précédents *Lena* et *Losinger* ainsi que la jurisprudence de la Cour de Cassation française au soutien de l'autonomie de la clause compromissoire et du fondement de l'exercice de sa compétence au fond du litige (*ibid.*, pp. 407-412, §§ 14-18). Voir encore l'opinion dissidente du juge Levi Carneiro dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, *Rec.* 1952, pp. 151-171, spéc. p. 164. La même solution a, par ailleurs, été admise dans l'hypothèse de la dissolution par l'Etat de la société partie au contrat : voir la sentence *British Petroleum Exploration Company (Libye) Limited (B.P.) c. Libye* déjà citée, *I.L.R.*, vol. 53, pp. 297-357, spéc. p. 356 : « *[t]he BP Concession can be said to remain in force and effect as a contractual instrument only in the sense that it forms the basis of the jurisdiction of the tribunal and the right of the Claimant to claim damages from the Respondent before the Tribunal* » ; *Société des grands travaux de Marseille c. East Pakistan Industrial Corporation*, ICC Case No. 1803 (1972), sentence du 12 décembre 1972, *Yearbook commercial arbitration*, vol. V, 1980, pp. 177-185, spéc. p. 180, et *in* J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, *op. cit.*, pp. 215-216.

[558] Voir la sentence arbitrale du 2 septembre 1930 déjà citée, *Lena Goldfields Company (Ltd.) c. URSS*, *I.L.R.*, vol. 5 (1929-1930), pp. 3-4, *Cornell Law Quarterly* (1950), pp. 42-53, spéc. p. 51, § 25. On trouve d'ailleurs dans une telle hypothèse, l'une des origines – peut être la plus essentielle – de la consécration du principe d'autonomie de la clause compromissoire, étant donné qu'« on voulait éviter à l'arbitre de scier la branche sur laquelle il est assis, lorsqu'il est amené à prononcer l'annulation du contrat contenant la clause » : S. Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *R.A.*, 2005, pp. 917-929, spéc. p. 926.

l'instance pourrait opposer cette exigence à l'auteur de la requête en vue de le priver du jugement qu'il sollicite.

L'invocation de la terminaison du traité pose, de manière logique, la question des modalités par lesquelles les parties à la procédure seraient en capacité de se libérer unilatéralement de leur engagement conventionnel. La *dénonciation* ou le *retrait* d'un traité[559] est une opération que l'on perçoit comme complexe, ne serait-ce que par le besoin de stabilité des traités. Il a ainsi été affirmé que « l'extinction du traité peut être considérée comme un phénomène normal, pourvu qu'elle dérive d'une cause légitime et qu'elle se réalise en conformité des règles de procédure applicables »[560]. Si l'analyse a pour objet de préciser ce dernier point, elle ne peut néanmoins négliger le premier aspect, c'est-à-dire l'existence d'une cause légitime : de la teneur du motif d'extinction ou de suspension dépendent, en effet, les conditions dans lesquelles il va pouvoir être utilement invoqué au cours du procès. Il va s'agir, à cet égard, de dissocier suivant que le motif de terminaison était prévu dans le traité (B) ou exclusivement fondé sur le droit international général (A).

A. Motifs d'extinction prévus par le droit international général

161. La première situation est celle dans laquelle la compétence juridictionnelle est contestée en raison de la survenance d'une situation que les parties n'avaient pas envisagée dans leur accord, et dont la « légitimité » en tant que cause extinctive ou suspensive, dépendrait uniquement de la signification que lui attribue le droit international général. La Convention de Vienne sur le droit des traités fait, à cet égard, mention de situations dont la survenance rend l'exécution du traité « *impossible* » (article 61), « *inéquitable* » (article 60 : « extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa

[559] L'hypothèse de la dénonciation se distingue de celle du retrait dans la mesure où la première « a lieu dans des cas où l'on ne peut pas parler de retraite, laquelle suppose la continuation du traité » : D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, p. 444. La terminologie diffère ainsi suivant les effets attachés à la rupture de l'engagement conventionnel : on parlerait ainsi de la « dénonciation » d'un traité bilatéral qui ne survit pas en tant qu'acte au désengagement étatique, alors qu'il serait question de « retrait » à un traité multilatéral, l'initiative individuelle ayant ici uniquement pour effet de sortir l'Etat du régime conventionnel qui continue de lier les autres Etats parties : voir Ch. Rousseau, « L'extinction des traités internationaux », Cours de l'I.H.E.I., 1963-1964, p. 13. Voir également sur la distinction, le deuxième rapport sur le droit des traités de H. Waldock, *An. C.D.I.* 1963, II, pp. 64-65.

[560] F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, pp. 454-455.

violation », et article 62 : « changement fondamental de circonstances ») ou « *illicite* » (article 64 : « survenance d'une norme nouvelle impérative du droit international général »)[561].

162. Quant aux règles de procédures applicables, elles figurent à l'article 65 de la Convention. Les différentes circonstances objectives susceptibles de se produire et d'emporter la caducité, la nullité, et la suspension des traités y sont envisagées comme des « motifs » invocables au soutien d'une demande de retrait ou de dénonciation d'un traité. Elles ne confèrent par elles-mêmes aucun *droit* automatique ou immédiat de dénonciation unilatérale mais peuvent constituer l'objet d'une prétention appelée à être examinée par les autres parties au traité. La réaction que cette prétention suscite conduit, par ailleurs, à deux scénarios possibles. Dans le premier cas de figure, la partie intéressée n'aura émis aucune objection ou serait réputée n'en avoir soulevé par le silence gardé au-delà d'un délai raisonnable, et l'auteur de la demande pourra immédiatement prendre la « mesure envisagée », c'est-à-dire se retirer, mettre fin ou suspendre le traité, et la communiquer aux autres parties (article 67 § 2). Dans le cas où une objection aura été soulevée, hypothèse du second scénario, elle déclenchera l'obligation pour les parties en conflit de « rechercher une solution par les moyens indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies » : négociation, conciliation, arbitrage, règlement judiciaire, *etc*...

163. La succession de ces différentes étapes fait figure de procédure de droit commun. Le professeur Combacau établit d'ailleurs le lien entre l'article 65 de la Convention de Vienne et l'« esprit général du droit applicable à la question » de l'opposabilité des circonstances extinctives ou suspensives non prévues par le traité, considérant que l'initiative unilatérale par laquelle un Etat entreprend de se libérer de ses engagements conventionnels,

> « comme tout acte unilatéral dont le régime n'est pas fixé à l'avance par une règle supérieure qui en détermine à la fois l'admissibilité et les effets ne constitue qu'une prétention de droit, dont le seul effet est d'ouvrir une procédure : en soulevant un motif de suspension, d'extinction ou de nullité, l'Etat met les autres parties intéressées en position de réagir, et c'est normalement par leur acceptation, ou par une décision établissant objectivement le bien-fondé de la prétention initiale que s'opère l'effet de droit vers lequel elle tendait »[562].

La procédure juridictionnelle se présente ainsi avant tout comme un moyen subsidiaire d'établir l'extinction du traité. Elle n'interviendrait qu'en dernier ressort, en l'absence d'une entente entre les parties sur la réalisation de la circonstance invoquée par celui souhaitant

[561] Cette typologie est empruntée au professeur Combacau : *Le droit des traités*, Paris, P.U.F., coll. *Que sais-je*, 1991, pp. 117-120.
[562] *Ibid.*, pp. 105-106.

mettre fin à son engagement conventionnel. Telle est, du reste, la manière la plus logique d'envisager le processus de constitution et de règlement du litige lorsque celui-ci a pour objet l'extinction du traité.

164. Toute autre est la situation dans laquelle l'applicabilité temporelle du traité constitue l'objet du différend relatif à la compétence du tribunal, et non du différend dont ce tribunal se trouve saisi au principal. La question qui se pose est effectivement la suivante : le fait qu'aucune prétention de terminaison du traité n'ait été notifiée par la partie défenderesse avant l'introduction de l'instance, la priverait-elle de la faculté de contester la compétence *ratione temporis* ? Doit-on, à l'inverse, considérer la présentation de l'exception préliminaire comme une manière d'opérer notification à la partie intéressée ? La pratique internationale semble se prononcer en faveur de cette seconde option. Les juridictions n'ont effectivement, à une exception près[563], jamais disqualifié l'objection d'incompétence fondée sur la terminaison du traité consignant l'engagement juridictionnel en raison de l'absence de toute prétention émise en ce sens avant l'introduction de l'instance. Cette solution demeure, au reste, conforme aux dispositions de la Convention de Vienne.

165. Aux termes de l'article 65 § 1 de la Convention, aucune distinction n'est faite entre les différents motifs de terminaison, de suspension et de nullité, tous soumis à l'obligation de notifier. L'article 65 § 5 de la Convention de Vienne prévoit toutefois que « le fait qu'un Etat n'ait pas adressé la notification prescrite (...) ne l'empêche pas de faire cette notification en réponse à une autre partie qui demande l'exécution du traité ou qui allègue sa violation ». Dans le rapport final proposé à l'Assemblée générale en 1966 dans lequel figurait cet article, la Commission justifiait cette solution en ces termes :

> « [l]e paragraphe 5 réserve le droit, pour l'une quelconque des parties, d'adresser la notification prévue au paragraphe 1 en réponse à une demande d'exécution du traité ou à une plainte alléguant la violation du traité, quand bien même elle n'aurait pas auparavant entamé la procédure prévue dans l'article. Dans le cas où il y a eu, par exemple, erreur, impossibilité d'exécution ou changement de circonstances, un Etat pourra fort bien n'avoir pas fait valoir le motif en question avant d'avoir été l'objet de cette plainte – qui aura peut-être même été présentée devant un tribunal (…). Il semblerait normal que le simple fait, pour une partie, de n'avoir pas adressé de notification avant d'avoir été saisie d'une demande d'exécution ne doive pas l'empêcher de faire cette notification en réponse à une demande d'exécution ou d'une plainte alléguant la violation du traité »[564].

[563] Voir la récente affaire *Eureko B.V. c. Slovaquie* dans laquelle le tribunal arbitral a relevé que l'exception préliminaire d'incompétence fondée sur la terminaison du T.B.I. n'avait jamais été soulevée par le défendeur avant que l'instance ne soit engagée : décision sur la compétence du 26 octobre 2010, §§ 234-238. Voir sur les raisons du rejet de l'exception préliminaire, *infra*, note n° 566.
[564] *An. C.D.I.*, 1966, II-2, p. 287.

166. La décision des juridictions internationales de ne pas sanctionner le défaut de notification préalable à la présentation de l'exception préliminaire, demeure ainsi en tout point conforme aux dispositions procédurales de la Convention, et sans qu'il y ait, par ailleurs, lieu de distinguer les situations suivant la teneur du motif de terminaison invoqué par l'Etat au soutien de l'incompétence temporelle. La règle énoncée à l'article 65 § 5 de la Convention apparaît toutefois véritablement décisive s'agissant des hypothèses où la terminaison du traité supposait l'intention d'y mettre un terme, à l'image des affaires où la partie défenderesse invoque un changement fondamental de circonstances pour contester la compétence du tribunal. Contrairement à l'hypothèse de la disparition de l'objet du traité qui rend son exécution impossible, ou encore au cas de la survenance d'une norme impérative du droit international général et incompatible avec les énoncés conventionnels, le changement fondamental de circonstances n'emporte pas *ipso facto* la caducité de l'acte. Il inaugure simplement une situation temporaire de « pré-caducité » qui permettrait encore aux parties d'observer leur engagement et, éventuellement, d'en réviser les termes, mais qui, dans le même temps, leur ouvre la faculté de le dénoncer ou de le suspendre unilatéralement[565]. Cette situation est également celle qui trouve à se produire consécutivement à la violation substantielle d'un accord. Dans ces deux cas de figure, la mutation de l'effet conventionnel est la résultante d'un fait juridique – le changement fondamental de circonstances, la violation substantielle du traité –, et de la conséquence qu'en a tirée, à titre individuel, l'Etat du point de vue de sa participation au régime conventionnel. Au vu de la manière dont le fait extinctif opère dans ce type d'hypothèses, on aurait ainsi légitimement pu considérer qu'un Etat ne puisse utilement contester la compétence temporelle lorsqu'il n'avait pris aucune mesure aux fins de se libérer de ses obligations conventionnelles avant la date d'introduction de l'instance. Le tempérament admis à l'article 65 § 5 permet, dans cette mesure, de donner un fondement à

[565] Voir en ce sens A. Goellner, *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, Paris, Rousseau et Cie, 1939, pp. 22-24, 27-43. Voir également Ch. Rousseau, pour un rapprochement de la théorie de la clause *rebus sic stantibus* avec celle de l'imprévision en droit administratif français, le changement fondamental de circonstances étant « un événement imprévu de nature non pas à mettre automatiquement fin au traité, mais à permettre aux parties une réadaptation conventionnelle ou juridictionnelle d'un régime juridique qui ne correspond plus au but en vue duquel il a été établi » : « L'extinction des traités internationaux », *op. cit.*, p. 37. Sur la terminaison du traité comme conséquence de sa violation, voir l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *Rec.* 1971, pp. 16-58, spéc. p. 47, § 96. Pour la doctrine, voir H. W. Briggs, « Unilateral Denunciation of Treaties : The Vienna Convention and the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 55-57 ; M. Gomaa, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, La Haye, Nijhoff, 1996, pp. 157 et ss. ; A. D. McNair, « La terminaison et la dissolution des traités », *R.C.A.D.I.*, 1928-II, vol. 22, pp. 463-535, spéc. pp. 519-520, au titre des conséquences de la violation substantielle d'un traité : « l'effet d'une violation (…) est uniquement de donner à l'autre partie la faculté de mettre fin au traité en ce qui concerne son exécution ultérieure » ; R. Plender, « The Role of Consent in the Termination of the Treaties », *B.Y.B.I.L.*, 1986, pp. 133-167, spéc. pp. 157 et ss.

la solution qui consiste à ne pas rejeter les exceptions d'incompétence temporelle fondées sur la terminaison du traité, nonobstant l'absence de toute prétention préalablement émise en ce sens[566].

167. L'explication à donner à la règle énoncée à l'article 65 § 5 apparaît, pour sa part, indissociable des raisons qui ont conduit la Commission à étendre l'obligation de notification à l'ensemble des motifs de terminaison prévus par le droit international général. Les travaux initiaux du Rapporteur Fitzmaurice avaient effectivement fait apparaître une césure entre les modes « automatiques » (caducité, expiration) et les modes « spéciaux » d'extinction des traités résultant d'une notification ou d'une dénonciation d'une partie ou de plusieurs parties agissant d'un commun accord[567]. L'obligation de notification était ainsi exclusivement attachée à ces modes spéciaux d'extinction, et trouvait sa justification dans le principe énoncé dans le Protocole de Londres de 1871 conformément auquel un Etat ne serait en capacité de se délier lui-même des obligations qu'il a assumées en vertu d'un traité sans le consentement des autres parties[568]. Prenant la relève, Humphrey Waldock devait retenir une autre manière de distinguer les différentes hypothèses suivant que le droit de mettre fin au traité, de cesser d'y être partie ou d'en suspendre l'exécution résultait d'un droit expressément ou implicitement prévu dans le traité (ex-article 24), ou bien d'une disposition de la Convention de Vienne (ex-article 25)[569]. Dans les deux cas, le projet prescrivait une obligation de notification. Le Rapporteur spécial estimait, à ce sujet, que la nécessité d'un tel encadrement procédural ne s'imposerait pas uniquement en raison du principe de la force obligatoire des traités, dans la mesure où il pourrait ne plus y avoir « d'obligation découlant du traité au moment de sa dénonciation (…). Si l'on refuse d'admettre le droit de dénonciation unilatérale », ajoutait-il,

---

[566] Il faut toutefois relever, en accord avec les termes de l'article 65 § 5 de la Convention de Vienne, qu'une telle faculté ne serait admise que dans la mesure où l'Etat ne peut, par son comportement, être considéré avoir acquiescé au maintien en vigueur du traité. Comme l'indiquait déjà A. McNair au sujet de la faculté de mettre un terme au traité suite à sa violation substantielle, « s'il n'est pas fait usage de cette faculté dans un délai raisonnable, le droit de l'exercer disparaît » (A. D. McNair, « La terminaison et la dissolution des traités », *op. cit.*, pp. 519-520). Il devrait ainsi être tenu compte de l'écart de temps séparant la réalisation des circonstances invoquées au soutien de la terminaison du traité et l'introduction de l'instance, en vue de déterminer si l'Etat devait, par son inaction, être considéré avoir renoncé à son droit de mettre un terme à ses obligations conventionnelles. Par ailleurs, l'application de la règle énoncée à l'article 65 § 5 trouve une autre limite en considération du fait que la notification doit être adressée « à l'autre partie » à l'accord, en réponse à sa demande d'exécution ou à sa plainte. Dans la récente affaire *Eureko*, le tribunal arbitral a jugé, à ce sujet, que l'Etat défendeur ne pouvait invoquer la terminaison du T.B.I. établissant la compétence, dans la mesure où il n'avait, d'une part, jamais adressé une telle notification avant l'introduction de l'instance, et où il ne pouvait, d'autre part, être considéré remplir cette condition en soulevant une exception préliminaire en raison du fait que le requérant – la société *Eureko* – n'était pas partie au T.B.I. : *Eureko B.V. c. Slovaquie*, décision sur la compétence du 26 octobre 2010, §§ 233-238, spéc. § 238.

[567] Deuxième rapport sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1957, II, pp. 26-27, spéc. §§ 2, 9.

[568] Voir, à ce sujet, la synthèse établie par H. Waldock dans son deuxième rapport, *An. C.D.I.* 1963, II, p. 92, § 4.

[569] Voir les projets d'article 24 et 25, *An. C.D.I.* 1963, II, pp. 90-91, et le commentaire de l'article 25, pp. 91-94.

> « ce n'est pas que la dénonciation unilatérale d'un traité en tant que telle viole la règle *pacta sunt servanda*, c'est parce que l'on craint que, si leurs requêtes ne sont pas soumises à certaines conditions de procédure, les Etats ne puissent formuler des demandes d'annulation ou de dénonciation injustifiées quoique fondées sur des raisons légitimes, et qu'ils ne violent la règle *pacta sunt servanda* sous prétexte d'invoquer un droit légitime »[570].

168. On comprend dans cette mesure que l'obligation de notification, telle qu'elle se trouve prescrite à l'article 65 de la Convention, ne procède pas tant de l'impossibilité faite à une partie à un traité de se délier de ses engagements sans avoir préalablement obtenu le consentement de l'autre ou des autres parties, que de l'obligation d'agir de bonne foi[571], laquelle exclut, entre autres choses, « que la nullité, la fin ou la suspension de l'application d'un traité puisse être arbitrairement invoquée comme simple prétexte pour s'affranchir d'une obligation gênante »[572]. La faculté reconnue aux Etats, à l'article 65 § 5, de remplir la condition de notification une fois seulement la procédure juridictionnelle introduite, trouve ainsi sa justification dans le fait que le juge serait à même d'écarter toute interprétation unilatérale, et donc potentiellement arbitraire, des circonstances susceptibles d'emporter la terminaison du traité[573].

169. C'est d'ailleurs l'explication qu'avait, semble-t-il, retenue la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries islandaises* pour apprécier l'exception d'incompétence islandaise fondée sur le prétendu changement fondamental de circonstances[574]. Le Royaume-Uni avait effectivement déclaré dans son mémoire que la thèse islandaise présentait une faille : même à considérer qu'un tel changement soit advenu, il « n'aurait jamais pour

---

[570] *Ibid.*, pp. 92-93, § 5.

[571] Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour s'était d'ailleurs contentée de faire observer que les parties litigantes s'accordaient à « reconnaître que les articles 65 et 67 de la convention (…), s'ils ne codifient pas le droit coutumier, le reflètent du moins généralement et contiennent certains principes *qui ont pour fondement l'obligation d'agir de bonne foi* » (Hongrie c. Slovaquie, arrêt de la Cour du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, pp. 7-84, spéc. p. 66, § 109 ; nous soulignons), ce qui, comme le note le professeur Cosnard, était une manière d'adhérer à la thèse ainsi défendue : « Article 65 », *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, vol. III, pp. 2347-2384, spéc. pp. 2358-2359.

[572] Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, commentaire du projet d'article 62, *An. C.D.I.* 1966, II, p. 285, § 1. Les risques d'arbitraire figuraient d'ailleurs en tête du commentaire du futur texte de l'article 65 de la Convention. Le Rapporteur Waldock notait que « certains motifs de non-validité ou d'extinction d'un traité, quoique légitimes en soi, comportent des risques évidents pour la stabilité des traités s'ils peuvent être arbitrairement invoqués et suivis d'effets malgré les objections des autres parties. Les seuls moyens d'éviter ou de réduire ces risques sont d'abord de donner le plus de précision possible à la définition des différents [motifs] et, en second lieu, de limiter par des règles de procédure les occasions d'actes arbitraires » (Deuxième rapport sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1963, II, p. 91, § 1).

[573] A cet effet, on pourrait même considérer que l'obligation de recueillir l'assentiment des parties, ne fait véritablement sens que si on la rapporte à l'absence d'une juridiction obligatoire en droit international : voir sur ce point *An. C.D.I.* 1963, II, p. 93, § 6.

[574] *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande, arrêt de la Cour déjà cité du 2 février 1973, *Rec.* 1973, pp. 3-22, spéc. pp. 21-22.

effet d'abroger automatiquement un traité ou d'autoriser une des parties à dénoncer un traité unilatéralement et sans contestation possible [mais uniquement] de conférer le droit de demander l'abrogation (…) »[575]. Le Royaume-Uni citait notamment, à cet égard, la procédure prévue par l'article 65 de la Convention de Vienne. Pour rejeter l'argument, la Cour avait néanmoins jugé suffisant de relever qu'elle demeurait, en tout état de cause, investie du pouvoir de déterminer les conséquences juridiques à attribuer au changement fondamental de circonstances sur le plan de sa compétence juridictionnelle, laissant ainsi sous-entendre que le but de l'encadrement procédural prévu par la Convention de Vienne se trouvait atteint[576].

B. Motifs d'extinction prévus par le traité

170. La question de l'encadrement procédural se trouve posée en des termes différents lorsque la cause d'extinction ou de suspension invoquée au soutien de l'incompétence temporelle du tribunal est prévue dans les clauses du traité, essentiellement pour deux raisons :

– premièrement, l'efficacité de la prétention d'extinction ou de suspension ne nécessite plus ici l'approbation des parties intéressées ou, alternativement, une décision juridictionnelle établissant son bien-fondé. Comme l'indique le professeur Combacau, l'admissibilité de l'acte unilatéral de l'Etat aussi bien que celle de ses effets seraient « déterminé[es] à l'avance conventionnellement, [et] aucune réaction ne [serait] nécessaire pour le valider, suivant le principe qui régit les actes unilatéraux dont une règle supérieure organise la productivité légale »[577]. La seule question posée au juge dans une telle situation serait d'établir si la partie qui a dénoncé son engagement a, ce faisant, exercé un pouvoir qui lui était reconnu et qui serait, en cela, rendu opposable aux autres parties à l'acte. Du reste, il semble pouvoir être

[575] *Rec.* 1973, p. 21, § 44.
[576] *Rec.* 1973, p. 21, § 45 : « en l'espèce, la disposition procédurale complétant la théorie du changement de circonstances est déjà prévue dans l'échange de notes de 1961 qui stipule que les parties pourront porter devant la Cour tout différend relatif à l'élargissement par l'Islande de sa juridiction en matière de pêcheries. En outre, s'il se posait une question quant à la compétence de la Cour, en raison d'une prétendue caducité résultant d'un changement de circonstances, on pourrait la résoudre par application du principe judiciaire reconnu qui est consacré à l'article 36, paragraphe 6 du Statut, lequel dispose : '[e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide' ». Voir sur ce point les observations de H. W. Briggs, « Unilateral Denunciation of Treaties : The Vienna Convention and the International Court of Justice », *A.J.I.L.*, 1974, pp. 51-68, spéc. pp. 66-67 ; L. Favoreu, « Les arrêts du 2 février 1973. L'affaire de la compétence en matière de pêcheries », *A.F.D.I.*, 1973, pp. 272-289, spéc. pp. 287-288 ; Ph. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre états*, *op. cit.*, p. 171. H. W. Briggs, « Unilateral Denunciation of Treaties : The Vienna Convention and the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 66-67.
[577] J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, p. 104.

déduit de la lettre des articles 65 et 67 de la Convention de Vienne que l'obligation de notification qui a pour objet d'assurer la sécurité des relations découlant du traité, ne s'applique qu'aux cas où la partie agit « sur la base des dispositions de la Convention » de Vienne (article 65 § 1), c'est-à-dire lorsqu'elle invoque un motif prévu par le droit international général, et non dans le cas où la dénonciation ou le retrait aura été entrepris « sur la base des dispositions [du traité] » (article 67 § 2)[578].

– la seconde raison qui est une conséquence immédiate de la première, est que l'incompétence de la juridiction peut être utilement plaidée sur le fondement de la suspension ou de l'extinction de l'engagement conventionnel, seulement si les conditions de procédure prescrites par le traité ont été satisfaites. La réglementation est, à cet égard, très variable d'un instrument à l'autre ; il peut, néanmoins, être fait le départ entre les causes extinctives énoncées dans le traité qui opèrent de manière automatique, sans imposer une initiative unilatérale de la part de celui qui s'en prévaut, et les motifs qui n'ouvriraient qu'une faculté de mettre fin ou suspendre l'engagement conventionnel, et qui seraient l'objet de la procédure prévue par le traité.

171. Avant même d'envisager les conditions dans lesquelles un Etat aura dû en faire usage, il y a lieu de faire observer que l'existence même du pouvoir de répudier l'accord ou de suspendre son exécution, n'est pas toujours aisée à déterminer dans la mesure où ce pouvoir peut, en conformité avec l'article 56 de la Convention de Vienne, découler de la *nature du traité* ou de *l'intention de ses rédacteurs*[579]. Il serait ainsi tentant pour un Etat pressentant l'ouverture à son encontre d'une procédure juridictionnelle, de dénoncer l'accord dans lequel figure l'engagement juridictionnel et de s'en justifier après coup sur le fondement d'un droit dont il se trouvait tacitement investi. Dans le cas, cependant, où ce droit n'aurait pas été objectivement établi après interprétation des dispositions du traité, et à défaut d'une autre ligne de défense, l'Etat n'opposerait plus alors que sa seule volonté de se délier de son engagement, et se trouverait alors dans l'incapacité de modifier le cours du procès, compte tenu du principe énoncé dans le Protocole de Londres, et codifié à l'article 54 de la

[578] La fusion des articles 24 et 25 en un seul article 65 n'a ainsi pas été synonyme d'une application généralisée de la procédure initialement prévue pour les motifs de terminaison qui ne seraient pas énoncés dans le traité (ex-article 24) : voir, en ce sens, F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 568.

[579] Sur la nature coutumière d'un tel principe, voir Th. Christakis, « Article 56 », *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, III, pp. 1951-2009, spéc. pp. 1960-1961, 1994 et ss., §§ 76 et ss.

Convention de Vienne, qui veut que la répudiation d'un traité ait lieu conformément à ses dispositions ou par consentement de toutes ses parties[580].

172. A considérer cette fois que le droit unilatéral de dénonciation ait été expressément reconnu par le texte, sa mise en œuvre préalablement à l'ouverture de l'instance ne constituerait pas l'assurance pour celui qui s'en prévaut d'obtenir une décision d'incompétence. Il est fréquent que les textes prévoient des conditions encadrant l'adoption de la mesure unilatérale ou retardant le moment à compter duquel cette mesure pourrait produire ses effets. Dans le premier cas de figure, le droit de retrait ne pourrait être mis en œuvre qu'à l'issue d'une période de temps déterminée à compter de l'entrée en vigueur du traité à l'égard de la partie en cause[581]. La volonté d'assurer la stabilité des rapports conventionnels se traduit par l'imposition d'une durée minimale d'engagement. Dans le deuxième cas de figure, l'encadrement des effets juridiques de la dénonciation permettrait que des procédures juridictionnelles engagées ultérieurement puissent l'avoir été de manière valable. Doivent être citées, à ce sujet, les clauses finales du traité prévoyant sa reconduction tacite pour une ou plusieurs périodes de temps équivalentes à celle pour laquelle il avait été initialement conclu. Comme le fait remarquer le professeur Capotorti, « il est évident », dans un tel cas de figure, « qu'une dénonciation ne pourra avoir effet qu'à la fin de la période de validité qui était en cours au moment où elle a été faite »[582]. Parmi les autres mécanismes rencontrés dans la pratique conventionnelle, le plus original est sans doute celui qui établit une distinction entre la date de terminaison de l'acte et celle, ultérieure, à compter de laquelle les règles qui s'y trouvent consignées cesseront de produire leurs effets. Ces clauses dites de « survie » sont fréquemment introduites dans les instruments bilatéraux de promotion et de protection des

[580] Le principe avait, dans l'intervalle, était réaffirmé dans la Convention panaméricaine sur les traités du 20 février 1928 au terme de laquelle « aucun Etat ne peut s'exempter des obligations du traité ou en modifier les stipulations, sinon moyennant un accord pacifiquement obtenu avec les autres parties contractantes ». L'année suivante, dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, la Cour permanente de Justice internationale allait également se prononcer sur ce point, jugeant au sujet de l'abrogation du régime conventionnel entre la France et la Suisse qu'elle n'était en mesure de « déployer ses effets que si le consentement de la Suisse n'était point nécessaire pour cette abrogation » : France c. Suisse, ordonnance de la Cour du 19 août 1929, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 22, pp. 5-22, spéc. p. 18.

[581] Pour un exemple, voir l'article 47 du Traité sur la Charte de l'énergie qui prévoit un délai de 5 ans à compter de la date à laquelle le traité est entré en vigueur à l'égard de la partie contractante. Texte de l'article disponible à l'adresse www.legifrance.gouv.fr/ (consulté le 10 mars 2011). La même condition est énoncée à l'article 58 § 1 de la Convention européenne au titre de sa dénonciation.

[582] F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 482. Cette règle est même parfois énoncée dans la clause de dénonciation : voir par ex. le T.B.I. Pays-Bas/République tchèque appliqué dans l'affaire *Eastern Sugar*, dont l'article 13 § 2 prévoit que « *unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity* » : texte consultable à l'adresse http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/czech_netherlands.pdf (consulté le 10 mars 2011).

investissements aux fins de maintenir l'applicabilité du régime conventionnel aux investissements effectués ou aux mesures prises en vue d'investir, pour une période supplémentaire oscillant entre dix et vingt ans. Une telle extension se répercute sur le plan de la compétence juridictionnelle. La garantie qu'il puisse être fait application de la clause attributive de compétence même après la dénonciation par l'un des Etats de son engagement fait figure de succédané de l'autonomie des clauses compromissoires insérées dans les contrats d'Etat[583].

Plus classiquement, le droit de dénonciation aura été assorti de l'obligation d'observer un préavis différant les effets de la mesure unilatérale à l'échéance d'un délai d'une durée généralement comprise entre six mois et un an[584]. Cette disposition est très fréquemment reprise dans les clauses de dénonciation. La question a pu d'ailleurs être posée, en pratique, de déterminer dans quelle mesure un Etat pourrait mettre fin avec effet immédiat à sa participation à un accord, lorsque cette faculté n'est pas exercée sur le fondement d'une clause expresse. La Convention de Vienne prévoit dans l'hypothèse où la faculté de dénonciation du traité est déduite de la nature du traité ou de l'intention des parties, l'écoulement d'un délai d'une durée au moins égale à douze mois entre la date à laquelle serait notifiée l'intention de

[583] Ces clauses de survie sont très fréquentes. Pour un exemple, voir l'article 13 du T.B.I. France/Argentine signé le 3 juillet 1991 et entré en vigueur le 3 mars 1993 : « [à] l'expiration de la période de validité du présent Accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de quinze ans » (*R.T.A.*, 1993, n° 11, pp. 391-398, spéc. p. 397). On pourra également consulter le modèle canadien de T.B.I. (2004), dont l'article 52 § 3 prend le soin de préciser que tous les dispositions de l'accord des articles 1 à 52 parmi lesquelles figurent les clauses de règlement, seront maintenues dans leur application pour une durée supplémentaire de quinze ans : texte du modèle d'accord disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/ (consulté le 10 mars 2011). Le mécanisme de survie est également prévu au titre de la terminaison par l'Etat de l'application provisoire du Traité sur la Charte de l'énergie (article 45 3 (b) du Traité) : voir sur l'effet de cette clause, la décision *Yukos* précitée où le tribunal avait établi les obligations du gouvernement russe suite à la notification de son intention de ne plus devenir partie contractante au traité, le régime d'application provisoire restant maintenu – y compris pour la clause de règlement – pour une durée de vingt ans : décision *Yukos Universal Limited c. Russie* déjà citée du 30 novembre 2009, spéc. §§ 388, 395. Voir également sur ce point la sentence *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, spéc. § 212. S'agissant, par ailleurs, du champ d'application de la garantie, celle-ci a pu faire l'objet d'une interprétation très large dans la seule affaire où elle avait été discutée au titre de la compétence, dans la mesure où l'arbitre avait admis que la clause de survie pourrait produire ses effets dans l'hypothèse d'une terminaison implicite de l'accord en raison de l'entrée en vigueur entre les parties à l'accord d'un autre régime conventionnel : voir la sentence arbitrale partielle déjà citée *Eastern Sugar*, §§ 175-178, et analysée *supra*, n° 153, et note n° 535.

[584] Voir la pratique conventionnelle dépouillée par D. Anzilotti, in *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 445. Voir également le deuxième rapport de Waldock sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1963, II, p. 72. La pratique des T.B.I. offre par ailleurs un panorama des différents modèles de clauses de dénonciation. Les T.B.I. conclus par la France prévoient ainsi un préavis de un an : voir par ex. l'article 13 du T.B.I. France / Argentine du 3 juillet 1991 déjà cité, *R.T.A.*, 1993, n° 11, pp. 396-397. La même durée a, par ailleurs, été prévue dans le Statut de Rome, le retrait par l'Etat du Statut prenant effet un an à compter de la date à laquelle il a été notifié, « à moins que [la notification] ne désigne une date postérieure » (article 127 du Statut) : voir sur ce point R. S. Clark, « Article 127 », *in* O. Triffterer (éd.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Note, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 1777-1779, spéc. p. 1778.

dénoncer et celle de sa prise d'effet[585]. Dans son avis consultatif du 20 décembre 1980 rendu dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OM.S. et l'Egypte*, la Cour internationale de Justice a simplement retenu, au sujet d'un acte conclu entre un Etat et une organisation internationale, la nécessité d'observer un préavis d'une durée raisonnable, jugeant que « ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend nécessairement des circonstances »[586].

173. De cet état des lieux de la pratique conventionnelle, il peut être tiré la conclusion que l'exercice de la faculté donnée aux parties à un traité de s'en retirer ou de le dénoncer unilatéralement s'entoure d'un arsenal de conditions qui en diffèrent le plus souvent les effets. Cet encadrement se traduit, sur le plan de la compétence juridictionnelle, par la possibilité d'introduire valablement une action à l'encontre d'un Etat une fois son intention donnée de retirer son engagement. De manière plus générale, ces conditions procédurales et les effets qu'on leur attribue sur le plan juridictionnel, confortent les conclusions énoncées précédemment au sujet du statut de la clause compromissoire. Cette dernière est solidaire des autres dispositions conventionnelles, dispose d'une durée de validité identique, et ne saurait ainsi conférer compétence à un organe que tant que le traité dans lequel elle figure demeure applicable.

SECTION 2 / CAUSES DE TERMINAISON PROPRES A L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL

174. Les développements précédents ont permis de conclure que l'énoncé attributif de compétence n'est pas doté d'un statut qui le différencierait des autres énoncés du traité dans lequel il figure. C'est que, la problématique de la validité temporelle des actes aux fins de la détermination de la compétence juridictionnelle ne se singularise qu'au titre des faits et situations qui pourraient être utilement opposés à l'efficacité de la règle de compétence considérée en elle-même, et non plus par le truchement de l'acte qui la consigne. Cette

[585] Article 56 § 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.
[586] *Rec.* 1980, pp. 73-98, spéc. p. 96, § 49. La Cour retiendra la même solution dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, rappelant que le droit des traités « prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée » : Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, pp. 392-443, spéc. p. 420, § 63. Sur cette affaire qui concernait le retrait des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de l'article 36 § 2 du Statut, voir *infra*, n° 212 et ss.

spécificité ressortit d'abord à l'objet de la règle qui va permettre d'opérer un tri entre différentes situations suivant qu'elles se trouvent en mesure d'emporter l'incompétence temporelle de la juridiction (§ 1). Les autres circonstances pouvant rendre l'engagement inopposable à son auteur permettent, quant à elles, de faire part des conditions particulières dans lesquelles les Etats se soumettent à l'exercice du pouvoir juridictionnel (§ 2).

§ 1 - LES CIRCONSTANCES METTANT EN JEU L'OBJET DE LA REGLE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE

175. Les premières circonstances qui trouvent à être évoquées ont pour trait commun de mettre en jeu l'*objet* de la règle de compétence. Evoquer l'objet d'une règle au titre des circonstances susceptibles d'emporter son inapplicabilité, se résume le plus souvent à envisager l'hypothèse de sa *caducité*, telle qu'elle est entendue dans son sens le plus étroit. Il est admis, en effet, que l'altération ou la disparition pure et simple de l'objet d'une règle se traduit dans l'impossibilité que le comportement visé par cette règle ne puisse désormais se réaliser et/ou déclencher les conséquences de droit qui lui seraient attachées. Le lien entre le maintien de l'objet de l'obligation dans le temps et la faculté corrélative de celle-ci à s'appliquer est aussi logique que manifeste. La perte de l'objet d'une obligation se trouve d'ailleurs associée dans la Convention de Vienne à la survenance d'une situation rendant son exécution impossible (article 61)[587]. Le cas des règles attributives de compétence conduit toutefois à établir une distinction suivant le comportement mis en cause. Occasion a déjà été faite d'évoquer la pluralité de conduites déterminées par les clauses juridictionnelles qui *habilitent* non seulement le juge à exercer sa compétence si l'ensemble des conditions posées à cet effet sont réunies, mais également les justiciables, autres destinataires de la règle, à solliciter un tel exercice et à se soumettre à la procédure devant y conduire. Or, tel qu'il va s'agir de le démontrer, la caducité de l'obligation juridictionnelle ne saurait être établie qu'au titre de l'impossible réalisation du premier comportement visé par la règle, c'est-à-dire l'exercice par le tribunal de son habilitation à juger. Le fait, pour le reste, que l'objet de la

[587] L'article 61 § 1 prévoit qu'une telle situation serait susceptible d'être invoquée pour mettre fin au traité ou s'en retirer si l'impossibilité « résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution du traité ». Cette solution a par ailleurs été rappelée à l'occasion de l'examen par la Commission du droit international des différents cas de terminaison des actes unilatéraux, l'application des règles que ces actes consignent étant, dans les mêmes conditions, fonction du maintien de leur objet dans le temps : voir le neuvième rapport de M. Rodriguez Cedeño, 58ème session, A/CN.4/569/Add.1, spéc. §§ 110-111 et § 119 : « [u]n acte unilatéral peut être considéré comme ayant pris fin ou être révoqué par l'État qui l'a accompli (…) c) si l'acte unilatéral n'a plus d'objet ».

règle de compétence s'envisage en une habilitation faite aux sujets d'exercer leur droit d'action en justice, conduit à exclure toute pertinence à des situations qui, en d'autres circonstances, seraient susceptibles d'emporter l'extinction des actes. Il convient ainsi d'évoquer successivement ces différentes situations : celles, d'abord, dont la survenance rend irréalisable l'exercice par le tribunal de son pouvoir de juger (A), et celles qui ne pourraient précisément aboutir à l'établissement de l'incompétence temporelle en raison de l'habilitation faite aux justiciables d'agir en justice (B).

A. Les causes de terminaison tenant à l'impossible mise en œuvre par le juge de son habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel

176. Les situations et circonstances dont la survenance fait échec à ce que le comportement de l'organe juridictionnel habilité par la règle de compétence ne se réalise, ressortissent à deux registres différents : le cas le plus « classique » associe la disparition de l'objet de la règle à la disparition de l'organe investi de la compétence (1). L'exécution intégrale de l'engagement juridictionnel peut également conduire à sa caducité même si elle n'apparaît, après analyse, pourvue que d'un faible intérêt pratique pour celui qui chercherait à exciper de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal (2).

1. Disparition de la juridiction investie de compétence

177. La disparition du tribunal désigné comme titulaire de la compétence est une circonstance souvent prise en exemple pour illustrer le maintien de l'objet de l'obligation en tant qu'élément nécessaire à sa mise en œuvre. Les clauses attributives de compétence feraient même figure de cas d'école pour démontrer que l'hypothèse d'une situation rendant l'exécution de l'obligation impossible, envisagée par l'article 61 de la Convention de Vienne, ne se limite pas à la destruction d'un objet physique, mais peut également concerner la dissolution d'un objet purement juridique. La disparition de l'organe juridictionnel se trouve associée à un type particulier d'impossibilité d'exécuter, qui aurait pour origine la disparition du *champ d'application* de l'obligation, c'est-à-dire de la « sphère ou du domaine (…) dans lesquels [son] exécution [pouvait] avoir lieu »[588]. Envisagées de cette façon, les conséquences

[588] G. Fitzmaurice, deuxième rapport sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1957, II, p. 58. Le Rapporteur établit une distinction entre, d'une part, la survenance d'une situation rendant impossible l'exécution de l'obligation qui peut résulter tout autant de la disparition d'un objet physique que juridique et, d'autre part, la survenance d'« une

juridiques à tirer de la survenance d'une telle situation le seraient exclusivement au titre du rapport noué entre les sujets à l'égard de la juridiction. Quoique l'hypothèse de la disparition de l'organe vise *d'abord* l'impossible exercice du pouvoir juridictionnel, il y a, à l'évidence, tout lieu de considérer que cette circonstance se répercute sur l'habilitation donnée aux parties d'agir. Comme l'indique le juge Morelli, puisqu'une règle attributive de compétence a pour objet de conférer des pouvoirs juridiques « ou bien à un organe donné ou bien à un Etat mais par rapport à un organe donné, la disparition d'un tel organe (…) a nécessairement entraîné l'extinction desdits pouvoirs et, en même temps, l'extinction de la situation correspondante de soumission aux mêmes pouvoirs »[589]. En ce sens, donc, les conséquences se reportent sur la sphère d'action des justiciables qui se trouvent dans l'impossibilité d'exécuter l'engagement auquel ils avaient souscrit en raison de son champ d'application[590].

C'est de cette façon que les effets de la disparition de la juridiction ressurgissent en pratique. En raison d'une nécessité logique, les conséquences attachées à un tel événement ne sauraient être établies par l'organe qui n'avait plus d'existence légale à la date de saisine, ni *a fortiori* à celle du jugement, mais uniquement par l'organe qui s'est vu confier les compétences de l'institution dissoute, et qui serait appelé à examiner les conditions dans lesquelles les parties ont été autorisées à s'en remettre à lui. Cette situation s'est produite à différentes reprises[591] ; la part la plus essentielle des enseignements relatifs aux conséquences

---

situation rendant le traité littéralement inapplicable, du fait de la disparition complète du champ d'application du traité ». A cet égard, le Rapporteur spécial donne notamment l'exemple des traités se rapportant au régime à une Union douanière qui aurait pris fin. Il ne fait pas de doute, au vu des explications que le Rapporteur donnait par la suite, que les traités de règlement judiciaire ou arbitral auraient également pu compléter la liste : « dans cette hypothèse [de la disparition du champ d'application de l'obligation], la cause d'extinction tient moins à ce que l'exécution est devenue impossible (elle l'est sans doute devenue, mais il se peut qu'elle demeure littéralement possible dans certains cas), qu'au fait que l'exécution, même si elle est encore possible, serait absurde, inappropriée et sans objet, et qu'il n'est plus en réalité question d'exécution, car il n'existe plus de sphère ou de domaine auxquels le traite s'applique ou dans lesquels l'exécution puisse avoir lieu. Il paraît donc préférable de les traiter comme des cas qui peuvent comporter une impossibilité d'exécution, mais qui demeurent juridiquement distincts des cas d'impossibilité proprement dits » (*ibid.*).

[589] Opinion dissidente du juge Morelli rendue dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (nouvelle requête), *Rec.* 1964, pp. 85-115, spéc. pp. 95-96, § 12.

[590] Pour une analyse sous cet angle des conséquences de la disparition de la juridiction sur le maintien en vigueur de l'engagement juridictionnel, voir J.-P. Cot, « Affaire de l'Incident aérien, Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 291-312, spéc. p. 306 ; F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, spéc. pp. 82-84.

[591] La disparition de la SDN a entraîné celle de plusieurs institutions de contrôle dont certaines étaient dotées de compétence judiciaire : voir notamment l'exemple de l'organisme prévu dans la convention collective sur les stupéfiants dont le transfert de compétence est décrit par P. Guggenheim dans sa plaidoirie devant la Cour de La Haye, dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : *C.I.J. Mémoires, Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), vol. II, pp. 138-139 (audience publique du 19 mars 1964, matin). Voir également l'avis consultatif de la Cour relatif au *Statut international du Sud Ouest Africain* au sujet du transfert à l'Assemblée générale des Nations Unies des fonctions de surveillance exercées par le Conseil de la S.D.N. sur les territoires sous Mandat : avis consultatif du 11 juillet 1950, *Rec.* 1950, pp. 128-145, spéc. pp. 136-137. La question du transfert de compétence juridictionnelle s'est par ailleurs illustrée dans l'ordre juridique communautaire, au sujet de l'expiration de la Communauté économique du Charbon et de l'acier et de

juridiques de la disparition de la juridiction sur l'efficacité des règles juridictionnelles ont toutefois été recueillis au titre des mécanismes 36 § 5 et 37 du Statut de la Cour internationale de Justice qui opèrent respectivement transfert automatique des engagements unilatéraux (a) et conventionnels (b) pris sous le régime de la Cour permanente[592]. Du régime d'application de ces deux mécanismes, il peut être tiré des conclusions finalement moins contradictoires que complémentaires [593] sur les conditions de maintien en vigueur de l'obligation juridictionnelle.

---

ses organes d'application, à la suite de l'expiration du traité CECA en juillet 2002, les compétences du tribunal et de la Cour de Justice relatives au « respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité et des règlements d'exécution » ayant été transférées au Tribunal de première instance et à la Cour de Justice des Communautés européennes (article 31 du traité CECA). La question du transfert de compétence juridictionnelle s'est posée dans des termes différents dans le cadre du Conseil de l'Europe, puisqu'il supposait un nouvel engagement de la part des Etats membres à l'égard de la compétence de la nouvelle institution. La faculté pour la nouvelle Cour européenne d'exercer son pouvoir a désormais pour base la ratification du Protocole n° 11 ou la ratification de la Convention telle que modifiée par ce Protocole. L'article 5 du Protocole n° 11 entré en vigueur le 11 novembre 1998, règle par ailleurs le sort des requêtes qui étaient, à cette date, pendantes devant la Commission et devant l'ancienne Cour. L'article 5 § 3 prévoit non seulement que les requêtes qui avaient été déclarées « recevables » par la Commission à la date d'entrée en vigueur du Protocole continuent d'être traitées par celle-ci pendant une période transitoire d'une durée d'un an, mais également qu'au terme de cette période, « toutes les affaires dont l'examen n'est pas terminé durant cette période sont transmises à la Cour qui les examine, en tant que requêtes recevables, conformément aux dispositions du présent Protocole ». Sur ces dispositions transitoires, voir P. Tavernier, « Rupture ou continuité ? Le Protocole n° 11 et les problèmes de compétence *ratione temporis* de la nouvelle Cour », *op. cit.*, pp. 1391-1402 ; du même auteur, « Le temps et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 265-268.

[592] Pour les observations de la doctrine au sujet de ces mécanismes, voir notamment I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7ème éd., pp. 714-716 ; G. Cansacchi, « Identità e non continuità fra la Corte permanente di giustizia internazionale e la Corte internazionale di giustizia », in *Il processo internazionale*. *Studi in onore di Gaetano Morelli*, Comunicazione *e Studi*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 123-135 ; J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, *op. cit.*, pp. 153-154 ; G. Conac, « L'affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 entre Israël et la Bulgarie devant la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 711-736, spéc. pp. 732-736 ; J.-P. Cot, « Affaire de l'Incident aérien, Cour internationale de Justice », *op. cit.*, pp. 297 et ss. ; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, pp. 563-564, 746-748 ; G. Morelli, « Sull'articolo 37 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia », *Riv. D.I.*, 1978, pp. 45-54 ; du même auteur, « Su un preteso trasferimento alla Corte internazionale di giustizia della giurisdizione della Corte permanente », *Riv. D.I.*, 1985, pp. 54-63 ; F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 82-84 ; J. N. Singh, *International Justice : Jurisprudence of the World Courts*, *op. cit.*, pp. 27-37 ; J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire », *op. cit.*, pp. 250-253.

[593] Les solutions retenues par la Cour au titre de l'application des deux dispositions transitoires sont généralement présentées comme contradictoires : voir par exemple R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 889 et note n° 47.

a. Disparition de la juridiction et transfert des engagements unilatéraux : l'exemple du mécanisme de l'article 36 § 5 du Statut de la Cour internationale de Justice

178. L'article 36 § 5 du Statut de la Cour internationale de Justice consigne une disposition transitoire dont l'objet est d'assurer la continuité des obligations juridictionnelles souscrites unilatéralement sous le régime de la Cour permanente. Cette disposition prévoit que

> « les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées, dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes ».

L'effet de la disposition de l'article 36 § 5 est simple : celle-ci opère « transformation » de l'obligation stipulée dans les déclarations unilatérales, la juridiction obligatoire de la nouvelle Cour étant substituée à celle de la Cour permanente[594]. C'est ainsi sur la base d'une obligation nouvelle, dont l'objet a été révisé, que se fonde l'exercice du pouvoir juridictionnel dans les affaires où la compétence résulte de l'effet combiné de l'article 36 § 5 et d'une ou plusieurs déclarations facultatives faites sous le régime de la Cour permanente[595]. Pour que cette nouvelle obligation puisse néanmoins voir le jour, l'article 36 § 5 pose la condition du maintien de l'obligation primitive, supposant donc la non expiration des déclarations émises pour une durée déterminée. La satisfaction d'une telle exigence doit, à l'évidence, s'apprécier à la date d'entrée en vigueur du Statut, moment où l'opération juridique prévue à l'article 36 § 5 s'accomplit. Dans cette mesure, la compétence temporelle de la Cour doit dépendre de deux conditions cumulatives : d'une part, la ratification du nouveau Statut pendant la période de validité de la déclaration, et d'autre part, le dépôt de l'acte introductif d'instance au cours de cette même période. C'est au titre de la première condition que la Cour a été conduite à préciser la manière dont elle concevait les

[594] Voir pour une qualification en ce sens de l'effet du mécanisme de l'article 36 § 5, les affaires de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, Israël c. Bulgarie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1959, *Rec.* 1959, pp. 127-147, spéc. pp. 137-138, 143 et l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, Thaïlande c. Cambodge, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1961, *Rec.* 1961, pp. 17-35, spéc. p. 25.

[595] Voir en ce sens l'opinion dissidente du juge Morelli annexée à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 24 juillet 1964 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *Rec.* 1964, pp. 85-115, spéc. p. 87 : « il s'agit en réalité d'une juridiction nouvelle qui est attribuée à un organe donné moyennant le renvoi aux dispositions réglant la juridiction appartenant à un autre organe ». Le caractère nouveau de l'obligation n'apparaît pas toujours clairement dans l'explication de la Cour, celle-ci jugeant notamment dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* précitée que l'article 36 § 5 « a maintenu une obligation existante en en modifiant l'objet » (*Rec.* 1959, p. 138). La Cour affirme néanmoins, quelques paragraphes plus loin, qu'il s'agit là d'une « obligation nouvelle qui, sans doute, n'est pas plus lourde que l'obligation qui va disparaître, mais c'est néanmoins une obligation nouvelle » (*ibid.*, p. 143).

effets de la dissolution de la Cour permanente sur la validité des déclarations facultatives, et à restreindre le nombre de cas dans lesquels le bénéfice du traitement pourvu par l'article 36 § 5 pourrait être utilement invoqué.

179. Dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, elle devait ainsi refuser de considérer la déclaration facultative bulgare de 1921 comme une base de compétence valable au motif que la ratification du Statut par la Bulgarie et l'admission de celle-ci au sein des Nations Unies étaient intervenues après la dissolution de la Cour permanente[596]. Si la Cour affirmait la nécessité d'un *continuum*, c'était d'abord pour une raison étrangère à la question de l'expiration de l'obligation juridictionnelle. S'attachant au but de la disposition de l'article 36 § 5 et au contexte particulier dans lequel elle avait été adoptée, la Cour refusait effectivement d'étendre ses effets aux déclarations des Etats n'ayant pas été représentés à la Conférence de San Francisco et qui n'avaient, de ce fait, pas participé à l'élaboration du Statut. Selon ses dires, la clause de sauvegarde des déclarations facultatives avait pour seul objet de remédier aux difficultés liées à la disparition prochaine de la Cour permanente[597]. Les Etats ayant, dès cette époque, ratifié le Statut de la nouvelle Cour avaient, par la même occasion, convenu d'un tel transfert de compétence. Tel n'était cependant pas le cas des autres Etats comme la Bulgarie, restés pendant plusieurs années étrangers au Statut, et à l'égard desquels l'admission en tant que membre des Nations Unies ne pouvait en soi présumer qu'ils aient entendu se soumettre à la juridiction de la nouvelle Cour[598].

180. La condition posée par la Cour relativement à l'antériorité de la ratification du nouveau Statut vis-à-vis de la dissolution de la Cour permanente, ne donnait pas moins acte de la condition du maintien de l'objet de l'obligation juridictionnelle que la Cour devait expliciter. Car même effectivement à considérer que le jeu de la clause de survie de l'article 36 § 5 n'ait pas été limité aux seules déclarations facultatives des membres originaires des Nations Unies, la dissolution de l'ancien système avait *ipso facto* emporté la caducité des obligations juridictionnelles non encore modifiées au profit de la nouvelle Cour[599]. Tel était le cas de l'acceptation bulgare de 1921 qui « était désormais sans objet puisque cette Cour n'existait plus. Le support juridique que cette acceptation trouvait dans l'article 36 § 2 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale avait cessé d'exister par suite de la

[596] Israël c. Bulgarie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1959, *Rec.* 1959, pp. 127-147, spéc. pp. 135-146.
[597] *Rec.* 1959, pp. 136-139.
[598] *Rec.* 1959, pp. 142-145.
[599] Telle était d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour considérait que la distinction établie entre les parties présentes à la Conférence de San Francisco et les autres pouvait s'estomper dans le cas où ces dernières seraient devenues parties au Statut avant la dissolution de la Cour permanente, hypothèse qui ne s'était cependant pas produite dans les faits : *Rec.* 1959, p. 137.

disparition de ce Statut. Ainsi, la déclaration bulgare était devenue caduque et n'était plus en vigueur »[600].

L'existence de la juridiction constitue, en d'autres termes, le support institutionnel nécessaire au maintien en vigueur de l'obligation juridictionnelle[601]. Qui plus est, la perte de ce support qui prive l'obligation de toute « raison d'être » [602] entraîne son extinction de manière *définitive*, la majorité des membres de la Cour ayant refusé d'y voir une simple cause de suspension momentanée de ses effets[603]. La conclusion qui devait en être tirée sur le plan de la compétence temporelle de la Cour apparaissait dès lors implacable. Le mécanisme de l'article 36 § 5 n'avait pu transformer la déclaration bulgare en une acceptation de la juridiction obligatoire de la nouvelle Cour, pas plus qu'il ne pouvait faire renaître un engagement caduque : « autre chose est de maintenir un engagement existant en en modifiant l'objet, autre chose faire revivre un engagement déjà éteint »[604].

181. L'invocation du bénéfice de l'article 36 § 5 dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* donna à la Cour l'occasion de réitérer ce point de vue[605]. Elle devait cependant opérer un revirement dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Dans cette affaire, il était admis par les deux parties à l'instance que la déclaration nicaraguayenne dont l'applicabilité était mise en litige n'avait jamais acquis force obligatoire

---

[600] *Rec.* 1959, p. 143. Cette conclusion sera réaffirmée avec force dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la Cour jugeant que « toutes les déclarations qui ne s'étaient pas déjà 'transformées' en vertu de l'article 36 § 5 [à la date de dissolution de l'ancienne Cour] étaient devenues caduques et avaient cessé d'être en vigueur, car elles seraient dès lors appliquées à un tribunal – l'ancienne Cour permanente – qui n'existait plus » : Thaïlande c. Cambodge, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1961, *Rec.* 1961, pp. 17-35, spéc. p. 25.

[601] Voir en ce sens F. Poirat qui estime, au titre de la disparition de la Cour qu'elle « joue le rôle du fait-condition emportant l'objet de l'énoncé et sa caducité » : *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 83.

[602] Voir en ce sens J.-P. Cot, « Affaire de l'Incident aérien, Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 291-312, spéc. p. 306.

[603] *Rec.* 1959, p. 144. Voir néanmoins l'opinion dissidente collective des juges Lauterpacht, Wellington Koo et Spender, *ibid.*, pp. 156-194, spéc. pp. 160-162 et 174 : « le texte, d'une large portée, de cette disposition [de l'article 36 § 5] (…) rend inutile toute spéculation sur la nature exacte de cette obligation continue et dont l'application restait en suspens tant que l'Etat déclarant ne revenait pas partie au Statut. Il se peut que l'expression 'fiction juridique' soit utile ou non à cet égard ; il en est de même de la notion d'une obligation juridique simplement en sommeil ». Ce point de vue sera réitéré par les juges Fitzmaurice et Tanaka dans leur déclaration commune annexée à l'arrêt de la Cour du 26 mai 1961 sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *Rec.* 1961, spéc. pp. 36-38, spéc. p. 37. Voir par ailleurs, et dans le même sens J.-P. Cot, « Affaire de l'Incident aérien, Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 306.

[604] *Rec.* 1959, p. 145. Voir également, en ce sens *Temple de Préah Vihéar*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1961, *Rec.* 1961, p. 25.

[605] Voir la référence donnée, note précédente. Voir également *Rec.* 1961, pp. 31-34, et spéc. p. 31 : « [s]ans doute, aucun vice ne saurait être plus fondamental que celui qui consiste à renouveler une déclaration dépourvue d'objet ». Dans cette affaire, le problème juridique soumis à la Cour concernait la valeur à attribuer au renouvellement d'une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente, à une date où celle-ci avait déjà été dissoute. L'opération avait finalement été entendue comme devant valoir reconnaissance de la compétence de la Cour nouvelle, mais sans que soit sollicité le mécanisme de l'article 36 § 5, la Cour analysant le renouvellement comme « un acte nouveau et volontaire », et donc en cela exclu du champ d'application de la disposition transitoire : *Rec.* 1961, p. 28.

en raison de la non-réception par le Secrétaire général de l'instrument de ratification du Statut de la Cour permanente. D'après la Cour, cette déclaration n'en était pas moins valide, puisque faite en conformité avec ce Statut qui n'imposait à cet égard, qu'une condition de signature et non de ratification[606]. Aucune limite n'avait par ailleurs été fixée à la durée de la déclaration, de sorte qu'elle avait conservé son « effet potentiel » le jour où le Nicaragua avait fini par être admis aux Nations Unies[607]. Sur cette base, la Cour allait juger satisfaite l'exigence posée par l'article 36 § 5 au titre de la non expiration des déclarations facultatives. Elle se fondait, non sans un certain opportunisme, sur la traduction française de l'expression « *which is still in force* » pour juger qu'il demeure « sans doute (…) exact de faire valoir que, pour qu'une durée se poursuive ou expire, il faut qu'un effet d'ordre juridique ait pris naissance. Mais cet effet ne doit pas nécessairement être d'une nature obligatoire ». Elle ajoutait qu'« une déclaration faite valablement sous l'empire de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale avait une certaine valeur susceptible d'être préservée ou détruite et [qu']on peut fort bien comprendre le texte français comme impliquant seulement cette valeur »[608]. La Cour s'estimait ainsi compétente *ratione temporis*.

182. Le raisonnement avait de quoi surprendre[609]. Surtout, il n'était pas sans contredire l'association faite dans l'affaire de l'*Incident aérien* entre l'objet de la disposition transitoire de l'article 36 § 5, et la volonté d'assurer une continuité dans l'*application* des obligations judiciaires. Rapportée au cas de la déclaration nicaraguayenne, la ratification du Statut se voyait confier une toute autre fonction puisqu'elle devait, de l'aveu même de la Cour, assurer « le passage de l'engagement potentiel à l'engagement effectif » en donnant à la déclaration le support institutionnel qui lui avait, jusqu'alors, fait défaut[610]. Aucun enseignement ne semblait, pour le reste, pouvoir être tiré de cette affaire à l'égard de l'objet de l'engagement comme condition du maintien de ses effets. Si la Cour trouvait une confirmation du bien-fondé de son analyse dans le fait que le Nicaragua comptait parmi les membres originaires des Nations Unies, elle n'aurait, de toute évidence, pu aboutir à une solution différente puisque la dissolution de la Cour permanente n'était logiquement pas en

[606] Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires déjà cité du 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, pp. 392-443, spéc. pp. 403-404.
[607] *Ibid.*, p. 404, § 27.
[608] *Ibid.*, p. 406, § 30.
[609] Voir pour une critique, l'opinion individuelle du juge Jennings rendue dans cette affaire, *Rec.* 1984, pp. 533-557, spéc. p. 536 : « les déclarations qui doivent être considérées comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la nouvelle Cour sont celles '*which are still in force'*. Et, vu que la déclaration du Nicaragua n'a jamais été '*still in force*' pour ce qui est de l'ancienne Cour, elle ne peut être considérée comme '*still in force*' aux fins de l'article 36, paragraphe 5 ».
[610] Arrêt du 26 novembre 1984 précité, *Rec.* 1984, p. 408, § 35.

mesure de priver d'efficacité une règle qui n'en avait jamais été dotée. N'était ainsi, dans cette affaire, pas contredite la conclusion énoncée précédemment suivant laquelle *l'objet de la règle juridictionnelle doit subsister pour que ses effets se maintiennent dans la durée.*

b. Disparition de la juridiction et transfert des engagements conventionnels : l'exemple du mécanisme de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice

183. Les conditions d'établissement de la caducité d'une règle de compétence à raison de l'altération de son objet bénéficient d'un éclairage supplémentaire au titre des engagements conventionnels attribuant compétence à la Cour par le jeu de l'article 37 du Statut[611].

L'opération juridique demeure ici identique à celle décrite précédemment au titre des engagements unilatéraux. Elle consiste à substituer dans les énoncés des clauses juridictionnelles en vigueur, la juridiction de la nouvelle Cour à celle de la Cour permanente, et devrait ainsi logiquement faire apparaître le même clivage entre les membres originaires des Nations Unies et ceux admis après la disparition de la Cour permanente. La Cour avait, d'ailleurs, eu l'occasion d'affirmer la nécessité d'opérer une telle distinction dès l'affaire du *Sud Ouest Africain* où il fut tenu compte de l'appartenance des parties à la procédure à la catégorie des membres originaires des Nations Unies pour juger que l'obligation transférée avait été « volontairement assumée » avant la disparition de la Cour permanente[612].

184. La Cour n'allait, néanmoins, pas tarder à livrer une version bien différente du domaine d'application de la disposition transitoire à l'occasion de l'examen de sa compétence dans l'affaire de la *Barcelona Traction*[613]. La base de compétence applicable à la procédure résultait de l'effet combiné de la disposition transitoire, et de l'article 17 du Traité hispano-belge de conciliation, de règlement judiciaire et arbitral du 19 juillet 1927. La durée d'application du traité n'était pas en soi sujette à controverse, les clauses finales de l'accord ayant prévu sa reconduction tacite par tranche de dix ans. La problématique de la caducité de l'obligation de règlement judiciaire provoquée par la perte de son objet devait néanmoins ressurgir. L'Espagne, défenderesse à l'instance, avait été admise aux Nations Unies bien après

[611] La disposition de l'article 37 du Statut dispose que « [l]orsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut ».

[612] Ethiopie c. Afrique du Sud, et Liberia c. Afrique du Sud, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 décembre 1962, *Rec.* 1962, pp. 319-348, spéc. pp. 334-335. Voir déjà en ce sens, mais sans autre justification que la nécessité de maintenir le Mandat pour le Sud Ouest Africain, l'avis consultatif de la Cour du 11 juillet 1950, *Sud Ouest Africain*, *Rec.* 1950, pp. 128-145, spéc. pp. 136-138.

[613] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 24 juillet 1964, *Rec.* 1964, pp. 6-50.

la dissolution de la Cour permanente ; à ce titre, elle estimait n'avoir jamais consenti au transfert de compétence, réclamant en d'autres termes la transposition au cas d'espèce de la solution retenue dans l'affaire de l'*Incident aérien*[614]. La Cour devait toutefois établir une distinction essentielle entre les clauses juridictionnelles suivant qu'elles figurent dans un engagement unilatéral ou conventionnel, la condition du maintien en vigueur ne se rapportant pas, dans ce dernier cas, de manière indépendante à l'obligation juridictionnelle mais uniquement au traité qui en constituait le support[615]. Contrairement donc à l'hypothèse de l'article 36 § 5, il n'était pas exclu que la transformation de l'obligation opère après que celle-ci eut été rendue caduque par la perte de son objet. Ici même résidait, selon la Cour, tout l'intérêt de la disposition transitoire de l'article 37, « précisément parce que [cette disposition] avait pour seul but d'éviter l'extinction résultant de la cause particulière qu'allait être la disparition de la Cour permanente, [et qu'] on ne saurait admettre que cette extinction découle en fait de cet événement lui-même »[616].

185. C'est donc en définitive sur des bases profondément renouvelées qu'était envisagé le transfert de compétence d'une Cour à l'autre[617], le *continuum* n'étant plus assuré par l'application du nouveau Statut et le maintien de l'objet de la clause juridictionnelle mais par la seule validité temporelle du traité dans lequel cette clause juridictionnelle est consignée[618]. Et ce n'est finalement qu'à titre subsidiaire, que la Cour devait apporter une justification à cette solution qui la conduisait, en définitive, à admettre la remise en vigueur d'une obligation précédemment affectée par la perte de son objet. A ce propos, la Cour faisait une nouvelle distinction entre la faculté de recourir à la Cour permanente, et l'« objet véritable » de la clause de règlement juridictionnel du traité de 1927. La Cour admettait que l'attribution d'une compétence supposerait, en règle générale, l'identification de l'organe qui en serait investi, mais il ne s'en suivait pas que la soumission à une procédure juridictionnelle déterminée absorberait toute entière l'obligation de recourir au mode juridictionnel de

[614] *Rec.* 1964, p. 28.
[615] *Rec.* 1964, pp. 29, 33.
[616] *Rec.* 1964, p. 34.
[617] La signification donnée à l'article 37 en considération du but poursuivi suffisait à écarter l'argument du défendeur fondé sur la solution retenue dans l'affaire relative à l'*Incident aérien* au titre de l'inégalité entre les membres originaires et ceux qui n'avaient été admis aux Nations Unies qu'une fois la Cour permanente dissoute (*Rec.* 1964, pp. 34-36). La Cour aboutissait à la conclusion que « la remise en vigueur d'une clause juridictionnelle en vertu de l'article 37 n'est rien d'autre qu'un consentement donné à titre général et par avance, à l'égard d'une certaines catégories de clauses juridictionnelles », niant ainsi la nécessité de distinguer la ratification du Statut, d'une part, et le consentement à sa juridiction, d'autre part (*Rec.* 1964, p. 36).
[618] *Rec.* 1964, p. 37. La solution a par ailleurs été confirmée sans être néanmoins appliquée dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, arrêt de la Cour déjà cité du 18 août 1972, *Rec.* 1972, p. 53, ainsi que dans l'affaire relative au *Plateau continental de la mer Egée*, arrêt de la Cour déjà cité du 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, p. 14.

règlement des litiges. Précisément, dans le cadre de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927, une option était ouverte, après l'échec de la procédure de conciliation, entre le dépôt d'une requête devant la Cour permanente et la constitution d'un tribunal arbitral *ad hoc*. Loin de constituer l'objet de la clause juridictionnelle, le recours à la Cour devait ainsi être envisagé comme un simple « moyen » d'aboutir à son « but premier [qui] n'était pas de désigner tel tribunal plutôt que tel autre, mais de créer une obligation de règlement judiciaire »[619].

De ces considérations, il peut être déduit qu'un engagement juridictionnel n'est pas rendu caduc par la disparition d'un organe lorsque celui-ci n'était pas investi à titre exclusif de la compétence et qu'une alternative avait été laissée pour le règlement des litiges entre plusieurs procédures dont l'une au moins subsisterait. L'obligation juridictionnelle étant toujours en vigueur, on comprend, par ailleurs, qu'elle puisse être rétablie dans sa portée initiale par la restauration ou le remplacement de l'institution dissoute. Rétrospectivement, cette obligation apparaîtra comme ne s'étant jamais trouvée dépourvue de valeur normative, et comme ayant été simplement rendue temporairement inapplicable, c'est-à-dire *suspendue* dans ses effets, à l'égard de la situation en cause[620]. C'est, du reste, la solution que prévoit l'article 61 de la Convention de Vienne en considération du caractère non permanent de l'empêchement d'exécuter le traité[621].

186. En définitive, la détermination du maintien de l'objet de la règle, en tant que condition de maintien de ses effets, nécessite de dissocier suivant que la compétence est *individualisée*, par référence au seul organe à qui la faculté d'exercer le pouvoir juridictionnel est dévolue, ou que l'obligation juridictionnelle se concrétise dans la faculté corrélative de mettre en œuvre des voies contentieuses concurrentes. Sur cette base, il demeure désormais possible d'établir, au sujet de l'application des articles 36 § 5 et 37 du Statut de la Cour de La Haye, une distinction entre les engagements unilatéraux et conventionnels dans la mesure où ces derniers étaient susceptibles de n'avoir pas attribué compétence à la seule Cour permanente. On citera, pour n'en donner qu'un exemple, l'Acte général d'arbitrage de 1928,

---

[619] Arrêt du 24 juillet 1964 précité, *Rec.* 1964, p. 38.

[620] La suspension peut être envisagée comme rendant « temporairement inopérants les effets du traité », c'est-à-dire comme les « paralysant pendant une certaine période » : F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 468. Telle est, du reste, la conclusion à laquelle était parvenue la Cour (*Rec.* 1964, pp. 36, 38-39), consacrant ainsi la thèse du conseil du gouvernement belge, Madame Suzane Bastid : *C.I.J. Mémoires, Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), vol. II, audience du 10 avril 1964, pp. 466-473.

[621] Il est admis que l'impossibilité d'exécution, lorsqu'elle n'est que temporaire, « peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité » (article 61 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

dont la caducité a été maintes fois invoquée, mais jamais établie ni même appréciée par la Cour internationale de Justice[622], et qui, en raison de l'alternative offerte aux Etats parties de consentir à une procédure arbitrale, ne devait pas avoir perdu toute raison d'être une fois la Cour permanente dissoute[623].

2. Caducité de l'engagement juridictionnel à raison de son exécution intégrale

187. La disparition de l'organe n'absorbe pas l'ensemble des situations où l'incompétence temporelle a pour cause la caducité de l'obligation juridictionnelle. L'impossibilité d'appliquer l'obligation pourrait, en effet, être tirée de l'épuisement de ses effets à raison de son exécution intégrale[624]. L'argument qui consiste à prétendre que la juridiction a déjà examiné l'ensemble des situations pour lesquelles elle était investie de compétence doit toutefois, pour les raisons qui vont être exposées, se révéler d'un faible intérêt pratique.

Le fait pour une obligation d'atteindre son objet est la voie la plus naturelle par laquelle elle est conduite à s'éteindre. L'exécution ne demeure néanmoins une cause d'extinction que pour un certain type d'obligations dites non perpétuelles, dont la durée serait

[622] Telle qu'elle était présentée à la Cour, la question du maintien en vigueur de l'Acte général de 1928 se posait avec une acuité particulière en raison de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1949 d'un nouvel Acte dont les dispositions avaient été révisées en fonction des changements intervenus suite à la dissolution de la Société des Nations et de ses organes. La Cour n'allait néanmoins jamais déterminer la validité temporelle de l'Acte général de 1928, trouvant toujours une autre base sur laquelle admettre son incompétence ou l'irrecevabilité de la requête : voir l'affaire des *Essais nucléaires*, Australie c. France, ordonnance de la Cour du 22 juin 1973 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1973, pp. 99-110, spéc. pp. 101-102 ; voir également *Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie*, 23 novembre 1973, *C.I.J. Mémoires*, *Affaire des essais nucléaires*, vol. II, p. 348 ; *Plateau continental de la mer Égée*, Grèce c. Turquie, arrêt de la Cour déjà cité du 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, pp. 13-17 ; *Incident aérien du 10 août 1999*, Inde c. Pakistan, arrêt de la Cour du 21 juin 2000 sur la compétence, *Rec.* 2000, pp. 11-34, spéc. pp. 19, 23-25.

[623] Tel qu'il ressort des différentes affaires où la question avait été abordée, les opinions divergent sur l'applicabilité de l'Acte général. Une opinion particulière a, par ailleurs, pu être émise par le juge Oda dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 10 août 1999*, en considération du contexte dans lequel avait été élaboré l'Acte général dont l'adhésion ne devait suffire à fonder la compétence de la Cour sans l'acceptation par les Etats parties de la clause facultative de l'article 36 du Statut (*Rec.* 2000, pp. 36-44, spéc. p. 41, § 12). Cette interprétation reste cependant isolée et a même été qualifiée d'« *unconventional* » par M. Merrills *in* « Decisions of International Tribunals : The International Court of Justice », *I.C.L.Q.*, 2001, p. 661.

[624] Dans le cadre des travaux de la C.D.I., l'hypothèse de la réalisation intégrale avait été formellement dissociée de l'impossibilité d'exécuter l'obligation juridique, et ainsi exclue du champ d'application de l'article 61, dans le but de considérer le traité intégralement exécuté toujours en vigueur en tant que « base juridique de l'exécution » : deuxième projet du Rapporteur Fitzmaurice sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1957, II, p. 33. Voir pour une appréciation de l'opportunité d'une telle distinction, P. Bodeau-Livinec, « Article 61 », *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, III, pp. 2183-2223, spéc. pp. 2198-2199.

limitée par la nature même de leur objet[625]. Or, il apparaît d'emblée que la règle qui habilite l'organe à adjuger les demandes portées à sa connaissance ne relève pas toujours de cette catégorie. Il est même rare que l'on puisse, à la seule lecture de l'énoncé de l'obligation juridictionnelle, identifier la date à laquelle celle-ci aura épuisé ses effets.

188. L'affaire des *Pêcheries islandaises* a permis d'en donner illustration. L'argument de l'épuisement des effets de l'obligation juridictionnelle comptait parmi l'arsenal de ceux développés par l'Islande en vue de faire déclarer inapplicable *ratione temporis* l'échange de lettres de 1971 invoqué par le Royaume-Uni au soutien de la compétence de la Cour. L'exécution intégrale de l'obligation était présentée comme la raison qui avait motivé l'exercice par l'Islande de son droit de dénonciation unilatérale, ce droit étant lui-même fondé sur le caractère non permanent de la clause compromissoire. Dans le fil de son raisonnement, la Cour n'envisageait pas moins l'argument de manière autonome, posant la question de savoir si la faculté de répudier l'accord pouvait avoir été régulièrement mise en œuvre au motif qu'il eut « entièrement atteint son but et son objet ». Elle y répondait par la négative après avoir fait observer que la clause compromissoire consignée dans l'échange de lettres, lui attribuait compétence « pour connaître d'une catégorie déterminée de différends, prévue et spécialement envisagée par les parties », et dont relevait celui constitué entre les parties à l'instance. « En conséquence », concluait-elle, « lorsque surgit un différend qui entre précisément dans la catégorie envisagée et qui est porté devant la Cour, on ne saurait admettre que la clause compromissoire soit caduque ou qu'il puisse y être mis fin »[626].

189. De cette solution logique, il peut être tiré deux enseignements. En premier lieu, invoquer l'effet extinctif de l'exécution de l'engagement juridictionnel reviendrait, ni plus ni moins, à exciper de l'incompétence matérielle du tribunal au motif que le litige qui lui a été soumis n'appartiendrait pas à la catégorie de ceux pour lesquels il se trouve investi du pouvoir de juger. L'objection d'incompétence fondée sur l'exécution intégrale de l'engagement juridictionnel n'apparaît pas, dans cette mesure, dotée d'une pertinence propre. La connaissance de la date d'extinction de l'obligation juridictionnelle renvoie, en second lieu, au caractère *dénombrable* des situations auxquelles elle s'applique. L'argument fondé sur la caducité de l'obligation juridictionnelle n'aurait de chances de prospérer que dans le cas où cette obligation se rapporte à un ou plusieurs litiges concrets. Le cas du compromis, norme individuelle par excellence, est d'ailleurs souvent cité en tant qu'exemple de convention dont

[625] *An. C.D.I.* 1963, II, pp. 70, § 13. Voir également M. Perlowski, *Les causes d'extinction des obligations internationales contractuelles*, Vevey, Imprimerie Gerber et Daengeli, 1928, p. 25.
[626] Arrêt de la Cour internationale de Justice sur la compétence du 2 février 1973, précité, *Rec.* 1973, p. 16, § 29.

les obligations peuvent être exécutées intégralement « parce qu'elles n'impliquent de la part de l'Etat obligé qu'un nombre défini d'actions ou d'omissions déterminées. Celles-ci réalisées, l'obligation n'a plus d'objet, et par conséquent disparaît »[627]. Il faut toutefois relever que, bien que déjà nés, les différends pourraient encore être déterminés de manière abstraite, en référence par exemple à un conflit survenu dans le passé[628], de sorte que la date de réalisation intégrale de l'objet de l'obligation juridictionnelle ne serait, même dans le cas d'un compromis, pas susceptible d'être identifiée avec certitude.

Cette dernière hypothèse se rapproche de celle dans laquelle l'engagement juridictionnel embrasse l'ensemble des litiges, ou une catégorie de litiges qui viendraient à s'élever entre deux Etats, à l'image de la clause compromissoire dont l'applicabilité était discutée dans l'affaire des *Pêcheries*. Dans un tel cas de figure, il serait vain de contester la compétence en arguant de la caducité de l'engagement juridictionnel, puisque les litiges pour lesquels cet engagement attribue compétence sont indénombrables[629]. On peut d'ailleurs en donner illustration au titre d'une situation bien particulière : supposons que deux Etats aient conclu un engagement juridictionnel pour confier à un tribunal le règlement des réclamations nées au titre de l'application des dispositions d'un traité, et qu'ils aient consigné cet engagement dans un acte distinct et valable *ratione temporis*. Supposons, maintenant, que le traité auquel doivent se rapporter les différends pour relever de la sphère de compétence du tribunal, prenne fin. On se trouverait confronté, dans un tel cas de figure, à la disparition du champ d'application de l'objet de l'obligation juridictionnelle[630]. Cette situation ne saurait toutefois être invoquée aux fins d'établir l'exécution intégrale de l'obligation juridictionnelle. Il est, en effet, admis par les juridictions internationales que l'extinction d'un traité n'emporte pas les causes de réclamation qui se sont constituées à la suite d'un manquement aux dispositions conventionnelles à une époque où celles-ci étaient en vigueur[631]. Cette solution

---

[627] M. Perlowski, *Les causes d'extinction des obligations internationales contractuelles*, *op. cit.*, p. 25.
[628] Voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 129.
[629] Voir notamment, en ce sens, F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 525, l'auteur estimant que l'exécution des obligations « ne peut mettre fin ni aux traités imposant des obligations de nature permanente (…), ni aux traités créant des règles à caractère abstrait ou hypothétique, c'est-à-dire des règles structurées d'une telle façon qu'elles font naître des situations juridiques concrètes chaque fois que le fait prévu se vérifie. L'exécution fonctionne, au contraire, comme une cause d'extinction pour les traités-contrats, c'est-à-dire pour les traités d'où dérivent des relations juridiques de nature concrète ».
[630] Cette hypothèse est évoquée par M. Bodeau-Livinec dans son commentaire de l'article 61 de la Convention de Vienne : « Article 61 », *op. cit.*, spéc. pp. 2195-2197.
[631] Voir en ce sens *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963, *Rec*. 1963, pp. 6-40, spéc. p. 35 : « si, pendant la période de validité de l'accord de tutelle, l'autorité de tutelle avait été responsable d'un acte contrevenant aux dispositions dudit accord et entraînant un préjudice envers un autre Membre des Nations Unies ou l'un de ses ressortissants, l'extinction de la tutelle n'aurait pas mis fin à l'action en réparation » ; *Rainbow Warrior*, (Nouvelle-Zélande/France), sentence arbitrale du 30 avril 1990, *R.S.A.*, vol. XX, pp. 215-284, spéc. p. 266,

est une simple application du principe qui veut que la signification juridique à donner à un fait soit déterminée en fonction du droit en vigueur à la date de sa survenance. Elle se trouve expressément confirmée à l'article 70 de la Convention de Vienne qui dispose que l'extinction ne « porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin »[632]. Dans cette mesure, l'engagement juridictionnel n'épuiserait pas ses effets avant le règlement de l'ensemble des réclamations fondées sur le traité. Le fait que ce traité se soit éteint serait, par ailleurs, sans influence sur la compétence[633] puisque les réclamations susceptibles de s'être constituées durant la période de validité du traité n'en demeureraient pas moins indénombrables. Cette observation s'ajoute ainsi aux précédentes remarques qui conduisent à nier la pertinence de l'exécution intégrale de l'engagement juridictionnel en tant que cause efficace ou autonome d'incompétence *ratione temporis.*

B. Les causes de terminaison exclues en raison de l'habilitation faite aux parties d'agir en justice

190. La prise en compte de l'objet de la règle de compétence, si elle permet d'identifier les situations susceptibles d'emporter sa caducité, doit également aboutir à exclure d'autres causes éventuelles de terminaison. Cette exclusion se fonde sur la signification donnée à la règle de compétence qui, avant même de régir l'activité juridictionnelle, consiste en une habilitation faite à ses destinataires de présenter une demande en vue d'obtenir une décision. La prise en compte de l'objet de la règle reviendrait cette fois à exclure deux chefs

---

§ 106 : « *the claims advanced by New Zealand have an existence independent of the expiration of the First Agreement and entitle New Zealand to obtain adequate relief for these breaches* ». Voir également, en ce sens, l'opinion dissidente du juge McNair dans l'affaire *Ambatielos*, déjà citée, *Rec.* 1952, pp. 58-65, spéc. p. 63, et l'opinion individuelle du juge Lauterpacht jointe à l'avis consultatif de la Cour du 7 juin 1955, *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud Ouest africain*, *Rec.* 1955, pp. 90-123, spéc. p. 105. Pour la doctrine, voir H. Ascensio, « Article 70 », *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, spéc. pp. 2530 et ss.

[632] Le principe est également réceptionné dans le droit de la responsabilité. Comme l'affirme la C.D.I. dans le commentaire de l'article 13 du projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, « une fois que la responsabilité a pris naissance dans le fait internationalement illicite, elle demeure même si l'obligation mise en cause disparaît ultérieurement, soit que le traité violé ait été dénoncé, soit que le droit international ait évolué » : rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 53ème session, Doc. Off. Assemblée générale, 56ème session, A/56/10, Suppl. n° 10, p. 144. La Commission évoquait à cette occasion les affaires *Cameroun septentrional* et *Rainbow Warrior* citées à la note précédente.

[633] Cette solution ne serait toutefois pas retenue dans le cas où le traité auquel se rapporte l'engagement juridictionnel porte statut de la juridiction, et dont l'extinction emportera la caducité de l'ensemble des actes qui s'y rapportent. On peut donner pour exemple, la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou la Convention européenne des droits de l'homme avant sa révision par le Protocole n° 11, qui ne prévoient pas que les déclarations unilatérales d'acceptation de compétence faites sur le fondement des clauses conventionnelles facultatives pourraient se maintenir, même après la dénonciation du traité. Voir à ce sujet, *infra*, n° 222-223.

d'incompétence : celui fondé sur l'incompatibilité de l'engagement juridictionnel avec un acte postérieur contraire (1) et celui qui tient compte de l'écoulement du temps pour réputer cet engagement désuet (2).

1. Incompatibilité de l'engagement juridictionnel avec un engagement postérieur

191. Le premier motif qui ne saurait être utilement invoqué devant un juge aux fins d'établir son incompétence temporelle concerne l'incompatibilité de l'engagement juridictionnel avec un acte postérieur. Deux précisions doivent être faites à titre liminaire. Comme pour toute autre règle, celle qui attribue compétence à un organe juridictionnel est susceptible d'être éteinte par l'adoption d'un *actus contrarius*. Ce que les parties ont fait ensemble, elles peuvent le défaire ensemble. Il est donc tout à fait envisageable que celles-ci s'accordent pour mettre un terme à l'engagement juridictionnel, ou pour restreindre ses effets en le jugeant inapte à régir certaines situations initialement comprises dans sa sphère d'application[634]. Les deux cas de figure ressortissent au registre de la dénonciation, totale et partielle, de l'obligation juridictionnelle[635]. L'hypothèse de l'*incompatibilité* vise, pour sa part, les situations où la terminaison de l'engagement juridictionnel serait tenue pour « implicite », trouvant son explication dans la contrariété de ses règles avec celles d'un acte plus récent régissant la même matière.

Il faut à cet égard faire observer, et c'est l'objet de la deuxième précision, que le fait que la terminaison des effets de l'engagement juridictionnel puisse intervenir en raison de son incompatibilité avec un autre acte postérieur n'aurait pas pour effet de reformuler la question de la *validité temporelle* de la règle attributive de compétence, c'est-à-dire de son applicabilité temporelle, en termes de *validité substantielle*. Il en va d'abord ainsi en raison d'un principe d'égalité entre énoncés conventionnels[636]. Aucune autre solution ne serait, du reste, concevable en application des principes de droit intertemporel : la *validité* du traité qui conditionne son existence en tant qu'acte juridique ne saurait, en effet, jamais être remise en

[634] Voir, en ce sens, l'invocation par le gouvernement nigérian dans l'affaire de la Péninsule de Bakassi de l'accord implicite conclu avec le demandeur pour soumettre les questions frontalières aux seules procédures prévues par les instruments bilatéraux. L'existence d'un tel accord n'avait toutefois pas été établie devant la Cour qui s'estimait compétente sur la base des deux déclarations facultatives de juridiction obligatoire des parties au différend : *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 11 juin 1998, *Rec*. 1998, pp. 275-327, spéc. pp. 300-304, §§ 48-60, et particulièrement § 57. Voir par ailleurs sur ce point, *infra*, note n° 673.

[635] Voir sur ce point les éclaircissements du professeur Kolb *in* « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, pp. 876-877.

[636] Voir J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, pp. 96-99 ; F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 104-105.

cause par un droit différent de celui qui était applicable à la date de sa formation, conformément au premier principe énoncé par Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*[637]. Une circonstance postérieure à la création de l'acte, telle l'entrée en vigueur d'une nouvelle règle incompatible, serait ainsi tout au plus en mesure d'accorder une signification différente à l'effet juridique des règles que l'acte renferme[638].

192. Ces précisions posées, il peut être fait le rappel du constat précédemment établi d'après lequel la coexistence de plusieurs liens juridictionnels applicables entre parties litigantes n'est pas, à moins d'une indication contraire, en elle-même constitutive d'une situation d'« antinomie », ou d'« inconséquence »[639]. Il arrive sans doute que les actes prévoient que la compétence qu'ils attribuent soit exclusive de toute autre ou qu'à l'inverse, elle demeure subsidiaire et doive s'incliner au bénéfice d'une autre[640]. De telles dispositions créeraient, autrement dit, une antinomie à laquelle elles apporteraient elles-mêmes une solution en indiquant l'ordre de priorité dans l'application des actes. Lorsque aucune indication de ce type ne figure dans les engagements juridictionnels, leur succession n'engendre pas cependant une incompatibilité justifiant l'application de la maxime *lex posterior derogat lex priori*[641].

---

[637] Voir *supra*, n° 95.

[638] Cette solution est tout aussi valable en considération de l'hypothèse envisagée par l'article 64 de la Convention de Vienne, s'agissant de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général qui, contrairement à ce que laisseraient supposer les termes employés dans cet article, ne se traduirait pas dans la négation de la validité initiale de l'acte déclaré incompatible avec la nouvelle norme impérative et la remise en cause de ses effets *ab initio*, mais uniquement dans l'incapacité de cet acte à s'appliquer pour l'avenir. Voir en ce sens, J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, p. 120 ; J. Verhoeven, « Article 69 » *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, vol. III, pp. 2486-2487, § 8. La terminaison des effets d'un engagement juridictionnel en application de l'article 64 serait d'ailleurs hautement improbable dans la mesure où la démarche consistant à obtenir d'un tiers qu'il donne une solution fondée sur le droit aux litiges constitués entre les Etats semble être une application directe du principe (coutumier) d'obligation de règlement pacifique des litiges, encore qu'une telle démarche apparaisse comme le volet positif d'une prescription qui, plutôt que d'exiger « que les différends soient effectivement réglés par des voies pacifiques, exclur[ait] seulement qu'ils le soient par d'autres moyens » : J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 559.

[639] Sur cette notion d'engagements contradictoires, voir E. Roucounas, « Engagements parallèles et contradictoires », *R.C.A.D.I.*, 1987-I, vol. 206, pp. 3-287, spéc. pp. 38-40.

[640] La figure de la compétence subsidiaire est associée au mécanisme de l'exception de recours parallèle : voir sur cette question C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 96-98. Voir pour un cas d'application de l'exception de recours parallèle, l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, sentence sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2000, Australie et Nouvelle-Zélande c. Japon, *I.L.R.*, vol. 119, pp. 508-557, spéc. pp. 548 et ss, et les commentaires de B. H. Oxman, « Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction », *A.J.I.L.*, 2001, pp. 277-312, spéc. pp. 281-284.

[641] Le principe est affirmé à l'article 30 § 3 de la Convention de Vienne : « [l]orsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ». Le principe est par ailleurs repris à l'article 59 de la Convention, dans l'hypothèse d'une suspension ou abrogation du traité dans son ensemble. Pour une affirmation jurisprudentielle de la règle *lex posterior derogat lex priori*, voir l'affaire des *Concessions Mavrommatis en*

C'est ainsi de manière quelque peu surprenante que le cas des traités de règlement arbitral et judiciaire constitue le seul exemple mentionné par la C.D.I. dans son commentaire de l'article 59 § 2 qui prévoit la suspension du traité antérieur « s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que telle était l'intention des parties »[642]. C'est que la structure de l'article 59 de la Convention de Vienne qui vise l'extinction et la suspension implicites d'un traité du fait de la conclusion d'un autre traité est calquée sur la réflexion menée par le juge Anzilotti dans son opinion dissidente relative à l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*. Le juge avait estimé, à cette occasion, que les déclarations unilatérales faites par les parties litigantes en faveur de la juridiction de la Cour permanente, et le traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire qu'elles avaient par la suite conclu, formaient deux conventions réglant différemment la même matière : suivant le litige considéré, la Cour pouvait être compétente sur le fondement d'un acte et non de l'autre, et *vice-versa* ; l'altérité des domaines de compétence de la Cour créait, autrement dit, une situation de conflits de normes qu'il convenait de résoudre sur la base du traité, en tant qu'expression la plus récente de l'intention des parties[643].

Le fait de se fonder sur le traité s'avérait d'autant plus nécessaire pour Anzilotti que le contenu de celui-ci devait permettre d'établir si les parties, en le concluant, avaient eu l'intention d'abroger les règles juridictionnelles en vigueur. Si le juge dissident convenait effectivement que la conclusion du traité ne pouvait être envisagée comme une abrogation expresse des déclarations unilatérales, il affirmait dans le même temps qu'« il est généralement admis qu'(…) il y a aussi une abrogation tacite, résultant du fait que les dispositions nouvelles sont incompatibles avec les dispositions antérieures, ou que toute la matière qui formait l'objet de ces dernières se trouve désormais régie par les nouvelles dispositions »[644]. Ces deux situations sont d'ailleurs celles qu'envisage l'actuel article 59 § 1 de la Convention de Vienne au titre de l'abrogation tacite des traités. Etant déjà parvenu à la conclusion que le traité embrassait tous les litiges visés par les déclarations pour les soumettre à ses propres règles, tout portait à croire, pour le juge, que le traité avait rendu caduque la compétence attribuée par les déclarations unilatérales. Anzilotti devait néanmoins tenir compte de la durée du traité, plus limitée que celle assignée aux déclarations, et surtout du fait que les actes, bien qu'incompatibles, n'en poursuivaient pas moins un but identique, pour

---

Palestine, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 31.

[642] *An. C.D.I.* 1963, II, pp. 212, 275.

[643] Voir également, en ce sens, l'opinion dissidente du juge Hudson annexée à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 118-135, spéc. pp. 125-132.

[644] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 86-100, spéc. p. 92.

conclure que l'entrée en vigueur du traité n'avait pu supprimer « la raison d'être des déclarations » et que, dans cette mesure, elle n'avait fait que suspendre temporairement leurs effets qui seraient de nouveau opposables dès le jour où le traité prendrait fin[645].

193. Cette opinion était exprimée en marge de la solution retenue par la majorité des membres de la Cour permanente. La *raison d'être* des actes qui lui attribuent compétence avait, on le sait, conduit la Cour à ne trouver, dans cette affaire, aucune *incompatibilité* entre les énoncés des déclarations unilatérales et ceux du traité[646]. On peut expliquer le raisonnement tenu par la haute juridiction en considération des deux dimensions de la compétence identifiées précédemment[647] : parce qu'une règle attributive de compétence vise *d'abord* à habiliter le tribunal à exercer son pouvoir et ainsi à « ouvrir de nouvelles voies » d'action aux justiciables[648], *ensuite* à délimiter le champ dans lequel le pouvoir juridictionnel peut se déployer, il est logique de considérer, d'une part, que plusieurs règles attributives de compétence ne se contredisent pas, d'autre part qu'elles se complètent, l'étendue de compétence étant constituée de la somme des litiges que les différents actes auront chacun – ou communément – envisagés comme relevant du domaine d'exercice du pouvoir juridictionnel. La disparité des domaines de compétence n'est donc pas, en soi, constitutive de l'*incompatibilité* visée par l'article 59 § 1 de la Convention de Vienne. Au surplus, le fait que les auteurs de l'acte attributif de compétence soient réputés avoir eu pour première intention de permettre l'accès au juge revient à exclure l'autre situation visée par l'article 59 dans laquelle l'adoption d'un nouvel acte serait entendue suspendre ou abroger le droit antérieur[649]. Cette solution devrait être systématiquement reconduite, y compris dans le cas où les parties avaient, à l'occasion du renouvellement de leur engagement à l'égard de la juridiction d'un

---

[645] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, p. 93. Cette règle est énoncée à l'article 59 § 2 de la Convention de Vienne.

[646] *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Belgique c. Bulgarie, arrêt de la Cour permanente sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. pp. 74-76. La Cour actuelle reformulera explicitement cette conclusion dans l'affaire du *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007, *Rec.* 2007, pp. 832-876, spéc. pp. 872-873, §§ 132-137, et spéc. § 135.

[647] Voir *supra*, n° 6 et ss.

[648] Arrêt précité du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. p. 76.

[649] Cette situation devrait être exclue alors même que l'intérêt de la règle énoncée à l'article 59 vis-à-vis de celle de l'article 30 § 3 qui statue sur le problème d'incompatibilité entre dispositions conventionnelles, était de permettre la mise en œuvre de la règle *lex posterior derogat lex priori* à l'égard de l'ensemble des dispositions, y compris dans le cas où elles ne seraient pas toutes incompatibles : « la règle énoncée dans le présent article [article 59] est de portée plus vaste que celle de la règle qui est énoncée à l'article 63 [devenue article 30]. Aux termes du présent article, même si quelques dispositions seulement du premier traité sont incompatibles avec celles du traité nouveau, l'application de l'ensemble du premier traité sera suspendue s'il ressort du traité nouveau, des travaux préparatoires qui ont abouti à sa conclusion ou des circonstances dans lesquelles il a été conclu que telle était en fait l'intention des parties » : cinquième rapport de H. Waldock, *An. C.D.I.* 1966, II, p. 35.

tribunal, attribué à celui-ci une sphère d'activité plus réduite que celle dont il disposait en vertu du précédent engagement[650].

2. Inapplicabilité de l'engagement juridictionnel à raison de sa désuétude

194. Après l'hypothèse de l'acte postérieur incompatible, l'habilitation posée par la règle attributive de compétence conduit à exclure le phénomène de désuétude comme cause éventuelle d'extinction. Les développements précédents, notamment celui concernant la réalisation intégrale de l'objet permettait déjà, dans une certaine mesure, de le présager dans le sens où l'obligation juridictionnelle était apparue comme susceptible de perdurer tant que tous les litiges auxquels elle se rapporte n'auraient pas été tranchés par le tribunal compétent. Cette solution laissait donc supposer que l'obligation serait en capacité de produire ses effets sans que considération soit faite du laps de temps écoulé depuis sa date d'entrée en vigueur. Or, il se trouve que la désuétude est un « mécanisme (…) associé à l'usure du temps »[651], et c'est même d'ailleurs en cela qu'on la distingue de la « caducité » qui désignerait, ici, le résultat du processus durable ayant conduit à l'extinction des effets de la règle[652].

195. La désuétude n'est pas, non plus, sans entretenir certains liens avec le cas abordé précédemment de l'extinction à raison de la survenance d'une règle postérieure incompatible. Il demeure cependant deux manières distinctes d'expliquer ces liens suivant que l'on fonde l'extinction des effets juridiques de l'acte frappé de désuétude sur un *fait* ou sur un *acte juridique*[653]. La question a été essentiellement débattue dans le cadre du droit des traités, et la première manière de présenter les choses reviendrait à raccrocher la désuétude au mécanisme d'abrogation des effets conventionnels à raison de leur incompatibilité avec une coutume postérieure.

---

[650] Telle que l'affirmait la Cour dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*, la réduction de la portée matérielle du lien juridictionnel entre les parties opérée par l'adoption d'un nouvel acte ne pourrait laisser sous-entendre que le régime antérieur, plus libéral à l'égard du domaine de compétence, a été dissout : *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, p. 76 : « [e]n concluant le Traité de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, la Belgique et la Bulgarie ont eu en vue d'adopter un système très développé d'obligations réciproques ayant pour objet la solution pacifique des différends qui viendraient à s'élever entre elles. Mais on ne serait guère justifié à penser que, par cela même, elles auraient voulu porter atteinte aux obligations qu'elles avaient contractées précédemment dans un but analogue ; *et ceci, notamment, pour le cas où ces obligations seraient plus étendues que celles découlant du traité* » (nous soulignons).

[651] J. Combacau, « L'écoulement du temps », *op. cit.*, p. 95.

[652] Voir sur cette distinction principalement R. Kolb, « La désuétude en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 577-607, spéc. pp. 591-592. Voir également M. J. Glennon, « How International Rules Die », *Geo. L.J.*, 2004-2005, pp. 939-991, spéc. pp. 960 et 964 ; A. Goellner, *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, *op. cit.*, p. 14 : « [l]a désuétude peut donc être considérée comme un processus, mais en même temps aussi comme un état définitif et sur ce point elle se rapproche de la définition de caducité ».

[653] Voir sur cette distinction, R. Kolb, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 579 et ss.

Comme l'explique le professeur Capotorti,

> « ce qui arrive, en substance [dans le cas de la désuétude], c'est que les parties n'appliquent plus un traité (ou bien une ou certaines de ses clauses), que ce comportement se prolonge, sans donner lieu à aucune réclamation ou protestation, pendant une période de temps suffisante pour qu'une coutume puisse être considérée comme formée, et qu'au cours de cette période les Etats intéressés acquièrent au fur et à mesure la conviction que leur comportement est légitime »[654].

La désuétude apparaît ainsi comme une conséquence attachée à la formation d'une coutume « ayant pour seul objet l'abrogation des règles conventionnelles antérieures »[655].

196. La deuxième façon d'envisager les choses est celle qui a notamment été exposée dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités. En tant que « cause effective » d'extinction, la désuétude serait fondée sur le consentement des parties à l'accord et ainsi soumise aux dispositions relatives à l'abrogation conventionnelle des traités[656]. Sir G. Fitzmaurice fait observer dans son deuxième rapport sur le droit des traités livré à la Commission que

> « s'il n'existe pas de principe juridique général de prescription ou de désuétude des traités *longi temporis*, selon lequel la caducité des traités pourrait résulter simplement de l'écoulement du temps, le fait que, pendant une longue période, les deux parties ou toutes les parties à un traité n'appliquent pas ou n'invoquent pas un traité, ou agissent d'une façon qui démontre qu'elles se désintéressent du traité peut équivaloir à un accord tacite, par lequel les parties décideraient de ne pas tenir compte du traité ou de le considérer comme expiré »[657].

197. La différence d'approche est donc bien réelle : dans un cas, il s'agit de donner pour fondement à la caducité d'un traité frappé de désuétude, un acte juridique des parties au traité ; dans un autre cas, l'extinction de la règle serait la conséquence d'une accumulation de

---

[654] F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 517. L'auteur cite la sentence arbitrale du 21 octobre 1861 rendue dans l'affaire dite *Yuille, Shortridge et Cie* (Grande-Bretagne/Portugal, sentence arbitrale du 21 octobre 1861, A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1957, 2ème éd., tome II (1856-1872), pp. 101-118, sépc. p. 105) dans laquelle il avait été admis qu'une convention puisse prendre fin par désuétude. Pour d'autres exemples pratiques de traités tombés en désuétude, voir G. Le Floch, « La désuétude en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 609-642, spéc. p. 613.

[655] F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, p. 517.

[656] *An. C.D.I.* 1966, II, p. 237. Voir ici l'article 54 § b de la Convention de Vienne qui prévoit notamment que l'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu « à tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants ».

[657] Projet d'article 15 § 3, *An. C.D.I.* 1957, II, p. 31. Voir également, pour une application concrète de cette conception, l'opinion dissidente commune des juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock dans l'affaire des *Essais nucléaires* au sujet de l'acte général d'arbitrage de 1928 : *Rec.* 1974, pp. 312-371, spéc. pp. 337-340.

faits juridiques étalés dans le temps. En pratique, cependant, la différence demeure ténue puisque selon le fondement que l'on retient, accord tacite d'abrogation ou coutume, la caractérisation du phénomène de désuétude va nécessiter d'imputer de la pratique des parties « leur assentiment à la disparition de la norme conventionnelle [ou] le sentiment qu'elle n'existe plus »[658]. C'est donc la consistance de cette pratique qui doit véritablement s'avérer décisive. A cet égard, les définitions données de la désuétude se réfèrent à deux situations distinctes dans lesquelles la durée constitue finalement davantage le « cadre » dans lequel opère le phénomène extinctif qu'« un élément constitutif de la perte d'efficacité du traité »[659]. L'extinction des effets conventionnels pourrait non seulement résulter de la violation répétée des obligations conventionnelles qui ne seraient pas « appliquées » dans les faits[660], mais également d'un non-usage pur et simple[661]. En d'autres termes, la caducité des effets conventionnels pour cause de désuétude procéderait tantôt d'une pratique divergente à celle qui *devrait être*, tantôt d'une absence totale de pratique.

198. Le cas des actes attributifs de compétence permet d'illustrer cette distinction. Le *non-usage* d'un acte ne peut effectivement se confondre avec le fait de ne pas se conformer aux règles qu'il consigne lorsque celles-ci *permettent* ou *habilitent* à faire quelque chose, aussi bien qu'à s'abstenir de le faire[662]. A l'évidence, le fait pour un justiciable de fonder sa

---

[658] G. Le Floch, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 635. En ce sens, voir également A. D. McNair, *The Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 516 : « *[b]y desuetude is meant not mere lapse of time however long, but discontinuance of the use of, and resort to, a treaty or acquiescence in such discontinuance* ». Voir, par ailleurs, la sentence arbitrale du 30 juin 1977 rendue dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental* (France/Royaume-Uni), *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 130-270, spéc. p. 166, § 47.

[659] J. Combacau, « L'écoulement du temps », *op. cit.*, p. 95. L'auteur estime que l'effet extinctif attaché à la désuétude « est lié à l'inapplication d'une règle dans l'indifférence commune beaucoup plus qu'à la circonstance contingente de l'écoulement du temps ».

[660] Sur la violation répétée d'une obligation comme cause de son extinction, voir M. J. Glennon, « How International Rules Die », *op. cit.*, p. 960. Voir également l'exemple donné par H. Kelsen en vue d'illustrer le phénomène de désuétude (« *desuetudo* ») : « une norme juridique générale, qui interdit la vente de boissons alcoolisées en disposant que quiconque vend des boissons alcoolisées doit être puni d'une peine de prison, perdrait sa validité s'il était établi que, à la suite de la résistance de sujets soumis au droit, elle n'était pas observée » : *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 185.

[661] Ce dédoublement revient le plus souvent dans la définition du processus pouvant conduire à la désuétude. Le dictionnaire Basdevant définit la désuétude comme « l'extinction d'une règle (…) par le non-usage prolongé ou par l'établissement d'une pratique contraire ». Cette définition est notamment reprise par le professeur Kolb qui parle d'« une absence d'application prolongée de la norme en cause, soit par abstention soit par pratique divergente » : « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 578. Voir également le recensement par M. Le Floch des opinions doctrinales émises en ce sens : « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, p. 615, note n° 43. D'autres auteurs ne semblent toutefois envisager que l'une des deux pratiques. Voir par ex. Ch. Rousseau qui n'envisage que le non-usage dans son cours sur « L'extinction des traités internationaux », *op. cit.*, pp. 2-3.

[662] Voir en ce sens la remarque de G. Le Floch au sujet de l'Acte général d'arbitrage, *op. cit.*, p. 635, et note n° 168. L'auteur cite notamment P. V. McDade (« The Removal of Offshore Installations and Conflicting Treaty Obligations as a Result of the Emergence of the New Law of the Sea : a Case Study », *San Diego L. Rev.*, 1987, pp. 645-687, spéc. p. 670) pour faire observer qu'il serait plus facile de rapporter la preuve de la désuétude du traité « *in case where the treaty provision demands a continuous course of conduct of the parties, which then do*

demande sur un traité donné, ne devrait pas pouvoir s'interpréter comme la transgression des règles d'habilitation posées par l'ensemble des autres traités qui auraient permis d'obtenir un jugement au titre de la même demande. Le non-respect de la règle de compétence ne pourrait, à l'analyse, se concrétiser que dans le refus d'une des parties au différend de se soumettre à la procédure devant conduire à son règlement. Cette situation a pu se produire dans le cadre de l'arbitrage, la partie défenderesse décidant de ne pas procéder à la constitution du tribunal en ne désignant pas les membres appelés à y siéger[663]. Contrairement donc au cas du non-usage, la violation de l'acte attributif de compétence présuppose une première volonté de l'appliquer et de mener à bien la procédure. Ainsi, non seulement la « pratique contraire » à celle que dicte la règle ne se confond pas avec le fait de ne pas l'invoquer au soutien de la compétence d'un tribunal, mais elle semble, en raison des positions antagonistes qu'elle présuppose, ne jamais pouvoir être interprétée comme reflétant l'assentiment à considérer le traité dépourvu d'efficacité. Pour reprendre l'exemple du refus de procéder à la désignation des arbitres, tout au plus la partie récalcitrante pourrait-elle, par son attitude, emporter la renonciation de l'autre à fonder, à l'avenir, sa réclamation sur la base d'un acte qui, manifestement, n'avait prévu aucune solution permettant d'éviter un tel blocage.

199. Le non-usage prolongé d'un traité de règlement judiciaire ou arbitral serait à première vue plus enclin à priver les règles d'effets de droit. L'absence d'invocation de l'engagement juridictionnel durant une période plus ou moins étendue précédant l'introduction de l'instance a d'ailleurs été plaidée à plusieurs reprises devant la Cour internationale de Justice. A chaque fois, cependant, le problème avait été éludé, la Cour préférant retenir un autre chef d'incompétence pour se considérer inapte à connaître du litige[664]. La seule indication que la haute juridiction ait finalement jamais livrée sur la signification à donner au non-usage d'un accord lui conférant compétence avait pour cadre

---

not comply, rather than where the activation of its obligations is conditional either on the will of the parties or some uncertain event which may occur in the future ».

[663] Voir notamment sur ce point, W. M. Reisman, « Procedures for Controlling Unilateral Treaty Terminations », *A.J.I.L.*, 1969, pp. 544-547.

[664] Voir les affaires *Plateau continental de la Mer Egée*, Grèce c. Turquie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 19 décembre 1978, *Rec*. 1978, pp. 3-45, spéc. pp. 15-16, §§ 36-38 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, ordonnance de la Cour du 13 septembre 1993 (nouvelle demande en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1993, pp. 325-352, spéc. p. 340, § 31 ; *Licéité de l'emploi de la force*, Serbie-et-Monténégro c. Belgique, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 15 décembre 2004, *Rec.* 2004, pp. 279-329, spéc. p. 325, § 119. Par ailleurs, le changement institutionnel intervenu après le second conflit mondial a pu avoir pour effet de réduire l'argument de la désuétude de l'engagement juridictionnel à l'invocation d'une situation rendant son exécution impossible : voir au soutien de cette analyse, *Essais nucléaires*, Nouvelle-Zélande c. France, ordonnance du 22 juin 1973 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1973, pp. 135-147, spéc. p. 138, § 16, la France invoquant le « manque d'effectivité » de l'Acte général de 1928, « tombé en désuétude » depuis la disparition de la Société des Nations ; *Incident aérien du 10 août 1999*, Inde c. Pakistan, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 21 juin 2000, *Rec*. 2000, pp. 11-34, spéc. p. 19, §§ 14-15.

l'affaire de l'*OACI*. Une distinction avait été établie entre l'inapplicabilité de fait du traité, d'une part, et le fait qu'il ait définitivement cessé d'être en vigueur[665]. L'hypothèse de la désuétude n'était toutefois pas en cause ; l'argument du Pakistan, défendeur à l'instance, visait uniquement à mettre en évidence l'incohérence de l'attitude du demandeur consistant à plaider, d'une part, l'inapplicabilité des dispositions substantielles de l'accord devant le Conseil de l'OACI et à invoquer, d'autre part la clause compromissoire qui y figurait pour fonder la compétence de la Cour. Aussi, rien ne permettait de tirer de la distinction établie par la haute juridiction le fait qu'on exciperait vainement de son incompétence à raison du non-usage prolongé de l'engagement juridictionnel[666].

Un premier obstacle semblerait malgré tout se dresser devant l'admission d'une telle exception d'incompétence *ratione temporis* dans le cas où le droit de recourir au règlement judiciaire ou arbitral était soumis à une condition suspensive. La compétence ayant été prévue uniquement dans le cas où des événements déterminés viendraient à se produire (un différend, un manquement à un traité donné), il serait, en tout état de cause, impossible de tirer enseignement du non-usage sans avoir la certitude que l'hypothèse prévue par la règle s'est bien réalisée. Comme le fait d'ailleurs observer sur ce point le juge De Castro dans l'affaire des *Essais Nucléaires*, « le fait que l'on n'a pas recours à un traité peut être la meilleure preuve de son efficacité : c'est qu'il a évité les différends entre Etats »[667]. La désuétude serait, pour cette raison, susceptible d'être établie uniquement en considération de situations pour lesquelles le traité n'avait pas été invoqué alors qu'il aurait manifestement pu l'être[668].

Plus radical, encore, doit être l'argument tiré de l'absence de règle générale de prescription extinctive en droit international public. G. Fitzmaurice indiquait dans le cadre de ses travaux à la Commission que rapporter la preuve de la caducité du traité en raison de sa désuétude nécessite, en règle générale, d'établir que le traité est « d'une nature telle que son application, du fait du temps écoulé, serait anachronique ou inopportune »[669]. Or, si

---

[665] Affaire de l'*Appel concerant la compétence du Conseil de l'OACI* déjà citée, *Rec.* 1972, p. 53, § 16.

[666] La Cour n'abordait pas moins une question proche de celle de la désuétude de l'engagement juridictionnel lorsqu'elle considérait au titre de l'argument tiré de la forclusion des droits (substantiels) qu'il ne pouvait avoir d'effet sur la compétence qui faisait l'objet d'une « question préalable et indépendante, une question de droit objective qui ne saurait être régie par des considérations de forclusion pouvant être formulées de façon à jouer contre l'une des Parties ou contre les deux » : *ibid.*, p. 54.

[667] Opinion dissidente de M. De Castro annexée à l'arrêt de la Cour du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires* (Australie c. France), *Rec.* 1974, pp. 372-390, spéc. p. 381, note n° 1.

[668] Voir en ce sens la remarque de George Scelle dans son deuxième rapport sur la procédure arbitrale au sujet de la compétence de la Cour permanente d'arbitrage dont la compétence lui paraissait « menacée de désuétude », compte tenu du choix des Etats de s'en remettre à d'autres prétoires pour le règlement de leurs litiges : *An. C.D.I.* 1951, II, p. 110, § 3.

[669] Projet d'article 15 § 3, *An. C.D.I.* 1957, II, p. 31, et le commentaire, *ibid.*, p. 55, § 88. Dans son ouvrage sur la Cour internationale de Justice, G. Fitzmaurice sera amené à considérer qu'une telle situation ne peut concerner

l'introduction d'une demande devant une juridiction internationale peut éventuellement se révéler « anachronique » ou « inopportune », l'écoulement du temps n'a pas pour effet d'emporter l'incompétence *ratione temporis* de ladite juridiction. Tel qu'il ressort de la pratique internationale, un justiciable ne peut, en l'absence d'un délai prévu par le texte, se voir déchu du droit de porter une demande à la connaissance du juge et de solliciter l'exercice de sa compétence[670]. En s'abstenant d'agir pendant une certaine durée, il serait néanmoins réputé avoir admis la situation qu'il conteste et/ou renoncé au droit qu'il réclame[671]. L'écart de temps séparant les faits litigieux et l'introduction de la procédure pourrait, en d'autres termes, conduire à juger la demande irrecevable à raison du défaut, ou plus exactement de la

---

les traités établissant la compétence des juridictions internationales : « *there can be no doubt that if a jurisdictional obligation has once been assumed and is otherwise extant and in force, the mere fact that it was assumed many years ago, or that it is only invoked for the first time long after i twas assumed, cannot affect the obligation itself* » : *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 746.

[670] *George W. Cook* (Etats-Unis) *c. Mexique*, sentence de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique du 3 juin 1927, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 213-217, spéc. p. 214 ; *Collac c. Yougoslavie*, tribunal arbitral mixte Hongrie-Yougoslavie, 15 mai 1929, *I.L.R.*, vol. 5 (1929-1930), pp. 196-197, spéc. p. 197 ; affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* (*Lighthouses Arbitration*) (France/Grèce), sentences arbitrales (C.P.A.) des 24 et 27 juillet 1956, *I.L.R.*, vol. 23 (1956), pp. 659-676, spéc. pp. 671-672, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 161-257, spéc. p. 186, s'agissant d'un engagement juridictionnel conclu pour le règlement de l'ensemble des réclamations restées pendantes depuis de nombreuses années.

[671] En ce sens, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 277 : « [c]e n'est pas que l'écoulement du temps soit sans pertinence, mais il n'est que le cadre dans lequel s'apprécie l'acquiescement aux prétentions ». Voir également Ch. J. Tams, « Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (éd.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1035-1049, spéc. pp. 1047-1048, l'auteur remettant en cause l'utilité de distinguer entre le concept de prescription extinctive et celui d'acquiescement (« *acquiescence* »). Pour la pratique, voir *inter alia*, la sentence *Daniel* de la Commission des réclamations France/Venezuela, *R.S.A.*, vol. X, pp. 22-24, et spéc. p. 24 ; la sentence *Gentini* de la Commission mixte des réclamations Italie/Venezuela, *R.S.A.*, vol. X, pp. 551-561, spéc. p. 561 : « *[i]t is sufficient to say that in the present case the claimant has so long neglected his supposed rights as to justify a belief in their nonexistence* ». Voir également *Spader* et al., Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 223-224, spéc. p. 224 ; *Sarropoulos*, sentence du tribunal arbitral mixte Grèce-Bulgarie du 14 février 1927, *I.L.R.*, vol. 4 (1927-1928), pp. 263-264, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 47-55, spéc. pp. 54-55. Pour la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, voir l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, Nauru c. Australie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 juin 1992, *Rec.* 1992, pp. 240-269, spéc. pp. 253-255, §§ 32-36, spéc. § 32 (sur cette affaire, voir les observations de Mme R. Higgins *in* « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, pp. 513-514) ; *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour du 31 mars 2004, *Rec.* 2004, pp. 12-73, spéc. pp. 37-38, §§ 43-44. Pour le Comité des droits de l'homme, voir la décision du 23 juillet 2008, *Brown c. Namibie*, Comm. No. 1591/2007, § 6.2 : en l'absence d'explications convaincantes, la présentation d'une demande treize ans après les faits caractérise un abus du droit de réclamer. L'inaction procédurale aurait également pour effet d'éteindre les droits (substantiels) dans le cas où l'engagement juridictionnel a prévu des délais pour saisir le tribunal et où celui-ci dispose de l'exclusivité de la compétence pour statuer sur les réclamations en cause : voir en ce sens l'article 5 § 8 de l'Accord du 12 décembre 2000 instituant la Commission Erythrée/Ethiopie qui prévoit que « *any such claims which could not have been and were not submitted by that deadline shall be extinguished, in accordance with international law* », et les observations de P. d'Argent et J. d'Aspremont, *in* « La Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie : un premier bilan », *op. cit.*, pp. 354-355. Les auteurs notent que « [l]'extinction des réclamations non présentées à temps est une autre manière d'exprimer une renonciation » (*ibid.*, pp. 354-355).

perte de l'intérêt à agir ; il ne pourrait, en revanche, être utilement invoqué aux fins d'établir l'extinction du titre de compétence[672].

La référence à l'objet de l'obligation juridictionnelle apparaît donc, à cet égard, une nouvelle fois décisive. Elle permet de conclure que les justiciables ne pourraient, en s'abstenant d'invoquer un acte leur donnant accès à un juge, manifester leur accord à ce que cet acte ne soit plus considéré comme valable, pas plus qu'ils ne pourraient prétendre avoir acquis une telle conviction en raison de son non-usage par les autres justiciables. Cela ne revient pas à dire que les parties ne pourraient, par principe, se désintéresser d'un acte parce qu'il attribue compétence à une juridiction ; simplement, il serait impossible d'en apporter la preuve en l'absence d'autres éléments qui feraient dire que les sujets ont renoncé au bénéfice qu'ils pouvaient tirer de l'application de l'acte[673].

§ 2 - LES CIRCONSTANCES ATTACHEES AUX CONDITIONS DE L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL

200. La rareté des hypothèses susceptibles d'affecter la réalisation du comportement visé par la règle de compétence pose de manière cruciale la question des conditions auxquelles les Etats ont soumis leur engagement en matière juridictionnelle. La première et principale problématique est de déterminer si, et dans quelles conditions, ces Etats seraient

[672] Puisque l'intérêt à agir est l'une des conditions à laquelle est subordonné l'exercice du droit d'action, la déchéance du droit de réclamer ou de contester, pour cause d'inaction, va logiquement se répercuter sur la faculté procédurale de présenter la réclamation en justice. La jurisprudence du Tribunal administratif de la Banque interaméricaine de développement peut être donnée en exemple : voir *Andrew James Burrey c. IDB*, jugement n° 4 du tribunal administratif du 18 avril 1985, spéc. § 6 des conclusions : « *complainant's inaction for such a long period of time 'constitutes in fact a waiver of any rights he might otherwise have had'* » (texte disponible à l'adresse www.iadb.org/, consultée le 10 mars 2011). Pour l'application du principe de prescription au droit de présenter la réclamation : *Alfredo del Rio c. IDB*, jugement n° 13 du 2 avril 1987, spéc. § 7 des conclusions : « *[w]hen applied to the procedure for exercising a right, negative prescription leads to a lapsing of the action to bring suit or exercise any right* ; plus récemment, *Stephen L. Abrahams* et al. *c. IDB*, jugement n° 31 du 12 février 1993 : « *the passage of time compel[s] the conclusion that the right to enforce the original cause of action has lapsed* » ; *Jose Luis Vega v. IDB*, jugement n° 35 du 17 septembre 1993.

[673] Voir notamment la thèse développée par le gouvernement américain dans l'affaire du Nicaragua qui réclamait l'application du principe d'estoppel en raison du comportement du Nicaragua, lequel avait laissé supposer, notamment durant la phase des négociations diplomatiques, sa non-participation à la clause optionnelle de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui*-ci, arrêt de la Cour du 26 novembre 1984 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1984, pp. 413-415, §§ 48-50, et § 51 pour le rejet par la Cour de l'argument américain en l'absence d'éléments significatifs en ce sens. Une solution identique allait être retenue dans l'affaire de la Péninsule de Bakassi, la Cour de La Haye jugeant que le préjudice qui doit être rapporté aux fins de l'application du principe d'estoppel ne pouvait avoir pour origine l'introduction de l'instance sur la base de déclarations unilatérales en contrariété à un prétendu accord implicite formé par les parties pour régler le litige aux moyens d'autres procédures : *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaire du 11 juin 1998, *Rec.* 1998, pp. 275-327, spéc. pp. 300-304, §§ 48-60, et particulièrement §§ 56-57.

investis du pouvoir de le révoquer (A). Il s'agira ensuite d'envisager plus brièvement les autres circonstances attachées à l'expression initiale de l'engagement, et qui seraient en mesure de le rendre inopposable à son auteur (B).

A. La dénonciation de l'engagement juridictionnel

201. La dénonciation constitue un motif original de terminaison de l'acte juridique, procédant de la seule volonté de ne plus être lié, en tout ou en partie[674], par les règles qui s'y trouvent énoncées[675]. Rapportée aux actes attributifs de compétence, l'originalité acquiert une dimension particulière au vu du contexte dans lequel une telle initiative serait susceptible d'être prise. Il faut d'abord convenir que, pas plus qu'une autre cause extinctive, la dénonciation de l'engagement juridictionnel ne se trouve en capacité de faire échec aux instances déjà engagées[676]. La procédure juridictionnelle représente toutefois l'ultime étape d'un processus durable de règlement du litige qui laisserait ainsi courir le risque que l'une des parties ne tente de se libérer de ses engagements alors que cette procédure était en voie ou sur le point d'être introduite, et que cette partie sape ainsi l'effet du principe de détermination de la compétence temporelle. Tel est tout l'enjeu de l'encadrement du pouvoir de révocation des actes attribuant compétence aux juridictions internationales (2). La réflexion ne s'était, à l'origine, toutefois pas trouvée engagée sous cet angle, le débat ayant d'abord porté sur la légitimité d'appliquer à ces actes attributifs de compétence un régime dérogatoire en raison de leur *nature* particulière (1).

---

[674] La modification d'une obligation est envisagée comme une dénonciation partielle, cette modification revenant, en dernière analyse, à *mettre fin à une obligation existante* : voir en ce sens l'opinion individuelle du juge Oda jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 26 novembre 1984 rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, *Rec.* 1984, pp. 471-513, spéc. p. 508. Voir également R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, pp. 876-878. L'auteur précise toutefois que certaines modifications, précisément celles par lesquelles l'Etat assumerait une obligation supplémentaire, ne peuvent être qualifiées de dénonciation partielle : *ibid.*, p. 877.

[675] Voir D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 444.

[676] Voir par ex. l'article 41 § 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques qui prévoit que le retrait des déclarations émises pour l'examen des plaintes interétatiques est « sans préjudice de l'examen de toute question qui fait l'objet d'une communication déjà transmise » au Comité des droits de l'homme. Voir par ailleurs, *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 125-153, spéc. p. 142 : « [c]'est une règle de droit généralement acceptée et appliquée dans le passé par la Cour qu'une fois la Cour valablement saisie d'un différend, l'action unilatérale de l'Etat, dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour ». Voir néanmoins, mais de manière tout à fait particulière, l'octroi par la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires* d'un droit de recours à la Nouvelle-Zélande de la saisir ultérieurement nonobstant le retrait par la France de l'Acte général d'arbitrage : arrêt de la Cour du 20 décembre 1974 déjà cité, *Rec.* 1974, p. 477, § 63.

1. Le débat sur la « dénonciabilité » des engagements juridictionnels

202. La détermination des conditions dans lesquelles un Etat s'engage à assumer une obligation juridique pose la question de savoir dans quelle mesure il serait par la suite admis à la dénoncer. Le pouvoir unilatéral de révocation des actes a déjà été envisagé au titre des conditions de contestation de l'applicabilité de la clause compromissoire et il avait été mentionné à cette occasion que son exercice régulier nécessiterait, en l'absence de toute habilitation posée par le texte, l'accord de l'ensemble des parties. On trouve ici l'expression *ad minima* du consensus, le substrat nécessaire à la notion d'accord qui suppose que chacun de ses participants ne puisse remettre en cause à son gré ce qui a été décidé à plusieurs. Tel est, en substance, ce à quoi l'on associe la règle *pacta sunt servanda* qui impose aux parties « maintenant tenues en droit d'observer les énoncés dont elles sont une fois convenues »[677]. La détermination d'un droit unilatéral de dénonciation passe donc logiquement par l'examen des règles que les parties s'étaient engagées à exécuter au moment de la conclusion du traité. La règle générale d'interprétation dégagée à cet effet peut être formulée comme une présomption réfragable de non « dénonciabilité » : « en l'absence de toute disposition permettant de le dénoncer, un traité ne peut prendre fin que par voie d'accord mutuel »[678].

203. La recherche d'une clause de dénonciation n'épuise pas néanmoins celle de l'intention des parties qui pourraient tout aussi bien avoir tacitement convenu d'un *mutuus dissensus*. C'est ce qu'admet l'article 56 de la Convention de Vienne en introduisant deux exceptions à la règle générale d'interprétation. La première exception renvoie aux circonstances ayant entouré l'adoption du traité, d'où il pourrait être « établi qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ». L'accord en vue d'éteindre le traité pourrait également, en deuxième tempérament, être déduit de la « nature » de ce dernier. Introduite par le Rapporteur Fitzmaurice dans son deuxième projet sur le droit des traités, puis reprise et développée par son successeur à la Commission du droit international, Humphrey Waldock, cette dernière exception se fondait sur l'idée selon laquelle certains traités qui ne seraient conclus ni pour une durée déterminée, ni pour une durée illimitée, donneraient implicitement aux parties le droit d'y mettre un terme, moyennant un

[677] J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, p. 68.

[678] Deuxième rapport de H. Waldock sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1963, II, p. 70, § 11. Son prédécesseur à la C.D.I., le Rapporteur spécial Gerald Fitzmaurice avait déjà affirmé que « lorsqu'un traité est muet au sujet de l'extinction, celle-ci ne peut se produire que moyennant le consentement de toutes les parties » : deuxième rapport sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1957, II, p. 43, § 16. Cette règle générale est aujourd'hui énoncée à l'article 54 de la Convention de Vienne qui dispose que « l'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : *a*) conformément aux dispositions du traité ; ou *b*) à tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants ».

délai raisonnable, en raison de ce que ces traités n'étaient pas « destinés à créer un état de choses permanent »[679]. Avant qu'il ne décide finalement de ne plus faire apparaître dans le texte du projet d'article la nature du traité en tant que critère autonome d'interprétation de la volonté ayant présidé à son adoption[680], le Rapporteur Waldock avait dressé une liste des catégorie de traités susceptibles de donner lieu à résiliation unilatérale, parmi lesquels figuraient les traités d'arbitrage, de conciliation et de règlement judiciaire[681].

204. L'identification des limites dans lesquelles était appelée à jouer l'exception fondée sur la nature des traités constituait déjà l'occasion d'une mise au point. Waldock jugeait que « la durée limitée de l'objet, tout comme une disposition qui fixerait une date déterminée pour l'expiration du traité, donne à penser que les parties n'ont pas voulu permettre la dénonciation », citant l'exemple caractéristique « des accords qui tendent à soumettre un litige donné à l'arbitrage »[682]. On conçoit, en effet, que l'assignation tacite ou expresse à la clause juridictionnelle d'une durée de validité exclut la faculté pour les parties de la dénoncer avant l'arrivée du terme, du moins en l'absence d'une clause les y autorisant expressément[683]. Cette nécessité logique avait d'ailleurs suffi à la Cour, dans l'affaire des *Pêcheries*, pour « faire justice d'une objection éventuelle s'appuyant sur l'opinion de certaines autorités d'après lesquelles les traités de règlement judiciaire ou les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont au nombre des dispositions conventionnelles qui, par nature, peuvent être dénoncées unilatéralement lorsque aucune disposition expresse ne régit leur durée ou leur extinction »[684]. La Cour ne trouvait pas nécessité à se prononcer sur l'existence du droit tacite de dénonciation revendiquée par l'Islande, qui de toute évidence ne pouvait être discutée qu'au sujet des engagements relatifs

---

[679] Deuxième rapport, *An. C.D.I.* 1963, II, p. 68, § 5.

[680] Voir *An. C.D.I.* 1966, II, p. 250. A ce titre, la rédaction définitive de l'article 56 de la Convention qui mentionne en son alinéa 1. b) la nature du traité comme fondement éventuel du droit tacite de dénonciation est due à un amendement britannique adopté en dernière minute lors de la Conférence de Vienne. Sur la genèse de l'article 56, voir F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, pp. 538-539 ; Th. Christakis, « Article 56 », *op. cit.*, pp. 1960, 1992 et ss. ; W. M. Reisman & M. H. Arsanjani, « No Exit ? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of United States' Notification of Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations », *in* M. G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Nijhoff, 2007, pp. 897-926, spéc. pp. 909-911.

[681] Voir le projet d'article 17, § 3, a, iv, in *An. C.D.I.* 1963, II, p. 67.

[682] *An. C.D.I.* 1963, II, p. 70, § 13. Voir également *ibid.*, p. 68, § 3 : le problème concernant l'intention d'admettre la dénonciation « ne se pose évidemment que lorsque le traité ne fixe aucune limite à sa durée, car en fixant une période – même longue – de validité du traité, les parties ont implicitement exclu toute possibilité de dénoncer le traité ou de s'en retirer pendant cette période ».

[683] Comme le relève le Rapporteur spécial, il n'est pas rare que les textes contiennent tout à la fois une clause en limitant la durée et une clause prévoyant la faculté pour les parties de s'en retirer : *ibid.*, p. 67, § 2.

[684] *Compétence en matière de pêcheries*, Royaume-Uni c. Islande, arrêt du 2 février 1973 déjà cité, *Rec.* 1973, pp. 15-16, § 29.

« à tous les différends, ou certaines catégories de différends, pouvant survenir (…) dans un avenir imprévisible »[685], ce qui n'était manifestement pas le cas de l'accord de 1961[686]. Elle laissait ainsi entière la question du bien-fondé de la thèse avancée par le Rapporteur Waldock dans son deuxième rapport au sujet des engagements juridictionnels pris sans limite de durée. Néanmoins, à supposer même que la Cour ait été placée devant la nécessité d'évaluer cette thèse, il n'aurait, semble-t-il, pas s'agi de statuer sur la *nature* des traités d'arbitrage et de règlement juridictionnel. Waldock fondait effectivement le renversement de la présomption suivant laquelle *l'absence de clauses de dénonciation vaut exclusion de la faculté unilatérale de dénoncer* sur l'insertion quasi systématique de clauses de durée ou de dénonciation dans les différents instruments recensés[687]. Au vu d'une telle pratique conventionnelle, les traités d'arbitrage, de conciliation et de règlement judiciaire devaient, selon le Rapporteur, être considérés comme « essentiellement susceptibles de dénonciation »[688]. L'argument n'avait toutefois pas fait l'unanimité au sein de la Commission, la circonstance que le traité ne contienne aucune clause de révocation pouvant tout aussi bien indiquer que les parties avaient précisément eu pour intention de s'interdire mutuellement de faire unilatéralement cesser les effets conventionnels [689]. Aucun autre argument relatif à la nature de la relation conventionnelle n'était, pour le reste, avancé par Waldock en vue de justifier l'intégration des engagements juridictionnels dans la catégorie des actes révocables[690]. Le Rapporteur jugeait

---

[685] *Ibid.* Certains ont toutefois considéré que la position de la Cour n'était pas sans apporter un démenti à l'argument islandais. Voir en ce sens les observations du professeur Christakis pour qui la Cour n'en avait pas moins manqué de « repouss[er] la tentative islandaise de s'appuyer sur le caractère prétendument révocable de tout engagement de soumission au règlement judiciaire » : « Article 56 », *op. cit.*, p. 2001.

[686] Sur le caractère limité de la validité temporelle de l'accord en raison de son objet, voir *supra*, n° 187 et ss.

[687] *An. C.D.I.* 1963, II, pp. 70-71, §§ 11, 18. Sur un total de plus de deux cent traités, le Rapporteur ne recensait qu'un seul instrument ne contenant aucune disposition touchant à sa durée ou à son extinction. Etait également prise en référence la pratique des déclarations faites en vertu de la clause facultative de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice pour confirmer cette tendance à limiter l'engagement dans la durée.

[688] *An. C.D.I.* 1963, II, p. 71, § 18.

[689] Au cours des débats à la Commission, M. Briggs avait estimé que la thèse présentée par le Rapporteur Waldock pourrait même être en opposition avec le principe *pacta sunt servanda* dans les cas où rien (d'autre) ne ferait état de l'intention des parties d'autoriser la rupture unilatérale de l'engagement : *An. C.D.I.* 1963, I, 689ème séance, 29 mai 1963, p. 112, § 35.

[690] La nature de la relation conventionnelle était toutefois prise en considération pour les autres types de traités qui seraient, même en l'absence de clause, susceptibles de dénonciation. Ainsi, l'exemple des traités d'alliance ou de coopération militaire était repris du deuxième projet de G. Fitzmaurice qui, à cette occasion, avait estimé que « la nature des relations d'alliance autorise à présumer que chacune des parties peut vouloir mettre fin au traité (…) » : *An. C.D.I.* 1957, II, p. 43. Etait ainsi exprimée l'idée que l'engagement, compte tenu de la matière dans laquelle il intervient, devrait être soumis aux variations du contexte politique et n'avoir de valeur que tant que dure ce contexte ou tant que les parties n'ont pas, plus simplement, jugé opportun d'y mettre un terme. Une justification du même ordre avait pu être avancée au sujet des traités de commerce, même si Waldock refusait d'y voir une catégorie homogène eu égard au caractère durable de la réglementation pouvant être prise en de telles matières : *An. C.D.I.* 1963, II, p. 71, § 15. Voir également sur cet exemple, et en ce sens S. Babalola Ajulo, « Temporal Scope of ECOWAS and AEC Treaties : A Case for African Economic Integration », *Afric. J.I.L.*, 1996, pp. 111-138, spéc. pp. 132-133 ; R. Plender, « The Role of Consent in the Termination of the Treaties », *op. cit.*, p. 148.

même, à ce titre, « regrettable » d'aboutir à une conclusion que seule légitimait la pratique conventionnelle des Etats[691].

205. Pouvait-il en être autrement ? La question mérite effectivement d'être posée. Pour la reformuler, un tribunal international pourrait-il raisonnablement considérer qu'un Etat se soit perpétuellement engagé sur le plan juridictionnel sans risque de trahir la volonté qui était sienne au jour où cet Etat avait exprimé son consentement ? Certainement, si l'on conçoit la faculté de recourir à un organe juridictionnel comme un gage ou, du moins, un facteur de stabilité dans les relations juridiques, la permanence faisant alors figure de première vertu. Pourrait être évoquée à ce titre la décision de la Commission du droit international de faire figurer sur la liste des traités « dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer (…) durant un conflit armé » ceux relatifs au règlement des litiges entre Etats par des moyens pacifiques[692]. Le récent retrait des Etats-Unis du Protocole facultatif à la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, intervenu à la suite de leur condamnation par la Cour de La Haye dans les affaires *LaGrand* et *Avena*[693] a, pour sa part, permis d'illustrer que la rupture du lien juridictionnel s'accorderait, en règle générale, moins avec l'intention qui a présidé à sa constitution qu'avec une nécessité apparue à l'occasion de son application. A l'analyse, il apparaît même que les seules raisons mentionnées par la doctrine au soutien du droit de rompre un engagement juridictionnel ne contenant pas de clause de dénonciation ne diffèrent pas des raisons un temps avancées par ceux qui militaient pour la reconnaissance d'une présomption générale de dénonciabilité des traités[694].

---

[691] *An. C.D.I.* 1963, II, p. 71, § 18.

[692] Article 5 du projet d'articles de la C.D.I. sur les effets des conflits armés sur les traités, A/CN.4/L.727/Rev.1, 60ème session de la Commission, 31 juillet 2008. La liste des traités figure en annexe du projet d'articles : A/CN.4/L.727/Rev.1/Add.1).

[693] Le Protocole ne contenait aucune clause de dénonciation, et la notification américaine du 7 mars 2005 ne faisait mention d'aucune justification particulière. Cet épisode a ainsi permis de relancer la discussion sur la nature des engagements juridictionnels : voir notamment W. M. Reisman & M. H. Arsanjani, « No Exit ? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of United States' Notification of Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations », *op. cit.*, pp. 907 et ss. Voir également les observations faites par Mme K. Bannelier-Christakis au sujet de l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 439-446, spéc. pp. 445-446.

[694] Ces raisons consistaient, pour l'essentiel, à réfuter l'idée qu'un engagement conventionnel puisse être pris de manière perpétuelle. Voir principalement E. Giraud, « Modification et terminaison des traités collectifs », *An. I.D.I.*, 1961-I, t. 49, pp. 5-153 (exposé préliminaire), spéc. pp. 73-81, et « La notion de temps dans les relations et le droit international », *Scritti di diritto internationale in onore di Tomaso Perassi*, Milan, Giuffrè, 1957, t. 1, pp. 461-486, spéc. pp. 478 et ss. Voir également sur ce point les observations du professeur Christakis *in* « Article 56 », *op. cit.*, pp. 1965 et ss, ainsi que la synthèse des différentes opinions doctrinales *in* K. Widdows, « The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause », *B.Y.B.I.L.*, 1982, pp. 83-114, spéc. pp. 106-114. Au sujet de l'application de cette thèse aux engagements juridictionnels, voir par ailleurs F. O. Vicuña, « The Legal Nature of the Optional Clause and the Right of a State to Withdraw a Declaration Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 468-469 ;

206. L'influence que revêt la nature des actes à l'égard des conditions de leur révocation a été de nouveau débattue à l'occasion des travaux de la Commission sur les actes unilatéraux de l'Etat, au titre des conditions qu'imposerait une conduite respectueuse du principe de bonne foi. Le principe directeur en la matière impose effectivement à l'auteur d'un acte juridique unilatéral de ne pas « créer arbitrairement, par le biais d'un autre acte juridique unilatéral, une norme dérogatoire par rapport à celle qu'il avait créée par ce premier acte unilatéral »[695]. Néanmoins, la recherche de l'intention de l'auteur de l'engagement supposerait qu'il en soit parfois remis au « contexte de l'acte » ou à sa « nature » dans le cas où la faculté de le révoquer n'avait pas été clairement exprimée[696]. Telle qu'elle se trouvait envisagée, la nature de l'acte ne devait, cependant, pas tant concerner son *domaine* d'intervention que le type d'engagement que cet acte renfermerait : promesse, renonciation, demande, *etc*…Or s'agissant précisément d'un acte susceptible de créer des expectatives de droits chez les tiers, catégorie dont relèvent assurément les déclarations unilatérales attributives de compétence, il était entendu que l'admission d'un droit de retrait devrait s'entourer de précautions particulières[697]. S'il était admis, en dernière analyse, que l'évolution du contexte politico-juridique et les nécessités dont cette évolution serait porteuse étaient à mettre au crédit d'un principe de mutabilité des actes dans le temps, y compris des actes créateurs de droits, aucun élément ne devait postuler une plus grande instabilité s'agissant des actes consignant des obligations juridictionnelles[698]. Pas plus donc que dans le cadre des travaux de la Commission sur le droit des traités, la réflexion engagée autour de la nature des actes unilatéraux ne permet d'identifier les fondements d'un régime dérogatoire de dénonciation des engagements juridictionnels. C'est sur cette base que les solutions retenues par les juridictions internationales doivent désormais être analysées.

F. Gharbi, « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 476.

[695] Neuvième rapport de M. Rodriguez Cedeño, A/CN.4/569/Add.1, 6 avril 2006, § 80, le Rapporteur citant ici M. Barberis. Voir par ailleurs l'arrêt rendu par la Cour de La Haye dans l'affaire des *Essais nucléaires*, évoquée *infra*, n° 215.

[696] Neuvième rapport précité, § 87.

[697] Le Rapporteur spécial faisait notamment mention du légitime « droit au maintien de l'engagement » identifié par le professeur J.-P. Jacqué dans le cas de la promesse unilatérale : « [l]a promesse unilatérale crée au bénéfice de son ou ses destinataires, dès lors qu'ils ont été informés de son existence, un droit au maintien de l'engagement pris par l'auteur de la promesse. Mais, de même que le droit des traités autorise dans certaines circonstances les parties à mettre fin à un traité avant son terme, la Cour [internationale de Justice] ne garantit pas l'irrévocabilité et l'immutabilité absolue de la promesse unilatérale » : J.-P. Jacqué, « À propos de la promesse unilatérale », *in* D. Bardonnet, P. Reuter (dir.), *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 327-345, spéc. p. 342, et cité au § 100 du neuvième rapport de M. Rodriguez Cedeño. Voir également sur ce point, K. Skubiszewski, « Unilateral Acts of States », *in* M. Bedjaoui (éd.), *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht/Boston/Londres, Nijhoff, 1991, vol. 1, pp. 221-240, spéc. pp. 234-235.

[698] Neuvième rapport précité, § 101.

2. L'encadrement du pouvoir de dénoncer les engagements juridictionnels

207. L'étude des solutions de la pratique internationale ne permet pas de faire ressortir un régime juridique uniforme de révocation des actes attributifs de compétence. La seule constante est que la constitution du lien juridictionnel ne crée pas, en soi, des attentes qui excluraient la faculté pour les parties de le rompre unilatéralement. Pour le reste, chaque juridiction se prononce en considération de la lettre ou de l'esprit de ses règles statutaires, en vue d'encadrer les initiatives unilatérales et de fixer des limites à leur opposabilité. L'analyse des différentes solutions suppose, dans cette mesure, de ne pas les éloigner de leur contexte institutionnel. A l'étude de la dénonciation de la compétence des organes de protection des droits de l'homme (b) et des tribunaux CIRDI (c) précédera celle du régime de révocation des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de la Cour de La Haye (a).

a. La dénonciation des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice

208. Le régime de dénonciation des actes attributifs de compétence de la Cour de La Haye est à première vue le plus difficile à cerner dans la mesure où aucune indication particulière ne figure à ce sujet dans le Statut. De surcroît, rares sont les affaires qui ont permis à la Cour de se prononcer sur la signification à donner à une telle lacune. S'agissant des engagements conventionnels, cette neutralité apparente s'est néanmoins concrétisée par le renvoi aux clauses du traité, et par la nécessité d'y trouver une disposition habilitant expressément la révocation unilatérale[699]. S'est trouvée, du même coup, invalidée la thèse qui aurait consisté à déduire du silence du Statut l'existence d'une règle permissive de dénonciation.

209. Aucune raison ne semblait *a priori* justifier une solution différente s'agissant des déclarations facultatives de l'article 36 § 2[700]. La nature contractuelle de la relation établie entre participants à la clause optionnelle pouvait même laisser supposer que ces déclarations soient justiciables des règles du droit des traités, et qu'une distinction doive être ainsi établie

[699] Voir, à titre principal, l'affaire *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Nicaragua c. Honduras, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 20 décembre 1988, *Rec.* 1988, pp. 69-107, spéc. p. 84, § 34. Voir également l'affaire de *l'Incident aérien du 10 août 1999* dans laquelle la dénonciation indienne avait été jugée conforme aux modalités prévues par l'Acte général d'arbitrage de 1928 : Inde c. Pakistan, arrêt du 21 juin 2000 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 2000, pp. 11-34, spéc. p. 25, § 28.

[700] En ce sens, R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, pp. 878-879.

selon que les engagements faisaient explicitement mention de leur éventuelle révocation[701]. Ces vues apparaissent aujourd'hui quelque peu dépassées en raison de l'admission par la Cour de la faculté pour tout Etat de dénoncer son engagement (i). Le contenu des déclarations n'a finalement de pertinence qu'au registre de la détermination des conditions dans lesquelles les Etats pourraient les répudier (ii).

i. La reconnaissance d'un droit de dénonciation comme condition de l'adhésion à la clause facultative de l'article 36 § 2

210. Chaque Etat adhérant à la clause optionnelle de l'article 36 § 2 est aujourd'hui réputé disposer d'un droit de dénonciation, qu'il l'ait ou non précisé au moment de s'engager. Il faut dire qu'une telle solution n'était pas celle qui devait naturellement s'imposer pour les raisons évoquées précédemment, la question étant même à l'origine posée de savoir si le droit de dénonciation dont s'étaient investis certains Etats déclarants trouvait un fondement dans la faculté qui leur était reconnue, par le Statut, de limiter la durée de leur engagement. A dire vrai, la dénonciation, telle qu'elle était pratiquée à ses premières heures, ne devait pas tant départager les initiatives étatiques suivant que ces dernières se trouvaient fondées ou non sur une clause de la déclaration. L'épisode paraguayen de 1938 est bien connu. Première hypothèse du genre[702], la dénonciation par l'Etat sud-américain de sa déclaration facultative faisait suite à son retrait de la Société des Nations. Cette manœuvre était ostensiblement destinée à éviter qu'un différend territorial avec la Bolivie ne soit porté à la connaissance de la Cour. Elle n'était néanmoins autorisée par aucune des clauses de la déclaration facultative

[701] H. Waldock avait ainsi considéré, quelques années avant d'engager ses travaux sur le droit des traités à la C.D.I., que « *the making of a declaration (...) is a unilateral act ; it does not, however, follow that the unmaking of a declaration is equally a unilateral act at the free discretion of the State concerned. The declaration, once made, sets up consensual relations with other States and the question necessarily arises whether a State can have any right to terminate its declaration except in accordance with an express term of the declaration* » : « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 263. Voir également, *ibid.*, pp. 264-265: « *if two States both have declarations without time-limit, their positions* vis-à-vis *each other seems clearly to be that of parties to a bilateral treaty of indefinite duration, and any right which either State may have to put an end to their mutual obligation to accept the compulsory jurisdiction of the Court under the Optional Clause can only derive from the general law concerning the termination of treaties (...). On principle, therefore, there is no right of unilateral termination of a declaration (...) unless the right has been expressly reserved in the declaration* ». Voir également en ce sens H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 273 ; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, p. 74 ; A. Fachiri, « Repudiation of the Optional Clause », *B.Y.B.I.L.*, 1939, pp. 52-57, spéc. p. 56. *A contrario*, M. Rosenne rejette une application en bloc du droit des traités en raison du caractère *sui generis* des déclarations facultatives : *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 26-27.

[702] Seule la Colombie avait devancé l'initiative paraguayenne, mais uniquement pour rectifier les termes de son acceptation et restreindre le champ de compétence *ratione temporis* de la Cour permanente aux différends relatifs à des faits survenus après le 6 janvier 1932. Le cas est cité par le Rapporteur Waldock dans son deuxième rapport sur le droit des traités : *An. C.D.I.* 1963, II, p. 71.

paraguayenne et provoqua l'objection du gouvernement bolivien, et également, à sa suite, de cinq autres Etats parties au Statut[703]. La haute juridiction n'eut jamais l'occasion de se prononcer sur la validité du procédé ; néanmoins, si l'Annuaire de la Cour permanente continuait de faire figurer la déclaration paraguayenne parmi celles toujours actives, cette déclaration cessa d'apparaître définitivement dans les documents officiels de la nouvelle Cour, laissant donc supposer que la dénonciation avait produit ses effets[704].

211. L'initiative paraguayenne n'allait pas rester longtemps isolée, entraînant dans son sillage une série de dénonciations qui se trouvaient le plus souvent suivies du dépôt d'une nouvelle acceptation grevée de réserves réduisant le champ matériel de compétence[705], ou établissant des conditions plus souples de dénonciation pour l'avenir[706]. Cette succession d'initiatives individuelles devait finir par constituer une *pratique* à première vue acceptée par les Etats, et qui devait ainsi faire dire que le retrait des déclarations était, dès cette époque, « licite »[707]. La Cour n'avait néanmoins toujours pas eu l'occasion d'en apprécier sa validité à proprement parler, c'est-à-dire sa compatibilité avec le Statut. Elle le fit en deux étapes. La

---

[703] Voir *Rec. C.P.J.I. Série E*, n° 15, pp. 220 et ss., et spéc. p. 227 pour l'objection bolivienne.

[704] Voir, en ce sens, Th. Christakis, « Article 56 », *op. cit.*, p. 2004.

[705] Voir en ce sens Sh. Rosenne, remarquant le faible cas de « true denonciation, *in the sense that the denunciation has the effect of the complete withdrawal of the denouncing State from the the system of the compulsory jurisdiction* » : *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 27-28. C'est surtout le cas des modifications visant à éviter l'ouverture d'une procédure relative à un différend particulier qui retient l'attention. La doctrine recense, à ce sujet, les dénonciations australienne du 6 février 1954, britannique du 2 juin 1955, sud-africaine du 13 septembre 1955, canadienne du 7 avril 1970, et indienne du 18 avril 1974 suite à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Droit de passage* : voir R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 880 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 267-268.

[706] Voir par exemple la déclaration hondurienne du 22 mai 1986 au titre de laquelle l'Etat se réservait un droit de retrait avec effet immédiat. La validité de la modification par le Honduras de sa déclaration unilatérale du 20 février 1960 avait d'ailleurs fait l'objet d'une contestation de la part du gouvernement nicaraguayen dans l'affaire relative aux *Actions armées frontalières et transfrontalières*, en considération de l'absence de toute clause de dénonciation dans la déclaration, et de l'inobservation d'un délai raisonnable : voir le contre-mémoire soumis par le Nicaragua, *C.I.J. Mémoires, Affaire des actions frontalières et transfrontalières*, vol. I, pp. 297-309, §§ 52-104. La Cour n'eut pas néanmoins à se prononcer sur la question, trouvant dans le Pacte de Bogota une base de compétence valable : arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 20 décembre 1988 déjà cité, *Rec.* 1988, pp. 69-107, spéc. p. 90, § 48. Un scénario comparable s'est plus récemment produit, dans l'affaire du *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007 déjà cité ; voir sur cet aspect de l'affaire, B. Kwiatkowska, « The 2007 Nicaragua v. Colombia Territorial and Maritime Dispute (Preliminary Objections) Judgment : A Landmark in the Sound Administration of International Justice », *in* I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (éd.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2008, pp. 909-942, spéc. pp. 933-934). Voir par ailleurs, au sujet de la modification de la déclaration polonaise : R. Szafarz, « The Modification of the Scope of ICJ Jurisdiction in Respect of Poland », *in* N. Ando *et al.* (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 545-552, spéc. pp. 546-547.

[707] R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 880. Voir également en ce sens, Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 24, note n° 2 : « *acquiescence by States in the denunciation of a declaration may be sufficient to lead to the dissolution of the obligation arising thereunder, at least as between the denouncing State and those acquiescing in the denunciation* ».

première avait pour cadre l'affaire du *Droit de passage*. A titre de rappel, l'Inde excipait, dans cette affaire, de l'incompétence de la Cour au titre de la nullité de la troisième condition insérée par le Portugal dans sa déclaration, par laquelle il s'était reconnu le droit d'exclure à tout moment, et avec effet immédiat, une ou plusieurs catégories déterminées de différends de la sphère de compétence de la Cour[708]. Le gouvernement défendeur réclamait que le procédé soit jugé en contrariété avec « l'objet et le but de la disposition facultative »[709]. Comme on le sait, la Cour allait considérer que la mise en œuvre d'une telle condition ne serait en mesure d'affecter sa compétence au titre des affaires pendantes[710]. Toutefois, elle n'excluait pas que la condition portugaise puisse avoir des effets sur les procédures à venir. La haute juridiction établissait, à ce sujet, un parallèle avec les clauses du type de celles figurant dans la déclaration indienne qui autorisaient la dénonciation par simple notification, et qui introduisaient une marge d'incertitude à l'égard de la compétence comparable à celle résultant de la troisième condition portugaise. Concluant à la validité de la condition portugaise, la Cour avait ainsi, tout à la fois admis la compatibilité de principe avec le Statut des dénonciations partielles et totales mises en œuvre sur le fondement d'une clause de la déclaration[711].

212. Un cap supplémentaire allait être franchi dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[712]. Trois jours avant que le Nicaragua n'introduise la procédure devant la Cour, les Etats-Unis avaient fait parvenir au Secrétaire général des Nations Unies une notification dite « lettre Schultz », par laquelle ils entendaient

---

[708] Voir *supra*, n° 95.

[709] *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 125-153, spéc. p. 141. L'argumentation indienne reprenait là l'objection déjà émise par le gouvernement suédois une fois que celui-ci avait eu connaissance de la teneur de la déclaration portugaise et de sa troisième condition. La Suède avait estimé en considération d'une telle condition « que le Portugal ne s'est pas obligé à accepter la juridiction de la Cour (…). Cette condition réduit à néant l'obligation visée par la teneur de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, qui prévoit la reconnaissance de la juridiction de la Cour comme 'obligatoire de plein droit' » : *C.I.J. Mémoires*, *Affaire relative au droit de passage sur territoire indien*, vol. I, p. 217.

[710] Voir *supra*, n° 95, et note n° 231.

[711] *Rec.* 1957, p. 143. Certains auteurs estiment toutefois que la Cour n'avait pas admis une telle compatibilité, mais qu'elle avait simplement mis en rapport le contenu de la déclaration indienne et le comportement permis par la clause dont l'Inde contestait la validité : en ce sens H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 276 ; Ph. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre états*, *op. cit.*, p. 163. Cette comparaison apparaissait pourtant comme un simple argument supplémentaire retenu par la Cour pour justifier la validité de la troisième condition portugaise : voir pour une interprétation en ce sens de la solution de la Cour, l'opinion individuelle du juge Jennings jointe à l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1984 sur les exceptions préliminaires dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui*-ci, *Rec.* 1984, pp. 533-557, spéc. p. 550 ; voir également en ce sens I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7ème éd., p. 719.

[712] Arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984 déjà cité, *Rec.* 1984, pp. 415-421, §§ 52-65.

soustraire à leur acceptation de compétence les différends les opposant aux Etats d'Amérique centrale ou nés de faits s'y étant réalisés. L'opposabilité d'une telle modification était contestée à plus d'un titre, mais principalement en raison du contenu même de la clause que les Etats-Unis avaient « librement choisi »[713] d'insérer dans leur déclaration facultative et qui disposait que tout changement de ce type ne prendrait effet qu'à l'issue d'un préavis de six mois. La partie américaine répliquait en invoquant la nécessaire réciprocité dans les conditions d'acceptation de la compétence. Aussi entendait-elle se prévaloir du contenu de la déclaration nicaraguayenne qui, « étant d'une durée infinie, était dénonçable sans préavis »[714]. La Cour devait logiquement refuser de faire droit à cet argumentaire, la réciprocité ne pouvant, d'une part, « être invoquée par un Etat pour ne pas respecter les termes de sa propre déclaration »[715], et ne s'appliquant pas, d'autre part, aux modalités de la dénonciation à une époque où elle ne s'était pas encore trouvée saisie de l'affaire et où la question de savoir si les Etats avaient accepté la *même obligation* ne se posait pas[716].

213. La Cour aurait pu s'en tenir à ces considérations pour s'estimer compétente *ratione temporis*. Elle n'allait pas moins saisir l'occasion de soulever un troisième écueil à la thèse américaine dont le bien-fondé aurait, selon elle, supposé que l'obligation juridictionnelle assumée par le Nicaragua et consignée dans une déclaration ne contenant aucune clause de dénonciation, puisse être abolie avec effet immédiat. Or, comme l'estime la Cour, « le droit de mettre fin sans préavis à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation des traités ne renfermant aucune clause de durée » [717]. La Cour concluait sur ce point que le très bref laps de temps espaçant la notification américaine et l'introduction de l'instance ne permettait pas de juger cette condition de délai raisonnable satisfaite pour le cas d'espèce.

214. L'*existence* d'un droit implicite de dénoncer les déclarations facultatives se trouvait ainsi établie par le truchement des conditions dans lesquelles *son exercice* serait jugé

---

[713] *Rec.* 1984, p. 419, § 61.
[714] *Rec.* 1984, p. 419, § 62.
[715] *Rec.* 1984, p. 419, § 62
[716] *Rec.* 1984, pp. 420-421, § 64. La Cour avait déjà abouti à la même conclusion dans l'affaire du *Droit de Passage* : arrêt déjà cité du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, p. 144. L'opportunité d'étendre la réciprocité à la période précédant la saisine a été envisagée par la doctrine en vue d'assurer l'égalité dans les modalités d'abolition de l'obligation juridictionnelle : voir les plaidoiries de H. Waldock comme agent du gouvernement indien dans l'affaire du *Droit de passage*, *C.I.J. Mémoires*, *Affaire du droit de passage sur territoire indien*, vol. IV, pp. 25-50, spéc. pp. 41-49, ainsi que « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 278-279. Sur cette thèse, et sur les éléments pour une théorie alternative à la réciprocité telle qu'appliquée par la Cour, qui intégrerait l'ensemble des conditions *ratione temporis* d'acceptation de la compétence de la Cour, voir E. B. Weiss, « Reciprocity and the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 93-97.
[717] *Rec.* 1984, p. 420, § 63.

conforme au Statut. Le fait, par ailleurs, que la Cour se soit prononcée *obiter* ne semblait pas de nature à entamer la valeur de la solution. La Cour n'était, néanmoins, pas encline à en dire davantage sur les raisons qui la conduirait, le cas échéant, à ne pas subordonner le pouvoir de révocation ou de modification à sa consécration dans une clause de la déclaration facultative, si ce n'est peut-être à concrétiser le « droit [pour les Etats], inhérent à tout acte unilatéral (…), de changer la teneur de leur déclaration ou d'y mettre un terme »[718] que la Cour évoquait dans son arrêt, à l'occasion d'un autre aparté.

L'une des explications donnée, sur ce point, par la doctrine tient à la « nécessité d'éviter une inégalité flagrante entre les Etats », certains d'entre eux n'ayant pas pris les dispositions nécessaires à la dénonciation de leur engagement. Le professeur Christakis considère qu'« il serait en effet profondément inéquitable de considérer que les déclarations qui ne contiennent pas de mentions relatives à leur durée ou à leur terminaison lient perpétuellement les Etats qui les ont formulées »[719]. Les risques qu'une telle inégalité devant la juridiction de la Cour ne soit exploitée seraient, du reste, bien réels en considération de la faculté dont disposent les Etats de s'attribuer, par avance, la faculté de dénoncer avec effet immédiat leur déclaration et ainsi de réduire leur participation au système de la clause optionnelle au seul règlement d'un litige qui les opposerait avec l'un de ces « Etats enchaînés »[720]. Un Etat pourrait effectivement être tenté d'émettre une déclaration contenant une clause de dénonciation avec effet immédiat, d'introduire dans un deuxième temps sa requête, puis de dénoncer dans la foulée la déclaration. Ce scénario du « *hit and run* » a été maintes fois envisagé[721]. Il se présente précisément comme l'une des conséquences de ce que la Cour exposait dans l'affaire du *Nicaragua* au sujet de l'impossibilité d'exiger la réciprocité au titre des « conditions formelles relatives à [la] création, [à la] durée ou [à la]

[718] *Rec.* 1984, p. 419, § 61.
[719] Th. Christakis, « Article 56 », *op. cit.*, p. 2002.
[720] *Ibid.*, p. 2003. Aussi l'auteur poursuit-il en estimant que les Etats n'ayant pas prévu de limites à leur engagement « seraient ainsi toujours appelés à répondre de leur comportement devant le juge international, ne pouvant cependant jamais traduire eux-mêmes devant la Cour les Etats qui adopteraient ce type de stratégies ». Voir également, dans cette perspective, J. J. Quintana, « The Nicaragua Case and the Denunciation of Declarations of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Leiden J.I.L.*, 1998, pp. 97-121, spéc. pp. 101-102.
[721] Voir déjà R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Londres, Asia Publishing House, 1961, pp. 247-248 ; H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 278 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 278-279. Voir, plus récemment, S. A. Alexandrov, « Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations : An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases », *Leiden J.I.L.*, 2001, pp. 89-124, spéc. p. 106, et les nombreuses références citées par l'auteur, note n° 78 ; J. J. Quintana, « The Nicaragua Case and the Denunciation of Declarations of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 107-108 ; E. B. Weiss, « Reciprocity and the Optional Clause », *op. cit.*, p. 100.

dénonciation » des déclarations[722]. Il semble ainsi difficile de soutenir que la décision d'attribuer un droit implicite de retrait reposait, dans cette même affaire, sur la volonté d'administrer un traitement procédural égal, ou du moins équitable, alors qu'il ne saurait par définition jamais véritablement en être ainsi, compte tenu du particularisme du système de la clause optionnelle et de l'acceptation par des instruments séparés de la juridiction de la Cour. Moins finalement qu'une remise à niveau des différents engagements étatiques, cette solution qui valide une pratique déjà exercée de longue date semble simplement promouvoir le système de la clause optionnelle en allégeant la charge que représente la reconnaissance, pour une durée indéterminée, de la juridiction obligatoire de la Cour. L'« intérêt du maintien et de l'accroissement du nombre d'adhésions à la juridiction obligatoire de la Cour »[723] avait d'ailleurs été présenté dans plusieurs opinions annexées à l'arrêt de la Cour, comme nécessitant une certaine souplesse dans l'établissement des conditions dans lesquelles les Etats seraient admis à exercer leur droit de dénonciation.

ii. Les conditions d'exercice du droit de dénonciation

215. L'admission du droit pour chaque participant au système de la clause optionnelle de rompre son engagement à l'égard de la juridiction obligatoire, n'est pas sans poser la question des conditions dans lesquelles ce droit pourrait être valablement exercé. A ce titre, le contenu des déclarations, qui n'était jusque là pas apparu décisif, va retrouver toute son importance. L'affaire du *Nicaragua* avait permis de le mesurer à plusieurs égards. Tel que l'arrêt de la Cour le faisait d'abord apparaître, la prise en compte des termes de la déclaration facultative de juridiction obligatoire s'imposerait, à l'évidence, dans le cas où l'Etat avait lui-même entendu encadrer son pouvoir de modification ou de révocation. Comme l'avait déjà indiqué la Cour dans l'affaire des *Essais Nucléaires*, et comme elle le rappelait dans l'affaire du *Nicaragua*,

> « il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. *Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le*

[722] *Rec.* 1984, p. 419, § 62.
[723] Voir, à titre principal, l'opinion dissidente du juge Schwebel d'où la citation est tirée : *Rec.* 1984, pp. 558-637, spéc. p. 628.

caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration »[724].

En application de cette règle, la Cour avait été conduite à identifier les termes dans lesquels les Etats-Unis avaient assumé leur obligation à l'égard des autres Etats parties au système de la clause facultative, et à donner effet à la clause de préavis insérée dans la déclaration américaine[725].

216. Le contenu des déclarations n'était pas non plus dépourvu de tout lien avec la conclusion à laquelle la Cour aboutissait au titre des conditions dans lesquelles le Nicaragua aurait lui-même pu dénoncer sa déclaration facultative. S'il n'était, à l'évidence, plus question de trouver dans une déclaration ne prévoyant aucune faculté d'abrogation les conditions dans lesquelles celle-ci pourrait être valablement mise en œuvre, la Cour tenait néanmoins compte de l'objet des engagements pris en faveur de sa juridiction obligatoire pour établir le régime de dénonciation de droit commun. A cette occasion, elle rappelait la nature contractuelle du rapport juridique établi sur la base des déclarations de l'article 36 § 2 et l'importance donnée à la bonne foi et au principe de confiance réciproque dans la manière dont les Etats seraient fondés « à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée »[726]. Aussi concluait-elle, au titre de la détermination d'une ligne de conduite conforme à la déclaration, à la nécessité d'observer un préavis d'une durée raisonnable[727].

217. Au vu des appréciations successivement portées par la Cour dans cette affaire, on serait ainsi tenté de tirer pour première conclusion que les conditions de la révocation et de la modification des déclarations doivent d'abord dépendre de celles auxquelles les Etats ont jugé légitimes de se conformer, et qu'à défaut d'indications particulières, il en soit remis à une

---

[724] Affaire des *Essais nucléaires*, Australie c. France, arrêt de la Cour du 20 décembre 1974 déjà cité, *Rec.* 1974, p. 267, § 43, l'extrait étant cité au § 59 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Nicaragua* (nous soulignons).

[725] Ce qui est vrai pour la date de prise d'effet de la notification le serait également s'agissant du moment à compter duquel celle-ci pourrait être émise : à côté des déclarations qui permettent à leur auteur de faire jouer cette faculté de dénonciation « *à tout moment* », certaines en restreignent l'exercice à une période ou à une date donnée. C'est le cas de toutes les déclarations qui prévoient un terme final et qui sont ainsi entendues exclure la dénonciation pour la durée de validité initialement fixée. Ce point n'a jamais été explicitement éclairé par la Cour même si les déclarations qu'elles visaient comme potentiellement dénonciables – sous réserve d'un délai raisonnable – étaient caractérisées non seulement par l'absence d'une quelconque disposition au sujet de la dénonciation, mais également par le fait d'avoir été émises pour une « durée indéfinie » : voir l'arrêt du 26 novembre 1984 précité, *Rec.* 1984, p. 420, ainsi que les observations de J. J. Quintana, « The Nicaragua Case and the Denunciation of Declarations of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 100, note n° 9, et pp. 105-107.

[726] *Rec.* 1984, p. 418, § 60, la Cour reproduisant ici un extrait de son arrêt rendu dans l'affaire des *Essais Nucléaires* (Australie c. France, arrêt du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 268, § 46).

[727] *Rec.* 1984, p. 420, § 63. Sur ce dernier point, la Cour opérait renvoi au préavis de douze mois indiqué par l'article 56 § 2 de la Convention de Vienne. Elle le traduisait néanmoins par la notion de délai raisonnable, sans doute par volonté de s'en remettre à une appréciation au cas par cas plutôt qu'à un délai standardisé applicable à l'ensemble des affaires.

appréciation raisonnable du délai que les autres Etats pouvaient légitimement escompter aux fins d'introduire leur requête. Il n'y aurait rien d'autre à ajouter sur le régime de dénonciation des déclarations si certains participants au système de la clause facultative ne s'étaient pas fixé une ligne de conduite en deçà de ces exigences.

La principale difficulté qui entoure la question des conditions de révocation des déclarations de l'article 36 § 2 tient à la mise en œuvre des clauses qui réservent un pouvoir de dénonciation avec effet immédiat, à l'image de celui que revendiquait le gouvernement américain par le truchement du principe de réciprocité dans l'affaire du *Nicaragua*[728]. Certains ont dénoncé l'incompatibilité de telles clauses *potestatives*[729] dont rien n'indique qu'elles puissent *a priori* être tenues pour compatibles avec le Statut. Si celui-ci reste silencieux sur les conditions de dénonciation, il prévoit néanmoins à l'article 36 § 3 que les déclarations peuvent être « faites (…) pour un délai déterminé ». Cette indication avait notamment permis à H. Briggs de faire une distinction entre les déclarations valables pour une durée indéterminée mais susceptibles d'être dénoncées moyennant le respect d'un préavis de six mois ou d'un an qui, selon lui, ne « violaient pas l'esprit » de la condition posée par le Statut, et, d'autre part, les déclarations dont la dénonciation prendrait effet dès la date de sa notification, et qui ne consigneraient pas une obligation d'une durée « déterminée »[730]. L'auteur considérait, par ailleurs, que seul le premier type de déclaration était en mesure d'indiquer la date de terminaison de ses effets, et ainsi de laisser l'opportunité aux Etats d'introduire leur requête en temps utile[731]. C'était ainsi compter le principe de détermination

[728] Les auteurs qui ont envisagé ce problème soulignent que le droit de dénoncer avec effet immédiat est prévu dans approximativement une déclaration sur quatre : voir R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 884. Voir également le tableau récapitulatif établi par le juge Oda à l'époque du règlement de l'affaire du Nicaragua (opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour, *Rec.* 1984, pp. 471-513, spéc. p. 509), et l'analyse de la pratique étatique récente par J. G. Merrills, « Does the Optional Clause Still Matters ? », *in* K. H. Kaikobad, M. Bohlander (éd.), *International Law and Power : Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2009, pp. 431-454, spéc. pp. 434-435.

[729] En droit des contrats, la condition potestative est entendue comme celle qui « fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre partie contractante de faire arriver ou empêcher » (article 1170 du Code civil français). Sur la notion, voir O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, pp. 339 et ss ; F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 86 et ss.

[730] H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 273-274. L'argument a également été développé par le professeur Debbasch qui considère qu'« une acceptation dont la durée n'est pas déterminée dans son texte même, mais par un acte ultérieur, n'est pas conforme au Statut » : « La compétence *ratione temporis* de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 251. Voir également sur ce point, B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 78 et ss.

[731] H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 273-274. Voir, dans le même sens, H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 266.

de la compétence temporelle parmi les règles devant guider l'interprétation et l'application des dispositions du Statut. La Cour avait néanmoins déjà refusé de raisonner en ces termes lorsqu'il s'était agi, dans l'affaire du *Droit de passage*, d'établir la compatibilité avec le Statut de la troisième condition portugaise qui prévoyait un droit de dénonciation partielle avec effet immédiat[732]. L'argument avancé par H. Briggs était apparu sous la plume du gouvernement indien à travers l'idée de « situation continuelle d'incertitude » engendrée par le risque que le lien juridictionnel noué avec le Portugal soit susceptible d'être modifié à tout moment. La Cour ne trouvait néanmoins aucun prolongement au principe de détermination de la compétence temporelle lors de la phase précédant l'introduction de l'instance. Elle concluait en ces termes : « les déclarations faites en application de l'article 36, ainsi que leurs modifications, devant être déposées entre les mains du Secrétaire général, il s'ensuit que, quand une affaire est soumise à la Cour, il est toujours possible de déterminer quelles sont, à ce moment, les obligations réciproques des Parties en vertu de leurs déclarations respectives »[733]. Ce disant, la Cour admettait le droit des Etats de dénoncer leur déclaration avec effet immédiat.

218. La solution retenue par la Cour dans l'affaire du *Droit de passage* revient, en définitive, à établir l'absence d'un droit au maintien de l'engagement juridictionnel pour la période précédant l'introduction de la requête. Admettre la validité d'une dénonciation partielle ou totale avec effet immédiat, c'est également juger que le fait pour l'Etat d'avoir prévu une telle faculté dans son engagement constitue une circonstance suffisante pour qu'il puisse, le jour venu d'en faire usage, être réputé agir de bonne foi[734]. Il semble pourtant, comme le relève la doctrine, qu'il y ait une contradiction flagrante dans le fait d'attribuer compétence à un organe tout en s'autorisant le droit de la lui retirer au moment même où il serait conduit à l'exercer. Le professeur Kolb considère qu'une telle faculté saperait toute notion d'« obligation juridique autonome de se soumettre à la compétence obligatoire de la Cour », l'Etat déclarant restant « à tout moment maître, à sa seule guise, des affaires qui pourront être portées contre lui devant la Cour ». Considérer qu'une dénonciation puisse prendre immédiatement effet serait même, d'après l'auteur,

[732] Voir *supra*, n° 211.
[733] Arrêt du 26 novembre 1957 précité, *Rec.* 1957, p. 143.
[734] En ce sens, voir J. J. Quintana, « The Nicaragua Case and the Denunciation of Declarations of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 101 : « *it can be said that under the law of the Court states have an inherent power to denounce, partially or totally, their Optionnal Clause declarations, as long as in doing so they respect in good faith the terms of the declaration itself* ».

> « transformer tout le système optionnel en un cadre général dans lequel pourraient trouver place des accords informels de compétence *ad hoc*, sur la base du *forum prorogatum*. En ne dénonçant pas ou en ne modifiant pas sa déclaration, l'Etat déclarerait son accord à se soumettre à la compétence de la Cour. Cette attitude spécifique serait à chaque fois une condition pour que la Cour puisse connaître d'une affaire »[735].

Une autre raison relevée par la doctrine pour juger l'admission du droit de dénonciation avec effet immédiat en rupture avec les exigences statutaires des Etats, est liée aux conséquences qu'une telle dénonciation serait en mesure de produire sur la conduite des participants à la clause optionnelle. La menace de se voir privé à tout moment de la possibilité d'assigner devant la Cour les auteurs de ce type de déclarations aurait pour effet de dissuader les Etats de recourir à la négociation et même, plus généralement, à toute forme d'échanges qui seraient de nature à dévoiler leur intention d'entamer une procédure juridictionnelle[736]. Cette accélération de la phase précontentieuse, préjudiciable « au bon déroulement du règlement pacifique des différends »[737], aurait naturellement tendance à se reporter sur l'office même de la Cour qui reste, dans une large mesure, tributaire du degré de maturation du litige[738].

219. Sur la base de ces éléments, la prescription d'un délai raisonnable pour la dénonciation des déclarations semblait ainsi devoir s'imposer en vue de préserver l'efficacité générale du système de la clause optionnelle, ainsi que les conditions dans lesquelles la Cour

---

[735] R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 885-886. L'auteur renvoie aux conclusions du juge Lauterpacht concernant la réserve dite automatique au sujet de laquelle il avait estimé qu'« un acte dans lequel une partie a le droit de déterminer l'existence de son obligation n'est pas un acte juridique valable et exécutoire dont un tribunal puisse connaître » (opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, *Rec.* 1957, pp. 34-66, spéc. p. 48). Voir par ailleurs l'opinion dissidente du juge Chagla dans l'affaire du *Droit de passage* qui qualifie l'acceptation portugaise de la juridiction obligatoire de la Cour d'« illusoire »: *Rec.* 1957, pp. 166-180, spéc. p. 168. Voir par ailleurs H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 267, qui décrivait déjà en son temps la stratégie d'évitement d'un différend particulier que permet la dénonciation avec effet immédiat des déclarations. Au reste, l'établissement d'un système dans lequel la compétence serait acceptée ou refusée au jour de la saisine de la Cour a été proposé par certains auteurs après le règlement par la Cour de l'affaire du *Nicaragua* : voir G. L. Scott, C. L. Carr, « The International Court of Justice and Compulsory Jurisdiction : The Case for Closing the Clause », *A.J.I.L.*, 1987, pp. 57-76, spéc. p. 75.

[736] Voir R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 887. Voir également Ch. Debbasch, « La compétence *ratione temporis* de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, pp. 250-251 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 266.

[737] R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 887.

[738] En cela, la dénonciation des déclarations facultatives avec effet immédiat apparaît contraire à l'objet et au but du Statut qui, comme il en a été fait le rappel dans l'affaire *LaGrand*, « sont de permettre à la Cour de remplir les fonctions qui lui sont dévolues par cet instrument, et en particulier de s'acquitter de sa mission fondamentale, qui est le règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires (…) » : *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 juin 2001, *Rec.* 2001, pp. 466-517, spéc. p. 502, § 102.

serait appelée à statuer. Un changement de position serait ainsi de mise pour la Cour d'autant que la solution retenue dans l'affaire du *Droit de passage* avait pour seule objet l'admissibilité, sur le plan théorique, d'une modification sans délai de la déclaration portugaise. On peut légitimement croire que la Cour fasse preuve d'une plus grande rigueur à l'occasion d'une affaire où sa faculté à exercer sa compétence dépendrait directement des effets à accorder à ce type d'initiative étatique. La haute juridiction n'a-t-elle pas d'ailleurs évoqué, dans une affaire plus récente, les « droits acquis » que le retrait d'une déclaration serait susceptible d'affecter pour justifier le choix retenu dans l'affaire du *Nicaragua* d'imposer l'observation d'un délai raisonnable dans le cas où la déclaration ne contient aucune clause de dénonciation[739] ?

b. La dénonciation de la compétence des juridictions internationales des droits de l'homme

220. Les solutions retenues au titre de la dénonciation des actes attribuant compétence aux juridictions chargées du contentieux des droits de l'homme sont particulièrement significatives de l'importance du cadre institutionnel dont elles émanent. Si la faculté de dénoncer la compétence demeure encore une fois la constante[740], l'identification du régime applicable trouve sa solution non pas tant sur le fondement de la nature des droits en jeu ou de l'identité des sujets investis du droit de recours, qu'en considération du degré de divisibilité des engagements juridictionnels et substantiels.

221. Plusieurs options sont effectivement envisageables, toutes visant à garantir l'application la plus effective qu'il soit des droits reconnus par les textes. La première option consisterait à faire de la reconnaissance de la compétence un engagement optionnel et détaché de l'engagement matériel, l'intérêt d'une telle dissociation étant que la participation des Etats au régime de protection des droits n'engage pas leur consentement à se soumettre à la juridiction de l'organe de surveillance[741], pas plus que le retrait d'un tel consentement, à

[739] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Cameroun c. Nigeria, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaire du 11 juin 1998, *Rec*. 1998, pp. 275-327, spéc. p. 295, § 34.

[740] Les clauses de règlement ne trouvent pas en cela une règle les démarquant des dispositions de fond. Comme le note le professeur de Frouville au sujet des dispositions substantielles, « il n'existe pas, aujourd'hui, de règle générale imposant la continuité des traités en matière de droits de l'Homme. On invoque volontiers la 'nécessité' d'une telle continuité, mais on ne parvient pas à l'établir, ni par un processus d'induction, en partant de la pratique des Etats qui est loin d'être uniforme sur ce point, ni par un processus de déduction, à partir des règles générales de droit international positif ou des régimes conventionnels particuliers » : *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international, op. cit.*, p. 467.

[741] Voir notamment sur ce point l'opinion individuelle commune des membres du Comité N. Ando, P. N. Bhagwati, E. Klein et D. Kretzmer dans l'affaire *Rawle Kennedy*, Comm. No. 845/1999, décision du Comité sur la recevabilité du 2 novembre 1999, § 3 de l'opinion. Voir également E. A. Baylis, « General

supposer que ce dernier ait été effectivement donné, ne remette en cause la reconnaissance des droits subjectifs substantiels. Ces rapports entre engagements matériels et juridictionnels caractérisent le système universel de protection des droits de l'homme. La continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 a été affirmée avec force par le Comité des droits de l'homme à l'occasion de la tentative de dénonciation du Pacte par les autorités nord-coréennes. Dans son observation générale n° 26, le Comité faisait observer que « dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due (…) en dépit de toute mesure que pourrait avoir prise ultérieurement l'Etat partie en vue de les dépouiller des droits garantis par le Pacte »[742]. Il concluait en des termes très décidés que « le droit international n'autorise pas un Etat qui a ratifié le Pacte, qui y a adhéré ou qui a succédé à un Etat lié par le Pacte, à le dénoncer ou à s'en retirer »[743].

On saisit, dès lors, tout l'enjeu de la dénonciation de la compétence du Comité qui ferait figure de soupape de sécurité dans un système où les droits accordés aux individus sont réputés intangibles[744], à ce point d'ailleurs que l'on aurait, sans autre indication, pu douter de la mutabilité des prérogatives accordées en matière procédurale. Le Protocole facultatif prévoit cependant que « tout Etat partie peut, à tout moment, dénoncer le présent Protocole par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation », et précise que « la dénonciation portera effet trois mois après la date à laquelle le Secrétaire général en aura reçu notification »[745]. Cette démarche a été engagée par différents Etats[746], parfois même

---

Comment 24 : Confronting the Problem of Reservations to Human rights Treaties », *Berkeley J.I.L.*, 1999, pp. 277-329, spéc. p. 280.

[742] Observation générale n° 26 (61) du 8 décembre 1997 sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CCPR/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, § 4, in *Récapitulation des Observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.5 (2001), p. 168. Le Comité confirmait par ailleurs dans son Observation l'opinion déjà émise en doctrine selon laquelle les traités de protection des droits ne seraient pas de ceux qui *par nature* impliquent un droit de dénonciation tacite (§ 3 de l'Observation) ; voir sur ce point P. Weis, « The Denunciation of Human Rights Treaties », *R.D.H.*, 1975, pp. 3-7, l'auteur émettant néanmoins une réserve au sujet des clauses de règlement des litiges contenues dans de tels traités qui, selon lui, sont susceptibles de dénonciation (*ibid.*, p. 6).

[743] Observation générale n° 26 (61) précitée, § 5.

[744] Voir sur ce point Ph. Frumer, qui souligne les risques d'instrumentalisation de la dénonciation des dispositions relatives à la compétence : « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle. A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2000, pp. 939-964, spéc. pp. 956 et ss. Voir également E. A. Baylis, « General Comment 24 : Confronting the Problem of Reservations to Human rights Treaties », *op. cit.*, pp. 320-321.

[745] Article 12 § 1 du Protocole facultatif du Pacte international sur les droits civils et politiques. Pour un commentaire de cette disposition, voir M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary*, *op. cit.*, pp. 906-907.

[746] La dénonciation a été entreprise par trois Etats des Caraïbes, Guyane, Jamaïque, Trinité-et-Tobago, à chaque fois dans le but de se conformer à l'obligation nationale de ne pas exposer les personnes susceptibles d'être

à plusieurs reprises[747], donnant l'occasion au Comité d'affirmer que la dénonciation du Protocole ne ferait pas obstacle à l'application de ses dispositions avant d'avoir pris effet, au terme du délai de trois mois[748]. A l'occasion de l'examen de l'une de ces plaintes, le Comité n'allait pas moins manquer d'affirmer la différence de régime des droits tirés du Pacte et de ceux fondés sur le Protocole. La requête avait été déposée un jour avant que la dénonciation du Protocole ne prenne effet. Il s'agissait d'une précaution prise par le réclamant qui se trouvait dans l'attente d'une décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme au titre des mêmes griefs. Cette décision n'étant toujours pas intervenue à la veille de l'achèvement du préavis de dénonciation, le requérant sollicitait l'enregistrement de sa communication afin de « garantir le droit de [la] présenter (…) au Comité si la plainte devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme devait être rejetée » [749]. Il justifiait cette démarche en affirmant que l'Etat partie, en dénonçant le Protocole facultatif, avait compromis ses attentes légitimes et s'était, en cela, rendu auteur d'une infraction au Pacte de 1966[750]. Le Comité allait prendre acte de la situation dans laquelle l'auteur de la communication se trouverait placé dans le cas où son recours devant les instances interaméricaines n'aboutirait pas. Il ne devait pas moins rejeter la demande présentée devant lui en raison de ce que « le droit invoqué par l'auteur [au titre de sa compétence] n'[était] pas un droit protégé par le

---

condamnées à mort à une durée d'attente excessive avant leur jugement et l'exécution de leur peine, dans la mesure où la faculté laissée aux personnes condamnées d'introduire un recours devant le Comité constitue un facteur d'un allongement substantiel de la durée d'exposition au syndrome du couloir de la mort. Voir *infra*, note n° 747.

[747] Trinité-et-Tobago dénonça une première fois le Protocole facultatif, le 26 mai 1998, mais y adhéra de nouveau le même jour en grevant la compétence du Comité d'une réserve écartant le droit de recours des personnes condamnées à mort. Cette précaution était prise en raison de la solution à laquelle était parvenue le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Pratt and Morgan c. The Attorney-General for Jamaica* de considérer une durée de détention supérieure à cinq années comme constitutive d'un traitement inhumain et dégradant. Le Comité des droits de l'homme allait néanmoins estimer dans l'affaire *Rawle Kennedy* (Comm. No. 845/1999, décision sur la recevabilité du 2 novembre 1999) qu'une telle réserve était invalide, ce qui provoqua une nouvelle dénonciation, définitive cette fois, du Protocole par Trinidad-et-Tobago. Voir sur ces dénonciations successives, P. R. Ghandhi, « The Human Rights Committee and Reservations to the Optional Protocol », *Canterbury Law Review*, 2001, pp. 13-36.

[748] Cette règle est énoncée à l'article 12 § 2 du Protocole facultatif. Pour une synthèse de la pratique du Comité, voir l'opinion individuelle de Mme Ruth Wedgwood jointe aux constatations du Comité du 31 octobre 2005 dans l'affaire *Lawrence Chan c. Guyana* (Comm. No. 913/2000). Mme Wedgwood fait observer que le Comité a identifié comme date décisive pour l'examen de la recevabilité *ratione temporis* de la requête, celle de son introduction et non celle de son enregistrement et de sa transmission à l'Etat partie. Elle fait également référence aux solutions du Comité déjà retenues en ce sens dans les affaires *Smartt c. Guyana* (Comm. No. 867/1999, constatations du 6 juillet 2004), *Deolall c. Guyana* (Comm. No. 912/2000, constatations du 1er novembre 2004, § 4.5), et enfin, dans l'affaire *Siewpersaud c. Trinité-et-Tobago* (Comm. No. 938/2000, constatations du 29 juillet 2004, § 9). Voir néanmoins la réclamation *Thomas c. Jamaïque* (Comm. No. 800/1998, constatations du 8 avril 1999, § 6.3) au sujet de laquelle le Comité avait refusé d'examiner les allégations de mauvais traitement qui n'avaient été communiquées à l'Etat défendeur qu'après la prise d'effet de sa dénonciation du Protocole. Pour une critique de la solution retenue par le Comité dans cette dernière affaire, voir M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary*, *op. cit.*, pp. 906-907.

[749] *Bethel c. Trinité-et-Tobago*, Comm. No. 830/1998, décision sur la recevabilité du 31 mars 1999, § 2.2.

[750] Décision précitée, § 3.

Pacte »[751]. Pour le professeur de Frouville, c'était ainsi « clairement manifester [la] conviction que la ratification du Protocole facultatif par un Etat n'impliquait pas la reconnaissance d'un droit intangible de saisine de Comité, qui serait susceptible de ne pas être affecté par un acte de dénonciation »[752].

222. La solution retenue sur le plan de la compétence apparaît ainsi en porte-à-faux avec l'affirmation d'un principe de continuité dans la mise en œuvre des droits énoncés par le Pacte, une fois la garantie de leur protection acquise ; elle en diminue tout au moins la portée en admettant qu'une telle garantie ne trouve pas nécessairement l'appui du contrôle juridictionnel prévu par le Protocole facultatif[753]. Une telle déperdition sur le plan de l'effectivité des droits est précisément ce que vise à proscrire l'indivisibilité, en matière de dénonciation, des dispositions de fond et des clauses relatives à la compétence, qu'elles soient ou non consignées dans le même instrument. Dans un tel système, la compétence juridictionnelle ne s'en trouverait pas moins révocable, mais les conditions de sa remise en cause seraient désormais alignées sur celles relatives aux dispositions de fond. Tel est ce à quoi a abouti la révision de la Convention européenne des droits de l'homme et la ratification par l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe du Protocole n° 11[754]. L'abandon de la technique des déclarations facultatives des anciens articles 25 et 46 a fait, à cet égard, œuvre de clarification et de simplification. La compétence de la nouvelle Cour est conférée sur la base des clauses compromissoires insérées aux articles 33 et 34 de la Convention qui portent respectivement sur les affaires interétatiques et les recours individuels ; son retrait ne saurait désormais être envisagé sans la dissolution du régime conventionnel dans son ensemble. L'article 58 § 1 prévoit que la dénonciation peut intervenir par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, après expiration d'un délai de 5 ans à partir de l'entrée en vigueur de la Convention, et moyennant un préavis de six mois.

Sous le régime de la précédente Cour, l'applicabilité de cette procédure (ex-article 65) au retrait des engagements pris au titre des clauses facultatives était sujette à débat. Aucune précision n'était apportée dans la Convention à ce propos, de sorte que l'identification du régime de dénonciation nécessitait d'établir le « lien de rattachement » entre les déclarations

[751] Décision précitée, § 8.2.
[752] O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international, op. cit.*, p. 442.
[753] Voir notamment dans cette perspective, H. Ascensio, « Article 70 », *op. cit.*, p. 2523.
[754] Sur ce point, voir M.-A. Eissen, « L'aspect institutionnel du Protocole n° 11 à la Convention », *Bulletin des droits de l'homme*, 1995, pp. 3-17. Voir par ailleurs F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2010, 10ème éd., pp. 709 et ss.

facultatives et les engagements pris au titre de la Convention[755] : devait-on effectivement voir dans les premières des actes détachables de la Convention et, comme telles, soustraites aux conditions de la procédure de l'article 65 ? Ces déclarations devaient-elles, tout au contraire, y demeurer assujetties parce que réputées faire corps avec les autres dispositions substantielles, et ainsi ne pouvoir être révoquées qu'en vertu de la dénonciation de la Convention elle-même ? Par ailleurs, à considérer que la première option doive être retenue, l'engagement pris sur la base des clauses facultatives pouvait-il être assimilé à un engagement conventionnel soumis aux règles du droit des traités, ou bien plutôt à un acte unilatéral pour lequel les solutions retenues par la Cour internationale de Justice au titre de la clause facultative de l'article 36 § 2 seraient extensibles *mutatis mutandis*[756]? L'épisode grec ne devait pas donner l'occasion d'éclaircir ces différents points[757]. La dénonciation de la Convention par la dictature des colonels à la fin de l'année 1969 resta un événement isolé et la question de la procédure applicable à la dénonciation ne fut jamais tranchée avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11.

223. Les mêmes incertitudes planaient sur le régime de révocation des déclarations facultatives d'acceptation de la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme prises en conformité à l'article 62 de la Convention de San José, jusqu'à ce que l'abrogation par le Pérou de sa déclaration donne, par deux fois, l'occasion d'établir l'indivisibilité des déclarations d'acceptation de compétence et des dispositions substantielles consignées dans la Convention. Il ne faisait, certes, jusque là guère de doute que la dénonciation de la Convention, qui porte statut de la Cour, devait entraîner la disparition du mécanisme de contrôle et de l'ensemble des actes s'y rapportant[758]. Restait néanmoins à établir si un Etat

[755] J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1264.

[756] *Ibid.*, pp. 1264-1267. J.-F. Flauss opte finalement, « à défaut de solution *sui generis* », pour une application des règles retenues par la Cour internationale de Justice au titre des déclarations facultatives de juridiction obligatoire (*ibid.*, p. 1267).

[757] Suite à l'instauration de la dictature des colonels, la Grèce avait dénoncé la Convention et renoncé à sa qualité de membre du Conseil de l'Europe par deux déclarations du 12 décembre 1969. La compétence des organes de la Convention devait ainsi être éteinte à compter de la prise d'effet de ces déclarations, soit conformément à l'article 65 § 1, après un délai de six mois. La Commission fut entre temps saisi d'une requête des gouvernements danois, norvégien et suédois, dirigée contre la Grèce et portant sur des faits commis entre juillet 1969 et avril 1970. Elle admit sa compétence *ratione temporis* dans la mesure où, conformément à l'article 65 § 2, cette dénonciation ne pouvait « avoir pour effet de délier la Haute Partie contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet » : *Danemark, Norvège et Suède c. Grèce*, req. n° 4448/70, décision partielle du 26 mai 1970, *Rec. Déc.*, vol. 34, pp. 64-69 ; *Ann.*, vol. 13, 1970, pp. 109-123.

[758] Voir en ce sens J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1264, au sujet de la Convention européenne des droits de l'homme ; Ph. Frumer, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle », *op. cit.*, p. 947 ; W. M. Reisman & M. H. Arsanjani, « No Exit ? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of

pouvait retirer son consentement à la juridiction de la Cour tout en demeurant partie à la Convention. Par deux arrêts rendus le 24 décembre 1999, *Ivcher Bronstein* et *Tribunal constitutionnel*[759], la Cour de San José y a répondu par la négative.

L'abrogation par le Pérou de sa déclaration facultative était associée à un contexte politique particulier. Le régime du Président Fujimori avait déjà subi les foudres de la Cour en raison du traitement judiciaire réservé à des personnes accusées de terrorisme[760]. Dans le but d'éviter que la Cour ne se prononce dans deux nouvelles affaires particulièrement compromettantes pour le pouvoir en place, une résolution législative décida du retrait avec effet immédiat de l'instrument d'acceptation de compétence. Cette décision intervenait alors que la Commission avait déjà porté les requêtes à la connaissance de la Cour. La Commission ne tardait d'ailleurs pas à lui communiquer ses observations, concluant à l'invalidité du retrait péruvien[761]. La Cour allait confirmer les vues de la Commission sur la base de plusieurs motifs. Dans son arrêt, elle établissait tout d'abord la nécessité d'interpréter la Convention en considération de son objet et de son but, de manière à préserver son « intégrité » et son « efficacité »[762]. Pièce essentielle du dispositif conventionnel, la disposition de l'article 62 devait ainsi être appliquée en tenant compte de la nature particulière des traités de protection des droits de l'homme[763]. La Cour jugeait, dans ce contexte, impérieux de s'en tenir aux

---

United States' Notification of Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations », *op. cit.*, p. 917. *Contra*, G. McGrory, « Reservations of Virtue? Lessons from Trinidad and Tobago's Reservation to the First Optional Protocol », *H.R.Q.*, 2001, pp. 769-826, spéc. p. 782 : l'auteur estime au titre de l'article 78 § 2 de la Convention interaméricaine qui maintient la responsabilité pour les actes commis d'ici la prise d'effet de la dénonciation, qu'une telle disposition rend possible l'introduction de requêtes après la date de prise d'effet de la dénonciation de la Convention. Voir également en ce sens, H. Ascensio, « Article 70 », *in* O.Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, vol. III, p. 2535 : la référence faite par les articles 65 § 2 de la Convention européenne et 78 § 2 de la Convention interaméricaine « aux 'obligations contenues (…) dans la convention' semble inclure les obligations procédurales, ce qui permettrait de saisir les organes mis en place par ces traités dès lors que le litige porte sur des faits antérieurs à la dénonciation ». Cette question ne fut pas envisagée à l'occasion de la dénonciation de la Convention par Trinidad-et-Tobago et du rapport adressé à l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains dans lequel la Cour fustigeait le refus du gouvernement trinidadien d'exécuter les mesures provisoires qu'elle avait ordonné sur requête de la Commission interaméricaine avant la prise d'effet de la notification de dénonciation : voir sur ce point Ph. Frumer, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle », *op. cit.*, pp. 944-945.

[759] *Ivcher Bronstein c.* Pérou, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 1999, Série C, n° 54, §§ 25-54 ; *Tribunal constitutionnel c. Pérou*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 1999, *Série* C, n° 55, spéc. §§ 25-53.

[760] Voir sur les affaires *Loayza Tamayo c. Pérou*, et *Castillo Petruzzi c. Pérou*, Ph. Frumer, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle », *op. cit.*, pp. 956-957 ; E. G. Jiménez, « Le retrait de la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de la part du Pérou », *op. cit.*, pp. 112-113.

[761] Deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou (2000), O.E.A./Ser.L/V/II.106, doc. 59, 2 juin 2000 déjà cité, §§ 38-39, extraits disponibles à l'adresse http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000en/chapter3.htm (consultée le 10 mars 2011).

[762] Arrêt *Ivcher Bronstein* précité, §§ 35-37.

[763] La référence à la nature spécifique des traités de protection des droits de l'homme revient tout au long de l'arrêt de la Cour, particulièrement aux §§ 37, 41-49, 51.

termes de la disposition et de n'accepter d'autres exceptions à son application que celles qui s'y trouvent expressément prévues[764]. L'article 62 ne contenant précisément aucune clause relative au retrait des déclarations d'acceptation de la compétence, la Cour considérait qu'il ne pouvait fonder l'initiative péruvienne[765]. Aussi estimait-elle que la seule possibilité offerte aux Etats parties d'exprimer leur désengagement à l'égard de sa juridiction obligatoire consisterait à dénoncer en bloc la Convention, conformément à la procédure de l'article 78 qui prévoit notamment un préavis d'un an[766].

Le caractère *sui generis* du régime instauré par les traités de protection des droits de l'homme devait encore permettre à la Cour, dans la suite de l'exposé de ses motifs, d'exclure toute analogie avec les solutions admises au titre du règlement des litiges interétatiques, en particulier celles de la Cour internationale de Justice concernant le retrait des déclarations unilatérales de l'article 36 § 2 du Statut[767]. Elle repoussait enfin l'idée que le retrait d'une déclaration de compétence, à considérer même qu'il eut été autorisé par les termes de la Convention, puisse être muni d'effet immédiat. Elle fondait notamment ses vues sur les prescriptions du droit général des traités et sur la solution retenue dans l'affaire du *Nicaragua*[768]. Cet ensemble de considérations devait aboutir à juger l'abrogation péruvienne sans effet sur les instances pendantes, ainsi que sur les affaires introduites postérieurement. Quant aux implications de l'arrêt de la Cour sur la manière de concevoir l'acte révocatoire de

---

[764] Arrêt *Ivcher Bronstein* précité, § 36. Cette considération avait d'ailleurs déjà été émise par la Cour au titre de sa compétence consultative dans l'avis du 14 novembre 1997 *Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (article 51)*, OC-15/97, Série A, n° 15, spéc. §§ 23-28.

[765] Arrêt *Ivcher Bronstein* précité, § 39. De manière quelque peu paradoxale, la Cour relève que l'instrument d'acceptation de la compétence ne contient lui-même aucune réserve faite en ce sens, alors qu'elle avait préalablement estimé que « *because the clause is so fundamental to the operation of the Convention's system of protection, it cannot be at the mercy of limitations not already stipulated but invoked by State parties for internal reasons* » (§ 36). La suite du raisonnement de la Cour devait néanmoins confirmer qu'aucun pouvoir de dénonciation, même expressément prévu par les parties, ne pourrait être valablement exercé (§§ 51-52). Cette solution est également défendue par le Président de la Cour, M. Cançado Trindade *in* « The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law : Recent Developments » in *Karel Vasak* Amicorum Liber : *les droits de l'homme à l'aube du XXI*^{ème} *siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544, spéc. p. 543 ; du même auteur, « The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection », *I.Y.B.I.L.*, 2007, pp. 7-24, spéc. pp. 13-15. Voir également, sur ce point, les observations de H. Tigroudja, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Némésis, 2003, pp. 74-75.

[766] Arrêt *Ivcher Bronstein* précité, § 40. La Cour refusait par ailleurs de considérer qu'une telle procédure autorisait une dénonciation partielle de la Convention, et ainsi, le seul retrait de l'engagement pris sur la base de l'article 62 (§ 51). Pour une critique de cette solution, voir E. G. Jiménez, « Le retrait de la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de la part du Pérou », *op. cit.*, pp. 128-130.

[767] Arrêt *Ivcher Bronstein* précité, §§ 47-49. Sur cette distinction, voir également l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade jointe à l'arrêt de la Cour *Serrano Cruz c. El Salvador* du 23 novembre 2004, §§ 4-6 de l'opinion.

[768] Arrêt *Ivcher Bronstein*, §§ 52-53. Par ce biais, la Cour confortait d'ailleurs sa décision de considérer la procédure de l'article 78 de la Convention applicable dans la mesure où celle-ci reporte les effets de la décision de dénoncer à l'échéance d'un délai de douze mois.

compétence, elles étaient différemment perçues par les observateurs[769], certains résumant la solution de la Cour à l'application d'un principe du « qui peut le plus ne peut pas le moins » [770], d'autres regrettant l'inégalité de traitement entre Etats contractants en considération de la situation de ceux n'ayant jamais accepté la compétence de la Cour ou seulement pour une durée limitée[771]. Quoi qu'on juge de l'opportunité d'une telle politique juridictionnelle, l'alignement du régime de dénonciation des déclarations facultatives sur celui de la Convention traduit la manière de concevoir la compétence juridictionnelle comme une pièce inamovible du régime de protection des droits[772].

c. La dénonciation du consentement à l'arbitrage CIRDI

224. L'encadrement statutaire de la révocation de l'engagement juridictionnel trouve une figure originale dans le cadre de la Convention de Washington, en la présence de deux dispositions transitoires spécialement affectées au maintien du consentement à l'arbitrage. Ces clauses opèrent à des niveaux différents. La première consignée à l'article 25 (1) qualifie d'irrévocable le lien juridictionnel une fois celui-ci constitué entre parties litigantes (i). La seconde se rapporte à la dénonciation de la Convention qu'elle répute sans effet sur les actes déjà pris en faveur de la compétence des tribunaux CIRDI (ii).

[769] Voir pour une approbation du raisonnement tenu par la Cour de San José, H. Tigroudja, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, *op. cit.*, p. 75.

[770] Ph. Frumer, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle », *op. cit.*, p. 963, repris par Th. Christakis, « Article 56 », *in* O. Corten, P. Klein (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 2005. Le professeur de Frouville juge pour sa part que l'attitude de la Cour de San José s'explique en raison du caractère spécifique du mécanisme américain de protection des droits, en vertu duquel tout Etat membre de l'Organisation est non seulement automatiquement partie à la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme dont « l'Organisation a reconnu officiellement une valeur interprétative » des clauses de la Convention de San José, mais également soumis à la compétence de la Commission qui peut connaître des pétitions individuelles mettant en cause les Etats parties à la Convention ainsi que les Etats tiers. L'auteur conclut que « la dénonciation de la Convention ne comporte donc pas le caractère dramatique qu'elle pourrait avoir dans le cadre européen ou universel, où aucun 'filet de sécurité' de la sorte n'existe » : *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 446, et notes n° 551 et 552.

[771] W. M. Reisman & M. H. Arsanjani, « No Exit ? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of United States' Notification of Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations », *op. cit.*, pp. 920-921 : « *it is not clear why a state party that accepts jurisdiction unconditionnally should thereafter be denied the benefits that accrue to a state party which never accepted jurisdiction (...). If the objectives of the treaty can be accomplished by parties that never accept jurisdiction why would they be disserved by a state that accepted but then withdrew a jurisdictionnal commitment?* ».

[772] L'ancien Président de la Cour de San José, M. Cançado Trindade s'est prononcé en faveur de la réforme du mécanisme d'acceptation de la compétence de la Cour aux fins de rendre celle-ci automatique : voir notamment l'opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Serrano Cruz c. El Salvador* déjà citée, §§ 34 et ss.

i. L'article 25 (1) de la Convention de Washington et l'irrévocabilité de l'accord d'arbitrage CIRDI

225. Le maintien dans le temps du consentement à l'arbitrage est prévu par l'article 25 (1) *in fine* de la Convention. Cet article prévoit que « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». L'analyse des raisons de l'insertion d'une telle règle dans la disposition relative à la compétence ne va pas sans la prise en compte de la fonction assignée au règlement d'arbitrage CIRDI dans le cadre des rapports entre Etats et investisseurs étrangers. Comme l'a rappelé à ce sujet le professeur Stern, « la principale raison d'être de la Convention était de garantir que les clauses d'arbitrage ou les compromis d'arbitrage acceptés par un Etat ne puissent être répudiés par lui, mais puissent être mis en œuvre unilatéralement par l'investisseur, en cas de mauvaise volonté étatique »[773]. L'exclusion du retrait unilatéral du consentement à la compétence du Centre s'inscrit dans cette optique. La règle énoncée à l'article 25 est, ni plus ni moins, la traduction du principe d'« autonomie de la clause compromissoire »[774], tel qu'entendu dans la jurisprudence internationale relative aux contrats d'Etat. Le fait qu'une telle garantie vise avant toute chose à exclure l'arbitraire étatique était d'ailleurs clairement apparu au moment de l'adoption de la Convention[775]. La nécessité de protéger les droits des investisseurs devait ainsi commander que la date à laquelle s'apprécie la compétence arbitrale demeure celle à laquelle l'Etat y a consenti, et non celle du déclenchement de la procédure juridictionnelle[776]. La distinction entre la garantie pourvue par l'article 25 et celle dérivant du principe d'appréciation de la compétence temporelle s'était d'ailleurs rapidement trouvée établie en jurisprudence. Occasion fut faite à un tribunal arbitral dans les affaires jamaïcaines *Alcoa Minerals*, *Kaiser Bauxite* et *Reynolds*, de déclarer sans effet les changements intervenus dans le droit applicable

[773] B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *op. cit.*, p. 232.

[774] En ce sens, Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, pp. 480-481 ; S. Schwebel : « The Severability of the Arbitration Agreement », *op. cit.*, pp. 15-16 ; P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre l'Etat et un particulier », *op. cit.*, p. 223. Voir par ailleurs la sentence *Libyan American Oil Co. (Liamco) c. Libye* déjà citée du 12 avril 1977, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 141-219, spéc. pp. 178. Sur le principe, voir *supra*, n° 157-159.

[775] La question avait notamment été posée de savoir si la disposition de l'article 25 (1) *in fine* devait neutraliser la faculté prévue dans l'accord passé entre l'investisseur et l'Etat de le dénoncer unilatéralement. M. Broches allait y répondre par la négative, considérant que « *in the case of an arbitration clause which could be terminated by one of the parties, the jurisdiction of the Centre would come to an end on termination of the clause* » : *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, *op. cit.*, 1968, Vol. II-2, p. 1010.

[776] Pour une interprétation en ce sens de la disposition transitoire de l'article 25, voir Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, p. 635: « *the date of the consent tends to fix the mutual rights and obligations of the parties with respect to proceedings under the Convention* » ; Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 457.

à la compétence entre le moment où le consentement à l'arbitrage avait été donné et la date à laquelle les instances avaient été engagées[777]. La question se posait au titre des effets la déclaration que la Jamaïque avait émise sur le fondement de l'article 25 (4) de la Convention[778], quelques temps avant l'introduction des différentes requêtes, aux fins d'exclure de la compétence du Centre certaines catégories de différends dont relevaient ceux qui seraient, par la suite, portés à la connaissance du tribunal. Ce dernier soulevait d'office la question de sa compétence. Après avoir établi que le consentement écrit des parties à l'arbitrage CIRDI avait été mutuellement donné pour chacun des litiges au jour de la conclusion des différents contrats d'investissements, il rappelait qu'aucune partie n'était investie, à compter de cette date, de la faculté de le retirer unilatéralement, conformément aux termes de l'article 25 (1) de la Convention[779]. La proscription était ainsi entendue limiter les effets de la notification adoptée en vertu de l'article 25 (4) aux seuls consentements qui n'avaient pas encore été acquis à cette date[780].

226. La portée de la garantie énoncée à l'article 25 (1) devait encore malgré tout demeurer source de questionnements, s'agissant des procédures arbitrales fondées non plus sur un accord direct entre parties au différend mais sur la base d'une offre étatique d'arbitrer qui serait acceptée par l'investisseur le jour de l'introduction de sa requête ou préalablement, par une déclaration faite en ce sens. Cette fragmentation du consentement arbitral en deux actes juridiques distincts nécessitait d'établir quelle date, entre celle de l'offre étatique et celle de son acceptation formelle par l'investisseur, marquerait l'application de la règle de l'article 25 (1)[781]. A s'en tenir aux termes de cette disposition, c'est au moment de la rencontre des consentements que ces derniers peuvent être tenus pour définitivement acquis : « lorsque les parties ont donné *leur* consentement, aucune d'elles ne peut *le* retirer unilatéralement »[782]. Le texte de l'article 25 (1) ne peut néanmoins, pour sa compréhension, être extrait du contexte

[777] *Kaiser Bauxite Company c. Jamaïque*, ICISD Case No.ARB/74/3, décision sur la compétence du 6 juillet 1975, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 144-151, *ICSID Reports*, vol. 1, pp. 296-305 ; *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc c. Jamaïque* ICSID Case No.ARB/74/2, décision sur la compétence du même jour, *Yearbook of commercial arbitration*, 1979, pp. 206-208 (extraits) ; *Reynolds Jamaica c. Jamaïque*, ICISD Case No.ARB/74/4, décision sur la compétence du même jour.

[778] L'article 25 (4) de la Convention CIRDI prévoit que « [t]out Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considèrerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre ».

[779] Décision *Kaiser Bauxite Company* précitée, *I.L.R.*, vol. 114, p. 150, § 21, *ICSID Reports*, vol. 1, pp. 303-304.

[780] Décision *Kaiser Bauxite Company* précitée, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 150-151, §§ 23-24 : « *the notification under Article 25 only operates for the future by way of information to the Centre and potential future investors (...)* ». Sur ces affaires : S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, pp. 236-237 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 113-114, 163.

[781] Voir au sujet de l'arbitrage sans lien direct, et au titre de l'établissement du lien juridictionnel, *supra*, n° 121.

[782] Article 25 (1) de la Convention CIRDI ; nous soulignons.

dans lequel il a été élaboré, l'objet initialement assigné à la clause transitoire étant, comme indiqué précédemment, de garantir le maintien des obligations *contractuelles* de l'Etat à l'égard des investisseurs étrangers. Les travaux préparatoires de la Convention doivent d'ailleurs, pour cette raison, ne fournir aucune indication véritablement décisive. La possibilité que l'Etat consente à l'arbitrage, préalablement à la constitution de tout litige relatif à l'investissement, avait bien été évoquée à plusieurs reprises au cours des débats relatifs à l'élaboration du futur article 25[783]. La réflexion était néanmoins principalement menée au titre des consentements spécifiques, la soumission *ad hoc* d'un litige au CIRDI faisant figure de « règle générale »[784]. Quant à la question du mode, unilatéral ou conventionnel, d'acceptation de la compétence, elle était reléguée derrière celle plus cruciale de la détermination de la nature – exclusivement contractuelle ou éventuellement extracontractuelle – des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux CIRDI[785].

En dépit de cela, la majorité des auteurs propose une interprétation littérale de l'article 25 et admettent que la garantie qui s'y trouve énoncée ne s'applique qu'aux offres acceptées par les investisseurs[786]. L'Etat demeurerait jusqu'à cette date libre de retirer son consentement en conformité aux règles du droit international général[787], et sous réserve que son offre n'apparaissait pas irrévocable à la lecture des termes dans lesquels elle avait été émise[788]. Cette solution trouve un appui dans la pratique conventionnelle des Etats et dans la faculté qu'ils se donnent le plus souvent de dénoncer les traités bilatéraux de protection des

[783] Voir B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *op. cit.*, pp. 226 et ss. Voir également O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *Transnational dispute management*, 2009, vol. 6 (article consulté le 10 mars 2011, et disponible à l'adresse www.transnational-dispute-management.com), p. 10, note n° 23.

[784] B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *op. cit.*, p. 229.

[785] *Ibid.*, pp. 234 et ss.

[786] Voir notamment en ce sens S. Manciaux, à propos d'une modification de la législation étatique relative à l'investissement : « si la loi nouvelle ne contient plus le consentement de l'Etat en faveur de l'arbitrage CIRDI et si l'investisseur n'a pas consenti à ce mode de règlement des différends avant l'abrogation de la loi précédente qui contenait le consentement de l'Etat, l'offre émise par l'Etat devra être considérée comme éteinte et l'investisseur déchu du droit de s'en prévaloir » (*Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, *op. cit.*, p. 239). Voir également dans cette perspective, Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 634-635 ; O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, pp. 9, 17 ; Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, pp. 455, 481 : « *the irrevocability of consent operates only after the consent has been perfected* ».

[787] Voir sur ce point O. Garibaldi, qui identifie tour à tour le régime de dénonciation des différents actes (traités, lois nationales, actes unilatéraux) consignant l'offre d'arbitrer : « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, pp. 18 et ss. Voir également Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, pp. 486-488. Voir également, du même auteur, « Consent to arbitration », *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, n° 2 (article mis à jour le 27 février 2007 et consulté le 10 mars 2011, disponible à l'adresse http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf, p. 8).

[788] En ce sens Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 482, § 389.

investissements et, partant, les clauses compromissoires qui y figurent[789]. Sa consécration jurisprudentielle est néanmoins récente, les tribunaux semblant avoir hésité sur la date dont il devrait être tenu compte aux fins de l'application de l'article 25 (1).

Dans l'affaire *Southern Pacific Properties*, la question était posée de savoir dans quelle mesure le retrait de l'approbation d'un projet d'investissement opéré avant que l'investisseur n'ait consenti à la compétence du Centre était en mesure de le priver de l'offre d'arbitrer contenue dans une législation nationale. L'Egypte, défendeur au litige, soutenait que le maintien de l'approbation était une condition de l'invocation des dispositions législatives relatives à la compétence des tribunaux CIRDI. Le tribunal saisi de la requête relevait cependant que « si la loi cont[ient] une offre de l'Egypte d'accepter la compétence du Centre, avant la résiliation du projet (…), cette offre n'a pas été retirée du seul fait du retrait de l'approbation du projet. *La résiliation du projet ne supprime pas le fait qu'un investissement a été réalisé en application de la loi* »[790]. Aussi était-ce, semble-t-il, accorder une importance toute singulière à la période à compter de laquelle l'offre avait été donnée[791].

Le caractère irrévocable du consentement à l'arbitrage allait être de nouveau évoqué dans l'affaire *C.S.O.B.* même si les circonstances d'espèce ne permettaient pas d'en tirer de véritables enseignements. Le tribunal arbitral concluait sans doute que l'offre d'arbitrer contenue dans une déclaration ministérielle ne pouvait plus être valablement remise en cause à compter du moment où elle avait été acceptée par l'investisseur. Celui-ci était néanmoins réputé avoir consenti à la procédure arbitrale le jour où il avait introduit sa requête, de sorte que la date à laquelle il avait accepté l'offre était aussi celle de cristallisation du droit applicable à la compétence, conformément au principe de détermination de la compétence temporelle du tribunal[792].

---

[789] Voir sur ce point, *supra*, n° 172, et *infra*, n° 309.

[790] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République Arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/84/3, décision sur la compétence du 27 novembre 1985 déjà citée, *I.L.R.*, vol. 106, pp. 523-524, § 66 (nous soulignons).

[791] Voir en ce sens S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, *op. cit.*, pp. 235-237. L'auteur regrette que le tribunal ait semblé « considérer qu'à partir du moment où un investissement a été effectué sous l'empire d'une loi contenant le consentement de l'Etat en faveur de l'arbitrage CIRDI, un investisseur pourra toujours – et quelle que soit la nature de la relation juridique le liant à l'Etat – se prévaloir dudit consentement, même pour un différend surgissant après l'abrogation de ladite loi » (*ibid.*, pp. 236-237). Pour une interprétation différente de cette affaire, voir Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, pp. 486-487, spéc. § 404 : pour l'auteur, la solution retenue en l'espèce s'explique en raison de la conclusion à laquelle le tribunal avait précédemment abouti au sujet de la loi égyptienne qui n'avait pas été abrogée avant que les demanderesses n'aient accepté l'offre d'arbitrer en introduisant leur requête d'arbitrage.

[792] Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C.S.O.B.) c. République slovaque*, ICSID Case No.ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 346, § 45.

Ce n'est que plus récemment, à l'occasion du règlement de l'affaire *Plama Consortium*, que l'opinion doctrinale majoritaire allait être validée. Dans cette affaire, le consentement de l'investisseur était encore consigné dans sa requête d'arbitrage. Le tribunal arbitral allait néanmoins dissocier la garantie énoncée à l'article 25 (1) de celle découlant du principe de détermination de la compétence temporelle. Il jugeait que l'offre émise par le gouvernement bulgare lors de la ratification du Traité sur la Charte de l'énergie était, conformément aux termes dudit Traité, « inconditionnelle » et « sans réserve », et qu'elle devait, de surcroît, être tenue pour « irrévocable » à compter du moment où l'investisseur l'avait formellement acceptée, conformément à l'article 25 (1) de la Convention CIRDI [793].

227. Sur la base d'une telle solution, il peut ainsi être conclu qu'à chaque fois que l'investisseur n'a pas accepté l'offre étatique d'arbitrer avant d'introduire sa requête, il serait réputé avoir renoncé au droit qu'il tenait de l'article 25 (1) de rendre la procédure arbitrale obligatoire avant la date de son déclenchement. La disposition transitoire retrouve une portée distincte de celle du principe de détermination de la compétence temporelle dans tous les autres cas de figure même si c'est bien en considération de la date à laquelle l'offre d'arbitrer a été acceptée, et non de la date à laquelle elle avait été émise, que la compétence arbitrale serait, le cas échéant, déterminée.

ii. L'article 72 et les effets attachés à la dénonciation de la Convention de Washington

228. L'autre disposition transitoire qui doit être évoquée au titre des conditions de validité des consentements à l'arbitrage CIRDI est celle de l'article 72 de la Convention de Washington. Elle a pour objet d'encadrer les conséquences découlant de l'exercice par l'un des Etats contractants de sa faculté de retrait de la Convention.

Tel qu'il en a été précédemment fait mention[794], la compétence des tribunaux CIRDI requiert un consentement passé entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant. Le retrait par un Etat de sa participation à la Convention aurait ainsi pour effet d'invalider l'ensemble des engagements pris en faveur de l'arbitrage CIRDI si une clause ne prévoyait pas explicitement leur sauvegarde. Cette clause figure dans le texte de la Convention immédiatement après celle qui consacre le droit de dénonciation et qui encadre son exercice en prévoyant que chaque partie contractante est libre d'en faire usage par une notification adressée au dépositaire de la Convention et prenant effet six mois après réception.

[793] *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, ICSID Case No.ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 273-323, spéc. p. 300, § 140.
[794] Voir *supra*, n° 121-122.

Aux termes de l'article 72, la notification est réputée « ne porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire ».

229. La dénonciation ne peut ainsi avoir d'effets que pour l'avenir[795]. Plus précisément, la qualité de partie à la Convention est réputée acquise pour l'ensemble des consentements donnés avant réception de la notification de la décision de l'Etat de se retirer de la Convention de Washington[796]. Passé cette date, l'Etat dénonciateur ou ses nationaux investisseurs disposeraient encore de la faculté de consentir à une ou plusieurs procédures arbitrales en considération du fait que le retrait de la Convention n'a toujours pas produit ses effets. Les accords formés durant cette période transitoire ne bénéficient pas cependant de la garantie de l'article 72, de sorte que les requêtes fondées sur ces consentements doivent avoir été introduites avant le terme du préavis de dénonciation pour pouvoir relever de la compétence des tribunaux CIRDI[797].

Cette nécessité d'établir une distinction suivant la date à laquelle ont été donnés les consentements a pu être affirmée dans plusieurs articles consacrés à la dénonciation de la Convention de Washington, suite aux récentes décisions de la Bolivie et de l'Equateur, de se retirer du CIRDI[798]. Les avis divergent, cependant, sur la question de savoir si les « droits et obligations » qui découlent d'un consentement donné en conformité à la Convention doivent être déterminés en référence à la disposition de l'article 25 (1) *in fine*. La thèse qui consiste à

---

[795] Voir, en ce sens, S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, *op. cit.*, pp. 235-236, § 265 ; Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 485, § 398.

[796] Voir en ce sens Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, p. 632 ; O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, pp. 13-14: « *[b]y restricting the effects of a notice of denunciation, Article 72 introduces an important exception to the requirement of Article 25 (1) that the parties to the dispute be a Contracting State (or a designated constituent subdivision or agency) and a national of another Contracting State (...). If the denouncing State and its nationals may be parties to a dispute even though they are no longer a Contracting State and nationals of a Contracting State, respectively, it must be because the* in personam *requirement of Article 25 (1) is modified by Article 72* ». Voir également les renvois aux travaux préparatoires de la Convention, *ibid.*, p. 13, note n° 31.

[797] Voir, en ce sens, O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, p. 31. Cette situation reste néanmoins hautement hypothétique s'agissant des consentements donnés par les Etats, la dénonciation de la Convention manifestant, en tout état de cause, la volonté de fermer les portes de l'arbitrage aux investisseurs étrangers.

[798] O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, pp. 13-14, 31 ; S. Manciaux, « La Bolivie se retire du CIRDI », *R.A.*, 2007, pp. 351-357, spéc. p. 355 ; Ch. Schreuer, « Denunciation to the ICSID Convention and Consent to Arbitration », *in* M. Waibel (éd.), *The Backlash Against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 353-368, spéc. p. 355.

faire lecture commune des deux dispositions transitoires de la Convention a été défendue par le professeur Schreuer qui établit un lien indissociable entre le caractère irrévocable des consentements et leur faculté à produire des effets :

> « *the binding and irrevocable nature of consent to the jurisdiction of ICSID is a manifestation of the maxim* pacta sunt servanda *and applies to undertakings to arbitrate in general. Its aptness is obvious where the consent is expressed in a compromissory clause contained in an agreement. It applies equally where an offer of consent is contained in national legislation or a treaty which has been accepted by the investor. Consent to ICSID's jurisdiction is always by agreement even if the elements of agreement are expressed in separate documents* »[799].

Ces vues ont pu être reprises[800] mais sans recueillir l'assentiment de l'opinion majoritaire[801]. Il faut dire que dans la présentation retenue par le professeur Schreuer, le lien avec l'article 25 (1) de la Convention se justifie en considération des règles du droit international qui fondent le caractère obligatoire des engagements juridiques. Or, estimer que le consentement unilatéral de l'Etat à l'arbitrage n'est susceptible de donner lieu à des « droits et obligations » qu'à compter du moment où il a été accepté par l'investisseur revient ni plus ni moins à le soustraire à ces mêmes règles du droit international. Un engagement unilatéral est, dès son adoption, en capacité de lier son auteur, supposant de sa part une attitude conforme à la ligne de conduite ainsi fixée ; comme l'affirme à ce sujet la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires*, « aucune contrepartie n'est nécessaire pour qu'[un tel engagement] prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé »[802]. Une chose est donc de

---

[799] Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 457, 481, § 388 ; du même auteur, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 218-219, 1286. L'ensemble de ces développements sur l'article 72 et ses liens avec l'article 25, ont été repris dans le récent article du professeur Schreuer, « Denunciation to the ICSID Convention and Consent to Arbitration », *op. cit.*, pp. 355 et ss., et spéc. p. 363.

[800] Voir S. Manciaux, « La Bolivie se retire du CIRDI », *op. cit.*, p. 355. L'auteur note que le délai de six mois serait l'ultime période pour que les investisseurs acceptent l'offre d'arbitrer émise par la Bolivie dans les différents T.B.I., en vue de s'en prévaloir après la prise d'effet de la dénonciation.

[801] E. Gaillard, « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, 26 Juin 2007, vol. 237-No. 122 (article disponible sur le site http://www.shearman.com/, et consulté le 10 mars 2011) ; O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, pp. 9 et ss. Voir également les nombreuses références doctrinales citées par O. Garibaldi, *ibid.*, p. 5, note n° 3.

[802] Voir l'affaire des *Essais nucléaires*, Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France, arrêts de la Cour internationale de Justice déjà citée du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 267, § 43 et p. 472, § 46. Voir par ailleurs sur ce point, K. Skubiszewski, « Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 231, l'auteur estimant au sujet de la promesse, que « *the act would not exist as a juridical phenomenon if it does not carry a legal undertaking* »,

déterminer la date à laquelle l'engagement peut être tenu pour efficace ; autre chose est de déterminer si cet engagement serait, ou non, susceptible d'être remis en cause par la suite.

230. On ne saurait, autrement dit, souscrire à la thèse du professeur Schreuer, que dans la mesure où elle se rapporte à une condition spéciale posée par la Convention CIRDI. Les termes qui se trouvent employés à l'article 72 ne semblent pas donner d'indications décisives à ce sujet[803]. Certains auteurs relèvent toutefois, sur le plan grammatical, l'emploi au singulier du terme « consentement », qui aurait été donné « par l'un[e] » des parties[804]. Le lien avec l'article 25 et le caractère irrévocable du consentement arbitral pourrait même s'avérer délicat à établir si l'on tient compte de l'objet de la règle transitoire qui vise uniquement le maintien de la qualité de partie contractante. En effet, une telle qualité ne se rapporte pas à la formation de l'*accord* d'arbitrage mais bien à la faculté individuelle de s'engager en conformité avec le régime instauré par la Convention. Un tribunal CIRDI pourrait ainsi considérer, sur cette base, que l'effet de la disposition transitoire de l'article 72 doit être étendu à l'ensemble des actes qui avaient été pris sur le fondement des dispositions de la Convention CIRDI avant que notification soit faite de l'intention de la dénoncer. Il reste que cette question n'a jamais été tranchée en pratique. Nul doute que les prochaines procédures engagées à l'encontre des Etats ayant récemment dénoncé la Convention ne manqueront pas de donner aux tribunaux l'occasion de se prononcer sur ce point.

---

[803] La consultation des travaux préparatoires de la Convention n'informe pas davantage sur la portée à attribuer à la disposition transitoire de l'article 72. La seule réserve qui avait été faite à ce sujet concernait le cas spécifique de l'offre étatique d'arbitrer consignée dans une déclaration générale directement adressée au Centre ou au dépositaire de la Convention. L'hypothèse avait été envisagée comme nécessitant de distinguer selon que l'investisseur avait effectivement accepté l'offre avant la date à laquelle la dénonciation prendrait effet. Pour O. Garibaldi, on doit moins trouver là l'affirmation d'une règle générale applicable à l'ensemble des consentements donnés par avance, que la prise en compte des limites du mécanisme de l'article 72 qui n'aurait pas vocation à régler les conséquences sur le plan purement institutionnel du retrait du Centre par un Etat contractant (O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, p. 22 et note n° 50 ; les extraits commentés par l'auteur sont ceux reproduits in *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, Washington*, *op. cit.*, vol. II-2, pp. 1009-1011, spéc. p. 1010). Le professeur Schreuer estime, pour sa part, que la réserve faite au sujet de ces déclarations générales accrédite la thèse suivant laquelle la disposition de l'article 72 est une application particulière du principe d'irrévocabilité exprimé de manière plus générale à l'article 25 (1) de la Convention (C. Schreuer, « Denunciation to the ICSID Convention and Consent to Arbitration », *op. cit.*, pp. 365-366).

[804] Voir notamment sur ce point, O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *op. cit.*, p. 10. L'auteur confronte les termes de la disposition de l'article 72 avec ceux de l'article 25 (1) où il est dit que « lorsque les parties ont donné *leur* consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Voir, *a contrario*, l'interprétation que le professeur Schreuer retient de l'emploi du singulier dans cet article : « Denunciation to the ICSID Convention and Consent to Arbitration », *op. cit.*, pp. 366-367.

B – Les autres causes de terminaison attachées aux conditions de l'engagement juridictionnel

231. D'autres circonstances mettant en jeu les conditions dans lesquelles les Etats avaient exprimé leur engagement seraient encore en mesure d'être invoquées au soutien d'une exception d'incompétence temporelle. A l'image de la faculté de dénoncer, les conditions dont il s'agit constituent une présupposition de l'obligation assumée à l'égard de la juridiction, la contestation de la compétence étant, dans ce type de situations, fondée non pas sur l'objet, ni même sur la nature de l'obligation juridictionnelle, mais plutôt sur sa portée. Comme l'indique D. Anzilotti,

> « le droit international fait dériver du traité des obligations et des droits en considération de la volonté des parties ; celles-ci, en d'autres termes, sont obligées si elles l'ont voulu et dans la mesure où elles l'ont voulu. Si des circonstances déterminées de fait ou de droit ont été prises en considération par elles comme une présupposition des obligations assumées, la disparition de ces circonstances implique que l'on ne se trouve plus dans les limites de la volonté exprimée dans le traité, qui subordonne à la condition d'existence de ces circonstances l'acceptation des obligations dont il s'agit »[805].

Il faut, à ce sujet, tout d'abord envisager le cas dans lequel la compétence n'a été attribuée que pour une durée limitée. Cette pratique est particulièrement fréquente en matière d'engagements unilatéraux[806]. L'expiration constitue une cause d'extinction automatique des règles. Le fait de ne s'engager que pour un « futur limité »[807] présente ainsi le grand mérite pour l'Etat de ne devoir revendiquer son désengagement à l'égard de la compétence[808], même

---

[805] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, pp. 462.

[806] Pour la pratique des déclarations facultatives de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour, voir H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *R.C.A.D.I.*, *op. cit.*, spéc. pp. 271 et ss. ; B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 77-82 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 19-21 ; J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *op. cit.*, pp. 342-354 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 249-250. Pour la Cour permanente, voir M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 : A Treatise*, *op. cit.*, pp. 472-473. Pour les anciennes déclarations des articles 25 et 46 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *op. cit.*, p. 86 ; J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 1261-1262 ; V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, p. 845, § 6. Pour la jurisprudence, voir l'affaire *X. c. Royaume-Uni* dans laquelle la Commission s'était déclarée incompétente pour cause d'expiration de la déclaration d'acceptation de compétence (req. n° 7444/76, décision du 4 octobre 1977, *D.R.*, vol. 11, pp. 111-113, spéc. p. 113).

[807] M. Chemillier-Gendreau, « Le rôle du temps dans la formation du droit international », *op. cit.*, p. 60.

[808] L'impossibilité de fonder la compétence juridictionnelle sur une déclaration unilatérale expirée a été illustrée dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy* où la Hongrie avait invoqué comme base additionnelle de compétence la déclaration yougoslave expirée quelques jours avant le dépôt de la requête : Hongrie c. Yougoslavie, ordonnance

s'il est fréquent que l'arrivée du terme inaugure une période pour laquelle le consentement sera considéré avoir été tacitement renouvelé[809] ou maintenu jusqu'à nouvel ordre[810].

232. Les conditions d'efficacité de l'engagement juridictionnel peuvent également être déterminées de manière plus diffuse, en référence aux *circonstances* au vu desquelles il avait été pris. L'article 62 de la Convention de Vienne fait de leur changement fondamental une cause de terminaison des traités, supposant une variation dans la portée des obligations d'une intensité telle qu'elle remet en cause l'engagement des parties à s'y conformer[811]. Cette précision doit d'ailleurs suffire à indiquer que l'application de la clause *rebus sic stantibus* demeure marginale. Le changement fondamental de circonstances serait d'autant plus difficile à établir qu'il doit avoir été imprévisible[812]. Ce motif n'a d'ailleurs été invoqué qu'en de très rares circonstances. On peut tout de même rappeler l'épisode à l'occasion duquel certains Etats avaient, au début du second conflit mondial, eu recours à la théorie du changement fondamental de circonstances pour justifier l'abrogation de leur déclaration facultative de juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale. Ces initiatives avaient d'ailleurs provoqué la protestation de plusieurs autres Etats parties au Statut[813]. La Cour n'aura finalement jamais l'occasion de livrer ses vues sur la validité de telles opérations. Il devait néanmoins être mis au crédit des protestataires que l'argument du changement de circonstances semblait difficilement admissible, compte tenu de la faculté dont chaque partie

---

de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 23 mai 1936, *Rec. C.P.J.I., Série A/B*, n° 66, pp. 4-10, spéc. pp. 5-6, et voir également *Série C*, n° 79, p. 188.

[809] Pour la Cour internationale de Justice, voir par exemple la déclaration finlandaise du 25 juin 1958 valable pour une durée de cinq ans, et qui prévoit son renouvellement par tacite reconduction pour de nouvelles périodes d'une même durée. Pour ce type de déclarations, le droit de dénonciation ne pourrait être valablement mis en œuvre qu'à l'issue de la période, conformément à ce qui avait déjà été indiqué en matière de traités (*supra*, n° 172). Voir pour illustration, la dénonciation par la Pologne de sa déclaration du 25 septembre 1990 et les observations de R. Szafarz, « The Modification of the Scope of ICJ Jurisdiction in Respect of Poland », *op. cit., passim.*

[810] Voir, par exemple, la déclaration facultative autrichienne du 19 mai 1971 prise sur la base de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice qui prévoit qu'elle « restera en vigueur pendant une période de cinq ans, puis jusqu'à ce qu'elle soit résiliée ou modifiée par une déclaration écrite ». Nombre de déclarations de ce type n'ont jamais été dénoncées et constituent encore à l'heure actuelle une base de compétence valable.

[811] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, pp. 462-463 : « ce n'est pas le changement des circonstances comme tel qui éteint le traité ; c'est la volonté des parties qui soumet le traité à la condition résolutoire de la persistance des circonstances données, dans lesquelles et pour lesquelles le traité a été conclu ».

[812] Tel qu'il ressort des conditions énoncées par l'article 62 de la Convention de Vienne, le changement fondamental de circonstances devait être imprévisible. Par ailleurs, les circonstances invoquées existant au moment de la conclusion de l'accord devaient avoir constitué une base essentielle du consentement à être lié par le traité : voir pour un rappel de ces conditions, l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie c. Slovaquie, arrêt de la Cour internationale de Justice du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, pp. 7-84, spéc. pp. 64-65, § 104.

[813] Voir *Rec. C.P.J.I. Série E*, n° 16, p. 329 pour la déclaration française du 10 septembre 1939. Voir, par ailleurs, sur cet épisode, R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 879 ; Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 24-25 ; H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, p. 265.

au Statut dispose de grever sa déclaration unilatérale de conditions qui en limitent la portée *ratione materiae*, et qui aurait ainsi permis d'ôter du champ de compétence de la Cour les différends nés ou relatifs à un conflit armé. Pour le formuler de manière plus directe, un Etat partie à la clause optionnelle aurait, à n'en pas douter, grand mal à tirer partie d'un aléa tel que la survenance d'un conflit, à partir du moment où il n'avait pas exclu cette catégorie de différends du champ d'application de sa déclaration[814].

233. La modification des circonstances dont il avait été initialement tenu compte constitue tout autant le fondement de la terminaison de l'engagement juridictionnel comme conséquence de sa violation. L'hypothèse est plutôt rare dans la mesure où la conduite de la procédure menant à l'exercice de la compétence se trouve placée sous l'autorité du juge. Il a néanmoins déjà été fait mention, dans le cas de l'arbitrage, du cas où une partie neutraliserait cette autorité en refusant, par exemple, de procéder aux différentes étapes devant conduire à la constitution du tribunal[815]. A supposer qu'une telle situation se produise, la faculté de dénoncer ou suspendre l'application de l'accord d'arbitrage tirerait encore sa légitimité de l'altération des conditions de l'engagement initial dont l'exécution était tacitement subordonnée à l'observation par les autres parties de leurs propres obligations[816].

234. Le fait que le juge soit ainsi porté à interroger les conditions dans lesquelles s'était noué le lien juridictionnel pour statuer sur son maintien ne doit pas cependant conduire à ranger dans la catégorie des motifs d'incompétence *ratione temporis* ceux qui, tout en pouvant donner l'impression d'entretenir un lien avec la durée de l'engagement, ne feraient en réalité que mettre en cause le fait que celui-ci n'ait jamais existé. Parmi ces motifs qui se rapportent ainsi davantage à la dimension personnelle que temporelle de compétence[817], il faut faire cas des causes de nullité de l'engagement juridictionnel dont l'invocation n'a pas pour objet l'établissement de la terminaison de ses effets mais la sanction des irrégularités survenues à l'occasion de sa formation. Dans les deux cas, terminaison et nullité de l'engagement juridictionnel, les conséquences qui doivent en être tirées sur le plan procédural

---

[814] L'argument s'imposerait d'autant plus dans le cas d'espèce envisagé que la pratique des clauses excluant spécifiquement les différends nés ou relatifs à un conflit armé était déjà bien amorcée à la date à laquelle les Etats invoquant la clause *rebus sic stantibus* avaient formulé leur engagement : voir sur la pratique de ces « *war exclusion clauses* », Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 64-67.

[815] Voir *supra*, n° 198.

[816] Sur le fondement du principe *inadimplenti non est adimplendum*, voir F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *op. cit.*, pp. 548-550 ; J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, pp. 119-120 ; A. Goellner, *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, 1939, pp. 43 et ss. ; L. A. Sicilianos, « The Relationship between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty », *E.J.I.L.*, 1993, pp. 341-359, spéc. pp. 344-345. Voir également l'opinion dissidente du juge Anzilotti dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 70, pp. 45-52, spéc. p. 50.

[817] Sur cette distinction, voir *supra*, n° 15.

sont du même ordre, l'acte n'étant pas en capacité de produire ses effets légaux à la date à laquelle l'instance a été introduite. L'inaptitude à exercer le pouvoir juridictionnel, dans le cas de la nullité de l'engagement, n'en demeure pas moins fondée sur une cause étrangère à l'incompétence temporelle. Elle ne saurait effectivement tenir son origine de la perte de validité d'un acte qui serait, *a posteriori*, considéré ne l'avoir jamais acquise. Dans un tel cas de figure, seule finalement la date à laquelle la prétention d'invalidité a été formulée pourrait donner l'impression que l'efficacité durable de l'engagement se trouve mise en cause[818].

235. Doivent également se rapporter au défaut pur et simple d'engagement les contestations mettant en jeu la question de la succession d'Etats aux traités, dont on pressent pourtant la vocation à engendrer certaines difficultés d'ordre temporel sur le plan de l'exercice de la compétence. A mieux les considérer, ces difficultés se rapporteraient uniquement aux situations dans lesquelles la succession intervient entre le moment de survenance des faits portés à la connaissance du juge, et la date à laquelle la procédure a été introduite devant lui. L'hypothèse de la succession d'Etat pose, pour ainsi dire, un problème d'imputation des faits litigieux, tout au plus susceptible de ressurgir lors de la phase préliminaire au titre des conditions d'exercice de la compétence *ratione personae*[819].

Pour le reste, le fait que l'Etat attrait en justice ait récemment acquis son indépendance n'est pas de nature à modifier la question de savoir s'il existait un engagement de sa part à l'égard de la juridiction saisie, à la date de l'acte introductif d'instance[820]. La question prend une tournure d'autant plus proche de celle posée en temps normal qu'un engagement de l'Etat successeur en faveur de la reprise à son compte des traités serait, en règle générale, requis[821].

---

[818] En termes de pratique, on mentionnera simplement que la nullité est une cause très rarement invoquée au soutien de l'incompétence du juge international. La question s'est posée devant la Cour en deux occasions, d'abord dans l'affaire des *Pêcheries islandaises* (Royaume-Uni c. Islande, arrêt de la Cour sur la compétence du 2 février 1973 déjà cité, *Rec.* 1973, p. 14, § 24), puis dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007, *Rec.* 2007, pp. 832-876, spéc. pp. 857 et ss., §§ 73 et ss.), à chaque fois au titre de la contrainte exercée par la menace ou l'emploi de la force.

[819] Voir notamment, à ce propos, la décision du 23 mai 2000, *Kuchar et Stis c. République Tchèque* (req. n° 37527/97) dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme avait ainsi requalifié l'exception d'incompétence temporelle tirée de la date des faits litigieux d'objection d'incompétence *ratione personae*, en raison du fait que, avant la date d'accession à l'indépendance de l'Etat défendeur, « toute requête introduite contre [lui] aurait été déclarée irrecevable non parce que relative aux faits survenus avant la ratification de la Convention par cet Etat, mais parce que dirigée contre un Etat qui n'était pas et ne pouvait pas être Partie contractante à la Convention ». La Cour n'abordait pas moins, ici, une question relative à son domaine de compétence, l'existence d'une base de compétence valable à la date de l'introduction de la réclamation n'étant pas contestée.

[820] Pour une illustration pratique, voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, pp. 595-624, spéc. p. 612, §§ 23-24.

[821] Voir, en marge des règles applicables, l'Observation générale n° 26 (61) déjà citée précédemment, dans laquelle le Comité des droits de l'homme se fonde sur la spécificité des droits et obligations contenus dans le

Une obligation de notification est prévue dans deux des trois scénarios qu'envisage la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etats aux traités, à savoir celui de la succession à l'égard d'une partie de territoire, et celui de l'Etat « nouvellement indépendant », seul le cas des Etats issus d'une séparation ou unification d'Etats étant régi par le principe de succession automatique[822]. La notification de succession n'est, à cet effet, pas qu'une simple formalité déclarative. Elle serait, bien au contraire, « *constitutive* » du lien conventionnel[823], équivalant « à une *décision* de l'Etat de se considérer comme partie aux conventions (…) en cause »[824]. Quant à la question de la date à laquelle prendrait effet la

---

Pacte pour se prononcer en faveur de la succession automatique : « dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, *quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'Etat partie, y compris du fait d'un démembrement en plusieurs Etats ou d'une succession d'Etats* (…) » (nous soulignons). Cette appréciation a été largement commentée. La majorité des auteurs considèrent que l'affirmation du Comité fait figure de proposition de *lege ferenda* : voir en ce sens J. Chan, « State Succession to Human Rights Treaties : Hong Kong and the International Covenant on Civil and Political Rights », *I.C.L.Q.*, 1996, pp. 928-946, spéc. pp. 936-938 ; E. Klein, « Participation in the International Covenant on Civil and Political Rights : How States Become States Parties », *Verhandeln für den Frieden :* liber amicorum *Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, pp. 369-379, spéc. p. 372 ; P. Williams, « The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia : Do They Continue in Force ? », *Denver J.I.L.P.*, 1994, pp. 1-42, spéc. pp. 17-18. Pour une appréciation divergente, voir M. T. Kamminga, « State Succession in Respect of Human Rights Treaties », *E.J.I.L.*, 1996, pp. 469-484, spéc. pp. 482-483.

[822] Voir les articles 15 à 17 de la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'Etat en matière de traités, pour les deux premières hypothèses, et les articles 31 et 34 pour le cas de l'unification et de la séparation d'Etats. En pratique, la possibilité pour un Etat nouvellement indépendant d'être lié à un traité de règlement des litiges, en l'occurrence l'Acte général de 1928, sans en avoir expressément émis l'intention avait été mise en cause par l'Inde dans l'affaire de *l'Incident aérien du 10 août 1999*. La Cour ne jugea toutefois pas utile d'apprécier l'argument, se retranchant derrière la précaution prise par le gouvernement indien de notifier son refus de se considérer lié par l'Acte, et estimant que la notification devait, en tout état de cause, valoir dénonciation dans le cas où l'Inde aurait effectivement été automatiquement partie à l'Acte général après son accession à l'indépendance : Pakistan c. Inde, arrêt de la Cour sur la compétence du 21 juin 2000, *Rec.* 2000, pp. 12-35, spéc. p. 25, § 28. De même, dans l'affaire du génocide, la Cour avait déjà évité de se prononcer sur la question de la succession automatique à la Convention sur le génocide en retenant que la notification de succession bosniaque permettait, à raison de sa date, l'examen de la requête : Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt du 11 juillet 1996 précité, *Rec.* 1996, p. 612, § 23.

[823] Voir en ce sens B. Stern, « La succession d'Etats », *R.C.A.D.I.*, 1996-I, vol. 262, pp. 27-438, spéc. pp. 291-292 : « les débats autour du cas yougoslave semblent avoir mis en évidence l'*opinio juris* dominante des Etats sur cette question de la portée de la notification : ni les Etats dépositaires, ni les Etats successeurs ne considèrent qu'il y ait succession *automatique*, c'est-à-dire qu'ils exigent une notification (…) et que, en outre, ils semblent considérer que cette notification est constitutive ».

[824] O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 424, au titre de l'article 17 de la Convention de Vienne du 23 août 1978 précitée. Les juridictions internationales semblent néanmoins exiger un degré de formalisme moindre à l'égard de l'engagement étatique, compte tenu du contexte dans lequel il intervient. Voir en ce sens, l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Croatie c. Serbie, arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 novembre 2008, *Rec.* 2008, p. 450, spéc. p. § 109 : « [d]e l'avis de la Cour, il existe une distinction entre la nature juridique de la ratification d'un traité ou de l'adhésion à celui-ci et celle du processus par lequel un Etat devient lié par un traité en tant qu'Etat successeur ou le demeure en tant qu'Etat continuateur. L'adhésion ou la ratification est un acte de volonté pur et simple par lequel l'Etat exprime son intention d'accepter des obligations nouvelles et d'acquérir des droits nouveaux aux termes d'un traité, acte effectué par écrit et dans les formes prévues par celui-ci (…). Dans le cas de la succession ou de la continuité, en revanche, l'acte de volonté de l'Etat s'inscrit dans un contexte préexistant et revient pour l'Etat intéressé à reconnaître que certaines conséquences juridiques découlent dudit contexte, de sorte que tout document produit par cet Etat peut, dès lors qu'il s'agit essentiellement d'une confirmation, être soumis à des exigences formelles moins rigoureuses ».

notification, seule condition ressortissant finalement au registre de la compétence temporelle, l'article 23 de la Convention de Vienne établit une subtile distinction entre la qualité de partie au traité, réputée acquise dès la date d'accession à l'indépendance, et l'engagement conventionnel dont les effets seraient suspendus depuis la date de la succession et jusqu'à la notification[825]. Il serait donc nécessaire, pour que la compétence soit établie, que la reprise des engagements par l'Etat successeur ait été formalisée avant l'acte introductif d'instance[826].

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 2

236. L'examen des circonstances par lesquelles pourrait être plaidée l'incompétence temporelle à raison de la perte de validité de l'engagement juridictionnel, a permis de recueillir un certain nombre d'enseignements sur la relation juridique établie entre les sujets, à l'égard de la juridiction. On ne trouve d'abord à cette relation aucun statut particulier qui justifierait une plus grande résistance à l'égard des faits et situations emportant la terminaison des actes de droit international. Les limites à l'« autonomie de la clause compromissoire » ont permis d'en attester, aussi bien d'ailleurs que les nombreuses conditions venant encadrer les effets de la dénonciation des actes attributifs de compétence, qui ne feraient que confirmer la faculté dont les Etats disposent de remettre en cause les attentes qu'ils ont pu faire naître chez les destinataires de l'engagement juridictionnel.

---

[825] La Cour n'a pas jugé utile de se prononcer dans l'affaire du *génocide* sur la date à laquelle la Bosnie pouvait être considérée avoir accepté sa compétence, celle-ci étant fondée même dans le cas où la notification serait munie d'un simple effet immédiat : Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt du 11 juillet 1996 précité, *Rec.* 1996, p. 612, § 23. A considérer qu'une telle question soit déterminante pour la compétence, il devrait être tenu compte des deux exceptions à cette « suspension rétroactive par défaut » que relève le professeur de Frouville, dans le cas, d'abord, où il a été convenu que le traité s'appliquerait provisoirement (article 27 de la Convention de Vienne du 23 août 1978 précitée), ou s'il est convenu entre les parties, à la date de la notification de succession, que le traité était entré en vigueur dès la date de succession (rapport C.D.I., 26ème session, *An. C.D.I.*, 1974-II, p. 244, § 11) : O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 424.

[826] La condition préalable d'acquisition de membre de l'organisation dont relève la juridiction devrait, le cas échéant, également être prise en considération même si cette condition n'a pas toujours, dans le cas de la succession d'Etats, eu pour effet de reporter mécaniquement la date à laquelle les parties auraient pu consentir à la compétence. Les Républiques tchèque et slovaque avaient ainsi fait savoir au Comité des ministres du Conseil de l'Europe qu'elles s'estimaient liées par la Convention et reconnaissaient la compétence des organes de contrôle dès la date d'accession à l'indépendance (1er janvier 1993), alors même qu'elles n'avaient, à cette même date, toujours pas été admises en tant que membres du Conseil de l'Europe. Dans ses deux résolutions du 30 juin 1993, le Comité des ministres devait néanmoins confirmer que la compétence de la Cour comme celle de la Commission européenne des droits de l'homme avaient été conférées dès le 1er janvier 1993. Voir également en ce sens, la décision du 4 mars 1996 rendue par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Brezny et Brezny c. République slovaque*, req. n° 23131/93, *D.R.*, n° 85, pp. 65-83, spéc. p. 79.

A l'opposé, le lien juridictionnel n'apparaît pas non plus marqué par une plus grande précarité en raison de sa nature. Les Etats font d'ailleurs souvent preuve d'une grande précaution, le moment venu d'exprimer leur volonté et de fixer les limites à ce à quoi ils s'obligent. Cette pratique semble d'autant plus nécessaire que certains motifs de terminaison ne sauraient, comme on l'a vu, être utilement opposés à la compétence temporelle. Ainsi, contrairement à ce qu'il avait, un temps, été avancé au sujet de la nature des obligations juridictionnelles et de la faculté, pour les Etats, d'y mettre fin, ces obligations n'apparaissent pas comme étant intrinsèquement temporaires.

De cet ensemble, il ressort que le principe de détermination de la compétence temporelle représente le dernier rempart aux tentatives de remise en cause intempestives de l'engagement juridictionnel. Il semble, par ailleurs, que les juridictions internationales envisagent ce principe comme une garantie suffisante pour les besoins de sécurité juridique, se refusant à lui trouver quelque prolongement durant la phase précontentieuse dans le cas où les textes ne l'imposent pas. On le comprend, du reste, fort bien. Le fait de ménager aux Etats une marge de manœuvre en leur permettant de dénoncer leur engagement juridictionnel, s'avère crucial pour le renouvellement et la multiplication, à l'avenir, de ces engagements en vue d'un accès toujours plus large à la juridiction internationale.

Conclusion de la première Partie

237. Au terme de l'analyse qui vient d'être menée au sujet de la durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, l'utilité de la notion de compétence temporelle pour décrire et comprendre le droit positif semble établie. Par la solution qu'il donne à la question de l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel, le juge international en fait un problème singulier et irréductible à celui de l'établissement du consentement des Etats à se soumettre à la juridiction. Il n'a, en effet, pu être donné explication du choix unanime des juridictions internationales d'apprécier leur compétence au jour de l'acte introductif d'instance, sans tenir compte de la mise en œuvre, à cette même date, du droit d'action du demandeur à l'instance. En introduisant sa requête, le demandeur fait usage du droit qui lui est reconnu par l'engagement juridictionnel d'obtenir un jugement sur le bien-fondé de ses prétentions. Le fait pour le juge d'apprécier sa compétence à cette même date revient, alors, à attribuer au demandeur une garantie sur le plan juridictionnel : l'applicabilité temporelle du titre de compétence étant établie une fois pour toutes, au jour du dépôt de la demande, elle ne pourra plus être remise en cause jusqu'à la date du jugement. Par la manière dont il est fait application de la règle attributive de compétence, le demandeur se trouve ainsi nanti d'un droit acquis au maintien de la compétence *pendente lite*. Cette explication est la seule susceptible de donner une signification au principe général du procès international qui désigne comme date pertinente, celle de l'acte introductif d'instance.

Les solutions retenues par les tribunaux au sujet de la validité temporelle de l'engagement juridictionnel ont d'ailleurs permis d'illustrer la nécessité d'offrir une telle garantie aux justiciables, dans un ordre juridique où la juridiction ne s'impose qu'à ceux qui y ont consenti. A ce sujet, il a pu être fait le constat que les effets de la règle attributive de compétence sont, comme ceux de toute autre règle de droit, susceptibles de s'éteindre. L'analyse menée au sujet des clauses compromissoires a notamment permis de relever, à ce sujet, que la règle de compétence ne dispose pas d'un statut différent de celui des autres règles conventionnelles, s'agissant des effets de la terminaison du traité. De manière plus générale, la promesse faite de recourir au juge en cas de conflit n'est pas intangible. Si les Etats sont tenus d'exécuter leur engagement de bonne foi, ils pourront, dans bien des cas, s'en libérer en exerçant leur droit de dénonciation, privant ainsi les autres sujets de la faculté de les attraire

en justice. Ces différents éléments rendent comptent de la nécessité d'apprécier la compétence dès le jour du dépôt de la requête, en vue de la réputer acquise jusqu'à la date du jugement.

Dans cette mesure, il ne peut être souscrit à la thèse doctrinale qui consiste à nier toute utilité au concept de compétence temporelle, et à recommander le seul usage de la notion de compétence personnelle pour l'explication des solutions du droit positif. Contrairement à ce qu'affirment les partisans de cette thèse, l'appréciation par les juridictions internationales de leur aptitude à exercer le pouvoir juridictionnel à raison de la durée pour laquelle elles y ont été habilitées, ne peut être analysée sur la seule base de la durée de soumission du défendeur à la juridiction. La détermination de l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel intègre un autre acteur, le demandeur, et tient compte du droit que lui attribue cet engagement de voir sa cause entendue. La notion de compétence temporelle ne peut ainsi être réduite à un simple aspect de la compétence personnelle, c'est-à-dire à une question qui se rapporterait exclusivement à la soumission volontaire des Etats à la juridiction. Une notion n'a toutefois d'utilité pour l'explication du droit positif, que si elle est susceptible de recevoir une seule acception possible. Il reste ainsi à envisager la deuxième signification que les juridictions internationales attribuent à l'expression « compétence temporelle », c'est-à-dire celle de domaine temporel d'exercice du pouvoir juridictionnel, et à démontrer qu'à l'usage de cette expression ne correspond, cette fois, aucune notion tout à la fois relative à la compétence et irréductible à un autre de ses autres aspects.

2ème partie. Le domaine temporel d'exercice du pouvoir juridictionnel

238. Au-delà de la durée pour laquelle l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel a été donnée, son caractère temporaire tient au domaine qui lui a été assigné. A ce stade, la question n'est plus de savoir si compétence a été attribuée, mais plutôt dans quelle mesure elle l'a été[827] ; il ne s'agirait pas, en d'autres termes, d'apprécier le fondement de l'aptitude légale à exercer le pouvoir, mais uniquement d'identifier la sphère dans laquelle cette aptitude peut être concrètement mise en œuvre. La « compétence temporelle », telle qu'elle s'entend désormais, désigne le champ d'application temporel de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire l'étendue temporelle de compétence. Celle-ci représente l'ensemble des litiges dont le tribunal peut connaître en raison de leur date de survenance ou de la date des faits et situations qui en sont à la source. L'analyse de l'objet d'une telle condition conduit alors à ne plus voir dans la compétence temporelle une notion juridique qui suppose non seulement un régime juridique uniforme mais également une unité de concept. S'agissant de l'étendue temporelle de compétence, le second élément fait défaut. La manière dont les juridictions identifient le domaine d'exercice du pouvoir juridictionnel, première étape à laquelle conduit la détermination de leur compétence, va effectivement permettre d'aboutir à la conclusion que l'étendue temporelle de compétence renvoie à deux questions distinctes : la limitation de la sphère matérielle de compétence d'une part, et l'applicabilité temporelle des règles de fond pour lesquelles la compétence a été établie, d'autre part (Titre 1). La notion de compétence temporelle ne présente en définitive d'unité qu'au titre des solutions qu'elle désigne, et donc de la *fonction* qu'elle remplit au cours de la deuxième étape du raisonnement qui consistera à déterminer si le différend dont le juge a été saisi relève du domaine qu'il a identifié. En effet, l'analyse de la pratique révèle que les juridictions internationales ne traitent pas différemment les exceptions préliminaires selon qu'elles ont trait à l'étendue temporelle de leur compétence matérielle ou à l'applicabilité temporelle des règles de fond. La seule distinction qu'il y a lieu d'établir à ce sujet, ne tient

[827] G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 513 : « *the heart of the question almost always is, not whether* a *consent has been given, but* what *it is that has been consented to – or, more particularly – what and how much is covered by the consent given* ».

pas à la nature de la limitation *ratione temporis* en cause, mais plutôt à la date prise en référence pour limiter le pouvoir de juger : la date du litige ou bien celle des faits qui en sont à l'origine (Titre 2).

TITRE 1 – IDENTIFICATION DU DOMAINE TEMPOREL DE COMPETENCE

239. L'identification du domaine temporel de compétence est la première opération nécessaire à la résolution du problème d'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel. Le domaine de compétence est le plus souvent représenté comme une *sphère* ou un *périmètre d'action*[828]. En cela, il concerne la dimension *matérielle* de compétence, c'est-à-dire ce sur quoi porte l'aptitude à agir[829]. S'agissant de la compétence juridictionnelle contentieuse, seule ici en cause, cette sphère regroupe l'ensemble des litiges que la juridiction est vouée à connaître[830]. La condition qui se rapporte à la date à laquelle le différend s'est élevé, apparaît ainsi comme l'une de celles à laquelle peut être subordonné l'exercice de la compétence, d'autres conditions pouvant tout aussi bien faire référence à l'objet de la situation contentieuse (*ratione materiae*) ou à sa localisation spatiale (*ratione loci*), ou encore à l'identité des parties qu'elle met en opposition (*ratione personae*). A la façon dont les juridictions identifient cette sphère d'activité *ratione temporis*, la « compétence temporelle » renvoie cependant à deux questions bien différentes. Une distinction doit, en effet, être établie suivant la façon dont la présence du temps se manifeste dans l'engagement juridictionnel. Dans une première série d'énoncés, l'élément temporel est apparent. Il prend la forme d'une ou plusieurs dates sur la base desquelles seraient déterminés les différends relevant du domaine de compétence (Chapitre 1)[831]. Dans les autres cas, le temps ne figure plus dans la règle attributive de compétence, si ce n'est sous la forme d'une qualité tacitement attachée aux faits générateurs de différends : celle de pouvoir déclencher, à raison de la date à

[828] Voir J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 722 ; B. Plessix, « La compétence et le temps », *op. cit.*, p. 56.
[829] Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 12-13, 16 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 137, 153.
[830] J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 586-587, 593 ; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, pp. 434-435 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 137.
[831] Les expressions « présence directe » et « indirecte » du temps dans la règle sont empruntées à J. Héron. Tel que l'auteur la développe dans son ouvrage sur le droit intertemporel, cette distinction renvoie, cependant, à un aspect différent de celui évoqué dans ces lignes. Pour J. Héron, la présence directe du temps dans la règle se manifeste notamment lorsque celle-ci vise plusieurs faits qui se réalisent à des moments différents, ou lorsque le ou les faits en cause déclenche un effet juridique durable. Dans toutes ces situations, le problème de droit transitoire découlerait ainsi « directement » du contenu du présupposé ou de l'effet juridique de la règle. La présence indirecte du temps dans la règle renvoie, pour sa part, aux situations dans lesquelles les règles ne comportent aucun élément temporel, mais dont le contenu ou la combinaison avec d'autres règles fait apparaître un problème intertemporel comparable, tel le phénomène d'imbrication entre règles relatives aux situations d'état ou à la nationalité : J. Héron, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, pp. 81 et ss., 139 et ss.

laquelle ils se sont produits, l'application des règles de fond pour lesquelles la compétence a été attribuée (Chapitre 2).

Chapitre 1. La présence directe du temps dans l'engagement juridictionnel

240. La présence directe du temps dans l'engagement juridictionnel regroupe l'ensemble des cas où les Etats en ont fait un critère d'identification des litiges pour lesquels ils ont attribué le pouvoir de juger. Il n'est pas rare que les Etats limitent effectivement la portée de leur consentement en tenant compte d'un élément temporel. Les raisons d'un tel encadrement sont diverses. Les limitations *ratione temporis* à la sphère de compétence reflèteront, dans certaines situations, la préoccupation de ne pas voir une catégorie spécifique de différends déférée à la juridiction internationale[832]. Certains énoncés vont ainsi exclure des prérogatives du tribunal, le règlement des litiges constitués avant une certaine date ; d'autres limiteront, de la même manière, le champ de compétence aux réclamations survenues après tel jour. L'association de la compétence juridictionnelle à une période de temps identifiée pourrait encore, dans d'autres cas, constituer une technique d'identification, et éventuellement de répartition, des affaires relevant de la sphère matérielle de compétence des tribunaux. Certains textes attribuent ainsi le pouvoir d'adjuger les réclamations mettant en cause les événements qui se seraient réalisés entre tel et tel jour, ou entre telle et telle année. Dans tous les cas, l'identification du domaine temporel de compétence procède de la même façon, puisqu'il est toujours question de déterminer l'objet de la compétence (Section 1), c'est-à-dire la « matière » qui peut être soumise à l'appréciation du tribunal, en rapport à une ou plusieurs dates (Section 2).

SECTION 1 / LA DETERMINATION DE L'OBJET DE LA COMPETENCE

241. L'élément temporel qui apparaît dans l'engagement juridictionnel peut être envisagé comme une condition de compétence à partir du moment où il détermine l'objet de l'examen du tribunal. La juridiction étant contentieuse, cet objet aura toujours été identifié en référence à un conflit. Celui-ci peut toutefois être envisagé de deux manières différentes. Certains actes renvoient aux *différends* constitués entre les parties (§ 1), là où d'autres envisagent les *réclamations* portées par l'une d'elles (§ 2).

[832] Voir *supra*, n° 17.

§ 1 - LES DIFFERENDS

242. Parmi les engagements juridictionnels qui établissent la sphère de compétence en référence à des catégories de différends déterminés, certains renvoient à la date à laquelle ces derniers se sont constitués (A). D'autres textes envisagent, au surplus, le moment de réalisation des faits et situations qui en sont à la source (B).

A. La date de constitution du différend

243. La première et principale technique de réduction de la portée *ratione temporis* de l'engagement juridictionnel consiste à exclure un différend, ou une ou plusieurs catégories de différends à raison de leur date de cristallisation. Cette limitation temporelle apparaît comme une simple sophistication de la condition d'*existence* du litige, qui ressortit à la recevabilité de l'action[833]. Elle a d'ailleurs conduit à préciser les éléments constitutifs du différend. Celui-ci se trouve appréhendé, en pratique, autant par ce à quoi il renvoie, c'est-à-dire « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »[834], suivant l'illustre formule de la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* [835], que par la manière dont son existence demande à être établie, les tribunaux internationaux jugeant à ce sujet nécessaire de « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »[836]. Le différend désigne, en

[833] Voir *supra*, note n° 281. Pour le professeur Schreuer, il s'agirait toutefois de dissocier cette condition *ratione temporis* de celle d'existence du litige, dans la mesure où « *it is the non-existence of a dispute before a certain date that supports jurisdiction* » : « What Is a Legal Dispute ? », *op. cit.*, p. 978.

[834] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 30 août 1924 déjà cité, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 11. Voir sur cette définition très large du différend donnée par la Cour, l'analyse engagée par le professeur Schreuer, *in* « What Is a Legal Dispute ? », *op. cit.*, pp. 960-965.

[835] Cette définition a été maintes fois reprise, aussi bien par la Cour internationale de Justice (voir notamment l'affaire relative à *Certains Biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec*. 2005, pp. 6-28, spéc. p. 18, § 24 ; voir encore l'arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er avril 2011 rendu dans l'affaire de l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination* raciale, Géorgie c. Russie, § 30), que par les autres juridictions internationales (voir pour le contentieux arbitral des investissements, *infra*, note n° 1562).

[836] *Sud Ouest Africain*, Ethiopie c. Afrique du Sud, et Liberia c. Afrique du Sud, arrêt de la Cour internationale de Justice du 21 décembre 1962 déjà cité, *Rec.* 1962, p. 328 ; *Timor oriental*, Portugal c. Australie, arrêt de la Cour internationale de Justice du 30 juin 1995, *Rec.* 1995, pp. 90-106, spéc. p. 100, § 22. Voir également *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 619, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2010, vol. II, pp. 467-500, spéc. p. 492.

d'autres termes, un fait juridique *complexe*[837], constitué par la rencontre de deux éléments qui caractérisent le refus de l'une des parties de se soumettre à la volonté de l'autre[838].

244. Une telle restriction du domaine de compétence est relativement fréquente ; on la retrouve aussi bien dans les clauses juridictionnelles des traités[839] que dans les déclarations unilatérales d'acceptation de juridiction obligatoire. A cet égard, l'exclusion des différends antérieurs est bien souvent envisagée comme une « réserve » à la compétence[840]. Il faut dire qu'une telle limitation *ratione temporis* revient effectivement à modifier la situation de droit à laquelle elle se rapporte, critère par lequel on identifie les réserves aux traités d'autres institutions juridiques voisines[841]. Comme le fait observer le professeur de Frouville, de telles restrictions posées à la sphère de compétence s'analysent comme « des *conditions* mises à un acte de consentement à être lié, ce que sont aussi les réserves »[842]. On ne saurait cependant assimiler les réserves aux déclarations d'acceptation de la compétence, aux réserves formulées à l'occasion de la signature ou de la ratification d'un traité[843], ne serait-ce qu'en considération du régime juridique qui leur est applicable. A s'en tenir à la disposition de la clause de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour de La Haye, les premières, contrairement aux secondes, produisent leur effet « de plein droit et sans convention spéciale »[844]. En d'autres termes, leur opposabilité ne s'apprécie pas *intuitu personae*, comme le prévoit la Convention

---

[837] G. Morelli, « Estinzione e soluzione di controversie internazionali », in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padoue, CEDAM, 1950, pp. 91-100, spéc. p. 94.

[838] H. Kelsen, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, *op. cit.*, p. 478 ; G. Morelli, « La théorie générale du procès international », *R.C.A.D.I.*, 1937-III, vol. 61, pp. 257-370, spéc. p. 258.

[839] Voir *infra*, n° 450 et ss.

[840] Sur l'assimilation des termes de « condition » et de « réserve » dans la pratique de la Cour internationale de Justice, voir Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 584 et ss. ; B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 94-95.

[841] Voir sur ce point la distinction établie par la Cour internationale de Justice entre réserves et déclarations interprétatives, dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* (arrêt du 20 décembre 1988 déjà cité, *Rec.* 1988, pp. 86-87, §§ 38-39). Voir également l'affaire *Temeltasch c. Suisse*, req. n° 9116/80, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 5 mai 1982, §§ 68 et ss, spéc. § 73 : « [l]a Commission se rallie sur ce point à la majorité de la doctrine et estime que si un Etat formule une déclaration et la présente comme une condition de son consentement à être lié par la Convention et comme ayant pour but d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines de ses dispositions, une telle déclaration quelle que soit sa désignation, doit être assimilée à une réserve ».

[842] O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 279. Voir également H. de Fumel, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, Nancy/Saint-Nicolas-de-Port, Impr. Indoux, 1962, pp. 2-3.

[843] Voir la distinction opérée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme entre les « limitations » à la sphère de compétence, et les « réserves » au traité, dans l'affaire *Cantos c. Argentine*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 7 septembre 2001, Série C, n° 85, § 34 ; plus récemment, *Almonacid-Arellano* et al. *c. Chili*, arrêt du 26 septembre 2006, Série C, n° 154, § 43.

[844] Voir sur ce point A. Pellet, « La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », *op. cit.*, pp. 505-506, et la jurisprudence de la Cour citée par l'auteur, note n° 139 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, p. 825.

de Vienne sur le droit des traités[845], mais uniquement du point de vue de leur conformité aux dispositions du Statut. La validité des réserves *ratione temporis* n'a, du reste, jamais été contestée devant la haute juridiction, alors même que l'article 36 § 3 du Statut envisage simplement la possibilité de limiter la durée des déclarations unilatérales facultatives[846].

B. La date des faits et situations générateurs du différend

245. Le renvoi à la date de survenance du différend laisse indifférente la date des événements qui en sont à la source. Il n'en va autrement que si l'engagement juridictionnel fait de la date des faits et situations générateurs du différend une condition cumulative de compétence temporelle. A côté des limites dites « simples » qui excluent du domaine de compétence les différends antérieurs à une certaine date, en figurent d'autres qui vont effectivement nécessiter de situer les faits litigieux dans le temps. La formule la plus illustre est la formule belge, ou dite de « double exclusion », qui réserve non seulement les différends constitués avant la date prise en référence, mais également ceux qui bien que postérieurs à cette date, se seraient élevés au sujet de « faits » survenus ou de « situations » apparues antérieurement. Ce verrouillage à double tour de la sphère de compétence a été élaboré, puis fréquemment repris, pour encadrer la juridiction obligatoire de la Cour permanente et de la Cour internationale de Justice[847]. La question s'est alors rapidement posée de savoir à quelles

---

[845] Voir les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 évoquées *supra*, n° 111.

[846] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et c. celui-ci*, arrêt de la Cour du 26 novembre 1984 déjà cité, *Rec.* 1984, p. 418, § 59 : « [l]es déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire sont des engagements facultatifs (…). L'Etat est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves. Il peut en particulier en limiter l'effet aux différends survenant après une certaine date (…) ». La faculté de grever les déclarations d'acceptation de limites à leur champ d'application matériel avait été explicitement reconnue à l'occasion de la rédaction du Statut de la Cour : voir le Compte rendu du sous-comité D et du comité I de la commission IV sur l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice (31 mai 1945) dont la Cour rappelait la teneur dans l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999*, Inde c. Pakistan, arrêt de la Cour du 21 juin 2000 déjà cité, *Rec.* 2000, p. 30, § 37 : « [o]n sait que l'article 36 a constamment été interprété dans le passé comme permettant aux Etats acceptant la compétence de la Cour d'accompagner cette déclaration de réserves. Le sous-comité a considéré cette interprétation comme désormais fixée. Il a, en conséquence, jugé superflu de modifier l'alinéa 3 de l'article 36 en y mentionnant expressément la faculté pour les Etats de formuler des réserves ». Sur cette question, voir également B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 12-23.

[847] La Belgique avait, la première, grevé son acceptation de juridiction obligatoire d'une telle limitation, dans sa déclaration unilatérale du 10 mars 1926. Cette formule a, depuis, été fréquemment reprise. Voir par exemple la déclaration française du 25 avril 1931 appliquée dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, qui établissait la juridiction de la Cour pour « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification » (*Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 22). Si elle est, par ailleurs, plus fréquemment insérée dans les déclarations facultatives prises sur la base de l'article 36 § 2 du Statut, cette limitation est également présente dans certains actes conventionnels : voir par ex. le traité hispano-belge du 19 juillet 1927 appliqué dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ou encore la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957,

règles obéirait la détermination de la compétence en présence d'une telle condition, certains auteurs mettant en doute la possibilité de s'en tenir à des considérations strictement juridiques[848]. Il faut dire que l'identification des faits pertinents demeure, dans une large mesure, fonction des circonstances propres à chaque espèce[849]. L'examen de l'affaire relative à *Certains Biens* dans laquelle était contestée la compétence temporelle au titre de la date des antécédents du différend, a toutefois permis à la Cour internationale de Justice de dresser un inventaire des principes qu'elle et sa devancière avaient dégagés à l'occasion de l'interprétation et de l'application de ces formules de double exclusion. La haute juridiction a ainsi rappelé que les événements dont la date déterminent l'applicabilité de l'engagement juridictionnel doivent être les « véritables éléments générateurs du litige », c'est-à-dire ceux qui en sont « réellement la cause »[850] ; comme la Cour permanente l'avait affirmé dans l'affaire des *Phosphates*, des situations ou des faits postérieurs à la ratification n'établiraient sa juridiction obligatoire que si c'est à leur sujet que les différends sont « réellement nés ». En particulier, « on ne saurait reconnaître une telle relation entre un différend et des éléments postérieurs qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou de faits antérieurs »[851]. Ce n'est toutefois qu'avec la recherche *in casu* des faits pertinents que ces différentes formules ont trouvé leur véritable signification, le *fait générateur du différend* étant tout autant *générateur de la responsabilité* de l'Etat lorsque l'établissement de celle-ci constitue l'objet de la procédure juridictionnelle. Dans cette perspective, il n'y aurait pas lieu de distinguer la référence aux « faits » et « situations » à l'origine du litige, du renvoi opéré par d'autres textes à l'objet du différend, et

---

invoquée comme fondement de la compétence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certains Biens*.

[848] Voir notamment, au sujet de la notion de *situation* postérieure à une certaine date, J. Fischer Williams, « The Optional Clause (The British Signature and Reservations) », *B.Y.B.I.L.*, 1930, pp. 63-84, spéc. pp. 74-75. Voir plus généralement, R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 228 et ss. ; H. Lauterpacht, « The British Reservations to the Optional Clause », [S.l], [s.n.], reprinted for *Economica*, 1930, pp. 137-172, spéc. pp. 139-144 ; R. Montagna, « La limitazione 'ratione temporis' della giurisdizione internazionale obbligatoria », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padoue, CEDAM, 1940, vol. III, pp. 123-146, spéc. pp. 133 et ss. Voir par ailleurs, au sujet de la durée des situations à l'origine du litige, *infra*, note n° 1518.

[849] Voir sur ce point Sh. Rosenne, l'auteur jugeant que « *there is a justifiable element of subjective appreciation or judicial discretion in determining whether a concrete dispute is 'caught' by the stipulation of non-retroactivity in the title of jurisdiction* » : *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 41. Cette considération conduit d'ailleurs l'auteur à ne voir qu'une simple nuance entre la date des différends et celle des faits et situations litigieuses : voir *infra*, n° 311, et note n° 1083.

[850] *Certains Biens*, arrêt de la Cour déjà cité du 10 février 2005, *Rec*. 2005, pp. 6-28, pp. 24-25, §§ 42, 44, la Cour citant ici les affaires de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* et du *Droit de passage sur territoire indien*.

[851] *Phosphates du Maroc*, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, p. 24.

plus particulièrement à l'acte ayant entraîné l'obligation de réparer[852]. Comme le fait observer le juge Erich dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*, ces différentes formules caractérisent la même intention de faire échapper à l'application de la règle de compétence « tout différend provoqué par des faits ou mesures présentant un caractère juridique, antérieurs à une date décisive et critique »[853]. Aussi peut-on en déduire qu'il ne suffirait pas au réclamant de présenter un ensemble de choses postérieur à la date critique, et d'invoquer son caractère illicite pour remplir la condition de compétence temporelle. La pratique de la Cour mondiale démontre clairement la nécessité d'isoler, parmi la séquence de faits litigieux, celui ou ceux susceptibles d'avoir donné lieu à la violation des droits allégués. On doit ainsi, d'ores et déjà, convenir que la détermination de la compétence temporelle conduit, dans toutes ces situations, à attribuer pertinence à des aspects ordinairement associés au fond du litige et à l'appréciation du bien-fondé des prétentions[854].

---

[852] Voir notamment, au titre de l'interprétation du paragraphe 4 de l'annexe aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles, la sentence arbitrale du 30 juin 1930, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre* (Portugal c. Allemagne), *R.S.A.*, vol. II, pp. 1035-1077, spéc. p. 1039 : « [p]ar actes commis, il faut entendre tout acte qui, dans les rapports d'avant guerre d'Etat à Etat, aurait pu, soumis à une Cour d'arbitrage internationale, entraîner une obligation de réparer, d'après les règles générales du droit international commun », et p. 1040 : « [d]ans leur appréciation des preuves, les arbitres sont tenus de se montrer stricts en ce qui concerne l'acte dommageable, son auteur et sa date, car il s'agit des conditions mêmes de leur compétence ». Voir, dans le même sens, l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 12 septembre 1924 rendue dans l'affaire de l'*Interprétation du paragraphe 4 de l'annexe suivant l'article 179 du Traité de Neuilly*, Bulgarie c. Grèce, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 3, pp. 3-10, spéc. p. 8. Le renvoi à la date des faits illicites est par ailleurs fréquent lorsque l'objet de la compétence est le règlement des réclamations survenues à l'occasion d'un conflit ou d'une crise : voir le Protocole de Paris signé le 19 février 1902 par la France et le Venezuela dans le cadre des arbitrages vénézuéliens, dont l'article premier prévoyait que les « arbitres se réuniront (…), à l'effet d'examiner, de concert, les demandes d'indemnités présentées par des Français pour des dommages subis au Venezuela *du fait des événements insurrectionnels de 1892* » ainsi que les « demandes d'indemnités (…) fondées sur *des faits antérieurs au 23 mai 1899* (…) » (nous soulignons, *R.S.A.*, vol. X, p. 11 ; voir pour une lecture de ces conditions *ratione temporis* par la Commission mixte des réclamations France/Venezuela, les affaires *Leduc, St. Ives, Fischer et consorts*, opinion du Commissaire Paul, 1902, *ibid.*, pp. 12-13, et *French Company of Venezuelan Railroads*, 31 juillet 1905, *ibid.*, pp. 285-355, spéc. p. 322). Voir, pour un autre exemple, le paragraphe 11 de la Déclaration d'Alger du 19 janvier 1981 qui, en lien avec l'article II § 1 de la Déclaration de règlement des différends, exclut de la compétence du tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis les demandes découlant des événements du 4 novembre 1979 ayant trait à la capture de cinquante-deux nationaux américains, de leur détention subséquente et des atteintes à la propriété de ces nationaux et de l'Etat américain à l'intérieur des locaux de l'ambassade à Téhéran après le 3 novembre 1979 (sur cette exclusion *ratione temporis*, voir la décision du tribunal du 21 décembre 1981, *Interprétation de la Déclaration d'Alger du 19 janvier 1981*, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 595-607, ainsi que les affaires *Grimm c. Iran*, sentence du 18 février 1983, *I.L.R.*, vol. 71, pp. 650-662, et spéc. p. 652, et *Haji-Bagherpour c. Etats-Unis*, sentence du 2 janvier 1983, *I.L.R.*, vol. 71, pp. 600-603).

[853] Opinion individuelle rendue dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 140-145, spéc. p. 142.

[854] Voir sur ce point E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, pp. 95 et ss.

§ 2 - LES RECLAMATIONS

246. Déterminer la compétence en fonction de la date des « réclamations » ne saurait se confondre avec l'opération qui consiste à tenir pour date décisive, celle de naissance du litige. Lorsque l'engagement juridictionnel fait mention de la réclamation détenue par un sujet à l'égard d'un autre, il envisage encore le différend qui les oppose (A). L'appréciation de la date à laquelle une réclamation s'est constituée conduit, toutefois, à rapprocher une telle limitation *ratione temporis* de celle qui exclut les différends en raison de la date des faits qui en sont à l'origine (B).

A. Notion de « réclamation ». Réclamations et différends

247. Les tribunaux internationaux définissent la réclamation (« *claim* ») comme « une demande formée par l'une des parties pour faire valoir ses droits »[855], « une prétention à obtenir la reconnaissance ou la protection d'un droit, ou à ce qu'il soit donné ou fait ce qui est juste et dû »[856]. Lorsque l'engagement juridictionnel attribue compétence pour l'adjudication des réclamations, et non pour le règlement de différends, il permet, en principe, aux justiciables d'introduire leur demande sans avoir préalablement mis en demeure la partie adverse. C'est l'enseignement qui ressort notamment des affaires relatives au *Consortium*, dans lesquelles le gouvernement iranien avait excipé de l'incompétence du tribunal des différends Iran/Etats-Unis, au motif que les différentes demandes ne lui avaient pas été communiquées avant l'introduction de l'instance. Pour rejeter l'exception d'incompétence, il avait suffi au tribunal de rappeler les termes dans lesquels la Déclaration d'Alger lui attribuait compétence. L'existence d'une « réclamation pendante » étant la seule condition requise, la question de savoir si un différend était bien né avant cette date ne se posait pas[857]. L'absence

---

[855] *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 436.

[856] Opinion rendue par le Commissaire Paúl dans l'affaire *Boulton, Bliss & Dallett*, Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 136-139, spéc. p. 137 (trad. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 315) : « *[t]he word 'claim' in its most general meaning and in its juridic sense is equivalent to a pretension to obtain the recognition or protection of a right, or that there should be given or done that which is just and due* ». Voir également l'affaire *Aroa Mines (Limited)*, réclamation supplémentaire, Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne/Venezuela, 1903, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 402-445, spéc. p. 412 : « *[a] claim is, in a just juridical sense, a demand of some matter, as of right, made by one person upon another, to do or to forbear to do some act or thing as a matter of duty* ».

[857] *Mobil Oil Iranian Inc* et al. *c. Iran*, sentence arbitrale du 14 juillet 1987, *I.L.R.*, vol. 86, pp. 231-306, spéc. p. 248, § 46 : « *[t]he Tribunal has jurisdiction over claims, not disputes, as do intergovernmental tribunals. The question as to whether a dispute was already born, therefore, does not arise* ». Voir également dans le même sens *Harold Birnbaum c. Iran*, 6 juillet 1993, in *Iran-US C.T.R.*, vol. 29, pp. 260-294, spéc. p. 265, § 20. Sur cette question, voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims*

d'une demande préalablement adressée au gouvernement défendeur ne pouvait, en d'autres termes, constituer un obstacle à l'exercice de la compétence[858]. Ceci ne revient pas toutefois à dire qu'un tribunal saisi d'une réclamation ne se trouve pas invité à trancher une opposition entre deux parties[859]. Le différend serait, ici, réputé résulter de deux éléments : la conduite ayant fait naître le droit de réclamer, et sa contestation que l'on déduit de la saisine de la juridiction. Le professeur Santulli parle à ce sujet de « contentieux présumé », en ce que « l'acte introductif d'instance permet en principe d'établir l'existence du différend ». L'auteur ajoute que « lorsque les rédacteurs de l'engagement juridictionnel envisagent les réclamations, ils supposent en général des comportements (normalement étatiques) contre lesquels la réclamation est portée. Le comportement litigieux est réputé être la prétention, et sa contestation résulte de la réclamation »[860].

248. Le cas dans lequel le domaine de compétence est établi en référence à certaines catégories de réclamations est ainsi proche, mais néanmoins distinct, de l'hypothèse qu'envisageait le juge Morelli dans l'affaire du *Cameroun Septentrional*, dans laquelle une partie aurait, avant toute action contentieuse, émis une « protestation » à l'égard d'une conduite qu'elle jugeait non conforme au droit, et ainsi créé un différend avec l'Etat à qui elle impute cette conduite. Par là, Morelli entendait démontrer que la manifestation de volonté de

---

Tribunal, New York, Clarendon Press Oxford, 1996, pp. 94-95 ; Ch. N. Brower, J. D. Brueschke, *The Iran-United States Tribunal*, La Haye, Nijhoff – Kluwer Law International, 1998, pp. 80-82 ; S. Kh. Khalilian, *The Law of International Arbitration : A Jurisprudential Study on the Iran-United States Claims Tribunal*, Vancouver, Pacific Arbitration Network, 2003, pp. 246-248. La question a également pu se poser de savoir, en considération du libellé de l'article II § 2 de la déclaration sur le règlement des réclamations du 19 janvier 1981, si la condition *ratione temporis* trouvait à s'appliquer aux réclamations gouvernementales : voir sur ce point Ch. N. Brower, J. D. Brueschke, *The Iran-United States Tribunal*, *op. cit.*, p. 80, note n° 351, et l'opinion de M. Aldrich dans l'affaire *Ministry of Roads and Transportation* et *Port of Vancouver*, pour qui la limitation ne s'applique qu'aux réclamations individuelles : *Iran-US C.T.R.*, vol. 3, p. 348. Il y a, pour le reste, lieu de distinguer les conditions temporelles prévues pour les « réclamations », individuelles ou étatiques, de celles prévues au paragraphe trois du même article pour les « différends » relatifs à l'interprétation et à l'application de ladite déclaration : voir *Refusal to file a claim of Detroit Bank and trust Company*, décision du 5 mai 1983, *Iran-US C.T.R.*, vol. 2, pp. 312-316, spéc. p. 315.

[858] Cette solution était admise au titre de l'exemption de l'exigence d'épuisement des recours internes prévue à l'article II de la déclaration sur le règlement des réclamations du 19 janvier 1981. La même solution avait déjà été formulée au titre de la compétence dans l'affaire *Oil Field of Texas, Inc. c. Iran*, sentence n° 258-43-1 du 8 octobre 1986 reproduite in *Iran-US C.T.R.*, vol. 12, pp. 308-334, spéc. p. 314, § 22 : « *[t]hat there may not have been demands specifying particularly the relief sought does not exclude the claims from the tribunal's jurisdiction as not being outstanding on the require date* ».

[859] Voir notamment l'opinion du Commissaire Paúl dans l'affaire *Rudloff*, décision interlocutoire de la Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, 1903-1905, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 244-255, spéc. p. 252 : « *[i]n the meaning of the word 'claim' it is indispensable to admit as a consubstantial element the idea of controversy between the Government of Venezuela and the claimant (...)* ».

[860] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 205. L'auteur rattache, par ailleurs, à ce contentieux présumé, celui qui demeure soumis aux juridictions pénales internationales, dans la mesure où le différend s'y trouve « construit par l'indisponibilité de la présomption d'innocence », l'accusé étant « réputé contester les prétentions du procureur » : *ibid.*, pp. 206-207. Voir par ailleurs, pour la Commission d'indemnisation des Nations Unies, les observations de A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, pp. 76-79.

l'un des justiciables constituerait une condition nécessaire mais néanmoins suffisante à la formation du différend soumis à l'appréciation de la Cour internationale de Justice[861]. Cette conception n'a toutefois pas reçu l'aval de la pratique en matière de compétence temporelle : soit, en effet, l'engagement juridictionnel restreint le domaine d'exercice du pouvoir en considération de la date du différend, et nécessite d'identifier le moment où les parties avaient échangé leurs vues au sujet des faits qui les opposent[862], soit le domaine de compétence est établi en référence à la date des réclamations et c'est alors, comme on va le voir, le plus souvent la date de survenance des faits litigieux qui sera, seule, prise en compte.

B. Date des réclamations. Réclamations et faits litigieux

249. La détermination de la compétence pour connaître d'une réclamation à raison de sa situation dans le temps, renvoie à essentiellement à deux cas de figure. Il arrive, tout d'abord, que l'engagement juridictionnel fasse référence à la date d'introduction de la requête pour déterminer les conditions dans lesquelles celle-ci peut être valablement soumise au tribunal[863]. Cette solution avait notamment été admise par le tribunal arbitral mixte gréco-bulgare en vue de limiter la portée de l'article 179 du Traité de Neuilly qui, dans un esprit d'apaisement, avait pourvu au règlement de l'ensemble des discordes entre les anciennes puissances belligérantes. Dans l'affaire *Sarropoulos c. Bulgarie*, le tribunal ne s'était pas jugé apte à connaître de toutes les réclamations ayant pu se constituer à un moment quelconque, mais uniquement de celles ayant un rapport avec la guerre, ainsi que de celles

[861] Opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 2 décembre 1963 dans l'affaire relative au *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, pp. 131-149, spéc. p. 133 ; voir également l'opinion dissidente annexée à l'arrêt du 21 décembre 1962 dans l'affaire du *Sud Ouest Africain*, *Rec.* 1962, p. 564-574, spéc. p. 567. Voir encore, du même auteur, *Studi sul processo internazionale*, *op. cit.*, pp. 113-118 ; *Soluzione pacifica delle controversie internazionali*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, pp. 16 et ss. , 40-41.

[862] Voir la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (arrêt précité du 2 décembre 1963, *Rec.* 1963, p. 27). Dans cette affaire, le juge Morelli avait considéré, en contradiction avec la majorité des membres de la Cour, que la note du Royaume-Uni postérieure à la protestation « n'entr[ait] pas en ligne de compte en tant qu'élément constitutif du différend (…) et n'a[vait] par conséquent aucune importance pour établir le moment de la naissance du différend » (*Rec.* 1963, pp. 136-137).

[863] Voir par exemple la Convention du 12 janvier 1863 instituant la Commission des réclamations Etats-Unis/Pérou qui était compétente pour connaître des réclamations présentées au Département d'Etat à Washington ou au Département des affaires étrangères à Lima avant le 18 avril 1863, date de ratification de ladite Convention : J. B. Moore, *I.A.*, vol. 2, pp. 1615, 1639. Cette solution est par ailleurs souvent retenue lorsque l'acte a pour objet de renouveler la durée des fonctions du tribunal, ou lorsqu'il confie à un nouvel organe le soin de régler des réclamations restées en suspens : voir par exemple le Protocole du 6 mai 1882 étendant la durée de fonctionnement de la Commission des réclamations Etats-Unis/Venezuela, compétente pour adjuger des réclamations « actuellement pendantes » : J. B. Moore, *I.A.*, vol. 5, pp. 4806-4807. Voir également les exemples donnés *supra*, n° 54, et notes n° 184-185.

« dont l'introduction ou l'examen auraient été affectés par la déclaration de guerre », ce qui supposait qu'elles aient effectivement été introduites avant le début des hostilités[864].

250. La solution la plus fréquemment retenue par les textes consiste, cependant, à tenir pour seule date décisive, celle à laquelle la réclamation s'est constituée. En principe, la naissance de la réclamation renvoie à la date de survenance du dommage davantage qu'à celle du fait dommageable[865]. C'est ce qui ressort de l'examen par les tribunaux de certaines conditions attachées à l'intérêt à agir, notamment celle relative à la continuité de la nationalité de la réclamation[866]. Lorsqu'elle est menée au titre de la compétence temporelle, la recherche de la date de survenance de la réclamation conduit toutefois à ne pas détacher le dommage de son fait générateur, y compris dans les situations où l'engagement juridictionnel n'y fait pas spécifiquement référence. Dans l'affaire où le tribunal des différends irano-américain repoussait l'exception d'incompétence fondée sur l'inexistence du litige entre les parties, il rappelait qu'en vertu d'une jurisprudence constante, la question de savoir si la réclamation est arrivée à maturité à la date butoir fixée par la Déclaration d'Alger nécessite de déterminer si

---

[864] *Sarropoulos c. Bulgarie*, 14 février 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 47-55, spéc. pp. 51-55 ; *I.L.R.*, vol. 4 (1927-1928), pp. 263-264 (extraits). L'article 179 du Traité de Neuilly attribuait compétence pour les « réclamations diplomatiques ou consulaires formulées par les représentants ou Agents des Puissances alliées ou associées et concernant les biens, droits et intérêts privés des ressortissants de ces Puissances ».

[865] Voir notamment dans le cas où l'engagement juridictionnel renvoie effectivement à la date de survenance du dommage pour identifier les réclamations pouvant être soumises au tribunal, *Affaire des réclamations des sujets italiens résidant au Pérou* (Italie/Pérou), sentence arbitrale du 30 septembre 1901 rendue sur la réclamation n° 61, présentée par Don Juan Pendola, *R.S.A.*, vol. XV, p. 441 ; *William E. Bowerman and Messrs Burberry's (Limited) (Grande-Bretagne) c.* Mexique, décision n° 18 du 15 février 1930 de la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique, *R.S.A.*, vol. V, pp. 104-108, spéc. p. 106 ; voir également la décision n° 118 du 6 août 1931 de la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique, *The Palamjero and Mexican gold fields (Limited) (Grande-Bretagne) c. Mexique*, *ibid.*, pp. 298-302, spéc. p. 301. Voir encore *Mariposa Development Company and others (Etats-Unis) c. Panama*, décision de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama du 27 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 338-341, spéc. p. 341.

[866] L'application de la règle dite de « continuité de la nationalité » nécessite d'apprécier la date à laquelle la réclamation est survenue puisque cette règle suppose que la nationalité du titulaire de la réclamation n'ait pas changé depuis cette date, jusqu'au jour de son introduction devant la juridiction internationale. La Commission du droit international a retenu une telle solution, dans son projet d'articles sur la protection diplomatique (voir les articles 5 et 10 du projet, *Rapport de la Commission du droit international*, 58ème session (2006), A/61/10, pp. 18-19). Voir également en ce sens, G. Salvioli, « Les règles générales de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1933-IV, vol. 46, pp. 5-164, spéc. pp. 125-127 ; E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, P.U.F., 1990, 1ère éd., *passim*. La pratique internationale assimile le *dies a quo* de cette période à la date de survenance du dommage : voir en ce sens, E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op. cit.*, p. 70. Voir également A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1954, tome III (1872-1875), pp. 97-109, au sujet de la jurisprudence de la Commission mixte de Washington-Newport (Etats-Unis/Grande-Bretagne, 25 septembre 1873. Voir encore, parmi beaucoup d'autres affaires, *Charles G. Wilson c. Chili*, n° 11, Commission des réclamations Etats-Unis/Chili (convention du 7 août 1982), *in* J. B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2553-2557, spéc. pp. 2556-2557 ; *Orinoco Steamship Company*, Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 180-204, spéc. p. 185. Voir également la jurisprudence arbitrale citée par M. Briggs dans son exposé préliminaire sur « la protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », présenté à l'Institut de droit international, in *An. I.D.I.*, 1965-I, t. 51, pp. 56-72, ainsi que celle citée par C. Santulli, in *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 219-222, spéc. p. 220.

la « cause » de cette réclamation était advenue avant cette date[867]. Cette solution est, à l'évidence, tout aussi valable lorsque l'engagement juridictionnel identifie le domaine de compétence en référence à la date de l'acte faisant grief, à l'image des différents Statuts portant création des tribunaux administratifs des organisations internationales[868]. Les textes introduisent des nuances, selon qu'il s'agit d'identifier la date de la « *cause of complaint* »[869], ou celle de l'« *action involved* »[870] ; dans tous les cas cependant, il sera tenu compte pour la compétence de la date de la mesure que le fonctionnaire conteste[871]. Il en va également ainsi dans le cadre de la protection des droits de l'homme. La recevabilité *ratione temporis* de l'action de la victime se trouve, en pratique, associée à la date de survenance des faits

---

[867] *Mobil Oil Iranian Inc* et al. *c. Iran*, jugement du 14 juillet 1987, *I.L.R.*, vol. 86, pp. 231-306, spéc. p. 248, §§ 45-46. Le tribunal faisait un renvoi aux affaires *Amoco Iran Oil Co. c. Iran et autres* (sentence du 30 décembre 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 490-495, spéc. p. 495) et *Phillips Petroleum Co., Iran c. Iran* (sentence du 30 décembre 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 483-489 et spéc. p. 488) dans lesquelles il en avait déjà été décidé ainsi. Voir également les jurisprudences citées *in* Ch. N. Brower, J. D. Brueschke, *The Iran-United States Tribunal*, *op. cit.*, pp. 81-86, et spéc. p. 81, notes n° 357 et 358.

[868] La manière dont ces Statuts identifient la sphère temporelle de compétence est finalement comparable à celle par laquelle est déterminée la compétence des tribunaux pénaux internationaux. Si ces derniers n'ont pas à connaître des réclamations portées par les sujets internes, mais des accusations faites à leur encontre, leur compétence temporelle s'apprécie en considération de la date de commission des crimes qui relèvent de leur compétence matérielle : voir sur ce point, *infra*, n° 261-263, 333.

[869] L'article XVII du Statut du Tribunal administratif de la banque mondiale (T.A.B.M.) entré en vigueur le 1er juillet 1980, prévoit que « *the Tribunal shall be competent to hear any application concerning a cause of complaint which arose subsequent to January 1, 1979, provided, however, that the application is filed within 90 days after the entry into force of the present Statute* ». Quant au Statut du T.A.N.U. adopté par l'Assemblée générale le 24 novembre 1949, l'article 2. 4 prévoit que le tribunal ne peut connaître des réclamations dont la cause existait déjà avant le 1er janvier 1950.

[870] L'article II (6) du Statut du Tribunal administratif de l'Organisation des états américains adopté par une résolution de l'Assemblée générale de l'Organisation du 22 avril 1971, dispose qu'il n'est pas compétent pour connaître d'un recours si les faits qui le motivent sont antérieurs à sa création (« *[t]he Tribunal shall not be competent to hear a petition where the actions involved occurred prior to April 22, 1971* »). Il est par ailleurs établi que le système a été inspiré des textes gouvernant la compétence du T.A.N.U. : voir sur ce point, le jugement n° 1 du 31 octobre 1972, *Jorge Almada Morrison c. Secrétaire général de l'O.E.A.*

[871] Le Tribunal administratif de l'Organisation des Etats Américains a interprété le terme « actions » comme renvoyant non seulement à des actions positives mais également à des omissions (jugement n° 18 du 7 novembre 1975, *César Cisneros c. Secrétaire général de l'O.E.A.*, § 8), actions et omissions devant toutefois nécessairement être à l'origine de la violation des droits du fonctionnaire (voir également le jugement n° 43 du 1er juin 1979, *Jorge A. Thevenet c. Secrétaire général de l'O.E.A.*). Pour le T.A.B.M., voir les jugements n° 3 *George Kavoukas, Earnest Parham c. BIRD*, 5 juin 1981 (spéc. §§ 26-32), n° 4 *Jacqueline Smith Scott c. BIRD* (§§ 10-11) du même jour, et n° 26 *Mendaro c. BIRD* du 4 septembre 1985 (*I.L.R.*, vol. 85, pp. 646-656, spéc. pp. 653-654, §§ 24-30). La même solution est retenue par le Tribunal administratif de l'O.I.T. dans le cadre de l'examen de sa compétence *ratione personae* qui renvoie aux liens existant entre l'organisation et le *fonctionnaire*, et qui supposera d'identifier la période pendant laquelle le réclamant avait conservé cette qualité : en ce sens, *Toa Ba*, jugement n° 2017 du 31 janvier 2001 (spéc. le cons. 2-a : « la compétence du Tribunal se limite aux effets des liens qui ont uni l'OMS au requérant d'octobre 1974 à fin décembre 1992 »). Il est évident que l'exigence n'est pas appréciée uniquement au jour de l'introduction de la réclamation mais également à la date des faits litigieux : voir, en ce sens, *Zhu*, jugement n° 1509 du 11 juillet 1996 dans lequel le tribunal considère qu'il ne peut adjuger la réclamation dans la mesure où le plaignant « au moment où il a introduit sa requête, n'était ni un fonctionnaire en service ni un ancien fonctionnaire de l'ONUDI » (cons. 16). Voir également *Reda*, jugement n° 280 du 4 octobre 1976, cons. 1, et *Palma* (n° 5), jugement n° 1845 du 8 juillet 1999, cons. 10 : le tribunal s'estime compétent pour connaître des griefs d'un ancien fonctionnaire, pourvu toutefois que ces derniers se rapportent à une époque antérieure au jour où il avait cessé de l'être (texte des décisions disponible sur le site www.ilo.org/, consulté le 10 mars 2011).

constitutifs du prétendu manquement aux droits. Les différentes formules venant restreindre le champ temporel de compétence dans les instruments d'acceptation de juridiction obligatoire, écartent ainsi le plus souvent les actes, décisions, faits et événements antérieurs[872], plus rarement les jugements postérieurs relatifs à des faits antérieurs[873].

251. La date de survenance du dommage serait, enfin, à plus forte raison associée à celle de la réalisation des faits litigieux lorsque cette condition a pour objet d'exclure du domaine de compétence, les réclamations qui ne disposeraient pas d'un lien suffisant avec les événements dont les parties avaient souhaité régler les conséquences. On en trouve une illustration avec la Convention du 10 septembre 1923 conclue par le Mexique et les Etats-Unis, et instituant une Commission spéciale chargée d'adjuger les réclamations « liées aux pertes et dommages subis par les citoyens américains du fait d'actes révolutionnaires durant la période allant du 20 novembre 1910 au 31 mai 1920 »[874]. C'est sur la base de cet énoncé que devait opérer la répartition du contentieux avec la Commission générale qui, pour sa part, était habilitée à connaître de toutes les réclamations détenues par les nationaux américains à l'exception de celles mentionnées dans la Convention du 10 septembre 1923. A

[872] Voir notamment la déclaration italienne du 28 juin 1973 reconnaissant la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles ; sur cette déclaration, voir les actes du colloque tenu à Bari en 1973, notamment M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *op. cit.* pp. 85-105, et D. Giuliva, « La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel », *op. cit.*, pp. 107-131. Voir également la déclaration britannique du 14 janvier 1966, notamment appliquée dans l'affaire *Kenneth Hugh de Courcy c. Royaume-Uni*, req. n° 2749/66, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 7 octobre 1966 : la Commission ne peut connaître des « actes, décisions, faits et événements » survenus au jour de l'entrée en vigueur de ladite déclaration » (*Ann.*, vol. 16, p. 11). Voir également la « réserve » allemande insérée dans l'instrument de ratification allemand du Protocole facultatif au Pacte sur les droits civils et politiques de 1966, qui renvoie aux événements à l'origine de la violation présumée (voir par ex. *Gilberg c. Allemagne*, Comm. No. 1403/2005, décision du Comité des droits de l'homme sur la recevabilité du 25 juillet 2006, § 6.2 ; *Loth – and her heirs c. Allemagne*, Comm. No. 1754/2008, décision sur la recevabilité du 23 mars 2010, §§ 3.3, 4.5). La pratique la plus originale demeure néanmoins celle des Etats américains au titre de l'établissement de la Cour de San José : voir sur ce point J. L. Tillson, « The Role of Reservations and Declarations before the Inter-American Court of Human rights : The Las Hermanas Serrano Cruz Case and the Future of Inter-American Justice », *Berkeley Electronic Press*, 2006, paper 921 (article disponible à l'adresse www.law.bepress.com/expresso/eps/921, consulté le 10 mars 2011), 41 pp, spéc. p. 19.

[873] Voir les déclarations turques du 28 janvier 1987 et du 22 janvier 1990 respectivement prises sur la base des anciens articles 25 et 46 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui établissaient la compétence de la Commission et la juridiction de la Cour pour les « allégations concernant des faits, incluant des jugements qui reposent sur ces faits, survenus après la date de dépôt » des déclarations. Sur ces déclarations et leur application jurisprudentielle, voir Ch. Tomuschat, « Turkey's Declaration under Article 25 of the European Convention on Human Rights », *in* M. Nowak, D. Steurer, H. Tretter (éd.), Liber amicorum *for Felix Ermacora : Progress in the Spirit of Human Rights*, pp. 119-139, spéc. pp. 120-121 ; C. Zanghi, « La déclaration de la Turquie relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 69-95, spéc. pp. 85-86, 91-92.

[874] *R.S.A.*, vol. IV, p. 779 (préambule de la Convention du 10 septembre 1923 ; notre traduction).

cet égard, la réalisation du dommage pendant la période indiquée avait été jugée nécessaire[875], mais néanmoins insuffisante[876] pour que la réclamation relève de la compétence exclusive de la Commission spéciale. La satisfaction de la condition temporelle constituait plutôt une première façon de s'assurer que la réclamation se rapportait aux faits de la révolution mexicaine, seules les conséquences suffisamment rapprochées dans le temps des événements en cause pouvant être considérées y avoir directement trait. Dans un tel contexte, la prise en compte de la date de survenance du dommage participait donc de l'établissement de sa liaison causale avec le fait illicite. M. Kolliopoulos livre d'ailleurs la même analyse au sujet de l'exclusion par la résolution 687 du Conseil de Sécurité des dettes et obligations de l'Irak antérieures au 2 août 1990 du domaine de compétence de la Commission d'indemnisation des Nations Unies[877]. D'après l'auteur, cette restriction qui « vise à première vue à limiter *ratione temporis* la compétence de la Commission, concerne aussi la causalité car, pour le Conseil de Sécurité, ces réclamations ne sont pas liées à l'agression [du Koweït par l'Irak], d'où leur exclusion de l'activité de la Commission » [878]. Cet aspect a d'ailleurs été clairement mis à jour dans les hypothèses où le préjudice avait été subi *après* la période soumise à l'appréciation de la Commission qui s'étend à tout le conflit, depuis la date de l'invasion du Koweït jusqu'à celle de la Résolution 686 du Conseil de Sécurité constatant la fin des hostilités[879]. La

[875] Voir par ex. *Macedonio J. Garcia (Etats-Unis) c. Mexique*, décision de la Commission générale du 23 novembre 1926, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 108-110, spéc. p. 109 : la Commission estime que la réclamation ne peut, comme le prétendait le défendeur, entrer dans la catégorie de celles directement liées aux actes de la révolution en tant qu'elle concerne une obligation dont le paiement n'était exigible qu'après la période prévue dans la Convention du 10 septembre.

[876] Pour la jurisprudence de la Commission générale, voir les affaires *Jacob Kaiser (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 15 octobre 1928 in *R.S.A.*, vol. IV, pp. 381-386, et spéc. p. 383 ; *Pomeroy's El Paso Transfer Company (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 8 octobre 1930, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 551-555, spéc. p. 552 : « *in order then, that this Commission may declare itself to be without jurisdiction it is not enough to demonstrate the existence of some connection between certain facts which took place during those nine and a half years and the several revolutions, but it is necessary to show that the loss or damage giving rise to the claim was due to revolutionary disturbances* ». Voir également *C. E. Blair (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 18 octobre 1928 précitée, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 402-408, spéc. p. 407. Pour la Commission spéciale, voir notamment la première décision rendue le 26 avril 1926, *Cornelia J. Pringle* et al. *(Santa Isabel) (Etats-Unis) c. Mexique*, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 783-792, spéc. p. 785, dans laquelle elle souligne que durant la période spécifiée, il n'y a pas eu une seule révolution, permanente, mais bien des périodes de trouble discontinues.

[877] Voir sur cette limitation temporelle, l'affaire dite des *Travailleurs égyptiens* (« *Egyptian Workers' Claim* »), rapport et recommandations du panel de commissaires (première phase), 7 juillet 1995, *I.L.R.*, vol. 117, pp. 195-253 : la Commission rappelle qu'elle ne peut connaître, en vertu du paragraphe 16 de la Résolution 687, des dettes et obligations contractées avant le 2 août 1990 (§§ 183, 195), avant de procéder à l'identification de la date de celles en litige (§§ 196-210).

[878] A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations* Unies *et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 390.

[879] La compétence temporelle de la Commission est associée à la date des différents préjudices ouvrant droit à compensation : voir au titre des *réclamations « A » pour les départs d'Irak ou du Koweït*, pour la période allant du 2 août 1990 au 2 mars 1991, le rapport et les recommandations du panel de commissaires, 15 septembre 1994 (*first instalment*), *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, p. 322 ; *I.L.R.*, vol. 109, pp. 14-45, et spéc. pp. 26 et 40, le rapport et les recommandations du panel du 1er février 1995 (*second instalment*), *op. cit.*, pp. 46-57, spéc. p. 50, et enfin le rapport et les recommandations du 23 mars 1995 (*third instalment*), *ibid.*, pp. 57-64, spéc. p. 61, sur la base

postériorité du dommage à l'égard de la période considérée n'a, en effet, pas automatiquement conduit à disqualifier la demande ; tout au plus a-t-elle obligé les requérants à fournir des preuves supplémentaires, en vue de démontrer que les pertes et dommages dont ils réclamaient compensation étaient la conséquence immédiate de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Irak. Cette condition satisfaite, le panel de la Commission a notamment pu recommander l'indemnisation pour le défaut de soins médicaux pendant l'occupation, qui était à l'origine de décès survenus après la fin du conflit[880].

SECTION 2 / LE RENVOI A UNE OU PLUSIEURS DATES

252. L'identification du domaine d'exercice du pouvoir juridictionnel nécessite d'envisager, après l'objet de la compétence, la période pour laquelle celle-ci a été attribuée. Comme il a déjà été établi, la condition de temps grevant l'attribution du pouvoir juridictionnel se concrétise, le plus souvent, dans la désignation d'une date ou d'une période avant, pendant, ou après laquelle les différends ou réclamations auront dû se constituer. Cette présence du temps dans l'engagement juridictionnel peut d'abord être analysée à travers

---

desquels il apparaît que la date de départ doit être située entre le *dies a quo* et le *dies ad quem* de la période envisagée. La même solution est appliquée pour les réclamations « B », en référence cette fois à la date des préjudices corporels ou aux décès des épouses, enfants ou parents directement causés par l'invasion et l'occupation illégales du Koweït : *réclamations pour préjudices personnels graves ou décès* (catégorie « B »), *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, pp. 274 et ss., notamment p. 274 ; pour les explosions de mines survenues après ladite période, voir *I.L.R.*, vol. 109, pp. 134-135, et *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, pp. 274-275. Voir également les réclamations « C » qui concernent les pertes subies par des personnes physiques inférieures à 100 000 dollars américains, et pour lesquelles le panel C reprend les mêmes solutions *ratione temporis* : rapport et recommandations du panel de commissaires, 2 septembre 1994 (first instalment), *I.L.R.*, vol. 109, pp. 206-447, spéc. pp. 227-228.

[880] Voir les recommandations du panel de commissaires pour les réclamations « B », *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, p. 274. La même solution a été admise pour les préjudices causés par des explosions de mines survenues après ladite période : *I.L.R.*, vol. 109, pp. 134-135 ; *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, pp. 274-275. Une solution comparable avait déjà été retenue par le tribunal arbitral mixte germano-belge dans l'affaire *Héritiers Deprez c. Etat allemand*, au sujet des dommages causés au titre des préparatifs de la guerre et qui devaient relever de sa compétence *ratione materiae* même si l'acte litigieux avait été commis avant le 31 juillet 1914, soit avant la période prévue par l'article 297 du Traité de Versailles : tribunal arbitral mixte germano-belge, 26 juin 1926, *Rec. T.A.M.*, vol. VI, pp. 707-710, spéc. p. 709. Voir également les solutions retenues par la Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie qui, si elle avait estimé que seules les réclamations survenues pendant la période de belligérance pouvaient bénéficier d'une présumée relation de cause à effet avec le conflit, devait également admettre le principe d'une réparation pour les mauvais traitements subis par les prisonniers de guerre après ladite période : voir la décision n° 1 du 24 juillet 2000, reprise dans les sentences concernant les réclamations de l'Erythrée n° 17 (§ 21) et de l'Ethiopie n° 4 au titre notamment des délais de libération. Voir également les sentences partielles rendues au titre des réclamations individuelles érythréennes n° 15, 16, 23 & 27-32 (§ 14) et de la réclamation diplomatique éthiopienne n° 8 (§ 14) pour le principe d'une réparation des dommages subis au titre des événements entourant le retrait des troupes armées (texte des décisions et sentences disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage : www.pca-cpa.org/, consulté le 10 mars 2011). Voir sur ces décisions et sentences, les observations de P. d'Argent et de J. d'Aspremont, *in* « La Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie : un premier bilan », *A.F.D.I.*, 2007, pp. 347-396, spéc. pp. 353-354.

l'« orientation » qu'elle donne à l'engagement juridictionnel (§ 1). Il y aura, par ailleurs, lieu d'évoquer les principaux problèmes d'identification des dates « critiques » de compétence (§ 2).

§ 1 – ORIENTATION TEMPORELLE DE L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL

253. La situation temporelle de l'engagement juridictionnel vis-à-vis des différends pour lesquels il attribue le pouvoir de juger est variable. La date de constitution des litiges peut, effectivement, aussi bien précéder que succéder à celle d'entrée en vigueur de l'engagement. On traduit le rapport entre ces deux dates en termes d'« orientation temporelle », la compétence étant « rétrospective »[881] lorsqu'elle est établie pour des faits ou des différends antérieurs, et « prospective » dans la situation inverse. Une telle orientation ne revient pas, cependant, à reconsidérer le mode d'action temporel de l'engagement juridictionnel à proprement parler. Elle n'est, tout au plus, qu'un *encadrement* de l'application immédiate de l'acte aux requêtes postérieures à son entrée en vigueur (A), et ne saurait, en cela, résulter d'autre chose que des conditions grevant l'attribution du pouvoir de juger (B).

A. Analyse critique : la distinction entre orientation temporelle et application dans le temps de l'engagement juridictionnel

254. L'analyse du rapport temporel unissant l'engagement juridictionnel aux différends qu'il envisage, suppose de prendre pour point de départ un exemple simple : le cas dans lequel l'exercice de la compétence a été limité à l'examen des *différends postérieurs*. Cette restriction du champ temporel de compétence est le plus souvent envisagée par la doctrine comme une précaution visant à faire échec au caractère *rétroactif* de l'engagement juridictionnel[882]. La Cour permanente de Justice internationale avait d'ailleurs elle-même

[881] Il convient ici d'entendre le terme rétrospectif dans son acceptation la plus courante, c'est-à-dire comme qualifiant une chose tournée vers le passé.

[882] Voir L. Cavaré, observations du 12 juin 1957 faites en réponse au rapport définitif et au questionnaire de M. Jenks sur la « compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales », *An. I.D.I.*, 1957, t. 47, pp. 235-264, spéc. p. 243 ; Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, pp. 243-244 ; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 74-75 ; H. de Fumel, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 10 ; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 216 ; R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, p. 502 ; Ph. Pazartzis, *Les engagements internationaux*

considéré dans l'affaire des *Phosphates marocains*, que la formulation d'une telle réserve dans l'acceptation de juridiction obligatoire révélait « l'intention de [lui] enlever tout effet rétroactif »[883]. Il semble, malgré tout, difficile de souscrire à une telle analyse, pour peu que l'on tienne compte de ce en quoi consiste l'application rétroactive d'une règle de droit. Celle-ci se définit, on le sait, comme l'applicabilité anticipée de la règle par rapport à la date de son observabilité[884]. Dans cette situation, les faits correspondant au présupposé demeurent, tous sans exception, antérieurs à la date à compter de laquelle la règle est devenue obligatoire[885]. Or, telle ne peut être la manière par laquelle l'engagement juridictionnel produit ses effets, ne serait-ce qu'au vu de la condition de postériorité de l'acte soumettant le différend au juge.

255. C'est que, bien qu'elle le passe le plus souvent sous silence, la thèse de l'applicabilité rétroactive de l'engagement juridictionnel revient à envisager l'application de l'engagement juridictionnel en considération de deux situations dans lesquelles cet engagement apparaîtrait successivement comme une loi de procédure, puis comme une loi de fond[886]. Dans chacune de ces situations, il disposerait d'un présupposé différent, l'acte de

---

en matière de règlement pacifique des différends entre états, *op. cit.*, pp. 96, 156 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. I, pp. 483-489, et vol. II, pp. 580, 785-786, 943 et ss. ; du même auteur, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice, op. cit.*, pp. 53-59. Au sujet de la compétence des juridictions chargées du contentieux des droits de l'homme, voir D. Giuliva, « La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel », *op. cit.*, p. 129 ; R. White, C. Ovey, F. C. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 4ème éd., 2006, p. 22 ; T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions* : *The Case of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Dordrecht/Boston, Nijhoff, 1994, p. 134. Voir *a contrario*, S. Manciaux, qui estime au titre des lois et traités attribuant compétence en matière d'arbitrage commercial international, qu'ils ne possèdent, en principe, aucune portée rétroactive à moins d'une disposition expresse en ce sens : *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, *op. cit.*, p. 235. Cette opinion est conforme à celle qu'avait exprimé le juge Levi Carneiro dans l'affaire *Ambatielos* : « [p]our ce qui est de l'application rétroactive des dispositions d'ordre procédural et de celles sur la compétence (…), dans le domaine du droit international, elle doit être admise seulement quand elle résulte des textes mêmes » : opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 1er juillet 1952, *Rec.* 1952, pp. 48-54, spéc. p. 54.

[883] *Phosphates du Maroc*, Italie c. France, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, spéc. p. 24. Ce constat a été, depuis, repris par la plupart des organes dont la compétence était assortie d'une limitation comparable : voir par exemple, pour le droit des investissements, *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. p. 304, § 300 ; pour le contentieux des droits de l'homme, voir les affaires citées *infra*, note n° 890.

[884] G. Eveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 62.

[885] *Ibid.*, pp. 220-222 et 248-250, et spéc. p. 221 : « si les faits antérieurs auxquels s'applique la loi sont instantanés, la situation juridique à laquelle ils donnent naissance par application de la loi est définitivement constituée au moment où la loi nouvelle devient observable. Dès lors, tous les faits correspondant au présupposé de la loi sont placés antérieurement à cette date : la loi nouvelle ne peut remettre en cause cette situation sans rétroactivité ».

[886] Sh. Rosenne est l'un de seuls auteurs qui établit cette distinction, dans l'analyse qu'il livre de la rétroactivité des engagements juridictionnels : « *a clear distinction must be maintained between retroactivity* ratione personae *and retroactivity* ratione materiae *: between retroactivity as regards the period of time during which the*

soumission de l'affaire à la juridiction dans le premier cas, le différend dans l'autre cas, et même d'un mode d'action temporel distinct puisqu'à l'entrée en vigueur immédiate de l'engagement juridictionnel succéderait son application rétroactive à l'égard des litiges constitués antérieurement[887]. Cette rétroactivité pourrait, d'ailleurs, trouver sa justification dans des considérations proches de celles qui expliquent que les juridictions internationales apprécient leur compétence à la date de l'acte introductif d'instance. Sh. Rosenne estime, à ce propos, que l'objet même des clauses de juridiction revient toujours à conférer une compétence à un organe plutôt qu'à la lui retirer[888]. Le fait que ces clauses n'aient pas encadré le champ temporel du domaine de compétence devrait, dans cette mesure, traduire l'intention des parties d'avoir pourvu au règlement de l'ensemble des litiges, y compris de ceux déjà nés à cette date.

256. Une telle analyse ne tient cependant pas compte du fait que la règle de compétence a *d'abord* vocation à régir une situation procédurale, et *éventuellement* ensuite la situation de fond à laquelle cette situation procédurale renvoie, c'est-à-dire le différend ou les

---

obligation as such to accept the jurisdiction of the Court is in existence, and retroactivity as regards the period of time comprised within the scope of that obligation. For the first aspect only, a rule of non-retroactivity may be regarded as established » (*The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 53-54).

[887] Pour certains auteurs, il n'y aurait toutefois pas lieu de parler d'application rétroactive, compte tenu de l'existence continue du différend. L'idée avait pu être formulée par le Rapporteur spécial à la Commission du droit international, H. Waldock, qui fondait l'application des clauses juridictionnelles aux requêtes nouvelles en raison de la « subsistance » du litige à la date de la saisine : voir le commentaire sous le projet d'article 57 sur le droit des traités in *An. C.D.I.* 1964, II, pp. 6-9, spéc. p. 7, § 3 : « la clause juridictionnelle dispose d'ordinaire que les 'différends' ou certaines catégories de 'différends' entre les parties seront soumis à un tribunal international. En pareil cas, le mot 'différends' peut logiquement couvrir tout différend *existant* entre les parties après l'entrée en vigueur du traité. Peu importe que le différend concerne des événements antérieurs à [l'entrée en vigueur du traité] ou que le différend lui-même ait surgi avant cette date ; car les parties ont accepté de soumettre à arbitrage ou règlement judiciaire tous leurs différends *existants*, sans limitation aucune » ; et p. 8 : « les clauses limitatives ont, en fait, pour résultat de limiter aux différends 'nouveaux' l'acceptation de juridiction, et non de priver le traité d''effet rétroactif' ». Voir, dans le même sens, D. Bindschedler Robert, « De la rétroactivité en droit international public », *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit de l'université de Genève : Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, pp. 184-200, spéc. p. 192. L'idée affleure également de la jurisprudence communautaire. Une récente illustration a pu en être donnée au titre de l'application *ratione temporis* de la décision-cadre portant création du mandat d'arrêt européen. Dans l'affaire *Santesteban Goicoechea*, la Cour de Justice des Communautés européennes avait d'abord affirmé l'indifférence de la date des faits litigieux au titre de l'application des lois de procédure, avant, semble-t-il, de justifier leur effet immédiat en considération de la persistance de la situation litigieuse elle-même, rappelant « selon une jurisprudence constante [que] les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants à la date à laquelle elles entrent en vigueur, à la différence des règles de fond qui sont habituellement interprétées comme ne visant pas des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur » (*Procédure d'extradition contre Santesteban Goicoechea*, aff. C-296/08 PPU, arrêt du 12 août 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6307, § 80). Déjà en ce sens : *Beemsterboer Coldstore Services BV c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Arnhem*, aff. C-293/04, arrêt du 9 mars 2006, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-2263, § 21 ; *Procédure pénale contre Giovanni Dell'Orto*, aff. C-467/05, arrêt du 28 juin 2007, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-5557, § 48. Cette présentation a été, plus récemment encore, défendue par le réclamant dans l'affaire *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 19 octobre 2009, § 53.

[888] Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 56.

faits litigieux qui font l'objet du recours en justice. Dans cette perspective, l'exclusion des différends antérieurs n'a pas pour effet de modifier le mode d'action dans le temps de l'engagement juridictionnel qui, en tout état de cause, s'applique toujours à la date de l'acte introductif d'instance. Tout au plus la réserve *ratione temporis* soumet-elle cette production juridique à une nouvelle condition attachée à la date de survenance du litige, ou à celle des faits qui en sont à la source. Dans cette mesure, et comme avait pu le mentionner Max Sørensen, l'exclusion des différends antérieurs ne constitue pas « l'élimination d'un effet rétroactif, mais bien au contraire, une exception de l'effet immédiat de la norme de compétence »[889]. La Commission européenne des droits de l'homme a également pu parler, à ce sujet, d'un encadrement du « champ d'application, pour le temps passé, du droit de recours individuel »[890]. Quant aux hypothèses dans lesquelles la compétence aurait été acceptée sans conditions limitatives, l'explication ne nécessite plus d'envisager comme le fait M. Rosenne, l'objet de l'engagement juridictionnel pour justifier son applicabilité rétroactive, mais plus simplement de tenir compte du fait que l'acte n'attribue, dans une telle situation, aucune conséquence à la date de constitution des litiges. Il n'y a, autrement dit, plus lieu d'envisager son mode d'action temporel à l'égard des différends, puisque ces derniers ne déterminent plus son applicabilité temporelle à la procédure en cause. C'est cette *neutralité* de l'engagement juridictionnel à l'égard de la date de constitution des situations litigieuses que la Cour permanente de Justice internationale évoquait dans l'affaire *Mavrommatis*, lorsqu'elle

[889] Rapport provisoire précité, *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, p. 42. Voir également, dans le même sens, P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, *op. cit.*, p. 216 : « une règle de procédure ne doit, en principe, avoir d'effet que sur la conduite de l'instance et non sur le fond, et son champ d'application dans le temps ne devra pas s'apprécier en fonction de la situation de fond » ; du même auteur, « Rupture ou continuité ? Le Protocole n° 11 et les problèmes de compétence *ratione temporis* de la nouvelle Cour », *op. cit.*, p. 1394.

[890] *Pierre De Varga-Hirsch c. France*, req. n° 9559/81, décision du 9 mai 1983, *D.R.*, vol. 33, pp. 158-187, spéc. p. 181. La Commission a d'ailleurs rarement fait mention de la portée rétroactive des déclarations faites conformément à l'ancien article 25 de la Convention : voir notamment, parmi les premières décisions dans lesquelles elle avait eu l'occasion d'appliquer les réserves temporelles, *Kenneth Hugh de Courcy c. Royaume Uni*, req. n° 2749/66, décision du 7 octobre 1966, *Rec. Déc.*, vol. 24, pp. 85-92, spéc. p. 91 ; *Roy & Alice Fletcher c. Royaume Uni*, req. n° 3034/67, décision du 19 décembre 1967, *Rec. Déc.*, vol. 25, pp. 76-87, et spéc. p. 86 ; *X. c. France*, req. n° 9587/81, décision du 13 décembre 1982, *D.R.*, vol. 29, pp. 228-234, spéc. p. 232 ; *a contrario*, *Metropolitan Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papachrysostomou and Titina Loizidou c. Turquie*, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89, décision du 4 mars 1991, *D.R.*, vol. 68, pp. 216-289, spéc. pp. 275-277, §§ 10, 17 : la clause de l'article 25 « a toujours été interprétée comme autorisant les Hautes Parties Contractantes à ôter tout caractère rétroactif aux déclarations » ; pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, arrêt (G.C.) du 8 mars 2006 sur les exceptions préliminaires, § 67 : « le principe de non-rétroactivité a pour effet de limiter *ratione temporis* l'application non seulement des dispositions matérielles de la Convention, mais aussi de celles qui régissent la compétence de la Cour ».

affirmait que la juridiction s'étend, à défaut d'autres indications, à l'ensemble des différends soumis à compter de la date où elle a été établie[891].

B. Illustrations pratiques de la distinction

257. La neutralité de principe de l'engagement juridictionnel à l'égard de la date de constitution des différends et de la date de survenance des faits qui en sont à l'origine, a pour corollaire la règle selon laquelle l'orientation temporelle de la compétence est uniquement fonction des conditions auxquelles l'exercice du pouvoir juridictionnel a été subordonné. Cette règle devrait pouvoir se vérifier aussi bien dans le cadre de l'exercice d'une compétence générale (1), qu'au sujet de la compétence des juridictions spécialisées (2).

1. Orientation temporelle des engagements attribuant une compétence générale

258. L'attribution d'une compétence générale à un tribunal, qui le rend apte à connaître de tout différend, sans limite matérielle[892], permet d'illustrer la neutralité de principe de l'engagement juridictionnel à l'égard de la date de constitution des litiges. Comme l'a indiqué le Conseil de Sécurité au sujet du caractère « général » de la déclaration d'acceptation de juridiction par laquelle les Etats non parties au Statut peuvent avoir accès à la Cour, l'exercice du pouvoir juridictionnel serait, dans une telle hypothèse, susceptible de porter sur « tous les différends ou [sur] une ou plusieurs catégories de différends nés ou à naître »[893]. La portée temporelle de l'obligation juridictionnelle est ainsi fonction de la volonté des Etats de limiter ou non le champ temporel de compétence à des différends purement éventuels.

259. L'indétermination de l'orientation temporelle des clauses juridictionnelles attribuant une compétence générale a toutefois pu être remise en cause à propos d'un mode particulier d'attribution du pouvoir juridictionnel : la « juridiction obligatoire ». A l'occasion des travaux que l'Institut de droit international avait consacré à cette question, G. Morelli avait notamment insisté sur le fait que

> « la distinction que l'on veut indiquer par les expressions malheureuses de 'compétence obligatoire', par opposition à une 'compétence facultative' est une distinction se référant, en réalité, au caractère général ou spécial de la

[891] Voir *supra*, n° 44.
[892] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 157.
[893] Paragraphe 2 de la résolution 9 (1946) du Conseil de Sécurité du 15 octobre 1946, précitée.

compétence. La compétence est *générale* si elle est établie par rapport à tous les différends éventuels ou à des catégories déterminées de différends éventuels. Lorsqu'un de ces différends s'élève, la compétence pour sa solution existe déjà. La conséquence en est que le procès peut être introduit par un acte unilatéral de l'une ou l'autre partie (requête). La compétence est, au contraire, *spéciale* si elle est établie pour la solution d'un différend concret et, en tant que tel, déjà né. L'acte par lequel la compétence spéciale est créée, est un accord entre les parties au litige, c'est-à-dire un compromis. C'est par ce même acte que le procès est introduit »[894].

La notion de juridiction obligatoire est ainsi associée au règlement de différends *éventuels*, puisqu'elle suppose la faculté, pour chaque partie, de réclamer le règlement du litige sans obtenir l'accord – exprimé par avance – de la partie adverse[895]. Le propre de la juridiction obligatoire est, en effet, comme l'avait indiqué la haute juridiction dans l'affaire *Nottebohm*, de procéder d'un engagement préalable qui permettrait « de [la] saisir sans accord spécial concernant le différend »[896]. La juridiction obligatoire serait nécessairement posée par une *règle* qui établit la compétence pour l'ensemble ou une catégorie de litiges susceptibles de s'élever à l'avenir. Il reste que, contrairement à ce que l'analyse de G. Morelli laisse supposer, les différends qui relèvent du domaine de la juridiction obligatoire ne regroupent pas l'ensemble de ceux dont le tribunal peut connaître au titre de sa compétence générale. L'étendue temporelle de la compétence qui résulte des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour peut être prise en illustration. La compétence de la Cour qui peut s'étendre, sur la base de cet article, à « tous les différends d'ordre juridique » ayant notamment pour objet « l'interprétation d'un traité », « tout point de

[894] Observations du 15 mai 1957 faites en réponse au rapport définitif et au questionnaire de M. Jenks sur la « compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales », *An. I.D.I.*, 1957, t. 47, pp. 308-311, spéc. p. 310. L'explication a pu être reprise pour la clause facultative de l'ancien article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme : V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, pp. 826-827.

[895] Cet aspect est également à la base de la distinction opérée entre les *clauses* et les *compromis* d'arbitrage, les premières étant « *drafted before the dispute arise, and before the balance of power and interests between the parties in any particular dispute which might arise can be known* », alors que « *the situation is different where an arbitration agreement is negociated in order to settle a dispute which has already arisen* » : J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, *op. cit.*, p. 212. Sur l'orientation temporelle des clauses compromissoires, voir *infra*, n° 288.

[896] *Nottebohm*, Liechtenstein c. Guatemala, arrêt de la Cour déjà cité du 18 novembre 1953, *Rec.* 1953, p. 122. Cette définition était d'ailleurs reprise par C. W. Jenks dans son rapport provisoire sur la « compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales » à l'Institut de droit international, la juridiction obligatoire étant celle qui peut « être effectivement invoquée d'une façon unilatérale sans la coopération de la partie défenderesse pour la définition de la question faisant l'objet du litige, pour le règlement de la procédure ou l'organisation de l'organe judiciaire ou arbitral devant trancher ledit litige » : *An. I.D.I.*, 1957, t. 47, pp. 34-181, spéc. p. 166. Voir également dans cette perspective, M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, 1964, pp. 154-155 ; P. Guggenheim, « Les principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1952-I, vol. 80, pp. 5-189, spéc. pp. 153-154 ; Ch. J. Tams, « The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction », *op. cit.*, p. 464.

droit international », « la réalité de tout fait qui, s'il est établi, constituerait la violation d'un manquement international », ou encore « la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international »[897], ne se trouve effectivement pas limitée à l'examen des litiges survenus après la date à laquelle les Etats ont souscrit à la clause optionnelle. La portée rétrospective de la clause juridictionnelle ferait même figure de nécessité logique, au vu de la règle appliquée par la Cour dans l'affaire du *Droit de Passage* : l'effet du lien juridictionnel étant immédiat, il peut être invoqué dès le jour où ce lien s'est constitué, et l'on conçoit mal, dans ces conditions, que l'exercice de la compétence se limite à l'examen des seuls différends *postérieurs*[898]. Il est vrai que la Cour a eu, et aurait encore à l'heure actuelle, rarement l'occasion de connaître d'un différend né avant la date de dépôt des déclarations, compte tenu du faible nombre d'Etats qui ne lui ont pas attribué une compétence purement prospective[899]. Il arrive, toutefois, que les Etats qui avaient initialement restreint la juridiction obligatoire au règlement des différends futurs, ne modifient pas le contenu de leur engagement, le moment venu de le renouveler. La compétence établie sur la base de la nouvelle déclaration pourrait, le cas échéant, s'étendre à l'ensemble des litiges constitués après la date retenue dans la déclaration primitive, qui correspondra le plus souvent à la date à laquelle cette déclaration avait été déposée aux mains du Secrétaire général[900]. Certains engagements attribuent par ailleurs, dès leur première mouture, et de manière explicite, la faculté de trancher des différends déjà nés. Tel était déjà le cas de la déclaration mexicaine du 28 octobre 1947, qui donnait compétence à la haute juridiction pour tous les différends « qui surviendraient à l'avenir (…), au titre d'événements postérieurs à la date de cette déclaration », mais qui précisait ensuite qu'elle prendrait effet à compter du 1er mars 1947[901]. La déclaration facultative du Suriname actuellement en vigueur, établit pour sa part la compétence de la Cour pour « tous les différends qui se sont élevés avant la présente

[897] Article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice.
[898] Sur l'entrée en vigueur immédiate des déclarations unilatérales de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour, voir *supra*, n° 130 et ss.
[899] Sur les soixante six déclarations actuellement en vigueur, vingt-huit comportent une limite *ratione temporis*, dix sept d'entre elles excluant non seulement les différends antérieurs mais également les différends issus de faits et situations antérieurs (texte des déclarations disponible sur le site de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org/, consulté le 10 mars 2011). Voir par ailleurs, pour une analyse de la pratique récente, J. G. Merrills, « Does the Optional Clause Still Matters ? », *op. cit.*, pp. 440-442.
[900] Sur les difficultés que de tels renvois entre déclarations unilatérales successives peuvent susciter sur le plan de l'identification des dates critiques, voir *infra*, n° 272-273.
[901] L'exemple est cité par H. W. Briggs, *in* « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 280. Le texte de la déclaration est disponible sur le site de la Cour : www.icj-cij.org/ (consulté le 11 mars 2011).

déclaration ou qui pourraient s'élever ultérieurement »[902]. Celle, encore, de la République de Guinée du 4 décembre 1998, prévoit « la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique nés depuis le 12 octobre 1958 et postérieurement à la présente déclaration »[903]. Ces différents énoncés identifient des situations dans lesquelles la haute juridiction est en mesure d'exercer son pouvoir sur la base d'un accord formé après la constitution du litige. Suivant les définitions retenues précédemment, la compétence ne serait pas « obligatoire », mais n'en resterait pas moins *générale*.

2. Orientation temporelle des engagements attribuant une compétence spéciale

260. La question de l'orientation temporelle des clauses juridictionnelles est plus souvent envisagée dans le cas où celles-ci attribuent une compétence spéciale. Une précision doit être faite à ce sujet. Ne sont effectivement pas visées les hypothèses dans lesquelles la spécialité de l'engagement juridictionnel est associée à la nature *concrète* du ou des litiges dont cet engagement a pour objet le règlement. Comme il a pu être dit pour ce type de situations, « le problème de l'applicabilité dans le temps de la compétence du juge trouve sa solution dans la nature même de l'acte qui l'investit du pouvoir de statuer »[904]. Le compromis[905], ou l'accord tacite qui n'en est qu'une variante, font effectivement figure de *lex posterior* aux différends qu'ils individualisent, et aucune difficulté particulière ne se pose s'agissant de la sphère de compétence attribuée à la juridiction[906] .

---

[902] Texte de la déclaration du Suriname du 31 août 1987 disponible sur le site de la Cour internationale de Justice : www.icj-cij.org/ (site consulté le 11 mars 2011). Plus rares sont les engagements exclusivement rétrospectifs. Le Rapporteur Ago cite toutefois l'exemple de certaines déclarations prises au commencement de la seconde guerre mondiale, qui excluaient tous les différends relatifs à des faits ou situations qui se produiraient après le déclenchement du conflit : septième rapport sur la responsabilité des Etats, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 36, § 23, note n° 29.

[903] Texte de la déclaration disponible sur le site de la Cour, www.icj-cij.org/ (consulté le 10 mars 2011).

[904] Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, pp. 231-232. Voir également, en ce sens, L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, p. 73 ; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, Grotius Publication Limited, 1991, 2ème éd., pp. 111-112 ; Y. Shany, *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 14-15.

[905] Le compromis est toujours identifié en considération de l'actualité du litige : voir par ex. la définition retenue par J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, *op. cit.*, p. 6 : « le compromis est un traité aux termes duquel un ou plusieurs Etats conviennent de confier à un arbitre ou à un organisme judiciaire préconstitué la solution d'un ou plusieurs litiges déjà nés ».

[906] La détermination de la compétence nécessitera l'identification des questions que les parties avaient formulées d'un commun accord : voir par exemple, *Interprétation de l'accord sur les services de transport aérien, signé à Paris le 27 mars 1946* (Etats-Unis/France), sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 454-487, spéc. p. 468, et l'opinion dissidente de P. Reuter, *ibid.*, pp. 488-493, spéc. p. 488. Pour le *forum prorogatum*, voir notamment l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France, arrêt de la Cour internationale de Justice du 4 juin 2008, *Rec.* 2008, pp. 177-247), évoquée *infra*, n° 479. S'agissant de l'étendue temporelle de compétence, certaines affaires ont pu parfois mettre en jeu des problèmes concernant la période devant être prise en considération aux fins de l'adjudication de la

Les seules hypothèses qui revêtent un intérêt, sur le plan de l'identification de la portée temporelle de l'engagement juridictionnel, concernent le domaine d'exercice du pouvoir des juridictions spécialisées, qui disposent d'« une 'compétence générale' dans un champ matériel délimité »[907]. Les enjeux attachés à l'étendue temporelle de compétence sont nombreux, et susceptibles de varier d'un engagement à l'autre[908]. Deux champs de compétence ont pu toutefois retenir l'attention : celui des juridictions pénales internationales, au titre des rapports entre compétence temporelle et principe *nullum crimen sine lege* (a) ; celui, également, des juridictions chargées du contentieux des droits de l'homme, compte tenu des solutions auxquelles certaines d'entre elles ont pu aboutir au sujet des atteintes aux droits survenues avant la date d'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel (b).

a. Le champ temporel de compétence des juridictions pénales internationales

261. La problématique du temps dans le procès pénal international est, pour des raisons historiques, associée à la proclamation du droit *ex post facto*, et à ses implications sur le principe de légalité des délits et des crimes. La question du respect d'un tel principe qui veut que nul ne puisse « être puni pour un acte dont il ne pouvait savoir qu'il était interdit au moment où il le commettait » (« *nullum crimen sine lege* »)[909], avait été soulevée au sujet de

---

réclamation : voir notamment l'affaire *Chevreau* dans laquelle le tribunal arbitral devait juger si l'arrestation et la détention du ressortissant français par les troupes et autorités britanniques, ainsi que sa déportation subséquente aux Indes et en Egypte avaient eu lieu dans des circonstances donnant lieu à réclamation internationale, et déterminer, le cas échéant, le montant de l'indemnité devant être versée à ses ayants droit. Au cours de la procédure, et face au silence des deux parties litigantes, le tribunal arbitral avait toutefois étendu son appréciation sur toute la période pendant laquelle le national français avait été détenu, y compris celle qui n'était pas visée dans le compromis (sentence arbitrale du 9 juin 1931, France/Royaume-Uni, *R.S.A.*, vol. II, pp. 1115-1143, spéc. pp. 1137-1138). Voir par ailleurs, au titre de la détermination de l'étendue de la compétence temporelle, l'*Affaire relative à l'or de la banque nationale d'Albanie* (Etats-Unis, France, Italie, Royaume-Uni), avis arbitral du 20 février 1953, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 19-52, spéc. p. 37.

[907] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 125.

[908] Voir au titre des réclamations, *supra*, n° 249-251. L'orientation de la clause de compétence peut d'ailleurs être envisagée comme un élément permettant de distinguer entre les différents types de juridictions arbitrales, et notamment d'identifier les juridictions arbitrales semi-permanentes dont la compétence s'exerce sur une série de différends déjà nés, au sujet d'un événement survenu par le passé : voir par exemple, au sujet de la compétence temporelle des tribunaux arbitraux mixtes, les affaires *Sarropoulos c. Bulgarie* (tribunal arbitral mixte Grèce-Bulgarie, 14 février 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 47-55, spéc. pp. 51-55), *Rose Dicran Stephen c. Gouvernement turc* (tribunal arbitral turco-anglais, 4 juin 1928, *Rec. T.A.M.*, vol. VIII, pp. 211-215, spéc. p. 213 : « les TAM ne sont que des organes extraordinaires et temporaires, établis à l'effet de trancher les litiges naissant de certaines mesures prises durant une période déterminée ») et *Paja Ispanovic c. Etat hongrois* (tribunal arbitral mixte hungaro-serbe-croate-slovène, 3 octobre 1920, *Rec. T.A.M.*, vol. IX, pp. 395-396, spéc. p. 396 : incompétence pour connaître des faits postérieurs à l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne). Voir également la jurisprudence de la Commission mixte de Washington (Etats-Unis/Mexique) instituée par le traité du 11 avril 1839, et compétente pour connaître des réclamations nées de la guerre civile mexicaine, *in* A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1957, 2ème éd., tome I (1798-1855), pp. 439 et ss., spec. p. 474 : les réclamations doivent être « antérieures au compromis, car [celui-ci] doit les éteindre, non les faire naître ».

[909] B. Stern, « De l'utilisation du temps en droit international pénal », *op. cit.*, p. 254.

la condamnation des criminels de guerre nazis[910], mais sans que le débat ne concerne, de près ou de loin, la compétence juridictionnelle *ratione temporis* du Tribunal de Nuremberg[911]. Ce n'est qu'avec la création des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie, que les rapports entre respect du principe de légalité et exercice de la compétence *ratione temporis* ont trouvé leur première formulation. Chacun de ces organes dispose d'une compétence rétrospective. Le tribunal institué pour le génocide rwandais est habilité, en conformité à l'article 7 de son Statut, à juger des crimes commis entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 [912]. La compétence temporelle du tribunal pour l'ex-Yougoslavie remonte, quant à elle, à la période débutant le 1er janvier 1991, c'est-à-dire bien avant sa création, et sans qu'aucun *dies ad quem* n'ait été, par ailleurs, fixé par le Statut[913]. Une nette distinction a été établie entre la faculté dont ces tribunaux disposeraient de connaître des crimes perpétrés avant la date de leur établissement[914] d'une part, et le respect

---

[910] Pour des affaires dans lesquelles le principe *nullum crimen* avait été envisagé, voir par ex. *Flick et consorts*, jugement du Tribunal de Nuremberg du 22 décembre 1947, *I.L.R.*, vol. 14, pp. 266-274, spéc. p. 268 ; *Ohlendorf et consorts (Einsatzgruppen trial)*, jugement du Tribunal de Nuremberg du 10 avril 1948, *I.L.R.*, vol. 15, pp. 656-668, spéc. p. 657. Voir par ailleurs sur le débat concernant le respect par le tribunal de Nuremberg du principe *nullum crimen*, B. Stern, « De l'utilisation du temps en droit international pénal », *op. cit.*, pp. 255-258 ; S. Twist, « Rethinking Retrospective Criminality in the Context of War Crimes Trials », *Liverpool Law Review*, 2006, pp. 31-66, spéc. pp. 34 et ss.

[911] L'Accord de Londres instituant le tribunal militaire de Nuremberg n'avait d'ailleurs pas identifié les crimes dont il faisait l'énumération en considération de leur commission durant la durée du second conflit mondial, puisqu'il attribuait compétence pour réprimer les crimes contre l'humanité commis « avant ou pendant la guerre » (article 6 (c) du Statut du tribunal), ainsi que les crimes contre la paix (article 6 (a) du Statut ; texte du Statut disponible sur le site du Comité international de la Croix-Rouge, www.icrc.org/; site consulté le 10 mars 2011).

[912] Les commentateurs parlent, à ce propos, de compétence temporelle « fermée » : voir notamment F. Martin, « Les compétence juridictionnelles *ratione personae, ratione temporis et ratione materiae* du Tribunal pénal international pour le Rwanda » *in* E. Forlenza, S. Manacorda (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux* ad hoc, Milan, Giuffrè, 2003, pp. 198-212, spéc. p. 204.

[913] La compétence temporelle du tribunal est envisagée à l'article 8 du Statut. La résolution 827 du Conseil de Sécurité indiquait que le tribunal est institué pour réprimer les crimes commis entre le 1er janvier 1991 et une date qui restera à déterminer sur le rétablissement de la paix (UN Doc. S/RES/827 (1993), § 2 ; document consulté le 10 mars 2011 sur le site http://www.undemocracy.com/). Cette date n'est, à ce jour, toujours pas fixée. Comme le rapporte le professeur Schabas, le tribunal a refusé de considérer dans une décision de 2005 que la fin de la crise kosovare marquait le terme de la période soumise à sa compétence : W. A. Schabas, *The United Nations International Criminal Tribunals – the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 133, note n° 36. Ce type d'encadrement temporel « semi-ouvert » a, par ailleurs, été repris pour définir la compétence temporelle de la Cour spéciale pour la Sierra Leone : voir le rapport du Secrétaire général des Nations Unies, UN Doc. S/2000/915, §§ 25-28 (document consulté le 10 mars 2011 sur le site http://www.undemocracy.com/) ; voir également M. Crippa, « La Corte speciale per la Sierra Leone », Note e commenti, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, pp. 449-473, spéc. pp. 463-465 ; M. Frulli, « The Special Court for Sierra Leone : Some Preliminary Comments », *E.J.I.L.*, 2000, pp. 857-869, spéc. p. 859.

[914] Du point de vue de la compétence temporelle, seul compte le fait que les crimes relèvent de la période fixée dans le Statut. Cet examen serait d'ailleurs sans préjudice du lien (« *nexus* ») éventuellement requis entre le crime et le conflit armé. Le fait que la compétence du tribunal pour l'ex-Yougoslavie ne couvre pas une période continue d'affrontements armés, mais englobe différents épisodes espacés dans le temps justifierait pour les crimes de guerre, et les crimes contre l'humanité qui ont dû être commis « au cours d'un conflit armé » (art. 5 du Statut), un examen séparé de l'époque de commission des crimes au titre de la compétence matérielle. Voir en ce sens, *le Procureur c. Tadić*, IT-94-1, jugement de la Chambre de première instance du 7 mai 1997, *I.L.R.*,

du principe *nullum crimen sine lege* d'autre part, dans les affaires où la compétence était contestée au motif que son exercice ne permettrait pas d'aboutir à une décision simplement déclaratoire du droit existant à l'époque des faits[915]. Pour faire justice d'une telle exception *ratione temporis*, le tribunal pour l'ex-Yougoslavie s'est ainsi borné à rappeler, dans l'affaire *Šešelj*, qu'il avait été « reconnu rétroactivement compétent pour juger des actes qui constituaient des crimes avant sa création »[916]. Dans l'affaire *Delalić*, il avait déjà estimé à propos du principe *nullum crimen sine lege* que les dispositions statutaires ne créaient pas de droit positif, mais simplement « une instance et un cadre » pour l'application du droit international humanitaire coutumier existant[917]. Le tribunal n'étant pourvu d'aucun pouvoir d'incrimination, l'exercice de sa compétence « rétroactive » ne pouvait, en soi, violer le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

262. La nature des rapports entre compétence temporelle et principe de *nullum crimen sine lege* va se trouver profondément modifiée à l'occasion de l'élaboration du Traité de Rome du 17 juillet 1998 portant Statut de la Cour pénale internationale[918]. L'exercice d'une compétence purement prospective qui consiste, conformément à l'article 11 § 1 du Statut, à réprimer les crimes énoncés dans le Statut et commis après l'entrée en vigueur de celui-ci, se trouve désormais institué en garantie du principe de légalité inscrit à l'article 22 qui prévoit, pour sa part, qu'« une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour ». Le respect du principe *nullum crimen sine lege* s'apprécie, dans cette mesure, en seule considération de la période pour laquelle la Cour est investie de la compétence juridictionnelle. L'article 24 § 1 qui proclame le principe de non-rétroactivité *ratione personae* le confirme, « nul n'étant », aux termes de la disposition, « pénalement responsable, en vertu du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du

---

vol. 112, pp. 1-261, pp. 207 et ss., §§ 627 et ss. ; *le Procureur c. Krajišnik*, IT-00-39, jugement de la Chambre de première instance I du 27 septembre 2006, §§ 702-707. Voir également, sur ce point, R. Kolb, « The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004) », *B.Y.B.I.L.*, 2005, pp. 269-335, spéc. pp. 279-283.

[915] Voir par ex. *le Procureur c. Krajišnik*, IT-00-39, décision de la Chambre de première instance du 22 septembre 2000 relative aux motifs de la décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence du TPIY soulevée par l'Accusé, § 19.

[916] *Le Procureur c. Šešelj*, IT-03-67, décision de la Chambre de première instance II du 26 mai 2004 relative à l'exception préjudicielle pour incompétence et vices de forme de l'acte d'accusation, § 15.

[917] *Le Procureur c. Delalić et consorts*, IT-96-21, jugement de la Chambre de première instance du 16 novembre 1998, § 417. Voir également *le Procureur c. Aleksovski*, IT-95-14/1, arrêt de la Chambre d'appel du 24 mars 2000, § 126.

[918] Sur l'historique des dispositions intéressant la compétence temporelle, voir S. Bourgon, « Jurisdiction *Ratione Temporis* », *in* A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (dir.), *The Rome Statute of International Criminal Court : A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2002, vol. I, pp. 543-558, spéc. pp. 547-548 ; S. A. Williams, « Article 11 », *in* O. Triffterer (éd.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Note, Article by Article*, *op. cit.*, pp. 323-328, spéc. pp. 325-327.

Statut »[919]. Il devrait, dans cette mesure, être tenu compte de la date d'entrée en vigueur de l'engagement conventionnel de l'Etat dont le consentement est requis pour punir l'auteur de l'infraction[920], soit l'Etat de nationalité du criminel ou celui sur le territoire duquel il a sévi, conformément aux critères de rattachement personnel et territorial [921].

263. L'article 11 § 2 introduit cependant, en conjonction avec l'article 12 § 3, une importante exception à la règle en permettant l'extension du champ de compétence à la période précédant l'entrée en vigueur du Statut à l'égard de l'Etat en cause, pour peu que celui-ci y consente par la voie d'une déclaration unilatérale. L'élaboration d'un tel mécanisme avait pour première ambition d'éviter la situation dans laquelle le Procureur aurait débuté ses investigations et décidé de l'ouverture d'une enquête, pour ne s'apercevoir, qu'après coup, de l'impossibilité de transmettre la situation envisagée à la Cour en raison de son incompétence temporelle. Si tant est qu'une telle situation se présente, la procédure de l'article 12 donne au Procureur le moyen de solliciter de l'Etat dont le consentement fait défaut, la déclaration unilatérale d'acceptation de la compétence à l'égard du crime dont il s'agit[922]. A la manière,

---

[919] Sur la fonction du principe énoncé à l'article 24, voir R. C. Pangalangan, « Article 24 », *in* O. Triffterer (éd.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Note, Article by Article*, *op. cit.*, pp. 467-473. Voir par ailleurs, au sujet des crimes continus, *infra*, note n° 1351.

[920] Voir notamment en ce sens, Sh. Rosenne, « The Jurisdiction of the International Criminal Court », in *Essays on International Law and Practice*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2007, pp. 367-389, spéc. pp. 375, 388 ; D. J. Scheffer, « How to Turn the Tide using the Rome Statute's Temporal Jurisdiction », *op. cit.*, pp. 29-30. Pour la jurisprudence de la Cour, voir *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-01/06, décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006, la date prise en compte (juillet 2002) correspondant dans cette affaire, aussi bien à celle d'entrée en vigueur subjective du Statut à l'égard de la République démocratique du Congo, qu'à celle d'entrée en vigueur objective du Statut. Il devra également être tenu compte de cette date, s'agissant de la compétence de la Cour pour les crimes de guerre que les Etats peuvent exlure pour une période de sept années, conformément à l'article 124 du Statut. Sur ce mécanisme, voir S. Bourgon, « Jurisdiction *Ratione Temporis* », *op. cit*., pp. 554-556 ; B. C. Nirmal, « Jurisdiction of the International Criminal Court », *ISIL Yearbook of international humanitarian and refugee law*, 2003, pp. 116-134, spéc. pp. 130-131 ; I. Scheers, « From Rome to Kampala : An Analysis of Article 124 of the Statute of the International Criminal Court », *International Criminal Law Review*, 2010, pp. 301-323 ; M. Wagner, « The ICC and Its Jurisdiction. Myths, Misperceptions and Realities », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2003, pp. 409-502, spéc. pp. 497-499. Les interprétations divergent quant aux effets d'une telle déclaration dans l'hypothèse où l'exercice de la compétence de la Cour serait sollicitée par le Conseil de Sécurité, certains considérant que l'autorité déclenchant le mécanisme ne modifie rien à la compétence juridictionnelle (voir notamment S. Bourgon, « Jurisdiction *Ratione Temporis* », *op. cit.*, p. 556), d'autres que cette limitation temporelle ne peut être opposée au pouvoir du Conseil de Sécurité de déférer une situation qu'il tient en vertu du Chapitre VII de la Charte (M. Wagner, « The ICC and Its Jurisdiction. Myths, Misperceptions and Realities », *op. cit.*, p. 498).

[921] L'article 12 § 3 mentionne également l'Etat du pavillon ou d'immatriculation, dans le cas où le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef.

[922] J. T. Holmes, « Jurisdiction and Admissibility » *in* R.S. Lee (éd.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 321-348, spéc. pp. 325-326. Dans la lettre de renvoi qu'il avait adressé au Bureau du Procureur en décembre 2003, concernant la situation dans le nord du pays, le gouvernement ougandais avait joint une déclaration prise en conformité à l'article 12 § 3 du Statut par laquelle il acceptait la compétence de la Cour à partir de l'entrée en vigueur objective du Statut de Rome (1er juillet 2002), celui-ci n'étant entré en vigueur à son égard qu'à compter du 1er septembre 2002 : voir sur ce point B. C. Nirmal, « Material, Personal and Temporal Jurisdiction of the International Criminal Court Revisited », *in* K. Dixit (éd.), *International Law. Issues and Challenges*, Delhi, ISIL & Hope India Publications, 2009, vol. 2, pp. 399-456, spéc. pp. 452-453.

toutefois, dont sont imbriquées compétence et incriminations dans le Statut, l'Etat qui donnerait son accord n'attribuerait pas simplement une portée rétrospective à l'exercice par la Cour de sa fonction juridictionnelle. Il accepterait que la conduite de ses nationaux ou que celle de ressortissants étrangers auteurs d'infractions sur son territoire, puisse être évaluée à l'aune des dispositions du Statut qui ne le liaient pas à la date à laquelle cette conduite s'est réalisée, et ce, semble-t-il, sans même que la prohibition du crime dans une règle de droit interne ou international – autre que le Statut – ne soit érigée en condition nécessaire à sa répression[923]. L'extension du domaine de compétence *ratione temporis* apparaît, dans une telle mesure, négatrice du principe de légalité tel qu'il est aménagé dans le système instauré par le Traité de Rome. Au surplus, elle conduit à priver l'accusé des garanties auxquelles le principe *nullum crimen* a pu être associé dans la pratique des autres juridictions pénales internationales.

b. Le champ temporel de compétence des juridictions des droits de l'homme

264. La compétence matérielle des juridictions chargées du contentieux des droits de l'homme est limitée à l'application du texte pour lequel elles ont été créées. Le fait que ce texte ne dispose d'aucune portée rétroactive, a pu être envisagé par les différents organes comme une limite à l'exercice de leur compétence *ratione temporis*[924]. Il est toutefois, pour le moment, seulement question d'envisager les restrictions à la sphère de compétence qui résultent des conditions temporelles posées dans l'engagement juridictionnel. A cet égard, la pratique consistant pour les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme à faire débuter la période soumise au contrôle des organes de surveillance à la date à laquelle ils leur avaient attribué compétence, était somme toute banale avant que le Protocole n° 11 n'entre en vigueur et ne supprime les clauses facultatives des articles 25 et 46[925]. Cette pratique étatique trouvait pour principale explication le fait que la Commission se soit, dès les

[923] Voir sur ce point L. N. Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law. Justice for the New Millenium*, Ardsley, Transnational Publishers, 2002, pp. 180-187, spéc. pp. 186-187, l'auteur faisant observer que le principe énoncé à l'article 11 du Statut se rapporte uniquement à la compétence de la Cour, et ne saurait être interprété comme une codification du principe coutumier *nullum crimen*. Pour le professeur Schabas, parce que la Cour ne saurait toutefois, même sur la base d'une déclaration unilatérale *ad hoc* prise en conformité avec l'article 24, punir un crime commis avant l'entrée en vigueur (objective) du Statut, l'argument consistant pour l'accusé à invoquer la violation du principe de la légalité n'aurait que peu de chances d'être reçu par la Cour, étant donné que le crime qui lui est reproché aurait été commis à une époque où le Statut satisfaisait, par son existence, la condition de prévisibilité auquel est rattaché le principe en droit international : W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, spéc. pp. 70-72.
[924] Voir sur cette question, *infra*, n° 280 et ss.
[925] Voir sur ce point, *supra*, n° 222.

premières affaires, estimée apte à connaître des réclamations constituées dans l'intervalle entre l'entrée en vigueur de la Convention et la prise d'effet de la déclaration unilatérale d'acceptation de compétence[926]. A l'image des conditions posées dans les déclarations unilatérales de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour internationale de Justice, la faculté de limiter le domaine de compétence *ratione temporis* était fondée sur la disposition de la Convention permettant aux Etats de s'engager « pour une durée déterminée »[927]. Plusieurs auteurs avaient d'ailleurs mis en évidence la différence de « portée » que de telles limitations revenaient à attribuer à l'élément temporel, celui-ci n'agissant, dans le cas prévu par la Convention, que « sur la saisine de la Commission par l'individu », et non « sur l'objet du recours, ce qui équivaut à dire sur la compétence matérielle » de l'organe[928]. La question de la validité de ces réserves ne se pose plus désormais ; une clause transitoire du Protocole n° 11 a été spécialement adoptée en vue de maintenir leur applicabilité à l'égard de la juridiction de la nouvelle Cour[929]. Quoi qu'on juge de l'opportunité d'une telle disposition[930], elle confirme, en

---

[926] Voir, pour des décisions intéressant la France, *X. c. France,* req. n° 9587/81, décision de la Commission du 13 décembre 1982, *D.R.*, vol. 29, pp. 228-234, spéc. p. 232 ; *Pierre De Varga-Hirsch c. France*, req. n° 9559/81, 9 mai 1983, *D.R.*, vol. 33, pp. 158-187 ; *M. c. France*, req. n° 11940/86, rapport du 3 octobre 1989, *D.R.*, vol. 67, pp. 62-75, et spéc. p. 70 ; *Alfred Barany c. France*, req. n° 11926/86, rapport du 11 décembre 1989, *D.R.*, vol. 68, pp. 36-50, et spéc. p. 45 ; *Farçat c.* France, req. n° 17969/91, rapport du 11 janvier 1995, § 76 ; *Philippe Bernardet c. France*, req. n° 26326/95, décision du 21 janvier 1997.

[927] Les organes de la Convention ont toujours jugé de telles limitations temporelles conformes à l'article 25 § 2. Voir sur cette jurisprudence, la synthèse opérée par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Metropolitan Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papachrysostomou and Titina Loizidou c. Turquie*, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89, décision du 4 mars 1991, *D.R.*, vol. 68, pp. 216-289, spéc. pp. 275-276, § 10. Voir également *X. c. Italie*, req. n° 6323/73, décision de la Commission du 4 mars 1976, *D.R.*, vol. 3, pp. 80-81, spéc. p. 81 : « on imagine mal que des Etats puissent se voir contraints de répondre devant la Commission de faits survenus plusieurs années avant la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel. Des problèmes complexes surgiraient notamment quant à l'administration des preuves. On peut admettre, par conséquent, que la déclaration italienne, pour autant qu'elle délimite la compétence *ratione temporis* de le Commission, n'est pas contraire à l'article 25 § 2 de la Convention ».

[928] D. Giuliva, « La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel », *op. cit.*, p. 117. voir également M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *op. cit.*, pp. 88-89 ; O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, pp. 327-328

[929] L'article 6 du Protocole n° 11 entré en vigueur le 1er novembre 1998, prévoit que « [d]ès lors qu'une Haute Partie a reconnu la compétence de la Commission ou la juridiction de la Cour par la déclaration prévue à l'ancien article 25 ou à l'ancien article 46 de la Convention, uniquement pour les affaires postérieures, ou fondées sur des faits postérieurs à ladite déclaration, cette restriction continuera à s'appliquer à la juridiction de la Cour aux termes du présent Protocole ». La nouvelle Cour a eu l'occasion d'appliquer cette disposition, et de considérer, aussi bien pour les réclamations déférées à la Commission avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, que pour celles introduites postérieurement, que la date devant être prise en compte pour établir le champ temporel de compétence dans le cas où elle ne serait pas identique d'une déclaration à l'autre, est celle indiquée dans l'acceptation de reconnaissance par l'Etat défendeur du droit de recours individuel (ex-article 25) : voir pour les requêtes introduites avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, *Zwierzynski c. Pologne*, req. n° 34049/96, décision de la Cour sur la recevabilité du 15 juin 2000, et arrêt du 19 juin 2001, § 38 ; *Cankoçak c. Turquie*, req. n° 25182/94 et 26956/95, arrêt du 20 février 2001, §§ 25-26 ; *Şahiner c. Turquie*, arrêt du 25 septembre 2001, req. n° 29279/95, §§ 20-21, spéc. § 20 ; *Yaşar c. Turquie*, req. n° 44754/98, arrêt de la Cour du 11 avril 2006, §§ 21-24, 31. Pour les requêtes postérieures à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 : *Akilli c. Turquie*, req. n° 71868/01, arrêt de la Cour du 11 avril 2006, § 18 ; *Teren Aksakal c. Turquie*, req. n° 51967/99, arrêt du

tout état de cause, la nécessité d'avoir grevé l'engagement juridictionnel d'une limitation expresse pour écarter de son champ d'application les situations litigieuses constituées antérieurement à son entrée en vigueur.

265. C'est précisément à ce sujet que la jurisprudence européenne diverge des solutions retenues par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, chacun de ces organes ayant jugé bon de limiter son office à l'examen des allégations de violations survenues après l'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel, en l'absence même de toute limitation *ratione temporis*[931]. La solution qui consiste à restreindre le champ de compétence aux plaintes se rapportant à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, semble constituer un revirement dans la jurisprudence du Comité. Ce dernier n'avait, sans doute, jusqu'à une époque relativement récente, jamais été invité à se prononcer sur la non-conformité avec le Pacte de faits survenus après son entrée en vigueur, mais avant la date à laquelle sa compétence avait été établie. Dans plusieurs affaires, le Comité avait toutefois prononcé l'irrecevabilité de la réclamation au titre de l'inapplicabilité temporelle du Pacte, et non de celle du Protocole[932], et l'on pouvait ainsi s'autoriser à penser qu'il serait disposé à attribuer signification au fait que sa compétence ait été reconnue avec ou sans restriction temporelle. Dans une affaire *Simunek* et al. *c. République Tchèque*, le Comité allait toutefois estimer que chaque Etat se doit de respecter ses différents engagements à compter du jour où ils ont été passés. Aussi jugeait-il

---

11 septembre 2007, §§ 61, 63 ; *Sari et autres c. Turquie*, req. n° 13767/04, arrêt du 29 juillet 2008, § 55 ; *Çayğan c. Turquie*, req. n° 61/04, arrêt du 27 janvier 2009, § 14.

[930] Voir les critiques adressées par le professeur Tavernier au sujet de l'adoption d'une telle disposition, *in* « Rupture ou continuité ? Le Protocole n° 11 et les problèmes de compétence *ratione temporis* de la nouvelle Cour », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 1391-1402. Du même auteur, « Le temps et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 265-268.

[931] Ce point à déjà été évoqué pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme au sujet du *dies a quo* de la période durant laquelle les plaintes pourraient lui être soumises : voir *supra*, n° 141, et note n° 486.

[932] Voir notamment *R. A. V. N.* et al. *c. Argentine*, Comm. No. 343, 344 et 345/1988, décision sur la recevabilité du 26 mars 1990, §§ 5.2-5.4. Dans cette affaire, Protocole et Pacte étaient entrés en vigueur simultanément à l'égard de l'Argentine, et le Comité rappelait le principe selon lequel le Pacte ne saurait agir rétroactivement, et en tirait les conséquences en s'estimant « empêché *ratione temporis* d'examiner les prétendues violations survenues avant l'entrée en vigueur du Pacte ». Le Comité avait, toutefois, dès ses premières décisions, pris l'habitude de considérer qu'il ne pouvait connaître des réclamations concernant des faits survenus avant l'entrée en vigueur du Pacte *et* du Protocole, lorsque les instruments étaient entrés en vigueur le même jour : voir par ex. *Lovelace c. Canada*, Comm. No. R. 6/24, 30 juillet 1981, *I.L.R.*, vol. 68, pp. 17-28, spéc. p. 25, § 10 ; *Teti c. Uruguay*, Comm. No. R. 18/73, constatations du 1er avril 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 287-296, et spéc. p. 296. Certains auteurs estimaient à ce sujet que le Comité envisageait là une condition cumulative, et qu'il ne s'estimerait pas compétent pour connaître des réclamations nées avant la date d'entrée en vigueur du Protocole à l'égard de l'Etat en cause, dans l'hypothèse où cette date serait postérieure à celle d'entrée en vigueur du Pacte : voir, en ce sens, P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, *op. cit.*, p. 154, ainsi que V. Coussirat-Coustère, « L'adhésion de la France au Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *A.F.D.I.*, 1983, pp. 510-532, spéc. pp. 517-518.

être tenu de restreindre son analyse aux seuls faits survenus, ou qui se seraient poursuivis, après la prise d'effet du Protocole facultatif à l'égard de l'Etat défendeur[933]. Cette solution était présentée comme la réitération d'une jurisprudence constante et cohérente[934], et c'est finalement sans en dire davantage que le Comité confinait son pouvoir de « sanctionner » les droits énoncés dans le Pacte à la période consécutive à l'entrée en vigueur du Protocole.

266. Plusieurs explications ont été avancées, s'agissant du refus du Comité d'exercer une compétence rétrospective. La doctrine a notamment relevé l'absence de condition de délai de recours dans le Pacte et le Protocole, qui aurait permis de disqualifier les réclamations en raison de l'ancienneté des événements mis en cause[935]. Il faut d'ailleurs préciser, à ce sujet, que la solution retenue dans l'affaire *Simunek* intervenait dans un contexte d'adhésion massif des nouveaux Etats issus de l'effondrement du bloc soviétique, qui avait déjà conduit le Comité, dans des décisions précédentes, à durcir les conditions d'établissement des *manquements continus* aux droits et libertés garantis par le Pacte[936]. Aucune considération de ce type ne semble toutefois en mesure de justifier l'exception apportée à l'effet immédiat du Protocole, d'autant que le Comité avait considéré, dans son Observation générale n° 24, que l'objet et le but de cet instrument est de « reconnaître [sa] compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation, par un Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte », et que sa

---

[933] *Simunek, Tuzilova & Prochazka c. République tchèque*, Comm. No. 516/1992, constatations du 19 juillet 1995, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 184-195, spéc. p. 189, § 4.5. Cette solution a, depuis, toujours été reprise : voir notamment *Somers c. Hongrie*, Comm. No. 566/1993, constatations du 23 juillet 1996, *I.L.R.*, vol. 115, pp. 263-276, spéc. p. 268, § 6.3 ; *Julian & Drake c. Nouvelle-Zélande*, Comm. No. 601/1994, décision sur la recevabilité du 3 avril 1997, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 223-235, p. 234, § 8.3 ; *Kouidis c. Grèce*, Comm. No. 1070/2002, constatations du 28 mars 2006, § 6.3 ; *Blaga c. Roumanie*, Comm. No. 1158/2003, constatations du 30 mars 2006, §§ 4.6, 6.4 ; *Sankara c. Burkina Faso*, Comm. No. 1159/2003, constatations du 28 mars 2006, § 6.3 ; *Zavrel c. République tchèque*, Comm. No. 1615/2007, constatations du 27 juillet 2010, § 8.6.

[934] Les constatations du Comité dans l'affaire *Simunek* intervenaient après celles rendues dans l'affaire *Könye et Könye c. Hongrie* dans laquelle la même solution avait été retenue (Comm. No. 520/1992, décision sur la recevabilité du 7 avril 1994, § 6.4). Le Comité s'était bien gardé cependant de restituer la jurisprudence constante à laquelle il faisait référence. La première affaire dans laquelle il avait été statué en ce sens n'est d'ailleurs pas clairement identifiée dans les différentes décisions et constatations du Comité. Un aperçu de la jurisprudence intéressant les Etats qui n'avaient pas ratifié simultanément Pacte et Protocole facultatif permet de citer quelques décisions intervenues en ce sens avant l'affaire *Simunek*. Il semble ainsi que le Comité ait admis cette règle pour la première fois dans une affaire *M. T. c. Espagne* (Comm. No. 310/1988, décision sur la recevabilité du 11 avril 1991, § 5.2 : « *[t]he Committee observes that the Optional Protocol cannot be applied retroactively and concludes that [it] is precluded* ratione temporis *from examining acts said to have occurred [before] unless these acts continued after the entry into force of the Optional Protocol (...)* »), et qu'il l'ait confirmée dans les décisions *A. I. E. c. Libye* (Comm. No. 457/1991, décision sur la recevabilité du 7 novembre 1991, § 4.2), *A. S. & L. S. c. Australie* (Comm. No. 490/1992, décision sur la recevabilité du 30 mars 1993) et *K .L.B.-W. c. Australie* (Comm. No. 499/1992, décision sur la recevabilité du 30 mars 1993, § 4.2).

[935] R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit*., p. 513.

[936] Voir sur ce point l'opinion individuelle de Mme Chanet, jointe aux constatations du Comité dans l'affaire *Könye et Könye c. Hongrie*, citée *infra*, note n° 1446. Voir, par ailleurs, sur la question des violations continues du Pacte de 1966, *infra*, n° 415.

fonction est ainsi uniquement « de permettre que les réclamations dont ces droits peuvent faire l'objet [lui] soient présentées »[937]. On peut ainsi s'étonner de la solution retenue par le Comité dans l'affaire *Simunek* dans laquelle l'acceptation de sa compétence avait été donnée sans condition limitative *ratione temporis* et représentait, dans cette mesure, la levée d'un simple obstacle de procédure. Comme le rappelle, dans cet ordre d'idées, M. Fausto Pocar dans l'affaire *Adimayo* et. al *c. Togo* :

> « le Protocole définit une procédure qui permet au Comité de surveiller la façon dont les Etats parties au Pacte s'acquittent des obligations qu'ils ont contractées mais il n'a pas d'incidence de fond sur les obligations proprement dites, qui doivent être respectées dès l'entrée en vigueur du Pacte (…). Il découle du fait que le Protocole facultatif est purement un instrument de procédure que la compétence du Comité s'étend aussi, à moins qu'un Etat partie ait émis une réserve au moment de son adhésion au Protocole facultatif, aux faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour l'Etat en question (…) »[938].

267. Le Comité contre la torture, ainsi que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ont repris la solution du Comité des droits de l'homme, y compris dans des affaires où les parties requérantes avaient invoqué ce type d'arguments relatifs à la nature procédurale des clauses attributives de compétence[939]. De manière plus surprenante encore, les nombreuses critiques formulées à l'égard de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, n'ont, semble-t-il, pas dissuadé la Cour interaméricaine des droits de l'homme de se

---

[937] Observation générale n° 24 (52) précitée, § 13.

[938] Opinion individuelle jointe aux constatations du Comité du 12 juillet 1996 dans l'affaire *Adimayo, Aduayom, Diasso & Dobou c.* Togo, Comm. No. 422/1990, 423/1990 et 424/1990. Voir également en ce sens M.-J. Bossuyt, « Le Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1978-1979, pp. 104-156, spéc. p. 136 ; O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, spéc. pp. 318-320 ; T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions* : *The Case of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, *op. cit.*, pp. 135-136. Voir également P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, *op. cit.*, pp. 155-157, et spéc. p. 155, l'auteur contestant notamment la justification donnée par M. Wennergren dans son opinion individuelle jointe aux constatations du Comité dans l'affaire *Párkányi c. Hongrie*, au fait de ne pas attribuer un effet rétroactif aux dispositions du Protocole en raison du principe énoncé à l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[939] Pour le Comité contre la torture, voir *A. A. c. Azerbaïdjan*, Comm. No. 247/2004, 8 décembre 2005, § 6.4 ; s'agissant du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, voir *Dragan Durmic c. Serbie-et-Monténégro*, Comm. No. 29/2003, 8 mars 2006 : en l'espèce, le requérant admettait que les faits en cause s'étaient produits avant que l'Etat partie ne fasse sa déclaration au titre de l'article 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, mais faisait valoir, dans le même temps, que cet article 14 était « une simple clause attributive de compétence, de sorte qu'en faisant une déclaration en vertu de cet article un Etat se borne à reconnaître un autre moyen par lequel le Comité peut surveiller l'application de la Convention ». Le requérant relevait également que « l'article 14 ne contient pas de limitation temporelle expresse qui empêcherait le Comité d'examiner des communications portant sur des faits antérieurs à la date de dépôt de la déclaration » (§ 3.1). Le Comité devait admettre sa compétence dans cette affaire, mais non sans avoir fait observer que « les violations alléguées persistaient et avaient persisté depuis la date à laquelle l'incident avait eu lieu et après la déclaration de l'Etat partie au titre de l'article 14 », et ainsi réfuter la thèse du requérant sur la question de la date à prendre en compte pour l'établissement de la compétence (§ 6.4).

rallier à cette curieuse manière de donner effet à l'engagement juridictionnel de l'Etat. En raison des fréquentes réserves temporelles émises par les Etats, la Cour de San José n'avait, jusqu'à récemment, pas eu l'occasion de se prononcer sur sa faculté à connaître des prétendues violations de la Convention interaméricaine survenues avant l'entrée en vigueur des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de l'article 62. L'occasion allait se présenter, coup sur coup, dans les affaires *Yean & Bosico c. République Dominicaine*, et *Nogueira de Carvalho* et al. *c. Brésil*. Après avoir rappelé, dans cette dernière affaire, la nécessité d'interpréter le mécanisme de l'article 62 en accord avec l'objet et le but de la Convention en vue de garantir sa pleine efficacité, la Cour estimait devoir limiter l'applicabilité de la déclaration unilatérale aux faits survenus à compter de son entrée en vigueur, en accord avec le principe de la non-rétroactivité des traités formulé à l'article 28 de la Convention de Vienne[940]. La Cour semblait ainsi confondre deux choses, puisqu'elle identifiait son champ de compétence *ratione temporis* en considération de la durée de validité de l'engagement juridictionnel, c'est-à-dire de la période durant laquelle elle pouvait avoir été valablement saisie d'une plainte.

Les solutions retenues par la Cour de San José et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies font ainsi figure d'anomalies. Elles restent en marge des décisions retenues par les autres juridictions qui, en l'absence de conditions grevant l'attribution de compétence, s'estimeront aptes à connaître des faits survenus avant l'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel. Une telle entorse à la neutralité de l'engagement juridictionnel à l'égard de la date de constitution des situations litigieuses, est d'autant plus fâcheuse qu'elle concerne la protection des droits de l'homme, matière pour laquelle il a déjà été permis de constater que les justiciables ne bénéficient pas d'un droit intangible de recours devant les organes de contrôle.

---

[940] *Nogueira de Carvalho* et al. *c. Brésil*, arrêt de la Cour du 28 novembre 2006, Série C, n° 161, §§ 40-46, spéc. §§ 42-43 ; *Yean & Bosico c. République Dominicaine*, arrêt du 8 septembre 2005, Série C, n° 130, §§ 100-108, et spéc. § 104. Voir également, plus récemment, *Heliodoro Portugal c. Panama*, arrêt du 12 août 2008, Série C, n° 186, §§ 21-27, spéc. §§ 23-24 ; *Affaire du massacre de « Las Dos Erres » c. Guatemala*, arrêt du 24 novembre 2009, Série C, n° 211, § 45 ; *Garibaldi c. Brésil*, arrêt du 23 septembre 2009, Série C, n° 203, § 20. A l'instar du Comité des Nations Unies, la Cour fondait cette solution sur des arrêts plus anciens rendus dans des affaires où les dates des engagements substantiel et juridictionnel coïncidaient (*Communauté de Moiwana c. Suriname*, arrêt de la Cour du 15 juin 2005, Série C, n° 124, §§ 38-39 ; *Caesar c. Trinité-et-Tobago*, arrêt du 11 mars 2005, Série C, n° 123, §§ 108-109). La Cour interaméricaine faisait également référence à l'affaire *Serrano Cruz* dans laquelle la solution s'expliquait toutefois par le libellé de la déclaration salvadorienne d'acceptation de la compétence de la Cour qui excluait de celle-ci les faits et actes antérieurs ou qui avaient débuté avant la date du dépôt de la déclaration (*Soeurs Serrano Cruz c. El Salvador*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 23 novembre 2004, Série C, n° 118, §§ 54, 64-65).

§ 2 - IDENTIFICATION DES DATES « CRITIQUES » DE COMPETENCE

268. La limitation du domaine temporel de compétence est toujours associée à une ou plusieurs dates « critiques », en considération desquelles le juge déterminerait si l'examen du différend qui lui a été soumis, relève de ses attributions[941]. Ces dates pourraient, comme on l'a vu précédemment, correspondre, ou non, avec celles qui marquent la durée de validité de l'engagement juridictionnel, certains auteurs qualifiant d'ailleurs, pour les distinguer, les premières de « dates d'exclusion » (« *exclusion date* »), les autres de date de commencement (« *commencement date* ») et de terminaison (« *terminal date* ») de l'acceptation de compétence[942]. Il suffira, le plus souvent, de faire lecture de l'énoncé de la clause juridictionnelle afin d'identifier la période durant laquelle le différend aura dû s'élever pour relever de la compétence de l'organe. La détermination du domaine temporel de compétence nécessite toutefois, dans certaines hypothèses, de faire un choix entre plusieurs dates. La question s'était notamment posée de savoir, lorsque la compétence avait été attribuée pour l'adjudication des réclamations « actuellement pendantes », quelle date retenir entre celle de signature et celle de ratification de l'engagement juridictionnel. La solution avait, alors, été recherchée dans les différentes dispositions de l'acte permettant d'établir l'intention des parties sur ce point[943]. L'identification de la date critique s'avère, en revanche, plus délicate lorsqu'elle met en jeu plusieurs énoncés. Il en va d'abord ainsi lorsque la compétence se trouve fondée sur deux engagements susceptibles de désigner des dates différentes ; cette situation de pluralité d'actes vise le cas des déclarations unilatérales de juridiction obligatoire soumises à réciprocité (A). Il faut également envisager le problème posé par la succession d'engagements juridictionnels dans le temps (B).

---

[941] Voir sur le concept de date critique de compétence, H. Barati, *La date critique en droit international*, [S.l], [s.n], 1994, pp. 6-7, 47 et ss.

[942] Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice, op. cit.*, pp. 13-14, 18 et ss., 34 et ss. Voir également H. Barati, *La date critique en droit international, op. cit.*, pp. 6-7.

[943] Saisie d'un tel problème, la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama avait notamment tenu compte d'une disposition au terme de laquelle ses décisions étaient réputées emporter règlement définitif de toutes les réclamations nées « avant la date de ratification de la Convention », pour conclure qu'elle pouvait connaître des causes de réclamation constituées après la signature de ladite convention : *Walter A. Noyes (Etats-Unis) c. Panama*, décision du 22 mai 1933, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 308-311, spéc. pp. 309-310, confirmé dans plusieurs décisions, notamment *Francisco and Gregorio Castaneda and José de Leon R. (Panama) c. Etats-Unis* (22 mai 1933, *ibid.*, pp. 313-314, spéc. p. 314), *John W. Browne (Etats-Unis) c. Panama* (26 juin 1933, *ibid.*, pp. 333-334, spéc. p. 333), *José Maria Vasquez Diaz, assignee of Pablo Elias Velasquez (Panama) c. Etats-Unis* (27 juin 1933 ; *ibid.*, pp. 341-342, spéc. p. 342). La Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela avait, pour sa part, retenu au sujet d'un problème équivalent la date de signature du texte comme seule date pertinente : voir la réclamation *Anderson R.S.A.*, vol. IX, pp. 229-230 : « *[c]learly the object of the convention was to provide a method of settlement by arbitration of claims against the Republic of Venezuela owned by citizens of the United States at the time of its negotiation. No other claims could have been within the contemplation of the high contracting parties, and jurisdiction of no other claims is conferred by the convention upon the Commission* ».

A. En cas de pluralité d'actes : le cas des déclarations unilatérales soumises à réciprocité

269. Le cas des déclarations unilatérales soumises à réciprocité a déjà été abordé au titre de la condition de concordance dans le temps des titres de compétence. S'agissant de l'établissement du domaine de compétence, il va de nouveau être question de déterminer si les parties ont accepté la « même obligation » à l'égard de la juridiction obligatoire[944], et partant, d'identifier la *sphère de coïncidence* des déclarations en considération des catégories de différends qu'elles envisagent. Quelles dates retenir ? On serait, à première vue, tenté d'indiquer celles qui sont les plus favorables à l'auteur de l'exception d'incompétence *ratione temporis*. C'est que la question de savoir s'il a été mutuellement consenti à la juridiction obligatoire de la Cour ne porte plus sur la durée des engagements, mais bien désormais sur « leur étendue et leur substance », pour reprendre la formule de la Cour dans l'affaire du *Nicaragua*[945], c'est-à-dire sur une question pour laquelle la réciprocité a pleinement vocation à jouer. La recherche de la *base commune* de l'engagement avait d'ailleurs permis d'en donner illustration dès les premières affaires soumises à la Cour permanente de Justice internationale[946]. Dans l'affaire des *Phosphates marocains*, la haute juridiction avait jugé que la réserve temporelle insérée dans la déclaration de la France, défenderesse à l'instance, faisait droit entre les parties, « par l'effet de la condition de réciprocité »[947]. De manière plus remarquable, dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*, la Bulgarie avait pu utilement invoquer la formule de double exclusion inscrite dans la déclaration du gouvernement belge, demandeur à l'instance, aux fins de restreindre le domaine d'application de l'obligation juridictionnelle[948]. Aucune de ces affaires n'avait toutefois soulevé de

---

[944] Voir notamment *Anglo-Iranian Oil Company*, arrêt de la Cour internationale de Justice du 22 juillet 1952 déjà cité, *Rec.* 1952, pp. 93-115, spéc. p. 103 : « [d]ans le cas présent, la compétence de la Cour dépend des déclarations faites par les Parties conformément à l'article 36, paragraphe 2, sous condition de réciprocité (…). Par ces déclarations, compétence est conférée à la Cour seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer. La déclaration de l'Iran étant de portée plus limitée que celle du Royaume-Uni, c'est sur la déclaration de l'Iran que la Cour doit se fonder » ; *Compétence en matière de Pêcheries*, Espagne c. Canada, arrêt de la Cour internationale de Justice sur la compétence du 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, pp. 432-469, spéc. pp. 452-453, § 44.

[945] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984 déjà cité, *Rec.* 1984, p. 419, § 62. Sur l'impossibilité d'invoquer la condition de réciprocité au titre de la durée de l'obligation juridictionnelle, voir *supra*, n° 131.

[946] Les limitations temporelles sont fréquemment citées pour illustrer l'application de la condition de réciprocité : voir notamment Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 578-584, 595-602 ; H. de Fumel, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, spéc. pp. 4-8 ; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *op. cit.*, pp. 541-546, 759-766.

[947] Arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 14 juin 1938 déjà cité, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, spéc. p. 22.

[948] Arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939 déjà cité, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-85, spéc. pp. 80-81.

contestation s'agissant de la date en référence à laquelle devait s'apprécier la condition de postériorité du litige[949]. Cette question ne devait finalement être soumise à l'appréciation de la Cour internationale de Justice que bien plus tard, à l'occasion du règlement de l'affaire de l'*Interhandel*. L'argumentation développée par le gouvernement américain en vue de faire obstacle à l'examen du litige, était restituée de cette façon par la haute juridiction :

> « [l]a déclaration des États-Unis, qui est entrée en vigueur le 26 août 1946, cont[ient] la clause limitant la compétence de la Cour aux différends 'qui s'élèveront à l'avenir', alors qu'il n'existe aucune clause de ce genre dans la déclaration suisse qui est entrée en vigueur le 28 juillet 1948. Mais (...) le principe de réciprocité exige qu'entre les Etats-Unis et la Suisse, la compétence de la Cour soit limitée aux différends nés après le 28 juillet 1948 (...). Dans le cas contraire, la juridiction obligatoire de la Cour aurait un effet rétroactif »[950].

270. L'idée sur laquelle reposait la thèse américaine était donc simple : la mention excluant les différends antérieurs ne devait être comprise comme se rapportant exclusivement à la date de l'engagement dans lequel elle figurait, c'est-à-dire la déclaration du gouvernement américain, mais plutôt comme la condition à laquelle celui-ci avait soumis son consentement à la juridiction qui ne pouvait, à son égard, disposer d'une quelconque portée rétrospective. Pour la Cour, il s'agissait cependant d'une conception erronée du jeu de la réciprocité. En effet, celle-ci permet sans doute « à une partie d'invoquer une réserve à cette acceptation qu'elle n'a pas exprimée dans sa propre déclaration mais que l'autre partie a exprimée dans la sienne ». En conséquence, elle « permet à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre Partie ». Là, cependant, s'arrête l'effet de la réciprocité, en tant qu'elle ne saurait autoriser une partie « à se prévaloir d'une restriction dont l'autre partie (…) n'a pas affecté sa propre déclaration »[951]. La Cour rejetait, pour ce motif, l'exception fondée sur l'antériorité du différend à la date du 28 juillet 1948, estimant que la date dont il devait être tenu compte était bien celle de la déclaration américaine.

271. Dans cette affaire, la haute juridiction n'avait ainsi pas admis, comme le relève Ch. De Visscher, « qu'un Etat applique ses propres réserves à la déclaration de l'autre Etat et

[949] Voir à ce sujet, *infra*, note n° 953.
[950] *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.*1959, pp. 5-32, spéc. p. 23.
[951] Arrêt précité, *Rec.*1959, p. 23.

qu'il obtienne ainsi indirectement une limitation de l'obligation assumée par ce dernier »[952]. En refusant de faire droit à la thèse américaine, la Cour devait même, semble-t-il, énoncer un principe d'application plus générale. Supposons, en effet, que la Suisse, agissant en tant que partie défenderesse à une instance introduite par les Etats-Unis, invoque la réserve américaine, elle ne saurait, en tout état de cause, tirer parti des dates de sa propre déclaration pour faire obstacle à la compétence ; une telle manœuvre reviendrait encore une fois à invoquer *une réserve que l'autre partie n'avait pas affecté à sa déclaration*, précisément celle qui exclut les différends antérieurs au 28 juillet 1948[953]. La solution retenue dans l'affaire *Interhandel* revient, en somme, à ne pas autoriser qu'un Etat dénature la limite qu'il avait fixée à son engagement en lui attribuant une portée nouvelle par référence aux dates de la déclaration de la partie adverse, ou qu'il modifie, par le même procédé, la portée de la réserve émise par cette partie. Un auteur a pu affirmer, dans cet ordre d'idées, que la condition de réciprocité par laquelle un Etat peut se prévaloir des limitations faites par un autre Etat, « n'affecte pas les limitations elles-mêmes qui, une fois établies, ne sauraient être modifiées par des faits ultérieurs, et extérieurs à l'égard de l'Etat qui les a introduites »[954]. La réserve doit, autrement dit, s'interpréter telle qu'elle apparaît dans la déclaration d'origine. Dans le cas d'une formule excluant les différends « à venir », comme c'était le cas de la limite contenue dans la déclaration américaine de 1946, cette solution aboutit à tenir compte de la date à laquelle l'Etat s'est engagé à l'égard de la juridiction. On comprend, dans cette mesure, que la limite au jeu de la réciprocité sur le plan de la compétence matérielle, n'est pas différente de celle

---

[952] Ch. De Visscher, « L'affaire de l'Interhandel devant la C.I.J. », *R.G.D.I.P.*, 1959, pp. 416-421, spéc. p. 427. Voir également, dans cette perspective, S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 54-55.

[953] L'affaire des *Phosphates* aurait pu donner à la Cour permanente l'occasion d'en juger ainsi, au titre de la formule de double exclusion française. La France avait effectivement invoqué comme date critique, celle (plus récente) à laquelle l'Italie avait souscrit à la clause facultative. La différence de date avec celle de la déclaration française demeurant toutefois sans effet sur la question posée au sujet de la compétence temporelle, la France avait abandonné l'argument en cours de procédure : arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938 déjà cité, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 25, et les observations de H. Waldock, *in* « Decline of the Optional Clause », *op. cit.*, pp. 258-259, et spéc. p. 258 : « *[r]eciprocity, while it might require the French limitation to be applied equally to both States in accordance with its terms, could not have the effect of applying it in an altered form by arbitrarily substituting another date for the date actually specified in the French limitation* ».

[954] J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *op. cit.*, p. 350. Voir également, à ce propos, les observations de H. Briggs, qui qualifiait l'effet recherché par le gouvernement américain dans l'affaire de l'*Interhandel*, de « *double or reverse 'reciprocity'* » : « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit*., pp. 248-249. Voir *a contrario* H. W. A. Thirlway, « Reciprocity in the Jurisdiction of the International Court », *op. cit.*, pp. 121-126, l'auteur estimant que le refus de la Cour de faire droit à la thèse américaine dans l'affaire de l'*Interhandel* n'exclut pas, en toute hypothèse, la possibilité que le principe de réciprocité puisse ajuster la portée temporelle de l'obligation assumée par chaque Etat. Tel aurait été le cas, selon l'auteur, si le défendeur n'avait pas, dans cette affaire, invoqué la date de la déclaration suisse pour faire jouer la limitation contenue dans son propre engagement, et s'il avait plutôt fait valoir la condition de non-rétroactivité à laquelle il avait soumis son consentement à la juridiction de la Cour.

déjà envisagée au sujet de la durée des engagements[955]. En refusant de faire droit à l'argument américain dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour ne faisait, en définitive, qu'initier la jurisprudence qui allait la conduire à exclure du champ d'application de la réciprocité, les conditions se rapportant à la création, à la durée, et à la terminaison des déclarations[956].

B. En cas de succession d'actes dans le temps

272. La succession d'engagements juridictionnels dans le temps devrait, à première vue, ne pas poser de problèmes particuliers concernant l'identification des dates critiques, étant donné que les seules conditions *ratione temporis* dont il s'agit de tenir compte pour la détermination du domaine de compétence, sont, en principe, celles qui figurent dans l'acte qui fonde la procédure[957]. Les renvois entre engagements successifs sont néanmoins fréquents, et l'identification du domaine de compétence pourrait, dans certains cas, rendre nécessaire la consultation de plusieurs énoncés. L'extension de la durée de fonctionnement des Commissions arbitrales instituées au début du siècle dernier en avait déjà donné illustration, les Etats s'étant, dans bien des cas, contentés de renouveler la juridiction pour l'ensemble des réclamations restées en suspens sans reprendre l'ensemble des conditions de compétence *ratione materiae* énoncées dans le compromis primitif[958]. Aucune difficulté particulière

[955] A l'image de ce qui a été dit précédemment au sujet de la durée des engagements, l'effet recherché par l'invocation de la condition de réciprocité dans l'affaire de l'*Interhandel* aurait pu se réaliser s'il avait été inséré dans la déclaration, une limite *ratione personae* du type de celle prévue par l'Acte général pour le règlement pacifique des différends de 1928, qui autorise les parties à exclure du champ d'application de l'Acte les « différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend ». Une formule du genre figurait dans la déclaration française de juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice du 10 juillet 1959 : voir *supra*, note n° 457.

[956] Voir à ce sujet, *supra*, n° 131.

[957] Voir en ce sens, et au titre du Pacte de Bogota, l'arrêt de la Cour internationale de Justice déjà cité du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières*, *Rec.* 1988, p. 85 § 36. Voir également, au titre de l'Acte général d'arbitrage de 1928, l'opinion dissidente commune des juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock déjà citée, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, *Rec.* 1974, pp. 348-350. Voir encore sur cette question, A. Pellet, « La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », *op. cit.*, pp. 510-512. On peut néanmoins citer le cas du mécanisme institué par le Traité de Bruxelles du 17 mars 1948 instituant l'Union de l'Europe Occidentale, qui laisse la faculté aux Etats parties de grever leur engagement juridictionnel des conditions dans lesquelles ils auraient préalablement accepté la compétence de la Cour aux termes de l'article 36 § 2 du Statut : voir au sujet d'un tel mécanisme, Ph. Pazartzis, « La Grèce et la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *R.H.D.I.*, 1994-1995, pp. 109-125, spéc. pp. 117 et ss.

[958] Voir notamment, dans le cadre des arbitrages vénézuéliens, le Protocole de Washington du 27 février 1903 (*R.S.A.*, vol. X, p. 3-4) conclu par la France et le Venezuela postérieurement au Protocole de Paris du 19 février 1902 (*R.S.A.*, vol. X, pp. 11-12), ou encore, pour un autre exemple, le Protocole du 2 avril 1903 conclu entre l'Espagne et le Venezuela, et attribuant juridiction pour l'ensemble des réclamations qui n'avaient, jusque là, pas été réglées par voie diplomatique ou arbitrale (voir pour une interprétation des dispositions du Protocole, l'affaire *Betancourt*, Commission mixte des réclamations Espagne/Venezuela, 1903, *R.S.A.*, vol. X, pp. 756-759).

n'avait toutefois trouvé à se poser au sujet de la pertinence du texte antérieur qui, seul, établissait le domaine de compétence. En vérité, les principales difficultés sont, une fois de plus, à mettre au compte du mode unilatéral de dévolution du pouvoir juridictionnel. Le renouvellement des déclarations facultatives de juridiction obligatoire peut s'effectuer suivant plusieurs modalités. Celle qui suscite le moins de difficultés sur le plan de l'identification de la sphère de compétence, regroupe l'ensemble des cas où l'Etat est simplement venu prolonger les effets d'une acceptation antérieure en précisant maintenir les conditions et limites dans lesquelles cette acceptation avait été donnée. L'hypothèse est proche de la reconduction tacite puisque l'opération consiste simplement à renouveler la durée de validité de l'engagement juridictionnel. On peut citer le cas de la déclaration unilatérale facultative du 20 mai 1950 appliquée dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, par laquelle le gouvernement thaïlandais avait reconduit son engagement « pour une autre période de dix ans à compter du 3 mai 1950 dans les limites et sous les mêmes conditions et réserves qui étaient énoncées dans la première déclaration du 20 septembre 1929 »[959]. Comme le faisait observer la Cour dans cette affaire, l'Etat déclarant se borne, en application d'une telle méthode, à « un renvoi aux instruments antérieurs qui contiennent ces termes, ceux-ci [étant] alors incorporés dans l'instrument nouveau dont ils forment partie intégrante »[960].

273. Le plus souvent, cependant, les rapports entre déclarations successives auront été moins clairement établis. L'ambiguïté serait, alors, susceptible de rejaillir sur la détermination du champ temporel de compétence lorsque celui-ci se trouve limité, comme c'était le cas dans l'affaire de l'*Interhandel*, aux « différends qui pourraient s'élever à l'avenir », et plus généralement dans l'ensemble des hypothèses où la date critique n'est pas exprimée en jour, mois et année. La difficulté peut être formulée sous l'interrogation suivante : la condition temporelle doit-elle s'envisager telle qu'elle se présente dans la déclaration, c'est-à-dire en seule référence à la date de l'acte le plus récent, ou en tenant compte du contexte dans lequel elle avait été formulée pour la première fois, et donc en considération des dates d'une déclaration éteinte. Sh. Rosenne, qui envisage ce problème, recommande une analyse précise de l'opération juridique que réalise l'acte nouveau et des liens qu'il entretient avec les précédents engagements. Il distingue ainsi les hypothèses envisagées précédemment qui ont été rapprochées de la reconduction tacite, de deux autres situations qu'il expose

[959] *Temple de Préah Vihéar*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1961, *Rec.* 1961, p. 24. Il en va, à l'évidence, de même lorsque la date d'exclusion indiquée dans la déclaration primitive a été explicitement reprise dans la nouvelle déclaration : voir par exemple la déclaration polonaise du 25 mars 1996 faisant suite à celle du 25 septembre 1990, et les observations sur ce point de R. Szafarz, *in* « The Modification of the Scope of ICJ Jurisdiction in Respect of Poland », *op. cit.*, *passim.*

[960] Affaire du *Temple de Préah Vihéar* précitée, *Rec.* 1961, p. 24.

successivement[961]. La première situation est celle dans laquelle l'Etat a abrogé sa déclaration unilatérale d'acceptation de compétence, et dans la foulée, en a adopté une nouvelle. Pour l'auteur, il doit, dans une telle hypothèse, être tenu compte de la volonté de rompre avec l'engagement initial ; seules les dates de la déclaration la plus récente entrent ainsi en ligne de compte pour l'établissement du champ temporel de compétence[962]. La seconde situation demeure plus problématique. Elle concerne le renouvellement de la déclaration du fait de son expiration. L'auteur opte malgré tout pour la même solution, qui consiste à déterminer la portée de la limite temporelle en considération de l'acte dans lequel elle figure. En omettant de faire référence aux précédentes déclarations, l'Etat manifesterait son intention de ne pas simplement renouveler son engagement mais de créer, à sa charge, une obligation nouvelle et pleinement autonome[963].

Cette position de bon sens n'a jamais trouvé de confirmation jurisprudentielle. Aucune des situations envisagées par M. Rosenne n'a, jusqu'à ce jour, été portée à la connaissance de la Cour de La Haye[964]. Celle-ci avait toutefois pu donner, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, quelques indications sur les principes régissant l'interprétation des déclarations unilatérales. Elle avait notamment estimé qu'une déclaration facultative ne saurait être envisagée d'une façon différente simplement parce qu'elle « modifie l'expression antérieure d'un consentement »[965], et qu'elle devrait, en toute hypothèse, « être interprétée telle qu'elle se présente, en tenant compte des mots effectivement employés »[966]. On peut en conclure que la succession de déclarations présume une succession de *transactions* autonomes[967]. En l'absence d'éléments permettant d'établir le *continuum* avec les précédentes déclarations, c'est bien la date de la déclaration dans laquelle figure la limitation temporelle qui devrait être prise compte en vue de donner à cette dernière sa juste résonance.

---

[961] Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice, op. cit.*, pp. 61-63.
[962] *Ibid.*, p. 62.
[963] *Ibid.*, pp. 62-63.
[964] Dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, la Cour aurait pu aborder un tel problème d'identification des dates critiques au titre de la succession des déclarations unilatérales si le gouvernement bulgare n'avait pas abandonné l'argument qui consistait à établir la date d'exclusion en référence à la déclaration israélienne la plus récente : voir sur ce point, Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice, op. cit.*, pp. 60-61.
[965] Arrêt de la Cour sur la compétence du 4 décembre 1998 déjà cité, *Rec.* 1998, pp. 432-469, spéc. p. 453, § 45.
[966] *Rec.* 1998, p. 454, § 47, la Cour renvoyant à ses appréciations dans les affaires *Anglo-Iranian Oil Company* (arrêt du 22 juillet 1952 précité, *Rec.* 1952, p. 105), et *Certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège, arrêt du 6 juillet 1957, *Rec.* 1957, pp. 9-28, spéc. p. 27).
[967] Sur la notion de transaction, voir *infra*, n° 296.

Conclusion Chapitre 1

274. Au terme de ce chapitre, l'établissement du domaine temporel de compétence peut être présenté comme la synthèse de deux paramètres figurant dans l'engagement juridictionnel. Le premier a trait à l'objet de la compétence, et aux différentes manières de l'identifier. L'analyse du contenu des clauses attributives de compétence a conduit à envisager les deux façons dont les parties seraient susceptibles de situer leurs conflits dans le temps. On distingue, à cet égard, les textes qui tiennent pour décisive la date de constitution du différend, des textes qui renvoient également ou exclusivement aux faits générateurs du litige, et qui rendront ainsi nécessaire l'identification des éléments de fait et de droit sur la base desquels sera, par la suite, déterminé le bien-fondé de la réclamation.

Les dates critiques de compétence constituent l'autre paramètre à prendre en considération pour identifier les catégories de litiges pouvant être soumis à l'appréciation du tribunal. Il a pu être établi que l'orientation temporelle de l'engagement juridictionnel ne constitue pas une remise en cause de son mode d'action dans le temps, mais un simple encadrement de son application immédiate aux procédures engagées à compter de son entrée en vigueur. Les limitations au domaine de compétence devraient, dans cette mesure, uniquement procéder des conditions posées par les parties dans leur engagement. Cette règle n'est toutefois, comme on l'a vu, pas consacrée par l'ensemble des juridictions internationales, certaines ayant fait abstraction de la nature procédurale de la règle attributive de compétence et limité son champ d'application en considération du principe de non-rétroactivité des actes. Par ailleurs, un dernier point a été abordé, concernant l'identification des dates critiques de compétence, et les principaux problèmes susceptibles de se poser à ce sujet, ont permis de dégager le principe suivant lequel les conditions temporelles s'apprécient dans le contexte de l'acte dans lequel elles figurent.

De manière plus générale, et sans qu'il y ait eu nécessité d'insister sur ce point, il ressort des précédentes analyses que l'identification de l'étendue temporelle de la compétence conduit toujours à envisager celle-ci dans sa dimension *matérielle*. Les conditions *ratione temporis* posées par les Etats ont pour seule finalité de déterminer les catégories de litiges que la juridiction pourra connaître. L'étendue temporelle de compétence ne peut ainsi s'envisager comme un concept distinct de celui de « compétence matérielle ».

Chapitre 2. La présence indirecte du temps dans l'engagement juridictionnel

275. Les limitations au domaine temporel de compétence sont susceptibles de ressurgir sous une forme différente de la présence, dans l'engagement juridictionnel, d'une ou plusieurs dates critiques indiquant la période durant laquelle les faits ou différends auront dû survenir pour pouvoir être soumis à examen. Dans bien des cas, le pouvoir de juger aura effectivement été attribué pour l'application d'un traité, ou d'une ou plusieurs règles de droit. Le facteur temps ne serait, alors, pas nécessairement étranger aux contestations qui pourraient s'élever au sujet de l'exercice par le juge de son pouvoir[968]. Il n'apparaît plus cependant comme une *condition* posée par l'engagement juridictionnel, mais simplement comme une *qualité* implicitement attachée aux faits que l'engagement envisage : celle de déclencher l'application des règles de fond pour lesquelles la compétence est établie. Il en va notamment ainsi dans le cas où la compétence résulte d'une clause compromissoire. Cette clause attribue le pouvoir de trancher les différends qui se rapportent aux dispositions substantielles consignées dans le traité, et la question pourrait ainsi se poser de savoir si les faits à l'origine du litige relèvent, par leur date de survenance, du champ d'application desdites dispositions. La partie défenderesse à l'instance trouverait effectivement dans l'inapplicabilité du texte au moment des faits litigieux un moyen radical d'éviter que le tribunal n'examine le bien-fondé de la requête. On sait, par ailleurs, que la question sera soulevée d'office par les organes de protection des droits de l'homme qui ne sauraient appliquer des règles différentes de celles pour lesquelles ils ont été créés[969]. Cette influence, tout aussi informelle que médiate, du facteur temps sur la faculté pour le juge d'exercer son pouvoir ressortit toutefois, le plus souvent, à un registre différent de la compétence. Si l'applicabilité temporelle de la règle de fond détermine, désormais, seule, le domaine d'exercice du pouvoir (Section 2), l'examen d'une telle condition constitue, dans la plupart des cas, une technique juridictionnelle qui consiste à envisager, dès la phase préliminaire, un aspect relatif au bien-fondé de la réclamation (Section 1).

---

[968] Voir notamment sur ce point, Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 35 : « *[p]rovisions for the adjudication of 'all' or 'any' disputes arising under a given treaty are found in the compromissory clauses of many types of multilateral and bilateral treaty. This type of formula in itself imports no temporal conditions into the acceptance of the jurisdiction although the treaty itself may well introduce other limitations (including an element of time)* – ratione personae *and* ratione materiae – *on the jurisdiction* ».

[969] Voir *supra*, n° 20.

SECTION 1 / LA NOTION D'APPLICABILITE TEMPORELLE DE LA REGLE DE FOND

276. L'applicabilité temporelle du traité pour lequel compétence a été attribuée, est le plus souvent assimilée à une condition de compétence temporelle. Elle représente, dans le discours juridictionnel, le pendant de la condition d'applicabilité matérielle du texte, l'examen de ces questions ayant pour objet de s'assurer que les faits litigieux se rapportent aux règles pour lesquelles le pouvoir juridictionnel a été conféré. A l'analyse, l'opération qui consiste à déterminer la date de réalisation des faits poursuit toutefois, en règle générale, une finalité bien différente de la détermination de la compétence juridictionnelle. Une telle opération vise effectivement à disqualifier les réclamations dès la phase préliminaire, lorsqu'il est manifeste que les faits échappent à l'emprise des règles en cause (§ 1). La pratique des juridictions internationales permet d'en rendre compte dans les hypothèses où l'examen de l'applicabilité temporelle de la règle de fond vient s'ajouter à celui de l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel (§ 2).

§ 1 – L'APPLICABILITE TEMPORELLE DE LA REGLE DE FOND, CONDITION ETRANGERE A LA COMPETENCE : ANALYSE CRITIQUE

277. L'applicabilité temporelle de la règle de fond est le plus souvent envisagée, dans la pratique des juridictions internationales, comme une simple déclinaison de la condition d'applicabilité de la règle à l'aune de laquelle le tribunal détermine sa compétence *ratione materiae*. Aussi est-elle généralement qualifiée de condition de compétence *ratione temporis*. Démontrer que la condition d'applicabilité temporelle ne se rapporte pas à la compétence, suppose, en conséquence, d'établir que la question qu'elle met en jeu diffère (B) de celle de l'applicabilité (*ratione materiae*) de la règle de fond (A).

A. La condition d'applicabilité de la règle de fond

278. L'*applicabilité* de la règle constitue le critère sur la base duquel une juridiction détermine sa faculté à exercer sa compétence, lorsque celle-ci lui a été confiée pour l'*application* d'un ou plusieurs textes. Que l'engagement juridictionnel fasse directement référence aux *réclamations* relatives à l'application des règles, ou aux *différends* qui s'y rapportent, l'applicabilité serait toujours « la condition même du pouvoir » de connaître de la

demande[970], puisque c'est uniquement pour les prétentions fondées sur les règles de droit en cause que la compétence est établie. Cette condition, en tant qu'elle s'attache à déterminer les faits soumis à l'appréciation du tribunal, se rapporte à la dimension matérielle de compétence. C'est d'ailleurs à ce chapitre qu'on la trouve répertoriée dans la théorie générale du procès[971], lorsqu'elle n'est pas exclusivement envisagée sous l'angle des rapports entre compétence et fond. La prétention d'inapplicabilité de la règle de droit a pu, en effet, être qualifiée en doctrine d'« exception préliminaire de fond », catégorie regroupant les moyens de défense par lesquels « un Etat appelé à répondre en justice de certaines actions ou omissions prétendument illicites, estime ne pas devoir répondre de tels comportements pour le motif qu'il considère la norme de droit, qui est invoquée contre lui, comme n'étant pas susceptible d'être enfreinte par ces comportements en raison même des limites de l'applicabilité de la norme » [972]. En de telles circonstances, l'Etat défendeur ne présenterait pas une « véritable » exception préliminaire, mais une exception qui tout en ayant été présentée sous cette forme, constituerait en substance une « exception de fond » [973] relative au défaut de fondement de la requête. Cette distinction n'est, du reste, pas propre au droit international ; elle fait écho à la différenciation faite, en droit judiciaire privé, entre les fins de non recevoir « liées au fond » et celles de « procédure », « les premières exprimant », pour Eric Wyler, « la difficulté, pour le juge, de procéder dans certains cas à un examen préliminaire sans du même coup toucher à la réalité du droit invoqué »[974].

279. Aucun règlement de procédure ne distingue cependant entre ces différentes catégories d'exceptions, de sorte que les juridictions internationales ont eu pour tâche de définir les modalités d'examen du prétendu défaut de fondement des requêtes[975]. Le discours qu'elles ont tenu à cet égard est symptomatique d'une seule et même préoccupation : celle de ne pas empiéter sur le fond. La lecture des énoncés juridictionnels permet de dire, au sujet de

---

[970] Voir l'observation du juge Anzilotti sur un point de l'exposé des motifs de la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise* du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 29-30, spéc. p. 30. Sur la condition d'existence d'un différend relatif à l'application d'un texte, voir également l'opinion dissidente du commissaire néerlandais jointe à la décision I du 16 janvier 1961 de la Commission de la propriété Pays-Bas/Japon rendue dans l'affaire *The Netherlands Steamship Op Ten Noort*, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 515-517, ainsi que l'opinion individuelle du juge Morelli dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, pp. 131-149, spéc. pp. 132-133, 145-146.

[971] Voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 153-156 ; J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, pp. 64-65.

[972] G. Sperduti, « La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », *René Cassin* Amicorum discipulorumque liber, t. III, *Protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, pp. 121-148, spéc. p. 123.

[973] *Ibid.*, p. 133.

[974] E. Wyler, « Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du *Génocide* », *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 25-53, p. 34.

[975] Voir le constat établi sur ce point par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* déjà citée, arrêt sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 16.

l'examen du bien-fondé de telles exceptions d'incompétence, qu'il conduirait à *effleurer* certains aspects du fond de l'affaire[976] en vue notamment de s'assurer de l'existence d'un *lien réel et suffisant* entre les faits en litige et le texte[977], la question étant, en définitive, de savoir si ces faits *sont susceptibles de constituer* une violation des dispositions envisagées[978]. Comme l'indique, à ce sujet, Madame la juge Rosalyn Higgins dans son opinion individuelle rendue dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, l'opération ne consisterait pas tant à affirmer la réalité du manquement à l'obligation conventionnelle que la probabilité ou le « risque » qu'il se soit produit[979]. Il doit ainsi s'agir de raisonner sur la base des faits allégués par l'auteur de la demande que l'on tiendrait pour avérés, en vue de déterminer s'ils peuvent donner lieu à violation de l'une des règles invoquées[980]. La différenciation des institutions « applicabilité » et « application » de la règle se fait, autrement dit, le reflet de ce qui sépare *vraisemblance* et *bien-fondé* des allégations[981]. L'examen mené lors de la phase préliminaire

---

[976] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, Allemagne c. Pologne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 4-28, spéc. p. 15 ; voir également *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 août 1972 déjà cité, *Rec.* 1972, p. 56 ; *Différend territorial et maritime*, Nicaragua c. Colombie, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007, *Rec.* 2007, pp. 832-876, spéc. p. 852, § 51.

[977] *Ambatielos*, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 19 mai 1953, *Rec.* 1953, pp. 10-23, spéc. p. 18 ; voir également *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, avis consultatif déjà cité de la Cour internationale de Justice du 23 avril 1956, *Rec.* 1956, pp. 77-102, spéc. p. 89 : l'examen incident de la requête « exige [qu'elle] fasse apparaître un rapport réel entre le grief et les dispositions invoquées [mais n'exige pas] que les faits allégués emportent nécessairement les conséquences que les requérants prétendent y attacher : cette seconde exigence confondrait l'examen de la compétence avec celui du fond ».

[978] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt précité du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 23.

[979] *Rec.* 1996, pp. 847-861, spéc. p. 856.

[980] *Ibid.* La méthode appliquée par la Cour dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 12 décembre 1996, *Rec*. 1996, pp. 803-821, spéc. p. 810, § 16) a été reprise dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* (Yougoslavie c. Belgique, ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 déjà citée, *Rec.* 1999, p. 137, § 38), ainsi qu'à de nombreuses reprises par d'autres juridictions internationales, notamment celles chargées du contentieux arbitral de l'investissement : voir, *inter alia*, *United Parcel Services of America Inc. c. Canada*, sentence arbitrale CNUDCI du 22 novembre 2002, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 285-317, spéc. pp. 296-297, §§ 32-37 ; *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, décision sur les exceptions préliminaires du 7 mai 2004 (demande reconventionnelle), § 35, le tribunal citant la solution déjà retenue dans l'affaire *Amco c. Indonésie* ; *SGS Société générale de surveillance S.A. c. République des Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, décision sur les objections préliminaires du 29 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567, spéc. p. 562, § 157 ; *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, ICSID Case No.ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 273-323, spéc. pp. 294-295, §§ 118-119 ; *Eurotunnel c. France et Royaume-Uni (The Channel Tunnel Group Ltd. et France-Manche S.A. c. The Secretary of State for transport of the Governement of the United Kingdom and Northern Ireland et Le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française)*, sentence arbitrale partielle du 30 janvier 2007, § 135 : la question qu'il convient de poser est celle de savoir si les violations invoquées relèvent ou non des stipulations de l'acte qui fonde la compétence du tribunal.

[981] Voir sur ce point E. Wyler, « La coloration procédurale de la distinction entre applicabilité et application d'un traité dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (Rép. Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) devant la Cour internationale de Justice », *Mélanges en l'honneur de Henri R. Schüpbach*, Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp. 357-369, spéc. p. 358 (« [r]ésoudre par l'affirmative la question de l'applicabilité

se voit, en cela, doté d'une « pertinence » qui lui est propre[982] et qui trouve ses limites dans la nécessité pour la juridiction de ne pas préjuger de sa décision future sur le fond : les conclusions auxquelles le juge a abouti au sujet de sa compétence ne le lient qu'à ce titre, c'est-à-dire uniquement au sujet de sa faculté à connaître ou non des violations alléguées, mais nullement au titre de l'existence même de ces violations dont l'établissement est exclusivement affaire de fond[983].

B. La condition d'applicabilité temporelle de la règle de fond

280. S'assurer de l'applicabilité des règles à raison de la date de survenance des faits pourrait, à première vue, s'envisager comme une simple modalité de l'opération décrite précédemment et demeurer, à ce titre, justiciable des mêmes remarques[984]. C'est du moins l'impression générale qui ressort des affaires dans lesquelles la question a, seule, vocation à déterminer l'étendue temporelle de compétence[985]. Les juridictions internationales associent

---

d'une norme dans un cas d'espèce n'équivaut en effet pas à prétendre qu'elle s'y applique effectivement »), et pp. 362 et ss.

[982] Sur cette question, voir E. Wyler, « Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du *Génocide* », *op. cit.*, pp. 37-41, 45 et ss ; du même auteur, « La coloration procédurale de la distinction entre applicabilité et application d'un traité dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (Rép. Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, pp. 362-364. Voir également G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, pp. 192-193, 246-251 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 155-156.

[983] Sur cet impératif judiciaire du « non préjugé », voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, Allemagne c. Pologne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 4-28, spéc. pp. 15-16 ; *Emeric Kulin et autres c. Etat roumain*, jugement du tribunal arbitral mixte roumano-hongrois du 10 janvier 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 138-150, spéc. pp. 146-147 ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, arrêt de la Cour internationale de Justice déjà cité du 18 août 1972, *Rec.* 1972, p. 56 ; *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 64.

[984] Voir notamment l'appréciation d'Eric Wyler au sujet de l'objet de l'exception préliminaire *ratione temporis* du gouvernement yougoslave dans l'affaire du génocide, qui touchait « à la responsabilité dans la mesure où à l[a] supposer bien fondée, elle aurait pour conséquence de faire échapper à l'emprise de la convention des actes matériellement illicites commis avant certaines dates » : « Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du *Génocide* », *op. cit.*, p. 32. Voir par ailleurs, sur ce point, M. Sørensen, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *op. cit.*, p. 42.

[985] Voir pour le contentieux des droits de l'homme, *X. c. France*, req. n° 9587/81, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 décembre 1982, *D.R.*, vol. 29, pp. 228-234, spéc. p. 232 ; au titre de l'applicabilité temporelle du Protocole n° 1 à la Convention, voir *Witold Litwa c. Pologne*, req. n° 26629/95, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 15 septembre 1997, *D.R.*, vol. 90, pp. 13-23, spéc. p. 23 ; *Carranza c. Argentine*, décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 30 septembre 1997, *I.L.R.*, vol. 123, pp. 139-156, spéc. p. 144. Pour le Comité des droits de l'homme, voir la décision *R. A. V. N.* et al. *c. Argentine*, citée *supra*, note n° 932. Voir également *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, pp. 595-624, p. 617, § 34 ; *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308, spéc. p. 267, §§ 11.1-11.4.

effectivement le plus souvent la condition d'applicabilité temporelle du texte à l'appréciation de leur compétence matérielle. Dans les deux cas, il s'agirait de déterminer si les faits en litige sont susceptibles de déclencher les effets de la règle de fond en considération de son champ d'application[986]. L'examen de l'applicabilité temporelle des règles renvoie cependant à plusieurs situations qu'il convient de distinguer.

281. La première situation est celle dans laquelle les conditions d'applicabilité temporelle de la règle de fond résultent de son *contenu*. Ces conditions seraient susceptibles d'apparaître sous les formes les plus diverses. Pour n'en donner qu'un exemple, la Commission de conciliation franco-italienne avait eu à connaître de la prétendue inobservation d'une disposition du Traité de paix du 10 février 1947, qui prévoyait l'exemption pour les ressortissants des Nations Unies du paiement d'impôts, contributions ou taxes auxquels le gouvernement italien avait pu soumettre leurs avoirs en capital entre le 3 septembre 1943 et la date d'entrée en vigueur du traité. La Commission avait, en plusieurs occasions, été appelée à établir si la création de l'impôt litigieux était contemporaine de la période visée par la clause, en vue de déterminer si la controverse sur le remboursement des sommes indûment perçues se rapportait à l'application du traité de paix[987].

---

[986] En ce sens, *Guinée c. Atlantic Triton Company*, ICSID Case No.ARB/84/1, sentence arbitrale du 21 avril 1986, *ICSID Rep.*, vol. 3, 1995, pp. 13-44, spéc. p. 39, § 3.1.2 ; *Marvin Roy Feldman Karpa* c. Mexique, décision intérimaire sur les exceptions préliminaires du tribunal CIRDI (M.S.) du 6 décembre 2000, ICSID Case No.ARB (AF)/99/1, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 327-340, spéc. p. 340, § 62, au titre d'une compétence arbitrale établie pour l'application de la Convention ALENA : « *[t]he reliance of the Tribunal on alleged violations of NAFTA Chapter Eleven Section A also implies that the Tribunal's jurisdiction* ratione materiae *becomes jurisdiction* ratione temporis *as well. Since NAFTA, and a particular part of NAFTA at that, delivers the only normative framework within which the Tribunal may exercise its jurisdictional authority, the scope of application of NAFTA in terms of time defines also the jurisdiction of the Tribunal* ratione temporis » ; voir plus récemment, *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine*, décision sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008, § 80.

[987] *Società Anonima Michelin Italiana*, décisions de la Commission de conciliation France/Italie n° 175 du 15 novembre 1954 et n° 192 du 15 septembre 1955, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 612-625, et spéc. pp. 617, 622-623. La Commission établissait ici sa compétence en reprenant la solution à laquelle elle avait déjà abouti dans son examen au fond de l'affaire relative aux *Impôts extraordinaires sur le patrimoine institués en Italie*, décision n° 32 de la Commission de conciliation France/Italie rendue le 29 août 1949, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 108-116, et spéc. pp. 110-111 : la législation fiscale avait été prise pendant la période spécifiée dans le traité de paix, mais était entrée en vigueur en droit italien quinze jours après sa publication, soit quatre jours après l'expiration de ladite période. Pour établir les limites de l'exemption dans le temps et faire échec à l'applicabilité temporelle du Traité, l'agent italien avait soutenu devant la Commission que le seul rapport juridique pertinent était celui qui s'était constitué entre l'Etat et le contribuable dans l'ordre juridique interne, au terme du délai prévu par le droit italien. Le Tiers membre n'accueillit pas cette thèse, toutefois, et considéra, avec l'agent français, que l'acte de promulgation avait rendu la loi formellement parfaite, nonobstant la date à laquelle elle était devenue obligatoire, et que, seul fait décisif du point de vue du rapport de droit international, elle avait subsisté pendant cette « vacation ». Dans cette affaire, le raisonnement avait toutefois été mené au titre de l'*application* du traité, la question de la date de l'impôt constituant l'un des points de discorde entre les parties. Il en ira d'ailleurs de cette façon chaque fois que la question d'application temporelle du traité est envisagée au titre de l'établissement de la responsabilité et du bien-fondé de la prétention : voir par exemple la décision n° 146 rendue le 21 janvier 1953 par la Commission France/Italie dans l'affaire *Société Collas et Michel*, *RS.A.*, vol. XIII, pp. 303-309,

282. La seconde situation susceptible de se présenter est bien plus fréquente. Dans les hypothèses dont il s'agit, le contenu des règles ne porterait aucune indication temporelle d'aucune sorte, et l'examen de l'applicabilité temporelle de la règle représenterait alors une manière de s'assurer que la violation des dispositions en cause a pu se produire en considération de la date de survenance des événements litigieux[988]. La différence avec la situation précédente est bien réelle, puisqu'il ne s'agit plus d'établir si les faits allégués se rapportent *prima facie* aux règles de droit visées par l'engagement juridictionnel, mais uniquement d'écarter les réclamations manifestement mal fondées en raison de l'impossibilité d'appliquer le texte *ratione temporis*[989]. Il a ainsi pu être observé, à ce propos, que

> « si la jurisprudence analyse opportunément à titre préliminaire l'applicabilité de la convention au moment des faits litigieux, il n'y a là ni une question de

---

spéc. p. 307 : irresponsabilité de l'Italie pour une mesure prise après la période litigieuse ; pour une mesure antérieure, voir *Louis Veyrié*, décision n° 211 rendue le 3 août 1957 par la Commission France/Italie, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 730-738, spéc. p. 737. Voir également *Hoffman*, décision n° 7 du 11 avril 1952 de la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 97-101, spéc. p. 100 ; *Armstrong Cork Company*, décision n° 18 du 22 octobre 1953 de la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 159-173, spéc. pp. 164-165 ; *Palumbo*, décision n° 120 de la Commission Italie/Etats-Unis, mars 1956, *ibid.*, pp. 251-261, spéc. p. 254, dans laquelle la concomitance de la mesure litigieuse avec la période envisagée par la disposition conventionnelle est présentée comme une condition nécessaire mais pas suffisante pour son application.

[988] Voir les affaires citées *supra*, notes n° 985-986. Voir par ailleurs les sentences arbitrales citées *infra*, n° 268 et ss., pour le contentieux des investissements ; voir également la très riche jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en la matière : pour la Commission, *X. c. Suède*, req n° 33/55, décision du 23 septembre 1955, *Ann.*, vol. 1, 1955-1957, pp. 154-155, spéc. p. 155 ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 115/55, décision du 30 mai 1956, *Ann.*, vol. 1, 1955-1957, pp. 137-138, spéc. p. 137 ; *X. c. Danemark*, req. n° 323/57, décision du décembre 1957, *Ann.*, vol. 1, pp. 241-248, spéc. pp. 246-248 ; *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, décision du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255, spéc. pp. 231, 235 (voir également sur cette affaire, *infra*, n° 304). Voir encore, plus récemment, *Walter and Karel Byttebier c. Belgique*, req. n° 14505/89, décision du 12 janvier 1991, *D.R.*, vol. 68, pp. 200-204, et spéc. p. 203 ; *Catherine Abraini Leschi et autres c. France*, req. n° 37505/97, décision du 22 avril 1998, *D.R.*, vol. 93 (série A), pp. 120-125, spéc. p. 123. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Hokkanen c. Finlande*, req. n° 19823/92, arrêt du 23 septembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 299-A, pp. 7-29, spéc. p. 19, § 53 ; *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, req. n° 29813/96 et 30229/96, arrêt du 11 janvier 2000, § 43 ; *Balasoiu c. Roumanie*, req. n° 37424/97, décision sur la recevabilité du 2 septembre 2003 ; *Ruga c. Bulgarie*, req. n° 7148/04, arrêt de la Cour du 2 juillet 2009, §§ 44-45 ; *Bekaouri c. Géorgie*, req. n° 14102/02, décision sur la recevabilité du 29 juin 2010.

[989] Voir très clairement en ce sens, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence arbitrale du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 193-235, spéc. pp. 203-204, §§ 45-46. La possibilité de rejeter à titre préliminaire les réclamations manifestement mal fondées est spécialement prévue par certains textes, notamment par la Convention européenne des droits de l'homme (article 35 § 3 a.), la Convention interaméricaine des droits de l'homme (article 47 c.), et le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 3), et c'est sur ce motif que sera parfois formellement disqualifiée la réclamation en raison de la date des faits qui en sont la cause : voir à titre d'exemple *Catherine Abraini Leschi et autres c. France*, req. n° 37505/97, décision de la Commission européenne du 22 avril 1998, *D.R.*, vol. 93 (série A), pp. 120-125, spéc. p. 123 ; *Kikots et Kikota c. Lettonie*, req. n° 54715/00, décision de la Cour sur la recevabilité du 6 juin 2002, En droit, 1. Voir par ailleurs sur ce point, M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 306-307. Dans le cadre européen, le Protocole n° 14 récemment entré en vigueur permet désormais qu'une telle décision soit prise par un juge unique alors qu'elle devait, jusqu'alors, être prise par un Comité de trois juges (article 7 du Protocole n° 14, et article 27 de la Convention modifiée).

compétence, ni de recevabilité. Du point de vue technique, la juridiction peut connaître du litige, et la requête est recevable, mais tous les moyens invoqués sont inopérants car ils s'appuient tous sur un texte qui n'était pas en vigueur au moment des faits. Ce n'est pas que la juridiction ne peut pas faire droit à une requête qui pourrait être fondée, elle établit tout au contraire que la demande ne peut pas être fondée car le texte sur lequel elle se base n'est pas applicable aux faits litigieux »[990].

283. De cette observation, on peut tirer deux enseignements : une juridiction ne serait, en premier lieu, pas tenue de faire justice d'une exception préliminaire d'incompétence fondée sur la date des faits litigieux des lors qu'aucune condition temporelle n'est énoncée par la règle dont l'applicabilité est mise en cause. Le choix de procéder à un tel examen dès la phase préliminaire, n'est dicté que par des considérations d'opportunité, et l'on trouve ainsi la raison pour laquelle certains tribunaux n'écartent pas d'emblée les exceptions *ratione temporis* soulevées par la partie défenderesse, alors même que leur compétence n'était pas limitée à l'application de règles de droit identifiées[991]. En second lieu, le rejet d'une réclamation au titre du défaut d'applicabilité temporelle de la règle de droit qui en constituait le fondement, reviendrait, ni plus ni moins, à se prononcer sur le fond pour en tirer des conclusions sur le plan de la compétence. G. Sperduti ne dit rien d'autre lorsqu'il fait observer que la décision pour un tribunal de se déclarer incompétent au motif que les faits allégués se situent à une époque où le traité n'était pas en vigueur, reviendrait à juger « par l'exclusion implicite, mais pas du tout douteuse, que le traité invoqué ait pu être violé »[992]. A ce stade, il n'est ainsi plus question de raisonner en termes d'*applicabilité*, la décision d'incompétence trouvant son véritable fondement dans l'inutilité de procéder à l'examen relatif à l'*application* du texte. On peut d'ailleurs établir un parallèle avec les exceptions préliminaires *ratione personae* fondées sur la postériorité des faits litigieux vis-à-vis de la date à laquelle le ou les Etats parties à la procédure avaient acquis la qualité de sujet international[993]. Comme le remarque le juge Fitzmaurice dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, établir que « l'Etat

[990] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 173-174.

[991] Voir notamment les affaires déjà citées *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. pp. 305-306, §§ 309-313 ; *SGS Société générale de surveillance S.A. c. République des Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, décision sur les objections préliminaires du 29 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567, spéc. p. 564, §§ 165-168, les tribunaux n'ayant, à aucun moment, pris considération du fait que leur compétence était établie pour l'ensemble des litiges relatifs à des investissements et survenus entre l'un des Etats partie au T.B.I. et un investisseur de nationalité de l'autre Etat partie (voir l'article 9 du traité Italie/Pakistan appliqué dans l'affaire *Impregilo*, et l'article 8 du traité Suisse/Philippines appliqué dans l'affaire *SGS* ; texte des T.B.I. disponible sur le site www.ita.law.uvic.ca/, consulté le 10 mars 2011).

[992] G. Sperduti, « La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », *op. cit.*, p. 141.

[993] Voir déjà sur ce point, *supra*, n° 235. Voir également à ce sujet, Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 59.

demandeur n'existait pas comme tel à la date de[s] actes ou événements » litigieux permettrait de conclure que ces actes et évènements « n'ont pu lui faire subir un préjudice international ni lui causer un dommage international »[994]. A l'image, donc, de ce qui se passe pour l'applicabilité *ratione temporis* des règles de fond, l'examen préliminaire sert ici simplement à établir qu'il n'était *a priori* pas exclu que les Etats aient été titulaires de droits et de devoirs[995], et que la demande ne se trouvait, dès lors, pas manifestement dépourvue de tout fondement.

§ 2 - L'APPLICABILITE TEMPORELLE DE LA REGLE DE FOND, CONDITION ETRANGERE A LA COMPETENCE : ILLUSTRATIONS PRATIQUES

284. L'étude de la pratique des juridictions internationales permet d'illustrer l'affirmation selon laquelle l'appréciation de la faculté d'appliquer le texte à la date des faits litigieux ne se rapporte pas à l'examen de la compétence à proprement parler. L'altérité des conditions d'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel, d'une part, et d'applicabilité temporelle de la règle de fond, d'autre part, apparaît dans les hypothèses où les tribunaux sont conduits à les envisager successivement pour déterminer leur aptitude à trancher le différend. Tel est le cas lorsque l'engagement juridictionnel attribue compétence pour le règlement des litiges qui se sont élevés à compter d'une certaine date, au sujet de l'application d'un traité. Ce cumul de conditions pourrait, dans une certaine mesure, s'apparenter à celui qu'organisent les formules de double exclusion, la faculté d'exercer le pouvoir juridictionnel s'appréciant tout à la fois en référence à la date du litige et à celle des faits qui en sont générateurs. Il ne serait toutefois plus question pour les juridictions internationales, de considérer que les deux questions relèvent de la même opération ;

[994] Opinion individuelle de G. Fitzmaurice jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 2 décembre 1963, *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. p. 129, le juge parlant à cet égard d'« exception d'irrecevabilité étroitement liée au fond » (*ibid.*, p. 104). Dans la même ligne, la Cour internationale de Justice a considéré, dans l'affaire du *génocide*, ne pas devoir détacher la question de sa compétence des solutions qu'elle retiendrait au fond, au sujet de l'imputabilité des actes litigieux au gouvernement défendeur, celui-ci ayant contesté son existence en tant qu'Etat à la date de réalisation des faits : *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Croatie c. Serbie, arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 novembre 2008, *Rec.* 2008, pp. 456-460, §§ 120-130, et spéc. § 124, au titre de la date de la création de la République fédérale de Yougoslavie. Voir également, pour un autre exemple, *Gisela Mayer et autres c. Allemagne*, req. n° 18890/91, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 mars 1996, req. n° 18890/91 et req. jointes n° 19048/91, 19049/91, 19342/92, 19549/92), *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 5-20, spéc. p. 17, au titre d'expropriations opérées avant la création de la République fédérale allemande et qui ne pouvaient ainsi lui être imputées, la Commission ne s'estimant, en conséquence, pas compétente *ratione personae* pour examiner la demande y relative.

[995] Opinion du juge Fitzmaurice précitée, *Rec.* 1963, pp. 129-130.

l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel, seule désormais associée à la « compétence temporelle », et l'applicabilité temporelle des règles de fond vont être, bien au contraire, formellement distinguées, celle-ci apparaissant comme une question seconde à l'égard de celle-là (A), quand son examen n'est pas purement et simplement évacué de la phase préliminaire (B).

A. L'applicabilité temporelle de la règle de fond, condition subsidiaire à l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel

285. Le traitement par les juridictions internationales des exceptions préliminaires soulevées, au sein d'une même instance, au sujet de l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel, d'une part, et de l'applicabilité temporelle des règles de fond auxquelles cet engagement renvoie, d'autre part, permet d'établir la différence de nature des problèmes juridiques mis en cause. La distinction apparaît sur le plan des principes guidant l'examen du bien-fondé des différentes exceptions, et principalement au titre de la nécessité d'invoquer, à l'appui de l'exception d'incompétence temporelle – entendue, ici, uniquement comme la prétention d'inapplicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel –, la disposition par laquelle les parties avaient manifesté leur intention d'exclure certains différends *ratione temporis* des procédures de règlement auxquelles elles avaient consenti. Aucune limitation à la compétence ne saurait, en particulier, être déduite de la non-rétroactivité des règles de fond que le tribunal a vocation à appliquer. Cette distinction avait déjà pu s'illustrer dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. La Cour permanente avait, comme on le sait, formulé le principe applicable à la détermination de la compétence temporelle sans le détacher des différends formant l'étendue de sa compétence, c'est-à-dire des litiges « qui viendraient à s'élever » à l'avenir au sujet du Mandat pour la Palestine. Le régime temporel d'application des obligations substantielles consignées dans le Mandat n'avait toutefois nullement guidé son appréciation sur ce point, la Cour tergiversant même sur la question de savoir si elle devait tenir compte de la date de réalisation des faits litigieux aux fins de déterminer sa faculté à connaître du litige[996].

[996] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 6-37, spéc. p. 35 : « [l]a réserve faite dans de nombreux traités d'arbitrage au sujet de différends engendrés par des événements antérieurs à la conclusion du traité, semble démontrer la nécessité d'une limitation expresse de la juridiction (…). Le fait qu'un différend surgit à un moment donné entre les Etats forme un critère suffisamment précis pour

286. La nécessité de distinguer entre *compétence temporelle* et *applicabilité temporelle des règles de fond* s'illustre également dans le contentieux arbitral CIRDI, dans les hypothèses où l'engagement juridictionnel est consigné dans un traité bilatéral de protection des investissements[997]. La limitation du domaine de compétence en raison de la date de survenance des litiges ne saurait, là encore, résulter d'autre chose que d'une disposition spécialement prévue à cet effet[998], étant donné que le régime temporel d'application du traité n'est censé fournir aucune indication décisive sur ce point[999].

287. Les choses n'apparaissent pas toutefois toujours aussi clairement. Il faut dire que la question des rapports unissant faits, différends et traités bilatéraux de protection des investissements est compliquée par la manière dont ces derniers sont parfois rédigés. Comme le fait remarquer le professeur Matringe, la pratique conventionnelle récente aboutit à ce paradoxe que l'énoncé par lequel les différends antérieurs sont exclus du domaine de compétence figure, le plus souvent, dans la clause qui régit l'application dans le temps du traité, et non dans la clause de règlement des litiges qui consigne l'engagement

---

délimiter, dans le temps, la juridiction, tandis que la détermination des événements qui ont donné naissance à un différend se trouve dans beaucoup de cas inextricablement liée au fond même du litige ».

[997] Sur la distinction, voir *Salini Costruttori S.p.A. c. Jordanie*, ARB/02/13, décision sur les exceptions préliminaires du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. p. 342, § 176 ; *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. p. 305, § 309 : « *care must be taken to distinguish between the jurisdiction* ratione temporis *of an ICSID tribunal and the applicability* ratione temporis *of the substantive obligations contained in a BIT* » ; *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd, c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur les exceptions préliminaires du 1er février 2006, § 148 : « *[w]hat is decisive of the Tribunal's jurisdiction* ratione temporis *is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place* » ; *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 585, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 487.

[998] L'établissement de l'étendue temporelle de compétence a conduit certains tribunaux à interpréter l'objet et le but des formules par lesquelles les rédacteurs de traités bilatéraux avaient défini leur application en référence aux différends « survenant » (« *arising* ») ou « devant survenir » (« *which may arise* ») entre les parties à la procédure : voir notamment *Salini Costruttori S.p.A. c. Jordanie*, ARB/02/13, décision sur les exceptions préliminaires du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. p. 341, § 170, le tribunal arbitral attribuant une portée purement prospective à la formule du deuxième type. Pour une interprétation plus surprenante d'une formule du premier type (« *arising* »), voir l'affaire *Impregilo* dans laquelle le tribunal conclut à son incompétence pour connaître des différends survenus avant l'entrée en vigueur du T.B.I., en l'absence de toute indication laissant supposer de la rétroactivité de la clause de règlement des litiges. Le tribunal semblait ainsi se livrer à une application scrupuleuse du principe énoncé à l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969, qui exclut l'application rétroactive des traités aux faits antérieurs à leur entrée en vigueur à moins qu'une intention contraire ne ressorte de leurs dispositions ou ne soit établie par ailleurs (*Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. p. 304, § 300).

[999] Voir par ex. *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. Équateur*, sentence intérimaire CNUDCI du 1er décembre 2008, §§ 265-266 ; *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 19 octobre 2009, § 45. La réciproque n'en est pas moins vraie, la rétroactivité des dispositions substantielles du traité ne pouvant notamment être déduite de l'existence d'une clause excluant les différends antérieurs du domaine de compétence, et de l'absence, d'autre part, de toute disposition relative à la non-rétroactivité du traité : voir notamment en ce sens *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, §§ 583-585, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, pp. 486-487.

juridictionnel[1000]. Les tribunaux semblent, cependant, ne pas en tenir rigueur, l'exclusion des différends antérieurs déterminant, ici ou là, les conditions d'exercice de la *compétence* pour appliquer le traité[1001]. Il ressort même d'une affaire récente, qu'une telle rédaction trouve son explication dans le contenu de la clause d'application du traité, dans laquelle les parties auront le plus souvent convenu d'étendre le régime de protection aux investissements réalisés avant la date d'entrée en vigueur du traité[1002]. La disposition excluant les différends antérieurs du domaine de compétence fait ainsi figure de tempérament à une telle extension du régime de protection[1003].

288. Estimer, comme le font les tribunaux, que les limitations *ratione temporis* contenues dans la clause d'application du traité déterminent leur compétence, revient à considérer que la clause de règlement des différends qui consigne l'engagement juridictionnel, est régie par la clause d'application du traité[1004]. Cette interprétation ne saurait toutefois donner un fondement à l'affirmation souvent reprise par les observateurs, et validée par le tribunal arbitral dans l'affaire *MCI c. Equateur*, selon laquelle l'engagement juridictionnel consigné dans une clause compromissoire dispose, *par définition*, d'une portée prospective[1005]. Dans cette dernière affaire, le tribunal avait admis, en considération du

---

[1000] L'auteur met, par ailleurs, en exergue les difficultés auxquelles pourraient aboutir de tels chevauchements dans les hypothèses où la compétence matérielle du tribunal ne demeure pas limitée à l'application du traité bilatéral d'investissement. Tel serait le cas lorsque la clause attributive de compétence identifie les différends sans faire référence à leur cause juridique, les tribunaux arbitraux pouvant ici connaître des différends postérieurs au T.B.I. lorsqu'ils se rapportent à l'application des dispositions substantielles que celui-ci consigne, mais également de tout différend, aussi bien postérieur qu'antérieur, qui n'appellerait pas pour son règlement une décision fondée sur le traité : J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, pp. 47-53. En pratique, les tribunaux font cependant le départ entre ces deux champs de compétence : voir notamment *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. p. 341, § 169, dans laquelle le tribunal estime que la question de l'applicabilité *ratione temporis* du T.B.I. ne se pose pas au sujet des « *contract claims* » ; voir également *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, ICSID Case No.ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008, § 157 : *« the Tribunal will examine alleged breaches of the BIT based on acts that preceded the entry into force of the BIT if* (i) *there is a violation of another rule different from the BIT, if and when applicable* ».

[1001] Voir pour un exemple récent la décision précitée *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, §§ 153-155, et les observations de A. de Nanteuil, « Application des traités dans le temps et compétence *ratione temporis* des tribunaux arbitraux », *Les cahiers de l'arbitrage*, n° 2009/4, Gazette du Palais, pp. 33-37, spéc. pp. 33-35.

[1002] *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou (Empresas Lucchetti SA and Lucchetti Perú, SA c. République du Pérou)*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, § 80.

[1003] Sur cette pratique conventionnelle, voir *infra*, n° 344.

[1004] Voir en ce sens, J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, pp. 49, 52-53. Comme l'explique l'auteur, le raisonnement des tribunaux « paraît être celui-ci : puisque le traité n'est pas applicable à ces différends, le tribunal est incompétent pour en connaître, quoi que dise la clause de règlement des différends » (*ibid.*, p. 49).

[1005] Voir E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, p. 504, à propos de la décision *Tradex Hellas c. Albanie* du 24 décembre 1996 ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, *op. cit.*, p. 234 ; du même auteur, « Existence

caractère non rétroactif du traité bilatéral d'investissement, que les différends survenus avant la date de son entrée en vigueur étaient mécaniquement exclus de son domaine de compétence, l'idée étant que l'antériorité du différend présuppose celle des faits au sujet desquels il s'est élevé[1006]. Il n'y a pourtant, à tout bien considérer, aucune contradiction dans le fait d'affirmer qu'un acte consignant des règles dépourvues d'effet rétroactif puisse conférer compétence pour les appliquer à des différends déjà constitués au jour de son entrée en vigueur, les faits litigieux ayant tout à fait pu s'étendre dans le temps et ainsi justifier l'applicabilité desdites règles. Il n'en irait autrement que dans l'hypothèse où la clause de règlement établit la compétence pour les seuls différends *nés* de l'application des dispositions substantielles, et non pour les litiges *se rapportant à* ces mêmes dispositions[1007]. Cette considération ne sera d'ailleurs pas négligée par le Comité *ad hoc CIRDI* constitué pour adjuger la demande d'annulation formée par l'investisseur dans l'affaire *MCI*, le Comité rappelant la nécessité de distinguer les principes déterminant l'applicabilité temporelle du traité, des conditions relatives à l'exercice de la compétence[1008].

---

d'un différend et compétence ratione temporis du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 789-802, spéc. pp. 793-795. Voir par ailleurs, déjà en ce sens, A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage, op. cit.*, p. 199 ; J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : traité pratique, op. cit.*, p. 7 : « [à] la différence du compromis, la clause compromissoire envisage non un litige né mais les litiges éventuels susceptibles de surgir éventuellement entre les Etats contractants ».

[1006] *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 26 juillet 2007, §§ 61, 84. L'argument avait déjà été présenté par le défendeur au soutien de l'incompétence temporelle du tribunal dans les affaires *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, § 88) et *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte* (ICSID Case No.ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006, § 115).

[1007] A cet égard, la solution retenue dans l'affaire *Tradex Hellas* n'apparaît pas pleinement convaincante, dans la mesure où le tribunal avait établi la portée rétrospective de la clause de juridiction contenue dans une loi albanaise de 1993 en tenant compte de sa parenté avec les clauses compromissoires du type CNDUCI. Le libellé type de la clause compromissoire du règlement arbitral CNUDCI, que reprenait d'ailleurs le tribunal dans sa décision, dispose pourtant que « [t]out litige, controverse ou réclamation *né* du présent contrat *ou se rapportant* au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur » (nous soulignons ; document consulté à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-f.pdf le 10 mars 2011) : *Tradex Hellas S.A. (Grèce) c. Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, décision du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. pp. 189-190. Voir par ailleurs, sur l'applicabilité temporelle des T.B.I. aux différends antérieurs, en l'absence de clauses d'exclusion, K. J. Vandevelde, *United States Investment Treaties : Policy and Practice*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1992, p. 66.

[1008] Dans son examen du bien-fondé de la demande d'annulation, le Comité *ad hoc* CIRDI devait ainsi justifier la solution retenue par le tribunal arbitral en tenant compte du fait qu'il avait préalablement établi le caractère instantané de la violation alléguée du traité (affaire précitée, décision du Comité *ad hoc* du 19 octobre 2009, § 48). Voir par ailleurs, pour des décisions dans lesquelles les juridictions CIRDI avaient examiné un différend survenu avant la date du traité bilatéral d'investissement, la jurisprudence citée par N. Gallus, *The Temporal Scope of Investment Protection Treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 140.

B. L'applicabilité temporelle de la règle de fond, condition étrangère à l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel

289. La pratique arbitrale récente a permis d'identifier le fondement de la distinction entre l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel, d'une part, et celle de l'engagement substantiel, d'autre part. Il faut dire que, si les tribunaux CIRDI avaient rapidement opéré la distinction entre leur compétence *ratione temporis* et leur aptitude à appliquer le traité de protection des investissements aux faits litigieux à raison de leur date, ils appréciaient jusqu'à il y a peu, leur faculté à connaître des requêtes en fonction de ces deux critères[1009]. Au fil des décisions, la deuxième condition ne va toutefois plus simplement apparaître comme distincte du problème de compétence temporelle, mais bel et bien étrangère à la phase préliminaire. Dans une première série d'affaires, les arbitres vont ainsi se contenter d'énoncer le principe suivant lequel ils ne sauraient connaître de réclamations mettant en jeu des faits, actes ou événements survenus avant l'entrée en vigueur de l'instrument de protection des investissements[1010], et disqualifier les demandes portant sur des faits manifestement antérieurs à cette date[1011]. Dans un second mouvement, la question de l'applicabilité dans le temps des dispositions de fond sera purement et simplement renvoyée à la phase du fond. Le tribunal constitué dans l'affaire *Duke c. Pérou* devait ainsi estimer que le déclinatoire de compétence fondé sur la date de survenance des faits litigieux était sans pertinence, la seule date susceptible d'être discutée à ce stade étant celle de cristallisation du litige. Aussi ajoutait-il qu'il serait naturellement conduit, lors de l'examen du bien-fondé de la réclamation, à tirer toutes les conséquences de la date des événements à l'origine du conflit[1012]. C'est par un raisonnement analogue que le tribunal arbitral juge, dans l'affaire *Victor Pey Casado*, ne pas devoir anticiper, au stade préliminaire, sur la condition d'application de l'accord qui devra s'apprécier uniquement « en fonction de la date à laquelle s'est produit le fait illicite et non en fonction du moment où apparaît et se cristallise le

---

[1009] Voir notamment *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. p. 342, §§ 176-178 ; *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. pp. 305-306, §§ 309-313.

[1010] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 130-212, spéc. pp. 151-152, §§ 66-68 ; *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308, spéc. p. 267, §§ 11.1-11.4.

[1011] *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, §§ 167-170, 230-231.

[1012] *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur la compétence du 1er février 2006, §§ 146-150.

différend, critère distinct ne servant qu'à établir la compétence *ratione temporis* du Tribunal »[1013].

290. Dans leur grande majorité, les tribunaux CIRDI ont, depuis, établi la même ligne de partage entre compétence et fond[1014], et l'on comprend que les Etats soucieux de se ménager une possibilité de discuter la date des faits litigieux dès la phase préliminaire auraient, désormais, tout intérêt à insérer dans les clauses de règlement des litiges des formules de double exclusion du type de celles qui limitent le domaine d'exercice de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Certains accords bilatéraux de protection des investissements contiennent d'ailleurs, d'ores et déjà, ce type de conditions temporelles[1015]. A défaut, il semble désormais acquis que les tribunaux arbitraux ne prendraient plus l'option de statuer sur une condition qui, en tout état de cause, ne figurait pas dans l'engagement juridictionnel.

291. De cet ensemble, il peut en être tiré la conclusion que l'appréciation de la faculté d'appliquer le texte au moment des faits litigieux participe d'une opération étrangère à celle de détermination de la compétence. La pratique des juridictions internationales qui était à l'origine d'une telle assimilation, finit elle-même par le révéler dans le cas où figure dans l'engagement juridictionnel une condition relative à la date de survenance du litige.

[1013] *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 466, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 485.

[1014] *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine*, décision du tribunal CNUDCI sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008, §§ 90, 94 ; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, ICSID Case No.ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008, §§ 156-157 ; *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. Équateur*, sentence intérimaire CNUDCI du 1er décembre 2008, § 265, le critère retenu pour la détermination de la compétence temporelle, en l'absence de clause excluant expressément les différends antérieurs, étant celui de l'existence d'un investissement à la date d'entrée en vigueur du traité. Voir également la décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 19 octobre 2009 rendue dans l'affaire *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, § 40 : « *the law applicable to the merits of the dispute is without effect on the issue of the Tribunal's jurisdiction which is to be determined exclusively on the basis of Article 25 of the Washington Convention, the relevant jurisdictional clauses of the BIT and any applicable principles of international law* ». *A contrario*, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, §§ 257-261, dans laquelle le tribunal avait justifié le renvoi de la question au fond par la nécessité de connaître de l'ensemble des considérations factuelles pour déterminer le moment à compter duquel les éventuelles violations du traité bilatéral auraient pu survenir ; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. (« Duke ») c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/04/19, sentence arbitrale du 18 août 2008, §§ 198-201, la question de l'applicabilité temporelle de l'accord ayant été envisagée lors de la phase préliminaire.

[1015] Voir la distinction établie par le Comité *ad hoc* CIRDI dans l'affaire *Lucchetti* entre les réserves « simples » et les formules de double exclusion insérées dans certains T.B.I. : *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou (Empresas Lucchetti SA and Lucchetti Perú, SA c. République du Pérou)*, ICSID Case No.ARB/03/4, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, § 94 ; voir également sur ce point, N. Gallus, *The Temporal Scope of Investment Protection Treaties*, *op. cit.*, pp. 141 et ss. ; J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, p. 71, et l'exemple du T.B.I. Chili/Nouvelle-Zélande cité par l'auteur, note n° 66.

SECTION 2 / IDENTIFICATION DU DOMAINE DE COMPETENCE

292. La méthode d'identification du domaine de compétence n'est que la traduction technique du statut de la condition d'applicabilité temporelle de la règle de fond. Le fait que cette condition ne puisse se confondre avec celles qui encadrent l'exercice *ratione temporis* de la compétence juridictionnelle, s'illustre par la nécessité pour le juge d'identifier par lui-même les dates sur la base desquelles il déterminera sa faculté à connaître de la demande qui lui est présentée. Le propre de la compétence étant, dans cette situation, d'être limitée *ratione materiae* au règlement des litiges se rapportant à l'application du ou des textes mentionnés dans l'engagement juridictionnel, la première démarche du tribunal consistera à identifier les règles dont la période d'applicabilité doit être prise en compte (§ 1), avant de traduire cette période en une ou plusieurs dates critiques (§ 2).

§ 1 - IDENTIFICATION DES REGLES PERTINENTES

293. Lorsque compétence a été attribuée pour la réalisation d'un ou plusieurs textes, la détermination du domaine d'exercice du pouvoir juridictionnel obéit à un principe simple : le juge ne saurait connaître des demandes qui ne sollicitent pas l'application des règles consignées dans le ou les actes en cause (A). Le principe n'admet pas d'exception. Tout au plus connaît-il un aménagement, mais qui demeure sans effet du point de vue de l'étendue temporelle de compétence : le cas du renvoi du traité à des règles extérieures à celles qu'il renferme (B).

A. Solution de principe : les règles énoncées dans le traité

294. *Seules les règles énoncées dans le traité que la juridiction a pour fonction d'appliquer servent l'identification de son domaine de compétence*. Telle est la solution de principe. Encore s'agit-il d'en restituer tous les aboutissants. Cette solution a pour première signification que les règles pertinentes sont celles qui constituent l'objet de l'engagement des Etats, et dont l'application concourt au but qu'ils se sont fixés en adoptant l'acte, et non les principes extérieurs à ces règles et qui ne feraient qu'encadrer leur mise en œuvre. Un requérant ne saurait, à ce titre, invoquer le respect du principe de bonne foi en vue d'élargir le domaine de compétence aux réclamations survenues durant la période transitoire séparant la

signature du traité et son entrée en vigueur. L'obligation de bonne foi énoncée à l'article 18 de la Convention de Vienne a cette particularité de « s'impose[r] aux Etats en dehors de tout lien conventionnel »[1016], et c'est précisément là que réside son intérêt : éviter que les parties ne portent atteinte à l'objet et au but du traité à une époque où il ne s'applique pas encore[1017]. Les juridictions internationales ont ainsi logiquement fait le départ entre le respect de cet impératif et l'application rétroactive des dispositions conventionnelles[1018].

295. De la même façon, une juridiction ne saurait, sans excéder ses pouvoirs, appliquer une règle de contenu identique à l'une de celles pour lesquelles la compétence est établie, si tant est que cette règle n'est pas consignée dans l'acte auquel renvoie la clause juridictionnelle[1019]. Toutes les affaires dans lesquelles la question s'est posée vérifient la

---

[1016] J.-P. Cot, « La bonne foi et la conclusion des traités », *R.B.D.I.*, 1968, pp. 140-159, spéc. p. 140.

[1017] En ce sens, E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, p. 73. Voir également sur ce point A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, *op. cit.*, p. 186-187 : l'auteur envisage le contenu de la prescription de l'article 18 de la Convention de Vienne qui impose une obligation de ne pas faire, et en tire ainsi la conclusion qu'on ne peut y trouver le fondement obligatoire de l'application provisoire des traités qui impose des mesures positives aux Etats. Pour la jurisprudence, voir, par ailleurs, *A. A. Megalidis c. Turquie*, tribunal arbitral mixte Turquie/Grèce, sentence du 26 juillet 1928, *I.L.R.*, vol. 4, p. 395, *Rec. T.A.M.*, vol. VIII, pp. 390-398, spéc. p. 395 ; voir également l'affaire *Danisco Sugar AB c. Allmänna ombudet* (aff. -C-27/96, arrêt du 27 novembre 1997, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-6653, §§ 18-30, et les observations de S. L. Kaleda, « The interim obligations of a State acceding to the European Union in the light of the intertemporal jurisprudence of the Court of Justice », *European Law Review*, 2001, pp. 599-604, spéc. pp. 599-601) dans laquelle la Cour de Justice des Communautés européennes distingue l'obligation découlant du principe de bonne foi, déjà appliquée par le Tribunal de première instance dans l'affaire *Opel Austria GmbH c. Conseil* (aff. T-115/94, arrêt du Tribunal de première instance du 22 janvier 1997, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. II-39, §§ 89-95) de l'application du droit communautaire.

[1018] Voir notamment *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, §§ 98-117 et spécialement §§ 110-114, 117, au titre de la distinction entre application rétroactive du texte et principe de bonne foi. Le tribunal allait, par ailleurs, rejeter l'argument tiré du fait qu'un particulier avait déjà pu se prévaloir du principe de bonne foi dans le cadre d'un recours visant le contrôle de légalité d'un acte communautaire, et sans qu'aucune distinction n'ait été faite, à cette occasion, entre l'obligation découlant du principe de bonne foi et les obligations communautaires (arrêt *Opel Austria c. Conseil* du Tribunal de première instance du 22 janvier 1997 cité *supra*, note n° 1017). Le tribunal arbitral notait simplement le caractère exceptionnel de la solution du Tribunal de première instance, faisant notamment observer que l'obligation de bonne foi avait été appliquée, dans cette affaire, à une période antérieure à l'entrée en vigueur du traité mais postérieure à sa ratification, l'entrée en vigueur ayant été expressément différée à une date ultérieure (sentence arbitrale du 31 juillet 2007 précitée, § 115). Voir également *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, sentence arbitrale du 29 mai 2003, le tribunal citant I. Sinclair : « *[a]rticle 18 of the Vienna Convention arises out of a general rule of international law based on good faith, which it expresses ; it is therefore independent, and does not constitute an exception to the principle of non-retroactive application of treaties* » (I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, 2ème éd., p. 99, cité à la note n° 39 de la sentence arbitrale, *ICSID Reports*, vol. 10, p. 153). Après avoir considéré qu'il ne peut connaître que des réclamations survenues après l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement, le tribunal estime qu'il pourrait tout de même envisager les faits antérieurs en vue d'apprécier la conduite étatique contemporaine de la période d'applicabilité du traité, et qu'il pourrait tenir compte, à cette occasion, de l'obligation énoncée à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (sentence du 29 mai 2003 précitée, § 70).

[1019] Cette condition nécessitera d'établir le fondement juridique de la réclamation. Voir par ex. *Flegenheimer*, décision n° 182 du 20 septembre 1958 de la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis, dans laquelle elle juge sa compétence justifiée à raison du fait que la réclamation est fondée sur l'article du traité de paix qu'elle est chargée d'appliquer : « *[i]t is not disputed between the Parties that the Petition of the U.S. Government is based on this provision : the merits of the case are based on the legal justification of the claim involved* » (*R.S.A.*,

même règle : le fait qu'une norme substantiellement identique préexiste ou prolonge celle dont le juge s'est vu confier l'application, n'est pas une circonstance susceptible de modifier les contours temporels de la sphère de compétence. Si tant est que le juge dispose d'une compétence pour appliquer un certain texte, il ne pourrait ainsi adjuger une demande l'invitant à appliquer l'obligation que ce texte consigne, en tant que règle du droit international général[1020]. Très tôt, la Commission européenne des droits de l'homme avait pris le soin de préciser qu'elle n'avait pour tâche d'« appliquer les principes généraux du droit international isolément mais seulement en relation avec les dispositions de la Convention », et qu'elle ne pouvait, pour cette raison, connaître des réclamations mettant en jeu des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du texte[1021]. Cette solution est fréquemment reprise dans le cadre des procédures arbitrales fondées sur un traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements qui limite la compétence à l'application de ses dispositions substantielles[1022]. Les tribunaux font le départ entre les réclamations fondées sur les textes qui permettent une action directe de l'investisseur, et les recours diplomatiques de l'Etat engagés au titre de la prétendue violation des standards internationaux en matière de traitement des biens, droits et intérêts étrangers, pour lesquels ils ne disposent d'aucune compétence[1023]. Sur cette base, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Generation Ukraine* a jugé que le fait que certains standards de conduite énoncés dans les traités bilatéraux d'investissement puissent s'envisager comme une simple codification des règles plus anciennes du droit international

---

vol. XIV, pp. 327-390, spéc. pp. 336-337). Voir également la décision I rendue par la Commission de la propriété Pays-Bas/Japon le 16 janvier 1961 dans l'affaire *The Netherlands Steamship Op Ten Noort*, dans laquelle la Commission indique qu'elle se trouve uniquement dotée du pouvoir de trancher les différends qui surviendraient au titre de l'application de l'article 15 du traité de paix et qu'elle ne peut, pour cette raison, connaître des demandes fondées sur un autre texte (*R.S.A.*, vol. XIV, pp. 508-515, spéc. pp. 513-515).

[1020] Voir notamment sur ce point, Ch. J. Tams, « The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction », *op. cit.*, p. 491.

[1021] *A. B. et Société A. S. c. RFA*, req. n° 7742/76, décision de la Commission du 4 juillet 1978, *D.R.*, vol. 14, pp. 146-159, spéc. p. 157.

[1022] Lorsque le traité ne limite pas la compétence qu'il attribue à l'application de ses dispositions substantielles, les obligations coutumières sont susceptibles de fonder la réclamation, mais la question relèvera désormais uniquement de son bien-fondé : voir ainsi l'affaire *Micula* dans laquelle le tribunal arbitral considère pouvoir tenir compte de la coutume au titre du droit applicable au fond, tel que l'y autorise l'article 42 de la Convention CIRDI : *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, ICSID Case No.ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008, §§ 151, 157. Sur la question des clauses de droit applicable, voir *infra*, n° 302.

[1023] *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence arbitrale du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 210, § 74, repris notamment dans l'affaire *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, §§ 95-96 et note n° 12 ; voir encore *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, décision intérimaire sur les exceptions préliminaires du tribunal CIRDI (M.S.) du 6 décembre 2000, ICSID Case No.ARB (AF)/99/1, *ICSID Reports*, vol. 7, p. 340, § 61 : étant compétent pour appliquer le Convention ALENA, le tribunal estime qu'il ne peut adjuger les réclamations fondées sur la violation du droit international général ou du droit interne mexicain. Tout au plus pourrait-il tenir compte de la coutume ou du droit interne au titre du droit applicable au fond du litige, et dans la mesure où la Convention ALENA y fait renvoi.

coutumier, n'était pas une circonstance justifiant l'extension de son domaine de compétence ; aussi avait-il considéré n'être pas qualifié pour adjuger une réclamation survenue, avant l'entrée en vigueur du traité, au titre de la violation d'une obligation disposant de cette double existence légale[1024].

296. Les mêmes solutions trouvent à s'illustrer dans le cas où le requérant invoque une disposition énoncée dans un acte distinct de celui ou de ceux visés par la clause attributive de compétence. Il faut, à ce sujet, faire observer qu'une pluralité d'*actes* ne signifie pas qu'il y ait nécessairement autant de *traités* mis en jeu. Il se peut, en effet, que des instruments formellement distincts prennent part à la même *transaction*, c'est-à-dire qu'existe entre eux « une unité finale découlant d'un objet et d'un but uniques »[1025]. Cette considération pourrait justifier, sur le plan de la compétence, que la clause de juridiction ait entendu viser par l'expression de « traité » l'ensemble des actes se rapportant à la même opération juridique[1026]. Tout autre est la question de savoir si un tribunal serait en mesure d'exercer sa compétence sur le fondement d'un traité distinct de celui ou de ceux qu'il avait pour charge d'appliquer, mais qui consignait des obligations substantiellement – voire même littéralement – identiques. L'argument tiré de l'identité des énoncés conventionnels n'aurait, en tout état de cause, guère de chance de prospérer devant les juridictions spécialisées, notamment celles chargées du contentieux des droits de l'homme, qui sont créées pour l'application d'un texte unique[1027]. Mais il devrait également en aller ainsi de n'importe quelle

---

[1024] *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308, spéc. p. 267, §§ 11.1–11.4, spéc. § 11.3.

[1025] P. Reuter, « Traités et transactions. Réflexions sur l'identification de certains engagements conventionnels », *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 1, pp. 399-415, spéc. p. 407 ; du même auteur, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », *op. cit.*, p. 629. Voir également sur ce point, F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 137 et ss.

[1026] Voir *Ambatielos*, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 1er juillet 1952, *Rec.* 1952, pp. 28-46, spéc. pp. 41-44, au sujet de la faculté de connaître des différends relatifs à l'application de la déclaration annexée au traité pour lequel la compétence de la Cour est établie.

[1027] Voir pour la jurisprudence européenne des droits de l'homme, la série de décisions dans lesquelles la Commission s'estime incompétente *ratione materiae* pour adjuger des réclamations fondées sur la prétendue violation de la Déclaration universelle des droits de l'homme, *X. c. R.F.A.*, req. n° 165/56, décision du 29 septembre 1956, *I.L.R.*, vol. 24 (1957), pp. 326-327, spéc. p. 327 ; *X. c. Belgique*, req. n° 1028/61, décision du 18 septembre 1961, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 69-78, spéc. pp. 76-77. Pour le Comité des droits de l'homme, voir au titre du rejet de l'exception *non bis in idem*, *Touron c. Uruguay*, Comm. n° R. 7/32, 31 mars 1981, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 261-266, spéc. p. 265, § 7 : « *the Committee recalls that it has already ascertained in connexion with its consideration of other communications (...) that [the case brought before the Inter-American Commission] predates the entering into force of the Covenant, and the Optional Protocol for Uruguay, and therefore does not concern the same matter which the Committee is competent to consider* ». La faculté d'appliquer d'autres textes que la Convention de San José n'est pas exclue dans le cadre du système américain de protection des droits mais elle demeure réservée, pour la compétence contentieuse, à la Commission interaméricaine (voir *supra*, note n° 770 ; pour la jurisprudence, voir la décision du 10 octobre 2001, *M. Z. c. Bolivie*, dans laquelle la Commission s'estime compétente *ratione materiae* et *ratione temporis* pour connaître des prétendues violations de la

autre juridiction dont la compétence est limitée à « un ensemble spécial de règles »[1028]. Occasion fut donnée de le vérifier dans l'affaire *Ambatielos*, au titre de la théorie dite des « clauses similaires » développée par le gouvernement grec, demandeur à l'instance. Le problème de compétence était posé au sujet de l'application des dispositions de deux traités respectivement datés de 1886 et de 1926, qui avaient successivement régi les relations commerciales de la Grèce et du Royaume-Uni. Une procédure de règlement des litiges était prévue dans chacun des actes, le traité de 1886 attribuant pouvoir de juger à une commission arbitrale *ad hoc*, le traité le plus récent à la Cour internationale de Justice par le jeu du mécanisme de l'article 37 du Statut. La haute juridiction avait été saisie d'une réclamation fondée sur le traité de 1926 mais au titre d'événements survenus avant sa date d'entrée en vigueur, soit à une époque où les dispositions du traité de 1886 s'appliquaient encore. L'identité de contenu de certaines clauses des actes successifs devait toutefois, aux dires de la partie demanderesse, être en mesure de justifier l'extension du régime procédural du traité de 1926 aux réclamations nées dès cette époque :

> « là où, dans le traité de 1926, figurent des dispositions de fond semblables à des dispositions de fond du traité de 1886, la Cour peut, en vertu de [la clause juridictionnelle] du traité de 1926, se prononcer sur la validité d'une réclamation fondée sur une prétendue violation de l'une de ces dispositions semblables, même si la prétendue violation a été entièrement commise avant que le nouveau traité n'entrât en vigueur »[1029].

Pour la Cour, ces considérations n'étaient, cependant, pas en mesure de justifier l'altération des termes dans lesquels sa compétence avait été admise. La théorie des clauses similaires revenait effectivement, selon elle, à munir d'« effet rétroactif » la clause de règlement des différends en rendant désormais possible l'application du traité à des faits survenus avant son entrée en vigueur. Aucune des dispositions conventionnelles ne permettait

---

Convention de Belem do Para, §§ 22-23 ; voir également, au titre des conséquences sur le plan du champ temporel de compétence, la décision *Carranza c. Argentine*, décision de la Commission du 30 septembre 1997, *I.L.R.*, vol. 123, pp. 139-156, § 29 : « *the Commission does not concur in the possible implication of the argument for inadmissibility* ratione temporis *that the member States of the Organization contract obligations to respect human rights only as from the date of their ratification of the Convention. The premise would appear to suggest that prior to such ratification the member States had no international obligations whatever in respect of human rights and, concretely, that this Commission has no competence to receive complaints other than those in the text of the Convention* »), la Cour ne pouvant pour sa part interpréter qu'au titre de sa compétence consultative d'autres traités internationaux pour autant qu'ils concernent directement la protection des droits de l'homme dans un Etat membre du système interaméricain (en ce sens, *« Autres Traités » soumis à la compétence consultative de la Cour (article 64 de la Convention sur les droits de l'Homme)*, avis consultatif de la Cour du 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A, n° 1, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 594-609, spéc. p. 604).

[1028] En ce sens, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 331.

[1029] Arrêt de la Cour précité du 1er juillet 1952, *Rec.* 1952, p. 40.

toutefois d'établir que telle avait été l'intention des parties[1030]. Un autre argument militait en faveur du rejet de la thèse grecque. Il avait trait au contenu de la déclaration qui accompagnait le traité de 1926. La Cour n'avait, à ce stade du raisonnement, pas encore tranché la question de savoir si cette déclaration faisait partie intégrante du traité. Son objet n'en apparaissait pas moins clair, puisque la déclaration avait été adoptée en vue de maintenir les effets du régime procédural du traité de 1886, et ainsi de confirmer la compétence de la commission arbitrale *ad hoc* pour adjuger les réclamations y relatives. Or, cette déclaration, comme le relevait la Cour, n'établissait aucune distinction entre les litiges selon qu'ils portent ou non sur la violation de dispositions identiques à celles du traité de 1926. Dans cette mesure, consacrer la thèse des clauses similaires aboutissait à faire une interprétation *contra legem* de la disposition par laquelle la compétence arbitrale avait été maintenue[1031].

L'argument tiré de l'identité de contenu des dispositions conventionnelles n'a, depuis l'affaire *Ambatielos*, plus été repris en vue de justifier l'extension du domaine de compétence. Les parties désireuses de trouver une base de compétence applicable *ratione temporis* ont pu, en revanche, invoquer le renvoi du traité à des règles qu'il ne consignait pas.

B. Aménagement : le renvoi du traité à d'autres règles

297. Il a, jusque là, été dit du domaine temporel d'exercice du pouvoir juridictionnel qu'il se trouvait calqué sur la période d'applicabilité des obligations énoncées dans l'acte pour lequel la compétence a été conférée. Il pourrait, à première vue, en aller différemment lorsque l'une des dispositions de l'acte en cause *renvoie* à d'autres obligations. La notion de renvoi a été explicitée dans les travaux consacrés aux rapports de système. De cette étude, il ressort que le rattachement peut opérer de deux façons distinctes suivant que le renvoi est « réceptif » ou « non réceptif », seul le premier impliquant incorporation des normes dans l'ordre qui les « reçoit »[1032]. A l'analyse, ces différents liens de rattachement n'introduisent toutefois aucune exception au principe qui gouverne l'identification du domaine temporel de compétence, mais tout au plus un simple aménagement, dans la mesure où la faculté d'appliquer les règles en cause se trouve encore subordonnée à la présence de la clause opérant renvoi dans le texte de base. Cette condition a des implications immédiates sur la portée *ratione temporis* des effets juridictionnels du renvoi lorsque celui-ci est de type « réceptif ». Le régime de la clause de la nation la plus favorisée en sera pris pour témoin (1). Quant aux autres types de renvoi qui

[1030] *Rec.* 1952, pp. 40-41.
[1031] *Rec.* 1952, p. 41.
[1032] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, pp. 59 et ss.

n'opèrent pas incorporation des règles, ils ne sauraient, par leur nature même, étendre la sphère de compétence matérielle du tribunal et, partant, modifier les conditions d'exercice de la compétence *ratione temporis*. L'invocation de ce type de clause devant le juge international conduit, en dernière analyse, à établir la distinction essentielle entre droit applicable au fond et droit applicable à la compétence (2).

1. Les renvois réceptifs : l'exemple de la clause de la nation la plus favorisée

298. La clause de la nation la plus favorisée constitue l'exemple topique de renvoi *réceptif* ou *matériel*. Pour reprendre la définition donnée par Paul Guggenheim, cette clause est une « norme juridique par laquelle les sujets contractants s'engagent à s'accorder, unilatéralement ou réciproquement, les droits dont peut se prévaloir l'Etat tiers 'le plus favorisé' ». Elle « a pour effet d'incorporer au traité qui la contient les normes d'un traité conclu par un des contractants avec un Etat tiers et auquel elle renvoie »[1033]. Sur le plan juridictionnel, son effet revient à étendre le champ de compétence à l'ensemble des réclamations fondées sur les dispositions conventionnelles jugées plus favorables.

299. La faculté d'invoquer l'application du traitement le plus favorable demeure, à l'évidence, subordonnée à la présence de la clause de la nation la plus favorisée parmi les dispositions pour lesquelles la compétence est établie. Cette condition faisait défaut dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*. L'obligation d'appliquer le régime de la nation la plus favorisée était consignée dans un acte exclu *ratione temporis* du champ de compétence de la Cour internationale de Justice. Celle-ci avait, pour cette raison, estimé ne pas devoir en tenir compte pour apprécier sa compétence[1034]. Mais, même à supposer qu'une telle condition ait été remplie, le renvoi à d'autres textes n'aurait pas permis d'étendre son domaine de compétence. En tant qu'elle s'analyse en « une technique rattachée au mode de production conventionnel »[1035], la clause de la nation la plus favorisée suit effectivement le régime temporel de l'acte dans lequel elle est stipulée. Sauf à rétroagir, elle ne devrait ainsi permettre de fonder l'exercice de la compétence pour les faits antérieurs à son entrée en vigueur.

[1033] P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 206.
[1034] La déclaration unilatérale iranienne de juridiction obligatoire avait été interprétée par la Cour comme se limitant aux différends relatifs à l'application des traités et conventions acceptés par l'Iran, après la date de ratification de la déclaration. L'invocation par le gouvernement britannique de la clause de la nation la plus favorisée dans un traité conclu antérieurement à la date critique, ainsi que de plusieurs autres traités conclus par les autorités perses avec des tiers depuis cette date, ne devait ainsi pas remplir la condition à laquelle l'exercice de la compétence était subordonnée : affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, Royaume-Uni c. Iran, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 22 juillet 1952, *Rec.* 1952, pp. 93-115, spéc. pp. 107-110.
[1035] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 208.

Comme il a été dit, « l'extension du traitement plus favorable (tel que fixé par les autres accords) est une obligation posée par la clause de la nation la plus favorisée elle-même, et ne s'impose qu'au jour de l'entrée en vigueur de celle-ci, même si le traité plus favorable est antérieur »[1036]. La pratique a consacré cette solution logique en l'associant à la problématique de l'extension du « traitement » le plus favorable aux conditions de l'action devant la juridiction et à l'étendue de compétence. La question de la portée des effets de la clause de la nation la plus favorisée s'est concrètement posée dans le cadre du contentieux arbitral relatif aux investissements, non sans devoir une nouvelle fois mettre en évidence la dualité d'engagements, juridictionnel et substantiel, consignés dans les traités bilatéraux de protection. Comme il en a été précédemment fait observation, la clause de règlement des différends insérée dans ce type d'instruments dispose, à bien des égards, d'un statut identique à celui des dispositions substantielles[1037]. Aussi n'était-il pas surprenant que les tribunaux admettent qu'elle puisse intégrer « le traitement le plus favorable », en l'absence même d'indications données en ce sens dans le traité[1038]. L'éligibilité des conditions procédurales et juridictionnelles au rang de composante du « traitement », avait cependant été admise dans l'affaire *Maffezini* sous réserve qu'il ne soit pas fait « échec à des considérations d'ordre public que les parties contractantes auraient pu envisager comme des conditions fondamentales de leur acceptation de l'accord en question »[1039]. Etait donné en exemple de ces conditions jugées essentielles pour le consentement étatique, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes[1040]. La pratique arbitrale s'est, depuis cette affaire, nettement enrichie, et fait désormais état d'une gamme variée de solutions dans laquelle s'insère celle relative à l'applicabilité temporelle des instruments de protection des investissements[1041].

[1036] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 127.

[1037] Voir *supra*, n° 116, au titre de l'application provisoire du traité ; voir *supra*, n° 151 et ss., au titre de la terminaison des traités ; voir encore *supra*, n° 287-288, au sujet des liens entre clause de règlement des litiges et clause d'application du traité.

[1038] Il arrive que la clause de la nation la plus favorisé précise que le traitement intègre le mécanisme de règlement des différends. C'est le cas, notamment, des clauses contenues dans les traités bilatéraux d'investissements conclus par le Royaume-Uni : voir sur ce point les observations du tribunal arbitral dans l'affaire *Salini Costruttori SpA c. Jordanie*, ARB/02/13, décision sur les exceptions préliminaires du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. p. 331, §§ 116-117. Dans l'affaire *Plama*, le tribunal arbitral a d'ailleurs tenu compte de cette pratique conventionnelle, et en a conclu que la clause de règlement des différends ne relève pas du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée, à moins que les parties au traité l'aient expressément prévu : *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ICSID Case No. ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, § 212.

[1039] *Maffezini c. Espagne* (ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 410, § 62.

[1040] Décision *Maffezini* précitée, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 410, § 63.

[1041] Voir la synthèse établie par le tribunal arbitral dans l'affaire *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, ICSID Case No.ARB/04/14, sentence arbitrale du 8 décembre 2008, §§ 179 et ss. Voir également W. Ben Hamida, « Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *J.D.I.*, 2007, pp. 1127-1162, spéc. pp. 1129-1130 ; J. Cazala, « Clause de la nation plus favorisée et

300. C'est dans l'affaire *Tecmed* que cette solution a été formulée[1042]. Le tribunal arbitral devait effectivement refuser de faire droit à l'argument développé par la société réclamante en vue d'établir la compétence pour les actes adoptés avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissements conclu par le Mexique et l'Espagne. Y figurait une clause de la nation la plus favorisée sur la base de laquelle l'investisseur espagnol entendait invoquer le bénéfice du régime d'application *ratione temporis* d'un traité conclu par le Mexique avec l'Autriche certes ratifié un an et demi après l'entrée en vigueur du traité passé avec l'Espagne, mais qui, rétroagissant, habilitait les nationaux autrichiens à introduire une réclamation au titre de faits antérieurs. Pour l'arbitre, l'effet de la clause de la nation la plus favorisée ne pouvait, cependant, s'étendre à ces questions impliquant

> « davantage la dimension temporelle de l'application des dispositions substantielles que des questions de procédure ou de juridiction, [et qui] sont, en raison de leur signification et de leur importance, des questions essentielles devant être spécifiquement négociées par les parties contractantes [en tant que] décisives pour leur acceptation de l'accord »[1043].

La solution aurait, en tout état de cause, été la même dans le cas où le traité conclu par le Mexique avec l'Autriche était entré en vigueur avant celui conclu avec l'Espagne[1044]. C'est que, sans même devoir tenir compte de ce qui relève des conditions tenues pour essentielles au consentement étatique, il devrait en aller de la clause de la nation la plus favorisée comme de n'importe quel autre renvoi matériel, dès lors que le « titre de l'extension du produit conventionnel »[1045] est une disposition du traité, et qu'il partage ainsi le régime temporel des

---

juridiction du tribunal arbitral », in *Les cahiers de l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2008, vol. IV, pp. 425-428 ; E. Gaillard, « International Arbitration Law : Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause », *New York Law Journal*, 2 juin 2005, vol. 233-No. 105 (article disponible sur le site http://www.shearman.com/, et consulté le 10 mars 2011).

[1042] Dans l'affaire *Maffezini*, le défendeur avait invoqué la date d'entrée en vigueur de l'instrument dans lequel figurait le traitement procédural le plus favorable pour aggraver la réserve temporelle inscrite dans le traité de base, qui limitait la compétence aux différends survenus après son entrée en force. A l'image de ce qu'avait pu affirmer la Cour de La Haye dans l'affaire *Interhandel* au titre de la réciprocité des conditions d'engagement à l'égard de sa juridiction obligatoire (voir *supra*, n° 270-271), la manœuvre revenait certainement à dénaturer la limitation juridictionnelle *ratione temporis*. Le tribunal arbitral devait juger, en ce sens, que seule la date du traité sur la base duquel était portée la demande importait ; il ne donnait toutefois aucune justification particulière à cette solution, le différend étant quoi qu'il en soit postérieur aux dates d'entrée en vigueur des deux traités : décision *Maffezini* précitée, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 417-418, §§ 92, 98.

[1043] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 130-212, spéc. p. 153, § 69 (notre traduction).

[1044] Le problème était posé en ces termes dans l'affaire *MCI c. Equateur*, avant que le tribunal ne fasse droit à un autre argument du défendeur suivant lequel la disposition insérée dans le T.B.I. n'était pas une clause de la nation la plus favorisée mais une stipulation prévoyant la caducité du traité dans le cas où les parties conviendraient, à l'avenir, d'un régime juridique plus favorable pour les investissements : *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, §§ 118-128.

[1045] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 211.

autres obligations conventionnelles, à défaut d'autres indications[1046]. Il faut dire que dans le cas de l'obligation d'extension du traitement le plus favorable, la difficulté théorique tient au fait que les règles fictivement « incorporées » n'en perdent pas pour autant leur qualité de règles extérieures à l'acte qui les reçoit, notamment au titre de la consistance et de la durée des avantages octroyés : comme le note le professeur Poirat, « la clause de la nation la plus favorisée emporte l'extension des privilèges conventionnels, mais dans la seule mesure où [l]es droits initialement accordés par [le traité auquel elle fait renvoi] le demeurent »[1047]. S'agissant des autres types de renvoi matériel, l'impossibilité d'étendre le domaine temporel de compétence apparaît encore plus clairement, dans la mesure où les normes en cause sont envisagées en leur seule qualité de *normes réceptionnées* et, en tant que telles, exclusivement soumises au régime d'application du traité dans lequel figure la clause de renvoi.

2. Les renvois non réceptifs

301. La question des effets juridictionnels des renvois non réceptifs ne pose pas de difficultés semblables à celles évoquées précédemment. Tel qu'il a été identifié dans le cadre des rapports de système, le renvoi non réceptif, ou *formel*, est celui sur la base duquel le recours aux règles d'un autre ordre est organisé « dans le seul but de faire de ces règles la condition d'application » des normes de l'ordre qui les reçoit[1048]. Peut être donnée en illustration la portée attribuée par certains tribunaux arbitraux aux clauses conventionnelles dites « *umbrella* » insérées dans les traités bilatéraux d'investissement, qui établissent l'obligation étatique internationale de respecter les engagements contractuels. La nature formelle ou matérielle du renvoi opéré par ce type de clauses est encore sujette à débat[1049]. Il apparaît cependant que lorsque le juge envisage le contrat en tant que simple critère

[1046] Voir en ce sens la sentence arbitrale *MCI c. Equateur* précitée, dans laquelle le tribunal considère que la non-rétroactivité des dispositions du T.B.I. exclut que les réclamations antérieures puissent relever de son domaine de compétence, y compris les réclamations portées au titre du non-respect des engagements contractuels de l'Etat sur la base de la clause « *umbrella* » insérée dans le traité : sentence précitée du 31 juillet 2007, §§ 168, 189, et décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 19 octobre 2009, § 83. S'agissant de ces clauses « *umbrella* », voir également *infra*, n° 301, au titre des renvois non réceptifs.

[1047] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 212.

[1048] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 59.

[1049] Voir sur ce point J.-M. Jacquet, « Voici venu le temps des traités ! (Quelques réflexions sur l'évolution du droit des contrats d'Etat) », *in* M. G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Nijhoff, 2007, pp. 1121-1131, spéc. p. 1130 ; S. Lemaire, « La mystérieuse *umbrella clause* (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *R.A.*, 2009, pp. 479-502, spéc. pp. 490-493 ; Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, *op. cit.*, pp. 13-30, spéc. pp. 24-30. Au titre de la compétence temporelle, voir la sentence *MCI c. Equateur*, citée *supra*, note n° 1046, dans laquelle le tribunal avait, semble-t-il, envisagé la clause « *umbrella* » comme un acte de réception.

d'application des obligations conventionnelles, la clause n'étendra pas le champ matériel de compétence aux obligations contractuelles. Elle n'attribuera pas, en d'autres termes, le pouvoir de trancher les litiges constitués au titre de la violation des contrats, mais uniquement les litiges se rapportant à la violation de l'obligation conventionnelle de se conformer au droit contractuel[1050]. Comme le note le professeur Nouvel, la clause « *umbrella* » se trouve, dans ce contexte, envisagée comme « une disposition de fond qui oblige les parties au traité à une prestation déterminée : le respect des obligations contractuelles selon le droit qui leur est applicable. *Elle n'est pas relative à ce que le tribunal peut connaître ou non* »[1051].

302. Il en va assurément de même en ce qui concerne les autres renvois non réceptifs qui mettent en jeu la distinction fondamentale entre *droit applicable à la compétence* et *droit applicable au fond*. Il est, en effet, admis que les renvois opérés au titre du droit applicable (au fond) ne peuvent constituer une source éventuelle d'extension du domaine de compétence. Un tribunal peut sans doute être amené à tenir compte des règles dont il doit faire application en vue d'interpréter les termes de la clause attributive de compétence[1052] ; il n'en demeure pas moins que ces règles ne sauraient jamais, en tant que telles, étendre la matière soumise à son appréciation[1053]. Tel est notamment le cas lorsque la clause de droit applicable fait référence au droit national alors que la clause attributive de compétence envisage les seuls différends

---

[1050] Voir en ce sens S. Lemaire, « La mystérieuse *umbrella clause* », *op. cit.*, p. 490 : « [e]n majorité, les tribunaux arbitraux jugent que la clause ne modifie pas l'obligation contractuelle elle-même mais qu'elle transforme sa violation en un manquement au TBI ».

[1051] Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *op. cit.*, p. 29.

[1052] *Ibid.*, pp. 20-21, au titre de la nécessité de tenir compte de la clause de droit applicable en vue de déterminer si les « *contract claims* » relèvent bien de la compétence juridictionnelle lorsque celle-ci est attribuée pour l'ensemble des différends relatifs aux investissements. Voir également sur cette possibilité de tenir compte du droit applicable au fond, la sentence *Eurotunnel c. France et Royaume-Uni* déjà citée du 30 janvier 2007, § 151.

[1053] Voir *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 6-37, spéc. pp. 23, 26, 28, 31, au titre du renvoi opéré par le Mandat pour la Palestine – dans lequel était consignée la clause juridictionnelle établissant la compétence de la Cour – au Protocole XII du Traité de Lausanne : « [s]'il est vrai que la solution [du] différend exige que soient déterminés l'étendue et l'effet des obligations internationales résultant du Protocole XII, il n'en est pas moins vrai que la Cour n'est pas compétente pour interpréter et appliquer, sur requête unilatérale, ce Protocole comme tel, car il ne contient aucune clause qui soumette à la Cour les différends relatifs à son objet. Par contre, la Cour est compétente pour appliquer le Protocole XII dans la mesure où l'exige [le] Mandat » (*Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 28). Voir également l'affaire de l'*Usine Mox*, Irlande c. Royaume-Uni, ordonnance n° 3 du 24 juin 2003 du tribunal international du droit de la mer, *I.L.R.* 126, pp. 314-331, spéc. p. 318, § 19, le tribunal envisageant la « distinction cardinale » entre la compétence et le droit applicable ; *Eurotunnel c. France et Royaume-Uni*, sentence arbitrale déjà citée du 30 janvier 2007, §§ 144-153, et les observations de M. Audit, « Un arbitrage aux confins du droit international public : observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume-Uni et à la République française », *R.A.*, 2007, pp. 445-455, spéc. pp. 452-455. Voir *a contrario*, pour une prise en compte du droit applicable au titre de l'établissement du domaine de compétence, *Guyana c. Suriname*, sentence arbitrale du 17 septembre 2007 du tribunal constitué en application de l'article 287 et conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, §§ 402-406 (texte de la sentence disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage : www.pca-cpa.org/; consulté le 10 mars 2011), ainsi que les observations de C. Santulli, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit international public », *R.A.*, 2007, pp. 885-887.

relatifs à une violation du traité[1054]. De la même manière, le renvoi aux « principes pertinents du droit international » ne saurait disposer d'aucune portée juridictionnelle et, par voie de conséquence, ouvrir la compétence aux infractions au droit international général pour la période précédant l'entrée en vigueur du traité[1055]. La Cour internationale de Justice a retenu la même appréciation dans la récente affaire de l'*Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, à propos de deux clauses du Statut du fleuve adopté en 1975 dont l'une faisait notamment référence aux « droits et obligations découlant des traités et autres engagements internationaux en vigueur à l'égard de l'une ou l'autre des parties ». La haute juridiction a estimé que cette disposition ne pouvait s'interpréter comme une clause de renvoi ayant pour effet d'incorporer lesdites obligations dans le Statut, mais qu'elle permettait uniquement d'y avoir recours en complément des règles statutaires, et aux fins de l'interprétation et de l'application de ces dernières. Ce disant, la Cour s'estimait incompétente pour déterminer si l'Uruguay avait rempli les obligations qui lui incombaient en vertu de ces engagements internationaux et autres règles visées[1056]. Cette solution confirme la nécessité de distinguer, lorsque la situation l'impose, entre les différends dont la juridiction a vocation à connaître, et les règles sur la base desquelles elle serait appelée à les trancher[1057].

[1054] Voir notamment la sentence *Eurotunnel* précitée du 30 janvier 2007, § 148. Voir également les affaires *Feldman et Micula* déjà citées en ce sens, *supra*, notes n° 1022 et 1023, au sujet de la portée à attribuer aux dispositions des articles 42 de la Convention CIRDI et 1131(1) de la Convention ALENA qui autorisent la prise en compte du droit national et du droit international général.

[1055] Consacrer la solution inverse aurait pour effet de permettre au tribunal de connaître des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du texte pour lequel sa compétence est établie chaque fois qu'une disposition conventionnelle rappelle le principe suivant lequel les différends doivent être tranchés en application des principes et règles du droit international en vigueur à l'époque des faits : voir pour illustration la formule retenue à l'article II de la convention du 2 décembre 1871 interprétée et appliquée dans l'affaire *Manuel J. Rojas c. Espagne*, n° 70 et 126, Commission des réclamations Etats-Unis/Espagne (Convention du 2 décembre 1871), 19 janvier 1882, *in* J.B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2341-2345, spéc. p. 2345 : « *the arbitrators (...) will hear and determine (...)* according to public law and the treaties in force between the countries and these present stipulations, *all such claims as shall, in conformity with this agreement, be laid before them on the part of the Government of the United States* » (nous soulignons) ; voir encore le compromis conclu par les Etats-Unis et la Russie les 26 août et 8 septembre 1900 et appliqué dans l'affaire des navires *Cap Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White & Kate and Anna, R.S.A.*, vol. IX, pp. 57-58, spéc. p. 58 (« l'Arbitre appliquera aux cas en litige les principes du droit des gens et les traités internationaux qui étaient en vigueur et obligatoires pour les Parties impliquées dans ce litige, au moment où la saisie des navires susmentionnés a eu lieu »), et les sentences arbitrales du 29 novembre 1902, *ibid.*, pp. 63-78, spéc. p. 64.

[1056] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, Argentine c. Uruguay, arrêt de la Cour internationale de Justice du 20 avril 2010, §§ 58-63. La Cour tirait enseignement du fait que la stipulation en question faisait référence à des engagements qui pouvaient être en vigueur à l'égard d'une seule des parties au Statut, pour conclure que celui-ci tenait simplement « compte des engagements antérieurs pertinents de chacune des parties » (arrêt précité, § 60).

[1057] Inversement, le renvoi par un accord d'arbitrage ne limitant pas la compétence juridictionnelle à l'application de règles déterminées, aux dispositions d'un texte en vue de donner une formulation précise aux « principes du droit international » applicables pour le règlement des litiges, ne serait pas interprété comme restreignant le champ de compétence temporel du tribunal aux réclamations nées pendant la période d'applicabilité du texte auquel il est fait renvoi : *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. (« Duke ») c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/04/19, sentence arbitrale du 18 août 2008, §§ 190-201, au titre du renvoi aux

§ 2 - IDENTIFICATION DES DATES CRITIQUES

303. L'identification des dates critiques reprend, pour l'essentiel, les solutions envisagées au titre de la durée de validité de l'engagement juridictionnel. Le fait que la compétence se trouve attribuée pour l'application de *règles* suppose une nouvelle fois de faire le départ entre l'acte et les dispositions qu'il consigne, c'est-à-dire entre le mode de production et le produit conventionnel, lorsque leur durée de validité n'est pas identique (B). Dans les autres hypothèses, le juge pourra s'en tenir aux jours d'entrée et de sortie de vigueur du traité même si nécessité sera faite, pour identifier les dates pertinentes, de prendre considération de la cause de l'engagement conventionnel de l'Etat (A).

A. En cas de correspondance entre observation et application de la règle de fond

304. La situation la plus banale à laquelle le juge se trouve confronté lorsqu'il cherche à établir les contours temporels du domaine d'exercice de son pouvoir, est celle dans laquelle la période d'observation de l'acte et celle d'applicabilité de ses règles coïncident. Dans un tel cas de figure, rien ne fait obstacle à ce que le juge prenne considération des dates d'entrée et de sortie de vigueur de l'acte à l'égard des parties en cause pour déterminer sa faculté à appliquer les règles *ratione temporis*, d'autant qu'il s'y sera éventuellement déjà référé pour établir l'applicabilité de l'engagement juridictionnel à la date de la requête, dans les hypothèses où cet engagement résulte d'une clause compromissoire. L'application *immédiate* de la règle serait cette fois envisagée négativement, par le truchement du principe de la non-rétroactivité des traités formulée à l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969[1058]. C'est en se fondant sur le « principe de droit international généralement reconnu » selon lequel *les règles consignées dans le traité ne seraient en mesure de régir les faits et situations précédant son entrée en vigueur*[1059], que la Commission européenne des droits de

---

dispositions d'un T.B.I. Voir, déjà en ce sens, la solution retenue par l'arbitre suisse dans l'affaire *Antoine Fabiani* et reproduite dans la sentence de la Commission mixte des réclamations France/Venezuela, *R.S.A.*, vol. X, pp. 83-138, spéc. p. 119.

[1058] La non-rétroactivité de la loi nouvelle et son application immédiate aux événements juridiques présents et à venir, représentent « les deux faces d'une même réalité », dans le sens où l'on ne peut, comme l'indique P. Reuter, « s'interdire de projeter le présent dans le passé sans lui accorder le droit de valoir immédiatement » : P. Reuter, préface à P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, *op. cit.*, p. I.

[1059] L'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'« à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en

l'homme avait ainsi établi, dans l'affaire *De Becker c. Belgique*, son incompétence pour connaître des causes de réclamation survenues avant l'entrée en vigueur de la Convention, celle-ci n'ayant elle-même pas prévu un tel chef d'irrecevabilité *ratione temporis*[1060]. L'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est également fréquemment cité dans la jurisprudence arbitrale relative aux investissements[1061], le plus souvent en association au principe du droit de la responsabilité d'après lequel *la licéité des comportements de l'Etat s'apprécie à l'aune du droit applicable au jour de leur réalisation*[1062]. Dans toutes ces hypothèses, qui seront les plus fréquentes, c'est à la date d'entrée en vigueur de l'engagement conventionnel pertinent qu'il conviendra de s'en remettre pour déterminer le bien-fondé de l'exception d'incompétence relative à l'ancienneté des faits litigieux.

305. Le domaine de compétence étant exclusivement fondé sur le régime d'application des dispositions substantielles, son identification va également conduire à tenir compte de la *cause* de l'engagement conventionnel des Etats. En effet, quoiqu'un traité ne puisse avant son entrée en vigueur « en tant que tel constituer la base juridique pour réclamer – ni par voie diplomatique, ni par contestation judiciaire ou autre –, devant un organe

---

ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ».

[1060] *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, décision de la Commission du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255, spéc. pp. 231, 235, et les observations de M. Sørensen, *in* « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 305 et ss. Voir également, sur le principe de non-rétroactivité, *Sambiaggio*, décision de la Commission mixte des réclamations Italie/Venezuela constituée en vertu des Protocoles du 13 février et 7 mai 1903, *R.S.A.*, vol. X, pp. 499-525, spéc. p. 522 ; *Chamizal* (Mexique/Etats-Unis), sentence arbitrale du 15 juin 1911, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 316-347, spéc. pp. 317, 327-328 : la Commission admet l'entrée en vigueur rétroactive du traité de 1884 après avoir établi que telle était l'intention des parties ; *Ambatielos*, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 1er juillet 1952, *Rec.* 1952, pp. 28-46, spéc. p. 40 ; *Amoco International Finance Corporation c. Iran* et al., sentence partielle du tribunal Iran/Etats-Unis du 14 juillet 1987, *I.L.R.*, vol. 83, pp. 502-608, spéc. p. 534, § 90 ; O.M.C., *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (Philippines/Brésil), rapport du Groupe spécial du 17 octobre 1996, WT/DS22/R, § 279 (rapport consulté le 10 mars 2011 sur le site www.wto.org/).

[1061] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 130-212, spéc. p. 150, § 63.

[1062] *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI No.ARB(AF)/99/2, sentence finale du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 208, § 68 ; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, décision intérimaire sur les exceptions préliminaires du tribunal CIRDI du 6 décembre 2000, ICSID Case No.ARB (AF)/99/1, *ICSID Reports*, vol. 7, p. 340, §§ 61-62 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567, spéc. p. 564, § 166 ; *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. pp. 305-306, spéc. §§ 309-313 ; *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, §§ 581, 584, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 487 ; *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine*, décision du tribunal CNUDCI sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008, §§ 78-94. Voir par ailleurs N. Gallus, *The Temporal Scope of Investment Protection Treaties*, *op. cit.*, pp. 13 et ss.

international que l'autre partie se conforme à ses dispositions »[1063], l'objet du régime conventionnel justifierait, dans certaines situations, que la cause de la réclamation puisse remonter à une époque antérieure, sans même qu'il ne soit question de rétroactivité. La solution retenue dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* a permis de l'illustrer. L'exception d'incompétence soulevée par la Yougoslavie était fondée sur l'antériorité des faits litigieux à la date d'établissement du lien conventionnel avec la Bosnie, demanderesse à l'instance. Ainsi, selon le gouvernement yougoslave, il ne pouvait, en tout état de cause, être fait application des dispositions de la Convention sur le génocide dans le cas d'espèce. La Cour faisait toutefois observer que la Convention « ne comport[ait] aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence *ratione temporis* et que les Parties elles-mêmes n'[avaient] formulé aucune réserve à cet effet ». La Cour estimait, pour cette raison, qu'elle avait compétence « pour assurer l'application de la Convention sur le génocide aux faits pertinents qui [s'étaient] déroulés depuis le début du conflit dont la Bosnie-Herzégovine a[vait] été le théâtre », et qu'« une telle constatation [était] d'ailleurs conforme à l'objet et au but de la Convention tels que définis » dans l'avis consultatif du 28 mai 1951[1064]. La haute juridiction avait effectivement, à l'occasion de cette procédure consultative, affirmé que les Etats contractants n'avaient pas, « dans une telle convention (…) d'intérêts propres [mais] seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention »[1065]. Dans cette perspective, le fait qu'il n'y ait d'« exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges »[1066], devait avoir pour conséquence de rendre sans pertinence la date à laquelle la Bosnie était devenue partie à la Convention, tant que les faits qu'elle attribuait au gouvernement défendeur ne précédaient pas la date à laquelle ce dernier l'avait lui-même ratifiée.

On analyserait ainsi hâtivement l'arrêt de la Cour en retenant qu'elle a muni l'entrée en vigueur de la Convention sur le génocide d'effets rétroactifs[1067]. La solution reflète

---

[1063] M. Sørensen, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *op. cit.*, p. 27.

[1064] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, pp. 595-624, spéc. p. 617, § 34.

[1065] Affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec.* 1951, pp. 15-30, spéc. p. 23, cité dans l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 611, § 22.

[1066] *Rec.* 1996, p. 611, § 22.

[1067] Voir dans cette perspective, A. Chua, R. Hardcastle « Retroactive Application of Treaties Revisted : *Bosnia-Herzgovina v. Yugoslavia* », *op. cit.*, pp. 418-420 : les auteurs évoquent plusieurs interprétations possibles, notamment celle de l'application rétroactive du traité et concluent que celle-ci était fondée *in casu* sur la règle de l'effet rétroactif des clauses de juridiction énoncée dans l'affaire *Mavrommatis*. Voir également

simplement la *cause* de l'engagement de l'Etat. Ici, « l'acte juridique contractuel n'est pas réciproque, il n'est pas synallagmatique, ni dans sa formation, ni dans l'existence de ses prestations », affirme le professeur Poirat[1068]. Son entrée en vigueur ne dépend ainsi nullement « de la participation d'Etats déterminés *intuitu personae* », compte tenu du caractère « strictement unilatéral » de l'engagement conventionnel[1069]. Le régime d'applicabilité des instruments de protection des droits de l'homme, avait d'ailleurs déjà permis d'illustrer ce point. Dans une affaire *Autriche c. Italie*, la Commission européenne des droits de l'homme avait admis, au titre de considérations identiques, qu'un Etat partie à la Convention disposerait de la faculté de dénoncer tout manquement par un autre Etat, y compris ceux intervenus à une époque où il ne s'était lui-même pas encore engagé à respecter les droits. Ce disant, la Commission n'entendait pas tenir compte, pour identifier la période soumise à son contrôle, de la date d'entrée en vigueur objective de la Convention, mais de celle à laquelle l'Italie, partie défenderesse à l'instance, avait déposé son instrument de ratification. La solution était fondée sur le caractère objectif des obligations souscrites par chaque Etat contractant aux fins de la protection des droits fondamentaux des particuliers. Partant, il n'était pas question d'envisager les droits subjectifs que l'Autriche pouvait prétendre détenir de l'adhésion italienne, mais plutôt ceux dont avaient bénéficié, depuis cette date, l'ensemble des individus placés sous la juridiction italienne. L'objet du mécanisme de « garantie collective » institué par la Convention et l'absence de toute restriction temporelle à l'action des Etats désireux de le mettre en œuvre, justifiaient que l'Autriche soit admise à se plaindre des événements antérieurs à sa propre adhésion[1070]. Cette solution démontre, à l'image de celle retenue par la haute juridiction dans l'affaire du *génocide*, la nécessité de

---

R. Kolb, « The Compromissory Clause of the Convention », *op. cit.*, pp. 422-423, l'auteur estimant que la solution de la Cour aboutit à ce que sa compétence, lorsqu'elle est établie par clause compromissoire, ne se trouverait pas limitée en raison de la date des faits ayant donné lieu au différend, mais uniquement à l'applicabilité temporelle de la clause compromissoire elle-même (à la date de la requête).

[1068] F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 347.

[1069] *Ibid.*, pp. 349-350.

[1070] Req. n° 788/60, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 11 janvier 1961, *Ann.*, vol. 4, 1961, pp. 117-183 et *Rec. Déc.*, vol. 7, pp. 23-74, spéc. pp. 36-45. Voir également les extraits cités et commentés par M.-A. Eissen, « Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. Décisions en matière de compétence *ratione temporis* », *A.F.D.I.*, 1963, pp. 722-734, spéc. pp. 725-727. Pour une analyse de cette décision, voir également M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 304-319, spéc. pp. 316-318. Le Comité a, pour sa part, estimé dans son Observation générale n° 24, que les instruments de protection des droits de l'homme, « et le Pacte [sur les droits civils et politiques] tout particulièrement, ne constituent pas un réseau d'échanges d'obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas, sauf peut-être dans le contexte limité des réserves aux déclarations touchant la compétence du Comité faites au titre de l'article 41 » : Observation générale n° 24 (52) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou de ses Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, A/50/40, pp. 122-129, § 17.

tenir compte de la *cause* du lien conventionnel en vue de déterminer ses effets *ratione temporis* et, partant, l'étendue temporelle de compétence. Il faut cependant faire observer que dans la très grande majorité des cas, la réciprocité des engagements sera de mise, et supposera que les Etats ne puissent réclamer que pour la violation de dispositions qu'ils étaient eux-mêmes tenus de respecter à la date de sa réalisation.

B. En cas de dissociation entre observation et application de la règle de fond

306. L'appréciation de l'applicabilité du traité à la date des faits litigieux pose, sous un angle différent, le problème déjà abordé des différentes durées de validité du traité suivant qu'on envisage celui-ci en tant qu'acte, ou en tant que norme[1071]. Le fait que la compétence soit établie pour l'application de certaines *règles* trouve à s'illustrer dans le cas où leur efficacité précède et/ou prolonge la période d'observation du traité. Il convient d'aborder successivement ces deux hypothèses : celle de l'application anticipée des règles (1), et celle de leur application prolongée (2).

1. Application anticipée des règles

307. La première question susceptible de se poser au titre de l'applicabilité anticipée des règles concerne leur éventuelle rétroactivité. La chose n'appelle finalement que peu de commentaires. Parce que l'application rétroactive du droit constitue toujours une remise en cause de situations constituées, elle aura, le plus souvent, été circonscrite dans le temps. L'étendue temporelle de compétence serait, le cas échéant, associée à une date ou une période spécifiée par les règles de fond. Les clauses économiques des traités de paix en sont l'exemple le plus topique, à l'image de celles du traité du 10 février 1947 évoquées précédemment, qui faisaient obligation à l'Italie de rembourser les sommes perçues au titre de l'imposition des avoirs des ressortissants des Nations Unies *entre le 3 septembre 1943 et la date d'entrée en vigueur du traité*[1072].

[1071] Voir *supra*, n° 112 et ss., 172.

[1072] Voir *supra*, n° 281, et note n° 987. Voir, pour un autre exemple, l'article 65 du Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 appliqué dans l'affaire *A. A. Megalidis c. Turquie*, tribunal arbitral mixte Turquie/Grèce, 26 juillet 1928, *I.L.R.*, vol. 4, p. 395, *Rec. T.A.M.*, vol. VIII, pp. 390-398, spéc. pp. 396-397, ou encore l'article 250 du Traité de Trianon qui, en plus d'exiger la restitution des biens, droits et intérêts des ressortissants hongrois, prononçait l'invalidité des mesures de saisie dont ces biens auraient pu faire l'objet depuis « le 3 novembre 1918 jusqu'à la mise en vigueur du présent Traité » : voir à ce sujet A. La Pradelle, *Recueil de la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de paix. Les lois de réforme agraire et la compétence des*

308. Plus délicate est la question de la mise en application provisoire du traité, et de ses implications sur le plan juridictionnel. Il a déjà été dit de cette pratique conventionnelle qu'elle permettait le déclenchement de la procédure juridictionnelle avant la date de ratification du traité dans lequel figure la clause compromissoire. L'aptitude du tribunal à connaître de la demande, *ratione materiae*, pourrait néanmoins faire difficulté dans la mesure où l'exercice de la compétence juridictionnelle se trouverait, le cas échéant, fondé sur une disposition du traité, la clause d'application provisoire, qui ne tire pas son fondement juridique du traité, celui-ci n'étant toujours pas entré en vigueur. En effet, « la clause d'application provisoire », comme l'indique le professeur Geslin, « sanctionne l'existence d'un acte juridiquement autonome et extérieur au regard du traité principal »[1073]. D'ici son entrée en force, l'applicabilité du traité serait fondée sur un accord parallèle et non formalisé[1074]. Le fait que l'exercice de la compétence suppose ici l'application d'un acte distinct de celui pour lequel le pouvoir de juger avait été formellement accordé, n'a toutefois, en pratique, pas conduit à priver la procédure d'application provisoire de tout effet utile sur le plan juridictionnel, les tribunaux s'estimant aptes à connaître des réclamations survenues pendant la période précédant la date d'entrée en vigueur du traité. A titre d'illustration, dans l'affaire *Kardassopoulos c. Géorgie*, l'arbitre a insisté sur la nécessité d'appliquer provisoirement le Traité sur la Charte de l'énergie sur la « même base » que dans le cas où il serait formellement entré en vigueur, « et comme s'il l'était déjà » entre Etats signataires[1075]. Aussi a-t-il admis que la limite posée à l'exercice de sa compétence, en vertu de laquelle le traité ne serait applicable qu'aux « matières affectant les investissements après la *date effective* »[1076], renvoyait bien à la date à laquelle avait débuté son application provisoire, au vu de l'intention des parties d'être juridiquement tenues par le texte dès sa signature[1077].

---

tribunaux arbitraux mixtes (Tribunal arbitral mixte roumano-hongrois, *Emeric Kulin et autres c. Etat Roumain*), vol. IV : Compétence, Paris, La Documentation internationale, 1927, spéc. pp. 15-16, 25-26.

[1073] A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, *op. cit.*, p. 158. Voir également F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 184 : « l'application provisoire des dispositions du traité n'est pas une application conventionnelle au sens où ce n'est pas le traité qui l'opère, mais elle résulte d'un accord, expresse ou tacite ».

[1074] A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, *op. cit.*, pp. 192 et ss.

[1075] *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, § 210 ; voir également § 219 : « *provisional application imports the application of all its provisions as if they were already in force, even though the treaty's proper or definitive entry into force has not yet occurred* ». Voir, par ailleurs, la conclusion à laquelle était parvenu le tribunal arbitral dans l'affaire *Yukos* déjà citée, le régime d'application provisoire étant réputé concerner le Traité sur la Charte de l'énergie « dans son ensemble » : *Yukos Universal Limited c. Russie*, décision sur les exceptions préliminaires du 30 novembre 2009, spéc. § 395.

[1076] Article 1 § 6 du Traité sur la Charte de l'énergie ; texte du traité consultable à l'adresse www.legifrance.gouv.fr/

[1077] Décision du 6 juillet 2007 précitée, §§ 220-223, 250.

2. Application prolongée des règles

309. L'applicabilité prolongée de la règle regroupe les hypothèses dans lesquelles celle-ci survit à l'acte dans lequel elle était consignée. On distingue donc l'application prolongée du cas où la règle continue de s'appliquer d'ici la date de prise d'effet de la dénonciation de l'acte. Cette dernière situation n'appelle effectivement aucune remarque particulière ; la dénonciation ne mettant fin au traité et à l'applicabilité de ses dispositions qu'à l'expiration d'un certain délai, les parties seraient en capacité d'introduire leur réclamation d'ici cette date, y compris pour des faits survenus après la notification de l'intention de dénoncer[1078]. L'application prolongée des règles présuppose, pour sa part, une clause de sauvegarde du type de celles évoquées précédemment qui figurent parmi les dispositions finales de certains traités bilatéraux de protection des investissements, et qui stipulent le maintien en vigueur, pour une certaine durée, du régime conventionnel après expiration ou dénonciation de l'instrument[1079]. Les effets de ces dispositions transitoires ont déjà été décrits au titre du maintien en vigueur de l'engagement juridictionnel après l'extinction du traité[1080]. A cet égard, de telles clauses ont pour premier mérite de permettre l'adjudication des réclamations constituées pendant que le traité était encore observable. Mais parce qu'elles portent sur le régime conventionnel dans son ensemble, elles doivent, au surplus, étendre le domaine de compétence aux demandes constituées après la terminaison du traité[1081]. A l'image de ce qui a été dit de l'applicabilité provisoire, l'exercice du pouvoir juridictionnel se trouverait, le cas échéant, fondé sur la faculté d'appliquer les règles à une date où l'acte n'existait pas en tant que tel. Pour le reste, le sort des réclamations survenues pendant ce laps de temps n'est pas distinct de celui des demandes fondées sur la violation d'un traité toujours en vigueur. Ces « clauses de survie » peuvent d'ailleurs s'envisager

[1078] Occasion a déjà été faite de le mentionner au titre de la disposition de l'article 58 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme : voir la décision de la Commission européenne des droits de l'homme en date du 26 mai 1970 rendue dans l'affaire *Danemark, Norvège et Suède c. Grèce* déjà citée *supra*, note n° 757. Voir également plus récemment, les affaires *Papamichalopoulos c. Grèce* (req. n° 14556/89, arrêt du 24 juin 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72, spéc. p. 69, § 40), *et Karagiannis et autres c. Grèce* (req. n° 51354/99, décision sur la recevabilité du 11 octobre 2001) dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme avait jugé au sujet d'une prétendue violation de la Convention survenue avant la prise d'effet de la dénonciation par la Grèce que celle-ci ne se trouvait pas dégagée de ses obligations « en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation (…) aurait été accompli par elle » avant cette date.

[1079] Pour d'autres exemples de clause de sauvegarde, voir la déclaration jointe au traité de 1926 conclu entre la Grèce et le Royaume-Uni, et appliquée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ambatielos* (voir *supra*, n° 153, 296), ou encore la disposition de l'article XIX de la Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des navires nucléaires du 15 mai 1962 évoquée par P. Guggenheim dans son *Traité de droit international public*, *op. cit.*, p. 219.

[1080] Voir *supra*, n° 172.

[1081] Sur l'indissociabilité des dispositions substantielles et procédurales à l'égard du régime prévu par la clause de survie, voir *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, sentence arbitrale partielle du 27 mars 2007, § 178.

comme un préavis de dénonciation élargi qui ne permet pas, au bout du compte, d'éviter les situations dans lesquelles le titulaire d'un droit à réparation se trouvera dans l'incapacité de le faire valoir devant le juge, une fois le délai d'applicabilité prolongée écoulé.

Conclusion Chapitre 2 et du Titre 1

310. A l'issue de cet examen, il est possible d'affirmer que l'applicabilité temporelle des règles de fond ressortit à un registre différent de la « compétence temporelle », telle qu'on l'associe à la présence directe du temps dans l'engagement juridictionnel. En règle générale, la question de savoir si les faits litigieux n'échappent pas à l'emprise des règles que la juridiction a pour fonction d'appliquer, ne se rapporte pas à la portée de l'obligation juridictionnelle, mais uniquement à l'étendue de l'obligation de fond assumée par l'Etat défendeur à l'instance. Il arrive que les règles pour lesquelles la juridiction est compétente contiennent elles-mêmes des conditions temporelles, comme dans le cas précédemment pris en exemple où était exigé le remboursement des sommes perçues au titre d'impôts institués au cours d'une période donnée. L'appréciation de la date à laquelle l'impôt a été levé, et plus généralement du moment où a été adoptée la conduite litigieuse, reviendrait, dans ce type de situations, à examiner si cette conduite se rapporte *prima facie* aux règles en cause. Un tel examen répondrait, en d'autres termes, à une condition posée par l'engagement juridictionnel, qui n'attribue compétence que pour les faits ou différends relatifs à ces mêmes règles. Il se rapporterait, dans cette mesure, à la détermination de la compétence matérielle du tribunal. En pratique, cependant, l'identification de la date des faits est le plus souvent menée en l'absence de toute condition temporelle dans la règle de fond. L'opération vise alors uniquement à s'assurer que la réclamation n'est pas manifestement mal fondée, en raison de l'inapplicabilité de la règle à la date des faits litigieux. L'altérité des conditions attachées à l'étendue temporelle de compétence se trouve ainsi caractérisée. Ces conditions renvoient à deux aspects distincts de l'exercice du pouvoir juridictionnel *ratione temporis* : la compétence matérielle du tribunal dans le premier cas, et la non inapplicabilité manifeste de la règle de fond, dans l'autre. Il doit en être tiré pour conclusion que la notion d'étendue temporelle de compétence ne présente aucune unité du point de vue de son contenu logique. Comme on peut, par ailleurs, déjà le mesurer, la raison pour laquelle le juge évoque sa « compétence temporelle » là où il ne s'agit que d'une appréciation anticipée d'un aspect du fond de

l'affaire, tient à la nature du problème qu'il va concrètement s'agir de résoudre. Que l'élément temporel apparaisse directement ou indirectement dans l'engagement juridictionnel, il rend, dans tous les cas, nécessaire l'identification de la date de constitution des situations contentieuses, et les juridictions internationales ne vont, comme il s'agit désormais de le démontrer, pas faire de distinction suivant que les faits en cause sont simplement générateurs de différends ou, au surplus, générateurs de l'application d'une règle de droit déterminée.

TITRE 2 – LOCALISATION DU DIFFEREND DANS LE TEMPS

311. Le domaine de compétence identifié, la détermination de l'aptitude à connaître de la requête suppose, désormais, de situer dans le temps les faits litigieux et/ou le différend auxquels cette requête se rapporte. A cet égard, si l'établissement par les tribunaux de leur sphère de compétence temporelle a révélé la différence de nature des deux conditions susceptibles d'être posées à l'exercice de la juridiction, l'une ressortissant au registre de la compétence à proprement parler, l'autre à celui de la non inapplicabilité des règles de fond, il a également permis de caractériser deux façons de limiter l'exercice du pouvoir de juger *ratione temporis*. La première limite consiste à tenir compte de la date à laquelle le différend s'est constitué entre les parties. La seconde renvoie à la date des faits et situations qui ont constitué la source de leur désaccord. C'est sur la base de cette distinction, davantage que sur celle fondée sur la nature de la condition *ratione temporis*, que s'articulent les solutions retenues par les juridictions internationales. Certains auteurs ne verraient pourtant dans cette différence de dates critiques, qu'une simple « nuance »[1082]. Il a notamment été affirmé, au sujet des limitations posées par les clauses temporelles de double exclusion, que la distinction entre la date du litige, et celle de ses faits générateurs, est purement « formelle »[1083]. Il faut effectivement admettre, à ce propos, que la référence, même exclusive, dans l'engagement juridictionnel à la date de cristallisation du différend, n'aboutit pas à exclure toute pertinence aux circonstances qui en sont à l'origine. C'est même encore, dans une large mesure, en référence à leur cause factuelle que les juridictions situent le ou les différents litiges dans le temps. L'objet de la question posée demeure malgré tout bien distinct dans les deux hypothèses envisagées, et aboutira, le plus souvent, à porter un regard différent sur la même situation contentieuse. La façon la plus simple d'en rendre compte, consiste à faire précéder l'analyse de la détermination de la compétence à raison de la date des faits litigieux (Chapitre 1), à la restitution des solutions retenues par les juridictions internationales dans le cas où la date du différend est décisive (Chapitre 2).

[1082] Voir également J.-P. Cot, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Droit de passage sur territoire indien (fond) », *A.F.D.I.*, 1960, pp. 315-337, spéc. p. 322 : « [i]l est déjà délicat de déterminer la date d'un différend. Lorsqu'il faut tenir compte de la date des situations ou des faits dont le litige est issu, les nuances deviennent infinies ».

[1083] Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 40 : « *in the long run, there is little practical significance in this distinction, at least in so far as concerns what occurs in the process of reaching the decision : a distinction between the date of a dispute, and the date of the facts and situations regarding which that dispute exists, may be one of form only* ».

Chapitre 1. Détermination de la compétence à raison de la date des faits litigieux

312. La détermination de la compétence temporelle à raison de la date de survenance des faits litigieux, est une opération relativement fréquente, et souvent complexe. Elle concerne, comme on le sait, l'ensemble des situations dans lesquelles l'engagement juridictionnel a identifié les différends ou réclamations relevant du domaine de compétence, en considération de la date à laquelle les faits générateurs de responsabilité sont survenus, ainsi que l'ensemble des situations dans lesquelles la compétence a été établie pour un texte dont le tribunal juge opportun d'apprécier l'applicabilité *ratione temporis* dès la phase préliminaire. Les solutions retenues dans ces différents cas de figure, confirment l'idée avancée précédemment selon laquelle la détermination de la « compétence temporelle » renvoie à une opération identique, menée à des fins différentes. En effet, qu'il s'agisse d'identifier la date de réalisation des faits générateurs de responsabilité, ou celle des faits générateurs de l'application des règles de fond, les juridictions internationales s'en remettent aux mêmes règles de droit intertemporel et aboutissent, le plus souvent, aux mêmes conclusions. Le traitement pratique des deux principales difficultés auxquelles se heurte la détermination de la compétence à raison des faits litigieux, en atteste. La première difficulté concerne la situation dans laquelle la demande portée à la connaissance du juge vise une série de faits dispersés, de part et d'autre de la date critique, la détermination de la compétence temporelle nécessitant ainsi d'établir à quel *moment* s'est produite la violation du droit international (Section 1). L'autre situation concerne la *durée* du fait illicite. Il se peut, en effet, qu'une situation litigieuse ait débuté avant la date critique, mais qu'elle se soit prolongée au-delà de cette date, et relève, à ce titre, du domaine de compétence (Section 2).

313. Le premier problème auquel peut se heurter la détermination de la compétence temporelle concerne l'hypothèse dans laquelle les faits litigieux se trouvent répartis de part et d'autre de la date critique. Ce phénomène de « dispersion » des faits est bien connu du droit transitoire. Voici comment il a pu être présenté en droit interne :

> « que doit-on faire lorsqu'un fait, correspondant au présupposé de la règle, s'est déroulé avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et un autre fait après cette entrée en vigueur (…). La loi ancienne et la loi nouvelle peuvent l'une et l'autre prétendre à régir ces faits. En effet, chacune de ces deux lois se trouve en vigueur au moment où se produisent certains des faits visés par le présupposé ; aucune des deux n'est donc automatiquement exclue. Réciproquement, les faits ne s'étant pas tous produits sous l'empire de l'une des deux lois, aucune d'entre elles ne possède de vocation exclusive à s'appliquer. Il faut effectuer un choix entre deux règles *a priori* applicables »[1084].

L'analogie avec le droit interne s'arrête toutefois à la manière de formuler le problème de droit intertemporel posé au juge, et cela pour deux raisons. La première tient au fait que la résolution du problème de la dispersion suppose, en droit interne, qu'une option soit prise entre les différents agissements, en vue de déterminer celui qui individualisera l'effet juridique de la règle de droit. La question est le plus souvent illustrée par les infractions dites d'habitude, comme l'exercice illégal de la médecine, dont la réalisation suppose la commission de plusieurs actes. Le juge pénal favoriserait, par exemple, l'application générale de la loi nouvelle en considérant que l'infraction est punissable à compter du dernier acte de la série. Il opterait, à l'inverse, pour la survie de la loi ancienne s'il considère que seul le premier acte est décisif pour la détermination du droit applicable. La question se présente différemment en droit international. En effet, la juridiction ne s'estimera pas investie de la faculté de désigner arbitrairement lequel des faits doit prévaloir sur les autres, pour déterminer le droit applicable à la compétence. Elle s'en remettra uniquement aux solutions indiquées par les règles intertemporelles de droit commun, qui font précisément obstacle à la réunion des faits disséminés de part et d'autre de la date critique (§ 1).

La seconde raison de distinguer les solutions du droit interne de celles du droit international découle des circonstances dans lesquelles le problème de la dispersion des faits aura ainsi exclusivement vocation à se poser devant le juge international, au titre de la

[1084] J. Héron, *Les principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 84.

détermination de sa compétence temporelle. Les seules hypothèses dans lesquelles celui-ci serait effectivement mis dans l'obligation d'opérer un « choix » entre plusieurs agissements, répartis de part et d'autre de la date critique, mettront en jeu une ou plusieurs infractions, dont chacune nécessitait pour sa réalisation la commission d'un acte unique (§ 2).

§ 1 - PRINCIPES INTERTEMPORELS APPLICABLES A LA COMPETENCE

314. Le problème de la dispersion tel qu'il se présente en droit interne, et tel qu'il pourrait également trouver à se poser au titre de la compétence temporelle des juridictions internationales, a trait aux hypothèses dans lesquelles le « fait » à prendre en considération pour l'application de la règle de droit est constitué d'une somme d'agissements répartis avant et pendant – ou pendant et après – la période durant laquelle cette règle était applicable. On parle, à ce titre, de « suites délictuelles », ou de « faits multiples », pour désigner ces comportements dont le regroupement est institué en fait internationalement illicite, et c'est à l'occasion de l'évocation de ces faits que les principes intertemporels applicables à la compétence ont pu être énoncés. On en trouve la première ébauche dans les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat et, à titre principal, dans les différents rapports de Roberto Ago qui, le premier, a engagé une réflexion sur le facteur temps dans la réalisation de l'illicite. Tels qu'ils s'y trouvent présentés, les faits multiples constituent une séquence de faits indissociables, dont la poursuite pendant la période soumise à l'appréciation du juge serait une circonstance suffisante pour que celui-ci puisse en connaître (A). C'est dans les affaires où la conduite litigieuse était présentée sous cet angle, que le juge international a livré sa version des règles de conflit pertinentes, lesquelles font précisément échec à de telles tentatives de regroupement des faits répartis de part et d'autre de la date à laquelle débute ou s'achève la compétence (B).

A. Les principes dégagés à l'occasion des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat

315. Grand nombre d'études consacrées à la dimension temporelle de la violation internationale font référence aux travaux de Roberto Ago effectués au sein de la Commission du droit international, à l'occasion de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité

internationale de l'Etat[1085]. On doit effectivement au Rapporteur spécial d'avoir élaboré une classification des différents types de faits générateurs de responsabilité en fonction de leur *étalement* dans le temps. Outre le fait d'avoir posé les premiers jalons, Ago est le seul à avoir consacré un développement aux règles applicables à la compétence temporelle des juridictions internationales pour chaque catégorie juridique de faits identifiée. Ses différents travaux seront pris pour point de départ de l'analyse, d'autant qu'y figurent les deux variantes de « faits multiples », c'est-à-dire les « faits composés » (1) et les « faits complexes » (2) dont seuls les premiers ont été maintenus dans le projet d'articles adopté en lecture définitive par la Commission, en 2001.

1. Le « fait composé »

a. Définition

316. Le « fait composé » est la première figure citée par le projet de la C.D.I. qui serait susceptible de rassembler des faits répartis à différentes époques, au sein d'une infraction unique. Il est défini comme le fait « qui ressort d'une série d'actions ou omissions distinctes l'une de l'autre et relatives à des situations distinctes, mais dont l'ensemble comme tel réunit les conditions de la violation d'une obligation internationale »[1086]. La pratique d'apartheid[1087], le nettoyage ethnique, ou encore le génocide, sont les exemples les plus fréquemment donnés pour illustrer l'hypothèse du fait composé. A l'image du délit d'habitude du droit pénal, l'ensemble des actes concourt à la réalisation d'un objectif unique[1088] ; c'est

[1085] Voir notamment G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *A.F.D.I.*, 2006, pp. 1-54 ; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, pp. 17 et ss., 44 et ss.

[1086] *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 87, § 21.

[1087] Voir ainsi la définition que donne l'article 2 de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 : « l'expression 'crime d'apartheid', qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciale, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne des actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'être humains et d'opprimer systématiquement celui-ci » (*R.T.N.U.*, vol. 1015, p. 243).

[1088] *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 87, § 22 : « [l]a caractéristique distinctive d'un fait de ce genre est donc de comporter une répétition systématique d'agissements *ayant le même but, le même contenu et le même effet*, tout en se rapportant à des cas concrets indépendants l'un de l'autre » (nous soulignons). Certains auteurs insistent sur l'élément intentionnel qui serait révélateur d'un véritable acharnement de l'Etat. Eric Wyler considère que « c'est l'intention de nuire à l'Etat victime, actualisée dans les atteintes portées aux droits des ressortissants, qui fournit le ressort de l'illicéité, et cette intention existait au début du comportement étatique » : *L'illicite et la condition des personnes privées*, *op. cit.*, p. 57. Voir également, en ce sens, G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, pp. 14-19 ; J. Salmon, « Les obligations quantitatives et l'illicéité », *The International Legal System in Quest of Equity and Universality* : Liber Amicorum *Georges Abi-Saab*, pp. 305-325, spéc. p. 319 : « ce qui caractérise (…) le délit composé, c'est donc,

par leur répétition et leur accumulation que la signification à attribuer à chacun de ces agissements se trouve ainsi modifiée. A cet effet, il importe peu que les actions ou omissions, prises séparément, revêtent un caractère illicite[1089]. L'un des exemples donnés dans le projet est celui d'un traité d'établissement proscrivant l'adoption d'une pratique discriminatoire vis-à-vis des ressortissants d'un autre Etat, en matière d'activités industrielles ou commerciales[1090]. Il se peut qu'une décision expropriant un étranger d'une entreprise industrielle ou commerciale puisse déjà constituer, comme telle, une occasion de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat, mais elle ne saurait toutefois enfreindre l'obligation en cause qui envisage l'expropriation en tant que *pratique* illicite. Seule une série de comportements du même genre serait, en d'autres termes, capable de réaliser les conditions de sa violation, le fait composé étant caractérisé par le franchissement d'un certain *seuil de gravité*[1091].

Il peut être déduit de ce même exemple, que le fait composé enfreint une obligation elle-même composée ou plutôt « systématique », en tant qu'elle envisage le comportement délictueux par son caractère global ou cumulatif[1092]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs réfutent l'assimilation du fait composé à certaines pratiques administratives qui ne se distinguent pas, par la règle qu'elles violent, de chacune des situations individuelles qu'elles mettent en cause[1093]. Il a pu être insisté sur cet aspect dans les derniers

---

outre l'aspect quantitatif, l'existence d'un mobile qui unit l'ensemble des comportements critiqués en un acte illicite déterminé ».

[1089] Voir notamment le septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, pp. 44, § 38. Le Rapporteur spécial ne reprend pas dans cette mesure la distinction établie en droit pénal interne entre l'« infraction complexe » dont la réalisation nécessite « l'accomplissement d'une pluralité de faits différents concourant à un objectif unique » et l'« infraction collective par unité de but » ou « continuée » qui s'en rapproche « par la pluralité d'actes matériels qu'elle suppose [mais] s'en sépare dans la mesure où chaque fait isolément envisagé constitue une infraction » (Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 2000, 5ème éd., pp. 112-113).

[1090] Cinquième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1976, vol. II-1, p. 24, § 65.

[1091] Voir en ce sens Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *op. cit.*, p. 186.

[1092] Voir sur ce point le septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 44, § 38 : « les faits particuliers distincts qui, pris globalement, constituent la violation d'une obligation internationale peuvent, pris un par un, être internationalement licites. Il est également possible, et même fréquent, que chacun d'eux soit lui-même un fait internationalement illicite mais ce, notons-le, par rapport à une obligation internationale autre que celle qui détermine l'illicéité du fait d'ensemble ». Envisageant par ailleurs le cas des violations systématiques des droits de l'homme, le Rapporteur spécial admettait, en faisant référence à la pratique du Conseil économique et social des Nations Unies, qu'elles pourraient acquérir « l'identité d'une infraction autonome, différente de celle constituée par une violation isolée de ces droits » : *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 87, note n° 438 et *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 45, § 40.

[1093] L'affaire généralement prise en référence pour établir la distinction entre *pratique* et *fait composé* est celle opposant l'*Irlande* au *Royaume-Uni*, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme avait jugé que le recours à certaines techniques d'interrogatoires « s'analysait en *une pratique* de traitements inhumains et dégradants contraire à l'article 3 ». Elle avait abouti à ce constat en considérant qu'« une pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système *[sans toutefois] constitue[r] en soi une infraction distincte de ces manquements* » (arrêt du

développements de la Commission sur la question, au titre notamment de certaines violations des droits de l'homme qui, pour pouvoir être qualifiées de « composées », devraient permettre de dégager l'intention de mener une véritable « politique systématique », comme dans le cas du crime de génocide[1094].

317. Il convient, par ailleurs, de faire remarquer que le fait composé tire sa qualité d'une évaluation *a posteriori*, conférant un caractère rétroactif à des mesures qui, au moment de leur adoption, ne pouvaient être perçues comme participant d'une opération de plus grande ampleur. Comme l'indique R. Ago, parmi ces agissements s'en trouve un qui constituera en quelque sorte « le déclic [faisant] apparaître, non pas une simple succession accidentelle de faits isolés mais un fait global méritant en tant que tel une définition à part »[1095]. Il en résulte que le moment d'apparition de l'illicite ne coïncide pas avec celui à compter duquel le fait composé avait débuté. Le Rapporteur spécial considère toutefois que la violation serait

---

18 janvier 1978, req. n°5310/71, *Rec. C.E.D.H.*, vol. 25, p. 5-96, spéc. p. 64, § 159 ; nous soulignons). Pour les commentaires de cette affaire, voir J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, A/CN.4/498 (Rapport reproduit in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, II-1, pp. 3-100), §§ 122-124 ; du même auteur, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003, p. 170 ; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violations des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, spéc. pp. 27-29 ; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 62-63. Voir par ailleurs, au titre d'une telle distinction entre fait composé supposant une « infraction distincte des différents manquements invoqués » et pratique, la sentence arbitrale du 22 avril 2008, *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, § 619, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 492. *A contrario*, le professeur Salmon estime que les comportements distincts peuvent être, même dans l'hypothèse du fait composé, « de même nature » que le comportement global (« Les obligations quantitatives et l'illicéité », *op. cit.*, pp. 320-323). Le professeur Distefano aboutit à la même conclusion, estimant notamment que « [l]a différenciation des obligations violées n'est (…) pas le caractère exclusif du fait composé » (« Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 19).

[1094] Voir J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, *op. cit.*, §§ 121-124, spéc. § 121 ; du même auteur, *Les articles de la C.D.I sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 168-172. Le Rapporteur Crawford du nouveau projet d'articles établit un lien direct et nécessaire entre le systématisme du fait et la structure de l'obligation que ce fait contrarie. Il cite ainsi l'exemple de l'interdiction du génocide qui constitue, selon lui, « un bon exemple de règle primaire 'systématique' en ce sens qu'elle implique (…) que l'entité responsable doit avoir adopté une politique ou un comportement systématique (…) » (*Deuxième rapport*, §§ 121-122). Voir également, en ce sens, Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *op. cit.*, p. 187 : « [l]e fait composé est un fait illicite distinct de la suite délictueuse, des comportements répétés, qui le composent. Les événements successifs ne sont pas simplement additionnés, ils sont utilisés pour mettre en évidence une pratique massive ou systématique qui révèle le refus ou le rejet de l'application du droit ».

[1095] Septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 45, § 41 et le projet d'article 25 § 2, *An. C.D.I.* 1978, I, p. 218 : « [l]a violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé ». L'actuel projet d'article 15.1 lui préfère cette version : « [l]a violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une telle série d'actes ou d'omissions, n'a lieu que lorsque se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite » (J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 168).

considérée se « perpétrer » pendant toute la période débutée par la première des actions ou omissions, et aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent[1096].

b. Fait composé et intertemporalité

318. La question de l'intertemporalité précède la définition même du « fait composé » dans les développements du Rapporteur spécial. C'est effectivement en considération des hypothèses dans lesquelles la conduite de l'Etat a débuté à une époque où celui-ci était libre d'agir dans la matière considérée, pour se poursuivre après l'entrée en vigueur de l'obligation internationale, qu'Ago a engagé sa réflexion sur une classification des différents types de faits illicites[1097]. Le problème de droit intertemporel tenant à ce mode de constitution de l'illicite par « agrégation » se conçoit ainsi aisément ; il se posera chaque fois qu'un ou plusieurs comportements litigieux ont été pris, alors que l'obligation considérée n'était pas encore ou, à l'inverse, déjà plus en vigueur. La solution que propose le Rapporteur est directement déduite du principe suivant lequel « il y a violation par un Etat d'une obligation internationale déterminée si celle-ci était en vigueur pour cet Etat au moment où il a adopté un comportement non conforme à celui que requérait ladite obligation »[1098], puisqu'il s'agit de ne prendre en considération que les actions ou omissions qui se sont produites pendant que l'obligation se trouvait à la charge de l'Etat. Une fois ces agissements isolés des autres, il convient alors de voir « si leur ensemble, quoique plus réduit, suffit malgré tout à constituer (…) le fait interdit par l'obligation »[1099]. Prenant l'exemple de l'obligation qui fait interdiction à l'Etat d'adopter une pratique discriminatoire au titre de l'accès des ressortissants étrangers à certains professions, Ago estime que la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée sur la base de quelques refus opposés pendant la période considérée, nonobstant la fréquence de ceux qui auraient pu être opposés à une époque où l'obligation n'était pas en vigueur[1100]. La « pratique » ne saurait être qualifiée de telle, et ainsi tomber sous le coup de l'incrimination,

---

[1096] Voir le projet d'article 25 § 2 in *An. C.D.I.* 1978, I, p. 218, poursuivant l'extrait cité *supra*, note précédente : « [t]outefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent ». Sur la dissociation du temps de la violation et de sa durée de perpétration, voir également W. Karl, « The Time Factor in the Law of State Responsibility », *in* M. Spinedi et B. Simma (éd.), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York/Londres/Rome, Oceana, 1987, pp. 95-114, spéc. pp. 103-106.

[1097] Cinquième rapport, *An. C.D.I.*, 1976, II-1, pp. 22-24.

[1098] Cinquième rapport, *An. C.D.I.*, 1976, II-1, p. 22, § 61. Le même principe est formulé en des termes équivalents au titre du projet d'article 17 § 1 : *ibid.*, p. 25.

[1099] *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 87, § 22 ; voir également le cinquième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1976, II-1, p. 24, § 66.

[1100] Cinquième rapport, *An. C.D.I.* 1976, II-1, p. 24, § 66 ; voir également *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 87, § 22.

que dans la mesure où elle s'est constituée à une époque où l'Etat était tenu par son engagement international. La solution n'a, en soi, rien d'inédit ; elle avait déjà pu être recommandée par le Rapporteur Sørensen à l'occasion de débats sur le problème de droit intertemporel[1101]. Elle est, par ailleurs, rappelée par J. Crawford dans son commentaire de l'article 15 du projet adopté en lecture définitive par la Commission du droit international en 2001[1102], et constitue une simple application du principe cardinal énoncé à l'article 13 de ce même projet, d'après lequel « le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit »[1103].

c. Fait composé et compétence temporelle

319. Ago consacre un développement particulier à la question de l'admission du fait composé dans le champ de compétence temporel. Les solutions n'apparaissent pas, en effet, comme la stricte projection des principes dégagés précédemment au titre du droit intertemporel de droit commun. Il s'agirait, à ce propos, d'établir si la clause de juridiction a vocation à s'étendre à des faits qui, ajoutés à ceux qui se seraient précédemment produits, n'auront fait que révéler le caractère systématique – et donc illicite – de la conduite de l'Etat, ou si l'attribution de compétence ne vaut, à l'inverse, que pour les infractions dont l'ensemble des éléments constitutifs sont contemporains de la période que la clause désigne. Même dans ce dernier cas, le Rapporteur estime cependant qu'il y aurait lieu de se demander « si la circonstance qu'une partie de ces faits particuliers – dont justement ceux qui ont fait ressortir, ou qui ont du moins confirmé, la portée globale de la conduite de l'Etat et son illicéité – aient eu lieu après la date de référence ne suffirait pas à faire considérer la 'pratique' comme subsistant en tant que telle après ladite date, et donc à la faire entrer dans la compétence du tribunal »[1104]. Dans cette mesure, c'est en tant que situation *en cours de constitution* ou même en tant que *fait accompli* que la conduite étatique serait portée à l'attention du juge. Ago ne donne toutefois aucune raison pour justifier cette solution qui, au bout du compte, autorise

[1101] M. Sørensen, *in* « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 37-38.
[1102] J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 172. Voir également son *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, *op. cit.*, § 121.
[1103] Voir sur cette règle, P. Tavernier, « Relevance of the Intertemporal Law », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (éd.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 397-403, spéc. pp. 398-400.
[1104] Septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 37, § 23.

une juridiction à connaître des faits exclus *ratione temporis* de son domaine de compétence[1105].

2. Le « fait complexe »

a. Définition

320. Si le fait composé se forme par une série d'actions ou d'omissions analogues relatives à des situations différentes, le « fait complexe » met en jeu une pluralité d'actions ou omissions d'un organe identique ou, le plus souvent, d'organes différents intervenant dans un cas d'espèce donné. A l'image du fait composé, cependant, il s'agit d'un fait « multiple », constitué de la conduite de chacun des organes ayant successivement concouru à empêcher le *résultat* requis par l'obligation internationale. La notion de fait complexe est effectivement une façon d'expliquer la date à laquelle se produit, et partant la manière dont se réalise, la violation de certaines obligations dites « de résultat » que l'on trouve principalement dans le domaine du traitement des étrangers, et qui laissent à l'Etat non seulement le soin de choisir l'attitude à adopter pour réaliser la prestation qu'elle ordonne, mais également « une faculté de corriger, en recourant à de nouveaux moyens, la situation impropre éventuellement provoquée, dans un cas d'espèce donné, par les moyens initialement utilisés, de façon à atteindre, à un deuxième stade, le résultat internationalement requis – ou, du moins, un résultat équivalent »[1106].

Plusieurs exemples sont donnés, dans le projet, à l'appui de cette définition, tel l'acquittement par tous les degrés successifs de juridiction des auteurs d'un crime contre le représentant d'un gouvernement étranger, ou encore la violation de la liberté d'établissement. Le Rapporteur spécial considère, en effet, que l'obligation conventionnelle imposant d'admettre les ressortissants d'un pays étranger déterminé à l'exercice d'une certaine profession ne saurait être définitivement violée par le refus opposé d'une autorité administrative subalterne et, de manière plus générale, tant que le résultat voulu par l'obligation peut encore être assuré, soit par une révision de ladite autorité, soit par une

[1105] G. Distefano qui juge la solution du Rapporteur spécial bien fondée, la justifie en considérant que l'Etat fautif « n'arrêtera probablement pas la pratique illicite au moment même où le caractère délictueux apparaît » (« Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 21). Voir toutefois, pour une critique de cette solution, J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, *op. cit.*, § 130 ; J. Pauwelyn, « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *B.Y.B.I.L.*, 1995, pp. 415-450, spéc. p. 446-447.
[1106] Septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 46, § 42.

révision ou une modification de cette décision par une autorité supérieure[1107]. On comprend ainsi, avec cet exemple, la raison pour laquelle le « déni de justice » est présenté comme le délit complexe « par excellence » : l'illicite ne peut être consommé par le prononcé d'une décision unique et susceptible de recours, mais uniquement par la réunion de l'ensemble de tous les comportements adoptés par les instances judiciaires qui pouvaient être saisies, et qui auront continué la conduite du premier organe[1108].

321. L'admission d'un tel « droit de repentir » (*locus poenitentiae*) au bénéfice de l'Etat est déterminée par plusieurs facteurs qui tiennent à la structure de l'obligation considérée. Tout devrait effectivement dépendre du degré de discrétion que celle-ci confère à son destinataire quant aux moyens par lesquels il pourrait s'y conformer. Le fait complexe met, on l'a dit, uniquement en jeu des obligations requérant de l'Etat qu'il assure un certain *résultat*, par opposition aux obligations dites « de comportement spécifiquement déterminé » – ou « de moyens » – qui « s'introduisent en quelque sorte dans le domaine de la compétence interne des Etats pour leur indiquer la manière même dont ils doivent s'[en] acquitter »[1109]. Mais, même parmi celles qui relèvent de la première catégorie d'obligations, s'en trouvent certaines qui n'accorderont qu'une marge d'action limitée, suggérant un moyen plutôt qu'un autre pour aboutir au résultat requis. C'est ainsi au titre des différentes facultés que l'obligation laisse à l'Etat de remédier à la situation créée par son premier agissement que le « degré de permissivité » est susceptible de varier[1110]. Dans les exemples évoqués

---

[1107] *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 88, § 23.

[1108] Voir sur ce point les arguments échangés au cours de la phase orale de la procédure dans l'affaire des *Phosphates*, restitués in *An. C.D.I.* 1977, I, pp. 250-251. Voir également J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, *op. cit.*, § 97, ainsi que l'opinion dissidente du juge Loucaides dans l'affaire *Blečić c. Croatie* (req. n° 59532/00, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (G.C.) du 8 mars 2006).

[1109] *An. C.D.I.*, 1977, II-2, p. 15, § 9. Le professeur Combacau aboutit, au sujet du découpage opéré par Ago, à la conclusion que « la distinction des obligations selon qu'elles consistent dans un comportement ou dans un résultat importe moins que le degré de conditionnement du comportement de l'Etat par la règle » (J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, p. 203). Aussi une telle distinction ne reflète pas la distinction classiquement établie en droit interne entre obligations de « moyen » et de « résultat » : *ibid.*, pp. 193 et ss. Voir également, en ce sens, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., pp. 859 et ss., spéc. p. 860. Il reste que les tribunaux internationaux continuent d'employer le terme d'obligations de « moyen » dans le sens civiliste, par opposition aux obligations « de résultat », pour désigner l'obligation faite de « mettre tout en œuvre », de s'efforcer d'atteindre l'objectif fixé. Ainsi, le fait qu'un tel objectif n'ait pas été atteint n'engagerait pas (forcément) la responsabilité du débiteur de l'obligation : voir par ex. *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 juin 2001, *Rec*. 2001, pp. 466-517, spéc. pp. 506-508, spéc. §§ 111-112. Voir également au titre des obligations dite de vigilance ou de prévention, les solutions de la pratique restituées par le professeur Poirat, in *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 272-274.

[1110] Comme le note le professeur Combacau, toutes les obligations prises en illustration par le Rapporteur sont « permissives » en tant qu'elles ne sont pas « déterminée[s] de façon univoque ». Le « degré de permissivité » dépendrait, quant à lui, « exclusivement du nombre des voies qui sont offertes à l'Etat pour l'exécuter : deux,

précédemment concernant l'obligation d'assurer un certain traitement judiciaire ou de permettre aux étrangers de s'établir librement, l'Etat se voit donner la possibilité de corriger les effets de son comportement initial non conforme à l'obligation, en ayant recours à un ou plusieurs nouveaux comportements susceptibles d'assurer le traitement requis par le droit international. Dans d'autres hypothèses, cependant, l'action initiale aura eu pour effet de rendre l'objectif fixé définitivement irréalisable. Le caractère « irrémédiable » de la défaillance devrait pouvoir être logiquement déduit de l'objet et du but de l'obligation en cause[1111] ; tel est par exemple le cas d'un manquement à l'article 22 § 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques qui engage l'Etat accréditaire à « prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie ». Il est entendu que si l'Etat disposait à l'origine d'une pleine liberté quant au choix des moyens par lesquels il assurerait la protection requise, il se trouverait dépourvu de toute possibilité d'effacer les conséquences d'un premier échec qui se serait, par exemple, traduit dans l'invasion ou la destruction de l'ambassade.

D'autres situations, plus incertaines, nécessitent une analyse approfondie du contenu de l'obligation, pour déterminer la disponibilité des moyens de remédier *ex post facto* à la situation créée par le premier agissement, d'autant que le Rapporteur envisage un ultime cas de figure dans lequel l'Etat, bien qu'ayant définitivement compromis la réalisation du résultat principal requis, obtient une nouvelle possibilité de ne pas engager sa responsabilité en assurant un « résultat de rechange ». R. Ago donne l'exemple du dédommagement des ressortissants étrangers dont les biens ont été soumis à expropriation[1112], ou encore le cas dans lequel l'Etat se conformerait à son obligation internationale de ne pas arrêter ou détenir

---

quelques-unes, une infinité » : « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, p. 193.

[1111] Sixième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.*, 1977, II-1, p. 20. Illustration avait déjà été faite par le professeur Reuter dans son cours sur la responsabilité internationale de l'Etat, de l'importance à accorder à l'objet de l'obligation mise en cause : « supposons un traité international qui interdise à un Etat de procéder à des expropriations sans une juste et préalable indemnité ; une loi est votée autorisant l'exécutif à procéder à ces expropriations. L'Etat est-il responsable internationalement dès le vote de cette loi, ou bien faut-il attendre pour pouvoir affirmer cette responsabilité que l'exécutif ait effectivement prononcé des expropriations en application de cette loi ? ». Pour y répondre, il s'agit pour le professeur d'établir une distinction selon que l'interdiction en question s'applique au profit des propres ressortissants de l'Etat obligé ou qu'elle concerne uniquement les étrangers ; dans le premier cas, les actes en question seraient tous contraires au droit international et la violation, « certaine[,] car il n'est guère concevable que le législateur accepte la pensée qu'aucune expropriation soit prononcée quand il les autorise ». Dans le second, en revanche, rien ne permettrait d'acquérir la certitude que la loi n'ait pas réservé la faculté aux autorités exécutives de ne pas exproprier les biens étrangers : P. Reuter, « Droit international public : la responsabilité internationale, problèmes choisis », Doctorat, Paris, Les nouvelles institutes, 1955-1956, pp. 95-96.

[1112] Sixième rapport, *An. C.D.I.* 1977, II-1, p. 12.

arbitrairement les sujets en indemnisant les victimes d'une arrestation ou d'une détention illégale[1113].

Le concept de « fait complexe » se trouve ainsi attaché à des situations normatives qui préfigurent des possibilités de « repli ». Dans le cas des obligations requérant d'assurer un traitement convenable à l'égard des ressortissants étrangers admis à séjourner sur le territoire de l'Etat, ces possibilités se traduisent le plus souvent dans la faculté des sujets de s'adresser aux juridictions étatiques pour faire valoir leur cause. L'épuisement des voies de recours internes compterait ainsi parmi les conditions d'existence de la violation, sachant que les différents échecs de la victime dans sa tentative d'obtenir le redressement de ses droits seront associés au premier fait dommageable pour former une infraction unique. On trouve même là, la raison première qui avait conduit le Rapporteur spécial à échafauder sa théorie du « fait complexe ». Ago ne conçoit pas effectivement que la survenance d'un acte contraire au droit ne puisse *ipso facto* engager la responsabilité de son auteur. Aussi considère-t-il que l'intervalle formé par le premier agissement dommageable et le dernier recours interne disponible dont le rejet autorise l'action internationale, représente le temps nécessaire à ce qu'une conduite jusque-là considérée comme « non conforme » au droit, se perfectionne en « véritable » fait illicite[1114]. Loin de constituer une simple condition de recevabilité, l'épuisement des recours judiciaires marque, dans cette mesure, la faillite irrémédiable des organes de l'Etat et avec elle, le moment d'apparition d'une violation qui aura débuté au jour du premier agissement ayant initié le « fait complexe ».

b. Fait complexe et intertemporalité

322. Le problème de coordination entre la validité temporelle de l'obligation internationale et le *tempus commissi delicti* du fait complexe semble, à première vue, se poser dans des termes équivalents à ceux évoqués au titre du fait composé. Parce que la violation du droit ne se produit qu'au moment de réalisation du dernier élément de la suite délictueuse, et qu'elle constitue, de surcroît, l'aboutissement global de tous les comportements adoptés au titre du même cas d'espèce, il va de nouveau s'agir de déterminer à quels agissements attribuer une valeur constitutive du fait illicite. La solution du projet d'articles est toutefois sans commune mesure avec celle retenue pour le fait composé. La différence tient

[1113] *Ibid.*, p. 13. Le Rapporteur spécial faisait ici explicitement référence à l'obligation énoncée à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
[1114] Voir notamment le septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1977, II-1, p. 24, § 52. Voir également, dans cette perspective, Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *op. cit.*, p. 193.

principalement à l'inégale importance attachée aux différentes composantes du fait complexe. Le premier agissement constitue le véritable pivot de l'illicéité. Il est à l'origine du processus délictuel que les actions ou omissions ultérieurs ne feront que compléter et parachever. Ce premier agissement devra donc avoir été pris pendant la période d'applicabilité de l'obligation. Ago estime, en bonne logique, que les organes supérieurs ne sauraient être tenus d'effacer les conséquences d'une première décision au titre d'une obligation qui n'était pas en vigueur à l'époque où cette décision avait été prise. Le refus éventuel de ces organes d'adopter un comportement différent ne pourrait, à l'évidence, parfaire une violation qui n'a pas même commencé d'exister ; tout au plus pourrait-il constituer un premier refus opposé à une nouvelle demande et ainsi déclencher un nouveau processus[1115]. Réciproquement, le fait que le premier acte absorbe, pour ainsi dire, la substance de la violation aura pour effet de n'attacher aucune importance au fait de savoir si l'obligation considérée était toujours à la charge de l'Etat au moment où ont été adoptés les comportements successifs ultérieurs. Pour peu que le processus de la violation ait été mis en marche, le Rapporteur considère que celle-ci demeurera tant qu'aucune autre action ne l'aura faite cesser. Il en tire la conséquence suivante :

> « si, donc, les autres organes qui peuvent intervenir dans l'affaire veulent éviter que cette violation se consolide, devienne définitive et produise ses effets sur le plan de la responsabilité internationale, ils doivent agir pour rendre la situation *ab initio* conforme au résultat voulu par l'obligation, sans se laisser influencer par le fait que celle-ci ait entre-temps cessé d'être en vigueur »[1116].

En conclusion, il faut retenir que l'enclenchement du processus délictueux doit avoir été amorcé par une action ou une omission accomplie pendant la période durant laquelle

[1115] Sixième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1976, II-1, p. 25, § 70.

[1116] *Ibid.* Voir également le commentaire du projet d'article 18 § 5, *An. C.D.I.*, 1976, II-2, pp. 88-89. Cette solution a pu être contestée dans la mesure où elle aboutit à ce que la violation qui intervient au jour du comportement final, puisse se produire à une époque où l'obligation aurait cessé d'être en vigueur : voir, dans cette perspective, G. Perrin, « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 271-291, spéc. p. 287. Bien que citée à l'appui de la conception d'Ago (voir notamment G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 47), l'appréciation portée par le juge Bedjaoui dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* est également en contradiction avec cette absence de simultanéité des faits successifs et de l'obligation considérée. Si le juge considère, dans cette affaire, que le « détournement du Danube (…) devrait 'rétroactivement' servir de 'révélateur chimique' pour colorer d'une teinte illicite l'ensemble des opérations de la variante C », il ne parvient à une autre conclusion que parce qu'il « ne parvien[t] pas à imaginer qu'une action de l'Etat, inscrite comme un maillon dans une chaîne, ne puisse recevoir sa coloration illicite *dès lors qu'elle s'achève par un dernier maillon reconnu lui-même illicite* » (opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, pp. 120-141, spéc. pp. 130-131, § 42).

l'obligation était en vigueur, même si le fait illicite n'a été complété et perfectionné qu'après coup.

c. Fait complexe et compétence temporelle

323. Le détachement du régime de compétence temporelle vis-à-vis des règles gouvernant l'application du droit dans le temps dérive des observations dégagées précédemment. Etant dit, d'une part, que le « moment décisif » est celui du premier agissement qui ouvre la chaîne de l'illicite (*iter*) et que la violation serait, d'autre part, réputée se perpétrer jusqu'au comportement conclusif sans même nécessiter de l'obligation en cause qu'elle se soit maintenue pendant toute cette période, le Rapporteur spécial considère qu'une juridiction qui ne se trouverait même formellement saisie que de quelques refus de rectifier le comportement initial, mais principalement de celui par lequel la violation aurait été définitivement acquise, devrait juger sa compétence établie *ratione temporis* [1117]. Le Rapporteur spécial n'exclut pas toutefois la possibilité pour les parties d'avoir rédigé la clause de juridiction de telle façon qu'elle ne porte que sur les délits dont tous les éléments seraient postérieurs à la date critique[1118]. P. Reuter avait d'ailleurs déjà abouti à cette conclusion et considéré que la théorie du « délit complexe » ne serait ainsi en mesure d'apporter aucune solution d'ensemble à la question de la datation de l'agissement illicite et, *a fortiori* au problème de compétence temporelle des juridictions internationales. Ce qui serait en cause au titre de la compétence, estimait-il, constitue « moins un problème de théorie abstraite de la responsabilité internationale qu'une question d'interprétation de la volonté des parties en cause »[1119].

[1117] La même solution est retenue par M. Sørensen mais sur la base de motifs différents, et au titre de l'applicabilité de la règle de fond – qu'il ne distingue pas cependant des solutions applicables à la compétence temporelle –, dans son rapport provisoire à l'Institut de droit international, en ce qui concerne les « phénomènes » susceptibles de se répéter et/ou de s'étaler sur le domaine d'applicabilité de plusieurs normes (voir § 2. b - 2. e de la résolution, *An. I.D.I.*, t. 56, p. 538). Exemple est ainsi donné d'un traité d'établissement qui prévoit qu'un ressortissant d'un Etat contractant ne pourrait être l'objet d'une expulsion qu'à la suite de trois condamnations pour crime ou contravention ; le Rapporteur pose ainsi la question de savoir si l'application du traité nécessiterait que les trois condamnations aient été prononcées après son entrée en vigueur ou si l'expulsion peut être ordonnée en considération de la date des deux dernières, voire même de la seule dernière condamnation, avant de proposer une solution en ces termes : « il sera en général justifié d'interpréter la disposition dans le sens que la condition décisive pour l'expulsion est la troisième condamnation, de sorte qu'il suffit que celle-ci se situe dans le temps après l'entrée en vigueur (…), le traité [pouvant] être interprété comme visant un fait instantané conditionné par deux autres faits identiques précédents » (*An. I.D.I.*, t. 55, p. 37).
[1118] Septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 37.
[1119] P. Reuter, « Droit international public : la responsabilité internationale, problèmes choisis », *op. cit.*, p. 99.

324. Qu'il s'agisse ainsi d'un fait complexe ou composé, les solutions proposées par Roberto Ago reviennent à envisager les événements contemporains de la période de compétence temporelle, comme l'aboutissement ou le prolongement d'un processus débuté antérieurement. Les faits exclus *ratione temporis* de la sphère de compétence se voient, à cet effet, attribuer une fonction déterminante puisqu'ils vont conduire à porter un regard différent sur les événements qui se sont présentés après la date critique[1120]. Cette méthode d'appréciation de la compétence temporelle est finalement proche de celle mise en œuvre par les juridictions nationales lorsqu'elles désignent l'un des faits de la série comme étant celui qui déterminera, à titre exclusif, le droit applicable. Dans le cas du fait composé, aussi bien que dans celui du fait complexe, le choix du Rapporteur est opportunément tourné vers les agissements qui clôturent le processus illicite et qui, par leur position sur l'échelle du temps, demeureront généralement les seuls à relever du domaine de compétence.

B. Les principes appliqués par les juridictions internationales

325. Après avoir énoncé les qualités premières des faits multiples et restitué les solutions qu'ils sont en mesure d'offrir au problème de la dispersion, il doit désormais s'agir de considérer l'usage qu'en font les juridictions internationales. Au vu des solutions qu'il retient, le juge s'écarte des principes formulés par le Rapporteur spécial Ago, principalement à deux égards. Il s'en écarte, d'abord, au titre de la distinction que le Rapporteur établit entre le régime d'application des règles de fond et les solutions applicables à la compétence *ratione temporis* ; à l'image de ce qu'Ago avait convenu sur le plan de l'intertemporalité, c'est effectivement sur la seule base des faits compris dans la période de temps visée par l'engagement juridictionnel, que les juridictions internationales évaluent leur compétence (1). L'autre contradiction que permet de révéler l'étude de la pratique internationale concerne l'absence de distinction véritable entre les deux catégories juridiques de faits multiples, du point de vue de leur mode de constitution. Les principes intertemporels régissant la compétence font, en effet, indistinctement obstacle à l'invocation des faits composés et

[1120] Ainsi, G. Distefano considère au titre de l'application de la formule de double exclusion qu'elle exclurait, en application des principes dégagés par Ago, « tous les différends dont les faits (ou situations) générateurs sont antérieurs à la date critique, *en entendant par ceux-ci le(s) dernier(s) comportement(s) étatiques ayant mis l'Etat dans l'impossibilité d'assurer le résultat requis de lui par l'obligation enfreinte* » : « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 51 (nous soulignons).

complexes dans le but de regrouper les différents agissements répartis de part et d'autre de la date critique (2).

1. Identification du principe guidant la détermination de la compétence temporelle

326. La résolution du problème de la dispersion par le juge international diffère de la méthode proposée par Ago, au titre des faits multiples, qui consisterait à sélectionner parmi les différents maillons de la chaîne, celui dont la date de survenance doit être prise en compte en vue de déterminer le droit applicable. Dans le cadre de l'appréciation de leur compétence temporelle, les juridictions internationales ne vont effectivement pas se résoudre à effectuer un tel choix au gré des circonstances d'espèce et du type de faits portés à leur connaissance. L'examen des différentes affaires aboutit plutôt à identifier un principe d'application générale, en vertu duquel le juge ne saurait connaître d'un différend dont les faits générateurs ne se sont pas tous produits pendant la période de temps désignée par la clause juridictionnelle. Tel est d'abord le cas lorsque la juridiction s'est vu confier la tâche de trancher les différends relatifs à un texte, et que sa compétence dépend de sa faculté à en faire application aux faits litigieux (a). Mais, même à envisager les hypothèses dans lesquelles la compétence n'est pas associée de cette façon au droit applicable au fond, les juridictions internationales ne seraient pas davantage disposées à tenir compte, dès la phase préliminaire, des événements échappant, par leur date, à leur domaine de compétence (b).

a. Dans le cas où l'exercice de la compétence est associé à l'application de la règle de fond

327. L'identification des principes intertemporels applicables à la détermination de la compétence ne fait pas de difficultés particulières, lorsque celle-ci est limitée à l'application de certaines règles de droit. Une juridiction ayant pour tâche de régler les différends se rapportant à un texte, pourra être conduite à s'assurer que les faits litigieux sont susceptibles de relever de son domaine de validité temporel. A cet égard, il ressort clairement de la pratique des juridictions chargées de la protection des droits de l'homme qu'elles ne s'estimeraient, d'une part, compétentes que dans la mesure où les faits postérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions laissent apparaître une violation, et qu'elles envisageraient, d'autre part, les faits antérieurs uniquement comme *contexte* des questions dont elle seraient,

le cas échéant, saisies au titre des faits postérieurs[1121]. Il s'agirait ainsi, à chaque fois, d'établir si les faits compris dans la sphère temporelle de compétence sont susceptibles de constituer une infraction au texte sans nécessiter le concours des faits exclus *ratione temporis*.

328. Dans les procédures fondées sur des traités bilatéraux d'investissements, les tribunaux CIRDI font également le départ entre les faits au titre desquels ils évaluent leur compétence temporelle, et ceux qui pourraient éventuellement entrer en ligne de compte aux fins de l'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat. Illustration en avait été donnée dans l'affaire *Tecmed* où était en cause une série d'agissements répartis à différents moments mais qui, pour la partie demanderesse, ne devait être perçue comme une « séquence d'événements isolés » mais plutôt comme un processus homogène ayant conduit à affaiblir sa position en tant qu'investisseur[1122]. La requérante considérait, au surplus, que la poursuite de ce processus après l'entrée en vigueur du traité bilatéral de protection, constituait une raison suffisante pour que l'arbitre puisse en connaître. Le tribunal n'allait toutefois pas partager ces vues. Bien que n'ôtant pas toute pertinence aux événements survenus antérieurement au 18 décembre 1996, jour de l'entrée en vigueur du traité de protection, il devait toutefois leur dénier une quelconque implication dès la phase préliminaire, et faire ainsi admettre l'idée que de tels événements ne sauraient être en mesure de faire porter un regard différent sur les faits survenus après l'entrée en vigueur du traité. Aussi affirmait-il, d'une part, que :

> « *will not [be] consider[ed] any possible violations of the Agreement prior to its entry into force on December 18, 1996, as a result of isolated acts or omissions that took place previously or of conduct by the Respondent considered in whole as an isolated unit and that went by before such date* »[1123].

D'autre part, que :

> « *[i]t should not necessarily follow from this that events or conduct prior to the entry into force of the Agreement are not relevant for the purpose of*

[1121] *Hokkanen c. Finlande*, req. n° 19823/92, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 septembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 299-A, pp. 7-29, spéc. p. 19, § 53 ; *Kerojärvi c. Finlande*, req. n° 17506/90, arrêt de la Cour du 19 juillet 1995, § 41 ; *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, décision de la Cour (G.C.) sur la recevabilité du 19 décembre 2002, § 74, et arrêt du 22 juin 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-V, pp. 93-169, spéc. pp. 138-139, § 122 ; *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99, décision de la Cour sur la recevabilité du 27 septembre 2001, En droit, I. 1. Pour le Comité des droits de l'homme, voir par exemple *Carballal c. Uruguay*, Comm. No. R.8/33, constatations du 27 mars 1981, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 240-246, spéc. p. 245, § 13 ; *Gueye* et al. *c. France*, Comm. No. 196/1985, constatations du 3 avril 1989, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 312-319, spéc. p. 316.

[1122] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 130-212, spéc. p. 150, § 62.

[1123] Sentence précitée du 29 mai 2003, § 67.

determining whether the Respondent violated the Agreement through conduct which took place or reached its consummation point after *its entry into force. For this purpose,* it will still be necessary to identify conduct – acts or omissions – of the Respondent after the entry into force of the Agreement constituting a violation thereof »[1124].

L'appréciation portée par le tribunal, dans cette affaire, au sujet des faits exclus de son domaine de compétence, a donné lieu à des interprétations parfois confuses des principes gouvernant la phase préliminaire[1125]. La faculté que se reconnaît l'arbitre de tenir compte des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement ne concerne effectivement que le fond et l'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat défendeur[1126], et non la question de sa compétence qui, pour sa part, n'est déterminée qu'en

[1124] Sentence précitée du 29 mai 2003, § 66 (nous soulignons). Le tribunal précisait par ailleurs, s'agissant de la prise en considération des faits exclus *ratione temporis* que « *conduct, acts or omissions of the Respondent which, though they happened before the entry into force, may be considered a constituting part, concurrent factor or aggravating or mitigating element of conduct or acts or omissions of the Respondent which took place after such date do fall within the scope of this Arbitral Tribunal's jurisdiction. This is so, provided such conduct or acts, upon consummation or completion of their consummation after the entry into force of the Agreement constitute a breach of the Agreement, and particularly if the conduct, acts or omissions prior to December 18, 1996, could not reasonably have been fully assessed by the Claimant in their significance and effects when they took place, either because as the Agreement was not in force they could not be considered within the framework of a possible claim under its provisions or because it was not possible to assess them within the general context of conduct attributable to the Respondent in connection with the investment, the key point of which led to violations of the Agreement following its entry into force* » (sentence précitée, § 68).

[1125] Sans citer expressément la sentence *Tecmed* mais en se fondant sur d'autres jugements à l'occasion desquels les tribunaux avaient envisagé la possibilité de tenir compte des faits exclus de leur compétence, M. Alexandrov considère que la condition de compétence temporelle serait satisfaite dès lors que la série de faits litigieux trouverait son aboutissement après l'entrée en vigueur du traité de protection des investissements : S. A. Alexandrov, « The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis* », in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, Vol. 4, n° 1, pp. 19-59, spéc. p. 53. Une telle interprétation revient ainsi à ne tenir compte que du *moment* d'apparition de la violation des faits composites sans avoir égard au problème de succession de règles dans le temps.

[1126] Il ressort avec une grande régularité de la pratique arbitrale que les faits survenus avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral de protection peuvent être pris en compte au stade du fond, et ce à différents égards. Plusieurs sentences font référence aux commentaires du Rapporteur Crawford sur l'article 15 du projet C.D.I. qui estime que ces faits pourraient servir par exemple à « établir la base factuelle de violations ultérieures ou (…) prouver l'intention » de leur auteur (J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, op. cit.*, p. 172) : voir notamment *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 618, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, pp. 491-492. D'autres tribunaux justifient différemment la prise en compte des faits exclus *ratione temporis* : voir notamment sur cette question N. Gallus, « Recent BIT Decisions and Composite Acts Straddling the Date a Treaty Comes into Force », *I.C.L.Q.*, 2007, pp. 491-514, spéc. pp. 503 et ss, ainsi que *The Temporal Scope of Investment Protection Treaties*, *op. cit.*, pp. 22 et ss., 65 et ss., l'auteur évoquant notamment les affaires *Mondev*, *Generation Ukraine* et *Tecmed*. Voir par ailleurs, pour des décisions plus récentes, *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 93 : « *[p]rior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force* », et § 136 : « *[a]cts or omissions prior to the entry into force of the BIT may be taken into account by the Tribunal in cases in which those acts or omissions are relevant as background, causal link, or the basis of circumstances surrounding the occurrence of a dispute from the time the wrongful act was consummated after the entry into force of the norm that had been breached. The Tribunal, however, finds that it has no competence to determine damages for acts that do not qualify as violations of the BIT as they occurred prior to its entry into force* ». Voir également la discussion

fonction des faits postérieurs. La même distinction avait déjà été retenue dans l'affaire *Mondev*, dans laquelle l'arbitre avait conditionné la prise en considération des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du traité, à l'existence d'une conduite postérieure et susceptible comme telle de constituer un fait illicite[1127]. La solution a, depuis, été reconduite à l'identique chaque fois que les différents agissements à l'origine de l'atteinte à l'investissement avaient été présentés comme participant d'une infraction unique et étalée de part et d'autre de la date critique[1128]. Dans l'affaire *Victor Pey Casado*, l'arbitre s'est même expressément référé aux principes gouvernant l'application des règles de droit dans le temps pour considérer que « [d]ans le cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la 'première' des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des Etats, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation »[1129]. Aussi refusait-il de tenir compte de la saisie et du transfert des biens réalisés avant la date d'entrée en vigueur de l'accord de protection – que la partie demanderesse tentait de regrouper au sein d'un même fait illicite –, estimant ne devoir retenir sa compétence que pour les faits postérieurs qui seraient susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur.

Sur la base de ces différents exemples, il peut être tenu pour établi que lorsque l'applicabilité du texte définit la sphère de compétence, le rapport que les faits entretiennent avec certains de leurs antécédents n'est pas de nature à leur donner une tournure différente. La faculté de ces faits à fonder la compétence ne tiendrait qu'à leur qualité propre à se trouver

---

engagée sur ce point dans l'affaire *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine*, décision du tribunal CNUDCI sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008, §§ 74-94.

[1127] *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence arbitrale déjà citée du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 209, § 70 : « *events or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation*. But it must still be possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach » (nous soulignons).

[1128] Voir, *inter alia*, *SGS Société générale de surveillance S.A. c. République des Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, décision sur les objections préliminaires du 29 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567, spéc. p. 564, § 166, le tribunal arbitral rappelant la solution retenue dans l'affaire *Mondev ; Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. p. 342, §§ 177-178 ; *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICISID Case No.ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. p. 305, § 311 ; *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, §§ 93-97. Voir également, au titre de la solution donnée dans l'affaire *Tecmed*, *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd, c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur les exceptions préliminaires du 1er février 2006, §§ 148-150 ; *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine*, décision du tribunal CNUDCI sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008, §§ 91-92.

[1129] *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 618, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, pp. 491-492, le tribunal arbitral citant les commentaires de l'article 15 du projet d'articles de la C.D.I. adopté en dernière lecture (J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 172).

« saisis » par la règle de fond, et les juridictions doivent s'assurer, à leur sujet, qu'ils suffiraient à constituer une source autonome de violation.

b. Dans le cas où l'exercice de la compétence est dissocié de l'application de la règle de fond

i. Enonciation du principe par la Cour permanente de Justice internationale

329. Les affaires dans lesquelles le régime d'application de la loi de compétence est dissocié de celui des règles de fond, sont celles qui permettent d'éprouver les solutions données par le Rapporteur spécial Ago au sujet de la compétence temporelle. Elles regroupent plus particulièrement les espèces dans lesquelles la conduite étatique litigieuse aura déjà eu l'occasion de se constituer, étape après étape, et d'acquérir son caractère illicite avant que la compétence juridictionnelle ne débute, toute la question résidant dans le fait de savoir si le tribunal serait en mesure de connaître du fait illicite en raison de son temps de « perpétration ».

330. Avant même de l'avoir soumise aux membres de la Commission, Ago avait, en sa qualité de conseil du gouvernement italien, déjà pu tester l'effet d'une telle mécanique dans l'affaire *des Phosphates du Maroc*. La juridiction de la Cour permanente y était effectivement assortie d'une formule excluant non seulement les différends constitués antérieurement, mais également les différends postérieurs nés de faits ou situations antérieurs à sa ratification, soit le 25 avril 1931. Les règles dont était réclamée l'application au fond étaient, pour leur part, antérieures, puisque énoncées notamment dans l'Acte général d'Algésiras de 1906, et dans la Convention franco-allemande du 4 novembre 1911.

La date de survenance du différend n'ayant, en elle-même, pas porté à controverse, toute la stratégie contentieuse du gouvernement italien, demandeur à l'instance, avait alors consisté, comme le fait remarquer le professeur Combacau, « à faire descendre sur l'échelle du temps des faits clairement antérieurs à l'établissement du lien juridictionnel entre les parties de façon à les habiller en faits postérieurs à la déclaration de son adversaire »[1130]. Cette tactique consistait tout d'abord à associer une décision du Service des Mines prise avant la date référence, et supposée être à l'origine d'une privation arbitraire des droits de certains ressortissants italiens, au refus définitif de la réformer. Par là, il était entendu que la violation des droits ne serait devenue parfaite qu'à compter du moment où il était devenu clair que l'injustice commise ne serait pas réparée. C'est ainsi par son étalement après la date de

[1130] J. Combacau, « L'écoulement du temps », *op. cit.*, p. 89.

référence que le « déni de justice » devait servir l'argumentaire italien et constituer une raison suffisante pour que la Cour se déclare apte à juger de la licéité de la décision initiale[1131].

Ce « fait complexe » n'en était pas moins présenté, à titre principal, comme le simple épisode d'une situation de plus grande ampleur et tirant son origine d'un fait « continué et permanent » – autrement dit, d'un fait *composé*[1132]. Le gouvernement italien dénonçait les effets de la politique française d'accaparement des phosphates qui s'était, d'après lui, constituée par étapes successives : d'abord par la promulgation de deux dahirs de 1920 instituant le monopole d'exploitation des phosphates, ensuite par l'éviction des ressortissants italiens considérée « comme un élément ou une manifestation » de cette politique, enfin par la participation de l'Administration marocaine au cartel phosphatier nord-africain qui en constituait le terme final[1133]. Seule cette dernière étape tombait, par sa date, sous le coup de la compétence de la Cour. Ago considérait toutefois, dans ses plaidoiries, qu'en révélant le but en vue duquel tous les précédents actes avaient été pris, elle constituait le couronnement de la politique d'accaparement et devait, à ce titre, entraîner à sa suite tous ces agissements et autoriser à les déférer à la Cour[1134]. Celle-ci n'allait adhérer à aucun des arguments en présence. Elle réfutait l'existence d'un quelconque lien entre le prétendu accaparement et le moment où l'intention du gouvernement français avait été clairement mise à jour. La participation du gouvernement marocain au cartel phosphatier ne revêtait, d'après elle, aucune influence sur le caractère licite ou illicite de la conduite du gouvernement français ; il faisait, autrement dit, peu d'importance que cette participation ait permis de révéler le dessein délictueux à la vue duquel tous les actes des autorités françaises feraient sens. Or, c'est précisément dans les actes antérieurs à la date critique ayant concouru à l'institution du monopole, que s'enracinait le grief du gouvernement italien. Dans cette mesure, la condition temporelle de compétence n'était pas remplie[1135].

Quant au « fait complexe » constitué par le déni de justice et la décision du Service des Mines, la Cour aboutissait à un constat à peu près identique en mentionnant que ladite décision aurait suffi par elle-même à établir la responsabilité internationale du défendeur.

[1131] *Phosphates du Maroc*, Italie c. France, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30, spéc. pp. 13-14, 23.

[1132] Le fait « continué et permanent » est une catégorie particulière de « fait composé ». La dénomination de « fait continué » empruntée au droit pénal étatique est utilisée pour désigner une espèce dont toutes les composantes constituent un fait illicite distinct. Pour Ago, « le caractère essentiel du fait illicite continué, interne ou international, est que, tout en étant constitué par une série d'infractions à la même règle de droit, il n'en reste pas moins fait unique qui prend son caractère propre du résultat combiné de toutes ces infractions » : nouvelles observations du gouvernement italien du 21 février 1938, *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 84, p. 852.

[1133] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 26.

[1134] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 26-27.

[1135] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 26-27.

Aussi refusait-elle d'attribuer une influence aux refus successifs de réformer la décision et, partant, d'accréditer toute idée de « perpétration » de la prétendue violation :

> « le prétendu déni de justice constitué, soit par une carence de l'organisation judiciaire, soit par le refus de recours administratifs ou extraordinaires destinés à y suppléer, ne peut que laisser subsister le fait illicite. Il n'exerce aucune influence ni sur sa consommation, ni sur la responsabilité qui en dérive »[1136].

Le coup était bel et bien porté au concept même de « fait complexe », tel qu'il serait défendu par Ago quelques quarante années plus tard devant la Commission du droit international. C'est toutefois dans l'énoncé de la prémisse de son raisonnement que la Cour avait livré le principe applicable à la compétence temporelle. Avant de dérouler les solutions applicables au cas d'espèce, la haute juridiction avait effectivement pris le soin de relever que les événements postérieurs à la date critique, c'est-à-dire la participation de l'Administration marocaine au cartel d'une part, et le déni de justice d'autre part, n'avaient à aucun moment été présentés par la partie demanderesse sous les traits de faits nouveaux, « *formant en eux-mêmes et à eux seuls* l'objet d'un différend quelconque » avec le gouvernement défendeur[1137]. Le sort de ces faits disséminés de part et d'autre de la date retenue dans les déclarations était, pour ainsi dire, joué d'avance : même à considérer qu'un lien puisse être établi entre les différents comportements imputables au gouvernement français, la Cour n'aurait pu connaître que de ceux qui auraient été adoptés pendant la période soumise à son appréciation, et qui auraient pu *per se* constituer un fait internationalement illicite. La solution retenue au titre d'un autre moyen fondé sur un prétendu « état de spoliation » conforte d'ailleurs cette interprétation, la Cour s'étant, à cet égard, contentée de rappeler que l'examen du bien-fondé du grief ne saurait être entrepris « sans étendre la juridiction à un fait qui, à raison de sa date, n'y est pas soumis »[1138].

La conclusion à tirer de cette affaire est donc simple : la Cour permanente s'en remet à une « causalité matérielle » en vue de déterminer sa compétence[1139]. En ce sens, elle ne s'estime pas apte à connaître d'un litige, dès lors que l'un des faits sans lesquels ce dernier n'existerait lui échappe. Ce faisant, aucune importance n'est accordée au fait que les

---

[1136] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 28.
[1137] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 26, 28 ; nous soulignons.
[1138] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 29. Voir sur cet aspect de la requête italienne, *infra*, n° 433-434.
[1139] Aristote, *La métaphysique*, Paris, éd. Pocket, 1991, Livre Δ, ch. II ; *Leçons de Physique*, Paris, éd. Pocket, 1991, Livre II, Ch. III. La « causalité matérielle » est l'une des quatre figures qu'identifie Aristote, au côté de la causalité formelle, efficiente et finale. Elle désigne l'« élément intrinsèque dont une chose est faite » (*La métaphysique*, *op. cit.*, p. 162), « ce dont provient une chose et qui est en elle » (*Leçons de physique*, *op. cit.*, p. 125).

agissements qui relèvent de son domaine temporel de compétence puissent s'envisager comme la poursuite d'une conduite amorcée antérieurement, même à la supposer illicite[1140].

331. La Cour internationale de Justice n'a, depuis lors, jamais eu l'occasion de confirmer le principe dont la Cour permanente avait fait application dans l'affaire des *Phosphates marocains*. Dans une affaire plus récente où l'étalement dans le temps des faits litigieux était en mesure de reproduire les mêmes difficultés, le gouvernement réclamant s'est gardé d'invoquer leur « indissociabilité » et leur accomplissement en tant que fait illicite après la date fatidique, s'attachant plutôt à reporter l'attention sur les seuls faits postérieurs et à tenter d'en dégager une consistance propre à satisfaire la condition de compétence temporelle[1141]. La solution retenue par la Cour permanente ne peut, quoi qu'il en soit, être réduite à une simple interprétation de l'intention ayant dicté l'exclusion des faits et situations antérieurs de sa juridiction obligatoire[1142]. D'autres juridictions internationales ont, en effet, depuis l'affaire des *Phosphates*, réceptionné cette manière de procéder à l'établissement de leur compétence temporelle.

ii. Solutions de la pratique internationale

332. La validité de la solution énoncée par la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates* ne s'est jamais trouvée remise en cause par les juridictions internationales saisies du problème de dispersion des faits litigieux. Toute autre approche reviendrait effectivement à accorder une influence aux faits exclus du domaine de compétence. Or, telle se trouve être précisément la ligne que le juge ne franchirait pas, y compris dans le cas où il serait conduit à appliquer des règles de fond déjà en vigueur au jour où débutait sa compétence.

333. Le fait que le droit applicable au fond préexiste à la création même du tribunal ne devrait ainsi pas être en mesure de modifier les termes dans lesquels compétence lui a été attribuée. L'exemple nous est livré par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* qui font de l'incrimination de la conduite en droit coutumier l'un des critères

[1140] Cette règle n'exclurait pas que la Cour, à l'instar des autres juridictions internationales, puisse connaître des faits antérieurs en tant que contexte des demandes formulées au titre de faits postérieurs à la date critique : voir sur ce point la distinction établie par le juge Fitzmaurice dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, au titre des actes antérieurs et postérieurs à l'admission du défendeur aux Nations Unies, et applicable *mutatis mutandis* à la compétence temporelle : *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. pp. 129-130.

[1141] *Certains biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec*. 2005, pp. 6-28 : voir sur cette affaire *infra*, n° 378-379.

[1142] Voir les observations de P. Reuter au sujet d'une telle affaire, *in* « Droit international public : la responsabilité internationale, problèmes choisis », *op. cit.*, p. 99.

permettant de définir leur compétence matérielle[1143]. Le choix d'une période spécifiquement déterminée pour définir les crimes tombant sous le coup de la compétence des tribunaux a toutefois pour effet de rendre indifférente la nature coutumière des incriminations avant la date prise en référence. Il reste que le Tribunal pénal international pour le Rwanda a régulièrement admis que la compétence temporelle définie dans le Statut « ne saurait empêcher un acte d'accusation de faire référence, en guise d'introduction, à des crimes commis antérieurement par un accusé »[1144]. Les faits échappant au champ de compétence temporel ont été concrètement pris en compte au titre de la fixation de la peine, la « bonne moralité de l'accusé avant le conflit » étant envisagée comme une circonstance atténuante[1145]. Le Tribunal d'Arusha a pu également en tenir compte pour établir l'intention génocidaire, dans le cas où les actes incriminés avaient été commis pendant la période soumise à son examen[1146].

[1143] Voir ainsi pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, les articles 2 et 3 du Statut qui concernent respectivement les « infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 » et les « violations des lois et coutume de guerre ». Pour le Tribunal pénal international pour le Rwanda, voir F. Martin, « Les compétences juridictionnelles *ratione personae*, *ratione temporis*, et *ratione materiae* du Tribunal pénal international pour le Rwanda », *op. cit.*, pp. 208-212. Sur les rapports entre compétence temporelle et principe *nullum crimen sine lege*, voir *supra*, n° 261-263.

[1144] *Ngeze*, ICTR-97-27, *et Nahimana c. le Procureur*, ICTR-96-11, décision de la Chambre d'Appel du 5 septembre 2000 sur les appels interlocutoires ; voir déjà en ce sens, *le Procureur c. Ngeze*, ICTR-97-27, décision de la Chambre de première instance du 5 novembre 1999 sur la Requête du Procureur aux fins d'autorisation de modifier l'acte d'accusation, § 3 : si nombre de faits visés dans l'acte d'accusation sont antérieurs au 1er janvier 1994, ils « n'en constituent pas moins des éléments d'appréciation très importants permettant de mieux comprendre la conduite reprochée à l'accusé dans le cadre du génocide rwandais de 1994 ». Voir également *Barayagwiza c. le Procureur*, ICTR-97-19, décision de la Chambre d'Appel du 14 septembre 2000 sur les appels interlocutoires datés du 11 avril et du 6 juin 2000 ; *le Procureur c. Kajelijeli*, ICTR-98-44A, arrêt de la Chambre d'appel du 16 novembre 2001 sur l'appel de la décision du 13 mars 2001 rejetant la « *defence motion objecting to the jurisdiction of the tribunal* » : un « acte d'accusation peut se référer à des événements ou à des infractions qui ont eu lieu avant 1994 tant qu'il ne retient pas ces événements comme fondement indépendant des chefs d'accusation ». Voir, par ailleurs, F. Martin, « Les compétences juridictionnelles *ratione personae*, *ratione temporis* et *ratione materiae* du Tribunal pénal international pour le Rwanda », *op. cit.*, pp. 204-208. La fonction attachée aux faits exclus *ratione temporis* semble plus restreinte dans la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. Voir néanmoins, *le Procureur c. Jdranko Prlic et consorts*, IT-04-74, décision de la Chambre de première instance I du 22 juillet 2005 relative aux exceptions préjudicielles de la défense fondées sur un vice de forme de l'acte d'accusation, §§ 14-15, au sujet de la prise en considération des antécédents personnels de l'accusé. Voir également *infra*, note n° 1145, au titre de la prise en compte de la « bonne moralité » de l'accusé avant les évènements, dans la fixation de la peine.

[1145] Pour le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, voir notamment *le Procureur c. Plavšic*, IT-00-39&40/1, jugement portant condamnation de la Chambre de première instance du 27 février 2003 ; *a contrario*, au titre de l'établissement de la culpabilité : *le Procureur c. Kupreškic et consorts*, IT-95-16, décision de la Chambre de première instance II du 17 février 1999 relative aux éléments de preuve portant sur la moralité de l'accusé et le moyen de défense de *Tu Quoque* : « [d]'une manière générale, les éléments de preuve portant sur la moralité de l'accusé *avant les événements* pour lesquels il est accusé devant le Tribunal international ne sont pas pertinents dans la mesure où (…) les crimes de guerre peuvent être commis par des personnes au casier judiciaire vierge et sans passé de violence (…) ». Pour le Tribunal pénal pour le Rwanda, voir *Le Procureur c. Bagilishema*, ICTR-95-1A, jugement de la Chambre de première instance I du 7 juin 2001, §§ 111 et ss. Voir par ailleurs D. Scalia, « Constat sur le respect du principe *nulla poena sine lege* par les tribunaux pénaux internationaux », *R.I.D.C.*, 2006, pp. 185-209, spéc. pp. 199 et ss.

[1146] Au sujet de l'infraction d'entente en vue de commettre le génocide, voir *Le Procureur c. Nzuwonemeye*, ICTR-00-56, décision de la Chambre de première instance II du 12 décembre 2002, §§ 26-27 ; voir surtout *Le*

334. La possibilité de limiter le champ d'application des déclarations unilatérales d'acceptation de compétence aux seuls faits et événements postérieurs a, de la même façon, permis aux juridictions chargées de la protection des droits de l'homme d'appliquer la règle énoncée par la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates*. Ainsi, la Cour interaméricaine a pu affirmer qu'elle ne s'estimerait pas apte à connaître des agissements même les plus graves commis dans l'intervalle entre l'entrée en vigueur de la Convention et la date à laquelle elle s'est vu reconnaître la faculté de l'appliquer[1147]. Les solutions retenues par le Comité des droits de l'homme sont justiciables de la même analyse, compte tenu de son refus d'appliquer le Pacte à des faits survenus avant la ratification du Protocole facultatif[1148]. Cela ne signifierait pas pour autant qu'un Etat partie serait libre de ne pas se conformer à ses engagements durant la période pendant laquelle sa conduite serait soustraite à tout contrôle juridictionnel. Les juridictions internationales, au premier rang desquelles la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ont précisément insisté sur le fait que les restrictions temporelles assorties à leur sphère de compétence, ne sauraient constituer un moyen de moduler l'engagement des parties vis-à-vis des droits qu'ils ont reconnu en ratifiant le texte[1149]. Il n'en reste pas moins que de telles restrictions ont pour effet d'effacer de la sphère

---

Procureur c. Nahimana, Barayagwiza et Ngeze, ICTR-99-52-T, jugement de la Chambre de première instance I du 3 décembre 2003, §§ 100-104. Le tribunal reprenait dans son jugement l'opinion dissidente du juge Shahabuddeen qui avait déjà souscrit dans la même affaire à la décision de la Chambre d'appel de tenir compte des faits antérieurs « dans un but de rappel historique ou à titre d'information » (décision précitée du 5 septembre 2000 sur les appels interlocutoires), le juge considérant à ce titre que des éléments de preuve antérieurs au 1er janvier 1994 pouvaient être pris en considération pour établir l'intention ou d'autres éléments constitutifs des crimes commis après cette date. Pour un commentaire de la décision de la Chambre d'appel au titre de la compétence temporelle du tribunal, voir S. Bourgon, « Jurisdiction *ratione temporis* », *op. cit.*, pp. 550-551. Pour une confirmation de cette solution, voir par ailleurs *Rukundo c. le Procureur*, ICTR-01-70, décision de la Chambre d'Appel du 17 octobre 2003 relative à l'acte d'appel relatif à la décision du 26 février 2003 relative aux exceptions préjudicielles ; *le Procureur c. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki et Samuel Imanishimve*, ICTR-99-46-T, jugement de la Chambre de première instance III du 25 février 2004, §§ 86, 667 ; *le Procureur c. Augustin Bizimungu*, ICTR-00-56-I, décision de la Chambre de première instance II du 15 juillet 2004, spéc. §§ 6, 26-27. Voir par ailleurs, pour d'autres références doctrinales sur ce point, R. Kolb, « The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004) », *op. cit.*, p. 277 ; F. Martin, « Les compétences juridictionnelles *ratione personae, ratione temporis* et *ratione materiae* du Tribunal pénal international pour le Rwanda », *op. cit.*, pp. 205-207 ; W. A. Schabas, *The United Nations International Criminal Tribunals – the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, *op. cit.*, pp. 136-138, commentant le jugement rendu dans l'affaire *Nsengiyumva* (ICTR-96-11-AR72, 13 avril 2000).

[1147] *Del Campo-Dodd c. Mexique*, arrêt de la Cour interaméricaine sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004, Série C, n° 113, §§ 78-79, au sujet d'actes de torture subis après l'entrée en vigueur de la Convention interaméricaine à l'égard du Mexique mais avant la reconnaissance par celui-ci de la juridiction obligatoire de la Cour. Voir également *Yean & Bosico c. République Dominicaine*, arrêt du 8 septembre 2005, Série C, n° 130, §§ 100-108, les faits survenus antérieurement à la date d'acceptation de la compétence servant tout au plus de contexte factuel.

[1148] Voir *supra*, n° 265-266.

[1149] Voir *Del Campo-Dodd c. Mexique*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004, Série C, n° 113, § 68, la Cour rappelant un principe déjà énoncé dans l'affaire *Cantos c. Argentine*. Pour le Comité des droits de l'homme, voir les observations de P. R. Ghandhi, *in* « The Human Rights Committee and

de compétence les premiers épisodes délictueux de la conduite étatique, lorsque celle-ci consistait en une série d'actes étalés dans le temps.

335. A dire vrai, seules les premières années de fonctionnement des organes de Strasbourg avaient pu entretenir le doute au sujet du statut des « faits de l'intervalle »[1150]. Le juge Sørensen avait, dès cette époque, indiqué l'équivalence des termes dans lesquels devait, selon lui, être résolue la question de la localisation des faits pertinents, suivant qu'elle serait posée au titre de la compétence temporelle ou de l'applicabilité des obligations substantielles de l'Etat contractant[1151]. M.-A. Eissen retenait, pour sa part, une impression quelque peu différente des premières décisions de la Commission. Il faisait usage d'une distinction établie par G. Sperduti, entre la compétence *ratione temporis* « absolue » définie par la période pour laquelle les engagements généraux résultant de la Convention avaient été pris, et la compétence *ratione temporis* « relative », limitée cette fois aux conditions fixées dans la déclaration unilatérale d'acceptation, pour faire observer que la Commission semblait concevoir la seconde « d'une manière un peu plus large » que la première[1152]. Ce constat était lié à l'éclosion de la jurisprudence relative aux « situations continues » et à l'extension graduelle de la notion dans les décisions de la Commission. Au fil des jugements rendus dans des affaires où était en cause leur compétence temporelle, les juridictions européennes allaient toutefois démentir l'intuition de M. Eissen, retenant des solutions strictement identiques dans les deux situations que l'auteur opposait[1153]. Quant au problème de la dispersion, Commission et Cour devaient prendre le pli de restreindre leur examen aux faits qui, tout en étant compris dans les limites *ratione temporis* de leur compétence, suffiraient *per se* à constituer un

---

Reservations to the Optional Protocol », *op. cit.*, p. 31. Voir, par ailleurs, l'*obiter dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'ordonnance du 2 juin 1999 (demande en indication de mesures conservatoires) rendue dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, Yougoslavie c. Belgique, *Rec.* 1999, pp. 124-141, spéc. p. 140, §§ 47-48 : « [c]onsidérant qu'il existe une distinction fondamentale entre la question de l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes avec le droit international ; la compétence exige le consentement ; la compatibilité ne peut être appréciée que quand la Cour examine le fond, après avoir établi sa compétence et entendu les deux parties faire pleinement valoir leurs moyens en droit ; [c]onsidérant que les Etats, qu'ils acceptent ou non la juridiction de la Cour, demeurent en tout état de cause responsables des actes contraires au droit international, y compris au droit humanitaire, qui leur seraient imputables ».

[1150] Voir par exemple D. Giuliva qui, se demandant quelle date choisir entre celle de l'entrée en vigueur de la Convention et celle indiquée par la déclaration d'acceptation de compétence de la Commission, penche plutôt pour la première en concluant que « la date à retenir est celle des sources des droits reconnus » : « La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel », *op. cit.*, p. 127.

[1151] M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 319.

[1152] M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », *op. cit.*, p. 94 et les jurisprudences citées à la note n° 38.

[1153] Voir à ce sujet, *infra*, n° 400 et ss.

manquement à la Convention[1154]. Ainsi le problème de compétence temporelle avait été abordé de la même façon, que le « tri » entre les différents agissements étalés dans le temps ait été imposé par le respect dû à l'expression de la volonté de l'Etat déclarant, ou par l'absence de portée rétroactive des dispositions de la Convention[1155].

2. Enseignement : l'impossible réunion des faits dispersés

336. L'impossibilité d'apporter une réponse au problème de dispersion des faits par leur jonction au sein d'une infraction composée ou complexe semble établie aux regards des principes qui gouvernent la compétence temporelle. Les solutions de la pratique internationale ont même eu tendance, dans la période récente, à se répercuter sur l'argumentation des parties qui n'invoqueraient plus les événements échappant à la sphère de compétence du juge qu'à l'appui d'une plainte fondée sur un acte qui en relève, et qui serait, en lui-même, susceptible d'engager la responsabilité de son auteur[1156].

Vaine est effectivement la démarche qui consiste à établir le caractère systématique d'une pratique étatique, dans le but de la déférer dans son ensemble à l'appréciation du juge,

---

[1154] La nécessité d'une « source autonome d'infraction » à la Convention avaient d'ailleurs été établie, à titre principal, dans des affaires où le domaine de compétence était limité aux faits postérieurs à la date du dépôt de la déclaration facultative de juridiction obligatoire : voir notamment *Stamoulakatos c. Grèce*, req. n° 12806/87, arrêt de la Cour du 26 octobre 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 271, pp. 5-14, spéc. p. 13, § 30 ; *Kefalas et autres c.* Grèce, req. n° 14726/89, arrêt de la Cour du 8 juin 1995, § 45 ; *Zana c. Turquie*, req. n° 18954/91, arrêt du 25 novembre 1997, §§ 41-42 ; *Potocka et autres c. Pologne*, req. n° 33776/96, arrêt de la Cour du 4 octobre 2001, § 42 ; *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, arrêt de la Cour (G.C.) du 8 mars 2006 sur les exceptions préliminaires, §§ 77-91. A l'instar des solutions retenues au titre de l'applicabilité temporelle de la Convention, la Cour tiendrait compte, au stade du fond, des faits survenus antérieurement à la date indiquée dans la déclaration pour évaluer notamment la gravité des faits survenus pendant la période postérieure (voir *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt de la Cour (G.C.) du 8 juillet 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-VII, pp. 15-134, pp. 116 et ss., §§ 434 et ss.) ou, au contraire, les efforts accomplis par l'Etat pour se conformer à ses obligations (*Fadeïeva c. Russie*, req. n° 55723/00, arrêt du 9 juin 2005, § 127, au titre des progrès accomplis en matière de réduction d'émissions polluantes).

[1155] On ne trouve plus aujourd'hui d'appréciations semblables à celle émise par M.-A. Eissen, aucune distinction n'étant établie dans la façon de déterminer la « compétence temporelle ». Voir en ce sens l'appréciation portée par le professeur Cohen-Jonathan, qui juge l'attitude de la Commission face aux limitations temporelles à sa compétence, « assimilable » à celle dont elle ferait preuve au titre de l'application non rétroactive de la Convention : G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 101.

[1156] Voir l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination* raciale, Géorgie c. Russie, ordonnance de la Cour internationale de Justice du 15 octobre 2008 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 2008, pp. 353-399, spéc. p. 380, § 93. En matière d'investissements, voir notamment les affaires *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, §§ 91, 253 ; *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308, spéc. p. 267, § 11.2. Tel était également le cas dans l'affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, sentence précitée du 29 mai 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 130-212, spéc. p. 152, § 67.

dès lors que certaines de ses composantes échappent au domaine temporel de compétence[1157]. Cette conclusion demeure tout aussi valable pour les « délits complexes », compte tenu du fait que les principes régissant la détermination de la compétence font indistinctement échec à toute logique d'indissociabilité. On le conçoit sans difficulté lorsque la répétition des agissements se traduit en une aggravation de leurs effets ; à titre d'exemple, il ne ferait aucun doute qu'un tribunal doive tenir compte, parmi les différentes mesures étatiques dont l'accumulation aurait fini par priver un bien de toute valeur marchande, uniquement de celles qui relèveraient de sa sphère temporelle de compétence pour établir si ces mesures avaient suffi à constituer une expropriation[1158]. Le constat est pourtant tout aussi inévitable lorsque l'illicéité des faits n'est, comme dans le cas du déni de justice, pas associée au dépassement d'un certain seuil de gravité ou de répétition. Certains auteurs le contestent et attachent une importance particulière à la date de survenance de l'agissement auquel est associée l'apparition de la violation, c'est-à-dire à l'agissement qui déclenche l'effet juridique attaché à la réalisation de l'opération délictuelle dans son ensemble. Dans cet ordre d'idées, il a pu être soutenu, au sujet notamment des décisions des tribunaux CIRDI évoquées précédemment, que la seule localisation après la date critique du « fait culminant » à la survenance duquel est assortie la « coloration » illicite de toute la chaîne de précédents[1159], devrait suffire à faire basculer la conduite litigieuse dans la sphère de compétence[1160]. Ago avait d'ailleurs pu déjà développer une thèse comparable au sujet d'affaires dans lesquelles la Commission européenne des droits de l'homme avait accordé pertinence à la date de la « décision définitive » pour appliquer la déclaration d'acceptation britannique qui réservait la compétence aux seuls « actes, décisions, faits et événements » postérieurs à son entrée en vigueur. Dans l'une de ces affaires[1161], la Commission s'en était tenue à la localisation de la « décision définitive » pour conclure qu'elle n'était pas qualifiée pour examiner les faits portés à sa connaissance ; le Rapporteur en déduisait que si la décision avait été postérieure à

[1157] Voir en ce sens *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 623 (*in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, pp. 492-493), le tribunal considérant que l'invocation d'un fait composite est sans intérêt sur le plan de sa compétence temporelle dans la mesure où elle ne pourrait concerner que les faits survenus après l'entrée en vigueur du traité.

[1158] Voir, en ce sens, la sentence *Foremost Tehran, Inc. c. Le Gouvernement de la République islamique d'Iran* rendue par le tribunal Iran Iran/Etats-Unis le 10 avril 1986, *Iran-US C.T.R.*, vol. 10, pp. 229-258, spéc. p. 249.

[1159] L'expression est celle du juge Bedjaoui, dans son opinion individuelle rendue dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *Rec.* 1997, pp. 120-141, spéc. p. 131 (extraits de l'opinion restitués *supra*, note n° 1116).

[1160] Voir notamment S. A. Alexandrov, « The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis* », *op. cit.*, pp. 53-54, déjà cité en ce sens, *supra*, note n° 1125.

[1161] *X. c. Royaume Uni*, req. n° 4430/70, décision de la Commission du 14 décembre 1970, *Rec. Déc.*, vol. 37, pp. 112-115, et spéc. p. 115.

la date pertinente, elle aurait de toute évidence pu justifier une solution inverse en tant qu'incarnant « *the final ruling on the applicants appeals* »[1162]. C'était pourtant faire abstraction des règles que le Rapporteur avait lui-même dégagées dans le cas où une partie seulement des faits se seraient déroulés pendant la période de vigueur de l'obligation substantielle[1163], ceux du cas pris en exemple étant en effet non seulement antérieurs à la date choisie pour faire débuter la compétence de la Commission, mais aussi antérieurs à la date à laquelle la Convention était entrée en vigueur. Cette possibilité de faire peser, de manière exclusive, la responsabilité internationale sur le dernier organe qui disposait encore des moyens d'accorder le comportement de l'Etat à ses obligations internationales semble, de manière plus flagrante encore, contredire l'idée que le Rapporteur s'était fait du mode de constitution par strates successives du « fait complexe ». En effet, il s'agirait désormais de dire qu'en ordonnant la réalisation d'une prestation tout en laissant au débiteur la faculté de se libérer en en fournissant une autre[1164], l'obligation serait enfreinte par le seul comportement par lequel l'Etat aurait épuisé la dernière possibilité dont il disposait de s'y conformer. Or, cette conception du délit complexe est bien éloignée de celle qui avait été retenue tout au long du projet ; il suffit, à ce sujet, de rappeler les termes utilisés par le Rapporteur spécial pour évoquer cette série d'« actions ou omissions successivement accomplies par les organes de l'Etat [qui] participer[aient], toutes et chacune, d'un ensemble unique formant précisément comme tel le fait complexe par lequel l'obligation internationale se trouve violée »[1165]. Dans cette mesure, on ne saurait affirmer que c'est par l'ensemble de ses « ratés » que l'Etat ne s'est pas conformé à son devoir tout en considérant, dans le même temps, que cette défaillance « s'incarne » toute entière dans l'ultime agissement. Si l'Etat n'engage sa responsabilité qu'à compter de la dernière occasion qui lui aurait permis d'exécuter ses obligations, il l'engage aussi pour tous les actes par lesquels il avait déjà manqué de le faire.

[1162] Septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 48, § 48 (expression traduite dans la version française de l'*Annuaire* par la « décision par laquelle il a été définitivement statué sur le recours de la partie réclamante »). Cette position est partagée par G. Sacerdoti qui relève à propos de l'infraction de déni de justice que « si la décision interne définitive est postérieure [à la date critique], une requête individuelle (…) ne pourrait être déclarée irrecevable *ratione temporis* du fait que la date de décision de l'instance inférieure qui aurait mal administré la justice est antérieure » : « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme (Colloque de Bari, 1973)*, Bari, Edizioni Levante, 1974, pp. 133-145, spéc. p. 145. L'auteur considère que tel devrait être le cas pour toutes les infractions si tant est que la règle d'épuisement des recours internes dispose d'une dimension substantielle (*ibid.*, p. 141).

[1163] Voir *An. C.D.I.* 1976, II-1, p. 25, § 70, et *supra*, n° 322.

[1164] La doctrine civiliste l'envisage sous les traits de l'obligation « facultative » ; en droit international, il est plus courant de parler d'obligation « alternative » : voir, en ce sens, P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1984-V, vol. 188, pp. 9-133, spéc. p. 53 ; J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 709-738, spéc. p. 732 ; du même auteur, « Les obligations quantitatives et l'illicéité », *op. cit.*, p. 308.

[1165] *An. C.D.I.* 1976, II-2, p. 88, § 23.

337. De cela, on doit tirer deux enseignements principaux :

– la thèse d'Ago recèle une contradiction dans le fait d'avoir dissocié le régime intertemporel du fait composé, et celui du fait complexe. Celui-ci n'est effectivement qu'une déclinaison du premier, partageant avec lui le même mode de constitution par « empilement ». On peut donc, de ce point de vue, se féliciter de la suppression dans le projet d'articles adopté en lecture définitive par la Commission du droit international en 2001 du fait complexe, en tant qu'espèce distincte du fait composé[1166], initiative que semblait déjà appeler de ses vœux P. Reuter lorsqu'il proposait à la Commission dès 1976, la rédaction d'un article consacré au « délit global » et susceptible d'absorber ces différentes variantes[1167].

– s'agissant de la compétence temporelle, le caractère illicite de chacun des comportements qui composent la suite délictueuse, et plus particulièrement de ceux adoptés après la date critique serait le véritable élément déterminant, et la seule raison de distinguer entre les différents faits multiples : les faits qui, d'une part, regroupent un certain nombre d'agissements qui, pris individuellement, ne seraient pas forcément en soi des délits internationaux, et d'autre part, les faits dont la globalité serait instituée en infraction distincte de celle que chaque acte de la série accomplirait déjà par lui-même. Cette distinction est bien connue des pénalistes qui font la nuance entre « infractions complexes » et « infractions continuées ». Elle n'avait toutefois pas été retenue dans le cadre des travaux sur le droit de la responsabilité internationale de l'Etat.

§ 2 - RESOLUTION PRATIQUE DU PROBLEME DE LA DISPERSION

338. L'impossibilité de trouver une réponse au problème de la dispersion des faits par leur réunion a pour conséquence de restreindre les hypothèses dans lesquelles la détermination de la compétence temporelle suppose qu'un choix soit pris entre plusieurs faits répartis de part et d'autre de la date critique. Au vu des principes intertemporels applicables, une telle nécessité ne devrait se poser que dans le cas où le différend tire son origine d'un seul acte contraire à une obligation internationale. En de telles circonstances, il n'importe plus, en

[1166] Voir J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, *op. cit.*, §§ 125-131.
[1167] Voir *An.* C.D.I. 1977, I, pp. 246-247, §§ 27-28. Le professeur Salmon donnait également cette recommandation, en conclusion de son article « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, p. 738.

effet, que certains des faits litigieux ne partagent pas le même rapport – d'antériorité ou de postériorité – avec l'une des dates prises en référence pour déterminer la sphère de compétence ; seule compte la date à laquelle l'événement générateur du différend s'est produit, sans que l'époque dont relèvent ses antécédents ou ses développements ne soit en mesure de modifier la donne. Toute la difficulté va alors consister à identifier l'événement à l'origine du litige. La question va toutefois se poser différemment, suivant qu'une telle recherche se trouve engagée aux fins de l'identification du *fait principal* parmi ceux répartis de part et d'autre de la date critique (A), ou suivant que le demandeur invoque l'existence d'un *fait nouveau*, survenu après la date critique, et qui constituerait une cause de réclamation autonome de celle fondée sur les faits antérieurs (B).

A. L'identification du fait principal

339. A l'énoncé du critère permettant d'identifier le fait principal (1) succède l'appréciation de la manière par laquelle les juridictions internationales le mettent concrètement en œuvre (2).

1. Le critère d'identification du fait principal

340. Des différentes affaires dans lesquelles les faits litigieux relevaient seulement pour partie du champ temporel d'application de l'engagement juridictionnel, il apparaît que c'est en référence à son effet, c'est-à-dire à l'atteinte aux droits dont est réclamée réparation, que le juge serait en mesure d'identifier le « fait principal » (a). Cette solution a pour corollaire que la date de constitution de la situation qui fait l'objet de l'atteinte est, à moins d'une disposition contraire, tenue pour indifférente (b).

a. Pertinence du moment de l'atteinte à la situation juridique

341. La recherche du critère permettant d'identifier le « fait » dont la date détermine la compétence temporelle d'une juridiction ne fait pas de difficulté particulière dans le cas où l'objet de la procédure est l'établissement de la responsabilité. La nécessité de s'en remettre aux faits constitutifs du différend sollicite, comme il a été dit précédemment, la prise en considération des faits générateurs de responsabilité. Le fait illicite tire sa qualification de la contrariété à une règle de droit qui se manifeste dans l'atteinte à une ou plusieurs situations placées sous la protection de cette règle. Face au problème de la dispersion des faits *ratione*

temporis, toute la difficulté va consister à établir le moment au cours duquel cette contrariété a pu se manifester. L'opération nécessiterait plus précisément d'identifier celui des faits auquel on doit imputer la lésion du droit subjectif, et qui serait ainsi qualifié de « fait décisif », « central », « culminant », « principal » ou encore de « fait générateur du différend ». Il s'agirait, en dernier lieu, de rapporter la position de ce fait vis-à-vis de la période pour laquelle la compétence a été attribuée. La question ne peut, comme on va s'en rendre compte, être éloignée des circonstances d'espèce. On peut toutefois faire trois observations liminaires :

– l'appréciation de la compétence temporelle va nécessiter de procéder à des opérations qui relèvent de l'*établissement* de la responsabilité : elles concernent, on l'a dit, l'identification du moment où a pu se produire l'atteinte à la situation juridique, si tant est qu'elle ait effectivement eu lieu, et son rattachement au fait générateur. A moins que le juge décide de joindre l'exception d'incompétence temporelle au fond, un tel examen est rendu nécessaire dès la phase préliminaire car à défaut, le juge prendrait le risque de statuer sur des faits qui échappent à sa compétence – ou inversement, de ne pas adjuger une demande qui serait fondée sur certains événements relevant du passé alors que le fait culminant se serait, en réalité, produit postérieurement.

– il y a également lieu de faire observer qu'une attention particulière va être portée au dommage. Le fait pertinent est celui qui se trouve lié par une « relation de cause à effet » à la lésion des droits, laquelle lésion se traduirait, au sein des conclusions de la partie demanderesse, dans les dommages matériels ou moraux dont est réclamée réparation. Dans les affaires mettant en jeu la violation d'une obligation de résultat, et notamment celle de réserver un traitement convenable aux ressortissants étrangers, cette solution se trouve ainsi en porte à faux avec le parti pris d'Ago qui, s'il réduit le dommage à un simple effet matériel de la survenance du fait contraire au droit, et le cantonne au contenu de la responsabilité, ne manque toutefois pas de lui attribuer une fonction toute particulière sur le plan du *tempus commissi delicti.* Selon Ago, la constitution du « fait complexe » serait, on l'a dit, répartie en différents moments et plusieurs agissements, à commencer par celui qui, dès le début, « consomme[rait] matériellement tout le dommage sans que le délit soit constitué juridiquement (…) » [1168] . La date de survenance du préjudice ne servirait ainsi

[1168] Observations de P. Reuter sur le projet d'article 21 (séance du 14 juillet 1977), *An. C.D.I.* 1977, I, p. 247.

qu'indirectement l'identification du moment d'accomplissement de la violation, en se trouvant témoin de la réalisation d'une des phases du processus devant y aboutir. Des affaires dans lesquelles était mise en cause la compétence temporelle de la juridiction, affleurent toutefois des situations dans lesquelles l'Etat a été en mesure d'engager sa responsabilité, au titre du traitement dû aux ressortissants étrangers sur son territoire, par un seul comportement de l'un de ses organes. Qui plus est, le comportement en cause serait précisément celui à l'origine du dommage, et non celui par lequel l'Etat s'était définitivement privé des moyens de faire obstacle à la mise en jeu de sa responsabilité. Ces différents exemples permettront ainsi de rendre compte du fait que la pratique n'a pas entièrement consacré la théorie du fait complexe développée par le Rapporteur Ago à l'occasion de ses travaux à la Commission du droit international. Si, en effet, les juridictions internationales estiment que la date dont il doit être tenu compte aux fins de la compétence temporelle n'est pas celle à compter de laquelle la violation du droit international a été rendue possible, mais bien celle à laquelle celle-ci s'est définitivement consommée, elles font, dans le même temps, preuve d'un certain pragmatisme pour identifier le comportement qui en sera tenu responsable. Il conviendra, le moment venu, d'en tirer les enseignements du point de vue de l'importance à accorder à la structure des normes sur le plan du *tempus commissi delicti* [1169].

– retenir la date de la lésion des droits pour identifier le fait pertinent aux fins de la compétence temporelle, c'est par ailleurs nécessairement convenir que les deux phénomènes, c'est-à-dire le « fait » et son « effet », sont caractérisés par une simultanéité ou, du moins, une proximité temporelle suffisante pour que l'un ne soit, jamais sans l'autre, antérieur ou postérieur à la date critique. En pratique, l'hypothèse se vérifiera dans la très grande majorité des cas. Le phénomène de « dispersion » des faits ne vise que la succession dans le temps de « faits instantanés », avec pour conséquence que la présence du dommage au cours de la période couverte par la compétence présumerait celle de la conduite qui en est à l'origine, et *vice-versa*. On retrouve d'ailleurs l'expression de cette coïncidence dans le discours juridictionnel, « fait générateur » et « dommage » étant indifféremment utilisés pour désigner la position du différend dans le temps. Un problème particulier qui a déjà été abordé, pourrait toutefois se poser dans le cas où le fait produit ses conséquences dommageables seulement quelque temps après s'être réalisé. En de telles circonstances, on pourrait même imaginer qu'un tel intervalle chevauche la date prise en référence pour la compétence de la juridiction,

[1169] Voir *infra*, n° 355 et ss.

et que les dates de survenance du dommage, d'une part, et de son fait générateur, d'autre part, indiquent des solutions différentes pour la compétence temporelle. Le cas de figure s'était, comme on le sait, déjà posé en pratique au titre de l'indemnisation des dommages de guerre[1170] ; la date de survenance du préjudice – à laquelle était attachée la condition de compétence temporelle de la juridiction – ne devait toutefois servir, dans ce contexte, qu'à établir sa liaison causale avec le conflit. L'octroi de mesures de réparation dans les hypothèses où le préjudice avait été subi après la période prévue par le texte, n'exprimait pas, dans ces circonstances, le choix de tenir compte de la date du fait générateur de responsabilité aux dépens de celle du dommage.

Eric Wyler, dans l'étude qu'il consacre à la règle de la continuité de la nationalité, propose de retenir la solution inverse ; il évoque, plus précisément, l'hypothèse de mesures de politique économique qui se répercuteraient sur des intérêts étrangers plusieurs semaines après la date de leur adoption. L'auteur relève, au vu des solutions retenues par les juridictions internationales, que la date pertinente devrait, dans une telle hypothèse, être celle du dommage[1171]. Cette option n'est toutefois pas nécessairement transposable au problème posé par la compétence temporelle. D'abord parce que l'application de la règle de la continuité passe nécessairement par l'identification du porteur de l'intérêt pour agir, c'est-à-dire du titulaire du droit à réparation dont l'acquisition est concomitante avec la « naissance de la réclamation » et la survenance du préjudice[1172]. Ensuite pour la raison que la question de la distorsion *ratione temporis* des faits et de leurs effets relève, pour sa part la plus essentielle,

[1170] Voir la jurisprudence de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, ainsi que celle de la Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie, citées *supra*, n° 251 et note n° 880. Avant ces affaires, la question n'avait, semble-t-il, jamais été portée à l'attention des Commissions de conciliation d'après guerre. La disqualification de la réclamation à raison de sa date de survenance recoupait dans tous les cas la postériorité du fait générateur à l'égard de la période considérée et, ainsi, l'absence d'un lien suffisamment étroit avec le conflit : voir par ex. la décision de la Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Allemagne du 25 mai 1926, *Robert E. O'Rourke, as receiver of the Mississippi Valley, South American and Orient Steamship Company (Etats-Unis) c. Allemagne*, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 328-330, spéc. p. 329 ; voir également *Hoffman*, décision n° 7 de la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis du 11 avril 1952, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 97-101, spéc. p. 101 (solution admise au fond). Dans l'unique affaire où le compromis d'arbitrage réclamait autant la présence du fait que du dommage pendant la période de belligérance et où le lien temporel s'était trouvé suffisamment distendu pour que le cas de figure se réalise, la réclamation n'en était pas moins survenue avant le *dies ad quem*. L'affaire portait sur les circonstances dans lesquelles avait sombré un navire américain à la suite d'une collision avec une mine sous-marine. Bien que remontant à plusieurs mois avant l'incident, la pose de l'explosif avait été analysée comme la *causa proxima* de la perte invoquée : Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Allemagne, *Eisenbach Brothers and Company (Etats-Unis) c. Allemagne*, 13 mai 1925, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 199-203, spéc. pp. 201-203.

[1171] E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op. cit.*, pp. 70-71.

[1172] Voir sur ce point *supra*, n° 250.

de celle des situations continues et qu'elle se trouvera, le plus souvent, discutée et résolue par ce biais sur le plan de la compétence[1173].

Rapporté au cas des faits instantanés, il semble qu'un tel problème ne puisse trouver sa solution sans la prise en compte des termes utilisés dans la clause juridictionnelle pour définir l'étendue de la sphère de compétence. La solution proposée par le professeur Wyler au titre de la règle de continuité de la nationalité devrait ainsi être retenue dans le cas où l'engagement juridictionnel fait explicitement référence à la date du préjudice ou à celle de « naissance de la réclamation »[1174]. Dans le cas contraire, la date de survenance des faits litigieux, en tant que « source » première de la responsabilité, devrait être également prise en compte. En effet, si l'on ne conçoit pas de responsabilité sans qu'il ne soit porté atteinte à un droit subjectif, le juge ne pourrait pas non plus se prononcer sur les conséquences juridiques attachées à cette atteinte sans que ne relève de son domaine de connaissance la conduite litigieuse. Comme le note le professeur Weckel, « le fait illicite peut être décomposé et recomposé en moment distincts »[1175], et la détermination du droit qui lui est applicable nécessite « d'examiner de manière cumulée la situation de l'auteur de l'acte et celle du sujet qui est en droit de réagir à la violation »[1176]. Sur cette base, fait générateur *et* dommage doivent être survenus pendant la période visée par la règle de compétence, sans quoi la demande portée à la connaissance du juge ne serait pas en mesure d'aboutir.

b. Indifférence de la date de constitution de la situation juridique

342. La détermination de la compétence temporelle passe par la localisation du fait à l'origine de la prétendue atteinte à la situation juridique, et il n'importera pas, en l'absence de dispositions contraires, que cette situation ait été créée avant ou après la période à laquelle

[1173] La solution consistant à tenir compte de la date du dommage a toutefois été proposée par le professeur Sacerdoti en vue de déterminer la compétence temporelle des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, au titre des faits instantanés : « si les actes ou faits qui ont causé la violation d'un droit allégué par le requérant ne s'identifient pas avec cette même violation en tant qu'aspect matériel de celle-ci, mais se trouvent avec elle dans une relation de cause à effet qui s'étale dans le temps, la circonstance que ces faits sont antérieurs [à la date prise en référence] n'est pas en mesure d'exclure la compétence (…) si la lésion du droit est postérieure, et ceci même hors des cas de violation continue » (G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *op. cit.*, p. 145). Cette remarque devait concerner au premier chef les antécédents de la violation qui ne se trouveraient pas dans un rapport causal immédiat avec ses conséquences dommageables ; l'auteur avait toutefois étendu son appréciation aux actes et faits qui, tout en ne s'identifiant pas temporellement avec la violation elle-même, l'auraient directement provoquée : *ibid.*, p. 138.

[1174] Voir pour un exemple, *Fonderie de Trail* (Etats-Unis/Canada), sentences arbitrales des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1907-1982, spéc. p. 1920.

[1175] Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *op. cit.*, p. 192.

[1176] *Ibid.*, p. 194.

débutait la compétence[1177]. En ce sens, la date d'acquisition des droits ne saurait être utilement invoquée pour faire obstacle à l'examen de leur prétendue violation, pourvu que cette dernière relève du domaine temporel de compétence. Cette solution est acquise lorsque l'objet de la procédure est l'établissement de la responsabilité internationale du défendeur. Comme a pu l'affirmer la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*, « il est vrai qu'un différend peut présupposer l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend s'élève au sujet de cette situation ou de ce fait »[1178]. C'est sur ce fondement qu'elle avait rejeté l'argument du gouvernement bulgare qui prétendait que l'opposition de vues avec la Belgique s'était élevée au sujet des sentences du tribunal arbitral mixte qui avaient établi la situation juridique entre les parties[1179] ; s'il était exact de dire que ces jugements avaient créé une situation antérieure à la date critique, il fallait, selon la Cour permanente, simplement y voir la source des droits revendiqués par la société belge, lesquels n'avaient, de surcroît, pas été sujets à controverse avant que les parties n'aient formulé leur engagement à l'égard de la juridiction obligatoire. Ce disant, la Cour refusait de voir dans la date de constitution de la situation juridique, un élément susceptible de déterminer sa faculté à connaître du litige. C'est ainsi à tort qu'on prétendrait que la haute juridiction a rompu, dans cette affaire, avec le principe de causalité matérielle pour lui préférer une causalité efficiente[1180] ; loin de s'exclure réciproquement, causalités efficiente et matérielle reviennent simplement à envisager le fait principal comme l'événement qui a causé *immédiatement* et *par lui-même* le différend[1181].

343. L'arrêt rendu dans l'affaire du *Droit de passage* devait toutefois conduire à apporter une importante réserve au principe selon lequel la date de création de la situation juridique ne serait, en soi, jamais jugée décisive aux fins de la faculté à connaître du litige. A la différence de la précédente espèce, la partie défenderesse contestait l'existence même du droit dont était alléguée la violation. A la lecture des conclusions de la partie requérante, l'objet de la procédure était donc double : affirmer l'existence de la situation juridique litigieuse avant d'établir, le cas échéant, la responsabilité du Portugal et son obligation de

[1177] Voir, en ce sens, C.Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 175, § 308.
[1178] *Rec. C.P.J.I.*, Série A/B, n° 77, p. 82. Voir également, pour une confirmation, l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 rendue dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* entre l'Allemagne et l'Italie (§ 26 ; ordonnance disponible sur le site de la Cour).
[1179] Pour une appréciation divergente du sort à réserver à l'exception d'incompétence temporelle, voir l'opinion individuelle du juge Erich (*Rec. C.P.J.I.*, Série A/B, n° 77, pp. 140-145, spéc. pp. 142-143) et l'opinion dissidente du juge Papazoff (*ibid.*, pp. 146-149, spéc. p. 148).
[1180] Une telle analyse a pu être proposée par la doctrine : voir notamment H. Barati, *La date critique en droit international*, *op. cit.*, pp. 358-359 ; A. Toublanc, « Affaire relative à *Certains biens* (Liechtenstein c. Allemagne, Exceptions préliminaires, 10 février 2005) », *A.F.D.I.*, 2004, p. 370-388, spéc. pp. 386-387.
[1181] Sur la notion de causalité efficiente, voir *infra*, n° 346 et ss.

réparer les torts causés. La Cour aurait ainsi pu suivre la voie indiquée par le juge Badawi dans son opinion dissidente, qui estimait que l'« objet véritable » de l'action était d'obtenir un jugement déclaratif visant à faire reconnaître une situation de droit entre les Parties qui remontait bien avant les prétendus faits illicites, et que c'est de cette situation, juridique et non factuelle, qu'était né le différend[1182]. La haute juridiction allait toutefois exclure d'emblée la possibilité de tenir compte de la source des droits en cause pour dater la naissance du litige, et n'attacher d'importance qu'à l'époque de survenance des faits présentés comme illicites, en stricte conformité avec la solution retenue par la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*[1183]. La Cour s'estimait compétente. Pour en arriver à cette conclusion, elle s'était néanmoins fondée sur la circonstance que le droit de passage n'avait pas été contesté avant la survenance des entraves et qu'il était, au surplus, invoqué aux seuls fins de l'établissement de la responsabilité du gouvernement défendeur ; aussi indiquait-elle que le différend ne l'invitait pas à se prononcer sur la réalité du titre sur le fondement duquel le passage avait été pratiqué avant cette époque[1184]. On peut en déduire que, dans la situation inverse, elle n'aurait pas eu d'autre choix que de se déclarer incompétente ; qu'en d'autres termes, la *situation à l'origine du différend* indiquée dans la réserve temporelle aurait été,

[1182] Pour différencier le différend des faits qui s'en trouvaient à l'origine, le juge Badawi jugeait effectivement nécessaire de remonter d'un cran dans la chaîne de causalité. Ainsi considérait-il que les difficultés dénoncées par le Portugal pour faire usage de son droit de passage n'étaient que les développements du différend et non les circonstances qui y avaient donné lieu, et que celles-ci ne pouvaient alors être que la « situation d'équivoque » ayant entouré l'exercice du passage. Simple tolérance ou véritable droit octroyé au Portugal, la question restait en suspens mais caractérisait, en tout état de cause, une incertitude « qui a[vait] existé avant comme après 1930 » et à propos de laquelle était survenu le différend : voir l'opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires de 1957, *Rec.* 1957, pp. 154-163, spéc. p. 163, et l'opinion dissidente jointe à l'arrêt sur le fond, *Rec.* 1960, pp. 69-75, spéc. p. 74. Voir également en ce sens, l'opinion dissidente du juge Chagla annexée à l'arrêt sur le fond, pour qui « le véritable différend porte sur l'obligation de l'Inde et non sur la violation de cette obligation (…). S'il existe une divergence ou une différence entre les Parties quant aux sources du droit revendiqué, il est évident dès lors que cette divergence ou cette différence constitue la source du différend soumis à la Cour » : *Rec.* 1960, pp. 116-122, spéc. pp. 116-117.

[1183] *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 6-46, spéc. p. 35 : « [c]'est en 1954 seulement qu'une telle controverse a surgi et le différend porte à la fois sur l'existence d'un droit de passage pour accéder aux territoires enclavés et sur le manquement de l'Inde aux obligations qui, selon le Portugal, lui incomberaient à cet égard. C'est de cet ensemble qu'est né le différend soumis à la Cour ; c'est cet ensemble que concerne le différend. Cet ensemble, quelle que soit l'origine ancienne de l'une de ses parties, n'a existé qu'après le 5 février 1930 ».

[1184] *Rec.* 1960, pp. 35-36. C'est, du reste, le constat auquel la Cour était déjà parvenue avant même d'avoir abordé l'exception d'incompétence temporelle. Se posant la question de savoir à quelle date fixer les éléments de fait et de droit qui permettraient d'apprécier l'existence du droit de passage, la Cour avait tenu compte du fait que la situation juridique revendiquée n'était qu'accessoire à l'objet immédiat de la requête portugaise – la reconnaissance du caractère illicite des entraves à l'exercice de ce droit de passage en territoire indien – et avait considéré devoir apprécier l'existence du droit au jour de son éventuelle violation (*ibid.*, p. 29). Cette position n'a, en soi, rien d'original ; la « date critique de fond » est fréquemment associée, dans le contentieux territorial, à la prétendue acquisition ou destruction du titre. Du point de vue de la compétence, en revanche, un tel choix portait déjà l'idée que la situation juridique n'avait, jusque là, pas été contestée, et qu'elle ne devait, dans cette mesure, pas constituer la situation à l'origine du différend.

dans un tel cas de figure, juridique – et non factuelle –, et la date de sa constitution, directement déterminante.

344. Une telle hypothèse ne s'est jamais présentée dans la jurisprudence de la Cour. Il convient donc d'affirmer, sous cette réserve, que la date d'acquisition des droits ne devrait pour la Cour, comme pour les autres juridictions internationales, jamais constituer un obstacle à la compétence temporelle au titre de l'examen des *faits litigieux*, à moins toutefois que la clause de juridiction, ou les dispositions de fond auxquelles cette clause renvoie, n'en disposent autrement. On peut, à ce dernier égard, donner l'exemple des engagements juridictionnels qui confient à un organe l'examen des réclamations nées de « transactions postérieures »[1185], ou encore de ceux qui excluent de la sphère de compétence les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de traités ou de contrats conclus antérieurement[1186] ou postérieurement à une certaine date[1187]. A dire vrai, la question aurait surtout aujourd'hui vocation à se poser au sujet de certains traités bilatéraux d'investissement qui prévoient que leurs dispositions ne s'appliquent qu'aux investissements réalisés après leur entrée en vigueur[1188] ou une autre date[1189]. Ce type d'aménagement ne préjuge pas toutefois du régime d'applicabilité temporelle du texte aux faits litigieux. Il ressort très clairement de la pratique arbitrale qu'on ne saurait notamment déduire le caractère rétroactif de l'instrument de protection de la présence d'une clause attirant les investissements antérieurs dans sa sphère

---

[1185] Voir par exemple, l'article II de l'Accord spécial conclu par la Grande-Bretagne et les Etats-Unis le 18 août 1910 (*R.S.A.*, vol. VI, pp. 9-11, spéc. p. 9) et l'affaire *Indiens Cayuga (Grande-Bretagne c. Etats-Unis)*, décision du tribunal arbitral Grande-Bretagne/Etats-Unis du 22 janvier 1926, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 173-190. Pour une autre illustration, voir la décision du 6 janvier 1928 rendue par la Commission tripartite Etats-Unis/Autriche/Hongrie dans l'affaire *Estate of Alexander Ortlieb (Etats-Unis) c. Autriche & Edward Coumont, Executor of Estate of Louis Ortlieb* dans laquelle elle estime qu'elle n'a pas compétence pour connaître d'une dette survenue durant la période de belligérance et liée à une transaction antérieure à celle-ci, conformément à ce que prévoit le Traité de Vienne du 24 août 1921 : *R.S.A.*, vol. VI, p. 240.

[1186] Voir par ex. l'actuelle déclaration unilatérale nicaraguayenne qui admet la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour l'ensemble des différends, excepté ceux qui « auraient pour origine l'interprétation de traités, signés ou ratifiés, ou de sentences arbitrales rendues, avant le 31 décembre 1901 ». Voir également la déclaration perse interprétée et appliquée par la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, Royaume-Uni c. Iran, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 22 juillet 1952, *Rec.* 1952, pp. 93-115, spéc. pp. 103-107.

[1187] Voir par exemple l'article 188 b. du Traité de Neuilly du 27 novembre 1919 qui prévoyait la compétence du tribunal arbitral mixte franco-bulgare pour l'ensemble des « différends (…) relatifs aux contrats conclus avant la mise en vigueur du présent Traité » : sur cette disposition, voir notamment l'affaire *G. Brun c. Etat bulgare*, 1er février 1922, *Rec. T.A.M.*, vol. I, pp. 789-791, spéc. p. 790. S'agissant de la compétence du tribunal arbitral mixte franco-allemand, voir l'article 304 b. du Traité de Versailles, ainsi que l'affaire *Waitz c. Schaefer*, 20 juillet 1922, *Rec. T.A.M.*, vol. II, pp. 315-325, spéc. p. 320.

[1188] Voir les exemples donnés par le professeur Matringe, *in* « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », *op. cit.*, p. 71, note n° 64.

[1189] Voir par exemple l'article 10 de l'accord conclu par la France avec l'URSS le 4 juillet 1989 qui limite son application « à tous les investissements effectués à partir du 1er janvier 1950 ». Voir également l'accord conclu entre la Chine et le Japon le 27 août 1988, qui s'applique à l'ensemble des investissements réalisés à partir du 29 septembre 1972, date à laquelle le Japon a reconnu la République populaire de Chine : *I.L.M.*, vol. 28, pp. 575-579, spéc. p. 578.

d'application[1190]. Réciproquement, la détermination des situations juridiques couvertes *ratione temporis* par l'accord ne saurait, en l'absence de toute clause prévue à cet effet, être résolue sur la base de la présomption posée à l'article 28 de la Convention de Vienne[1191] ; elle imposera, de manière systématique, la découverte de l'intention des rédacteurs du traité de protéger ou non les investissements réalisés avant son entrée en vigueur[1192]. Ces considérations traduisent, en définitive, la différence de rapport temporel qui unit le texte aux *droits* et aux *faits*. Quant aux droits protégés par le traité, il s'agirait d'attacher des effets pour l'avenir à une situation juridique éventuellement *créée* dans le passé et qui serait toujours *en cours*[1193] ; on parlerait, le cas échéant, de *rétrospectivité*[1194]. Quant aux faits litigieux, ils

---

[1190] Cette distinction avait déjà pu être mise en évidence dans l'affaire *Tradex Hellas S.A. (Grèce) c. République d'Albanie* (ICSID Case No.ARB/94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996) dans laquelle l'arbitre avait considéré que « les parties contractantes avaient l'intention de ne soumettre à la compétence du CIRDI que les expropriations (…) et les requêtes d'arbitrage futures, *même si elles devaient concerner des investissements effectués antérieurement* » (traduction officieuse de M. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, p. 496 ; pour la version originale : *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. p. 180). La distinction allait encore plus clairement ressortir de l'affaire *Victor Pey Casado* dans laquelle le tribunal affirmait que l'applicabilité de l'accord de protection aux investissements antérieurs « ne préjuge[ait] pas de l'applicabilité de [ses] dispositions de fond aux violations alléguées ». Le tribunal ajoutait que l'insertion d'une telle clause ne « peut être interprétée comme conférant un effet rétroactif à l'Accord permettant de l'appliquer aux violations antérieures à son entrée en vigueur » (*Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, §§ 578-584, et spéc. § 579). Voir également, la sentence du 29 mai 2003 rendue dans l'affaire *Tecmed*, § 64: « *[a]lthough the Agreement applies to investments existing as of the date of its entry into force – which suggests as a logical conclusion that the situations surrounding investments existing at the time do not escape its provisions –, the way the provisions on which the Claimant relies are drafted suggests that the application thereof is forward-looking* ». Voir encore parmi beaucoup d'autres, *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308, spéc. p. 267, §§ 11.1-11.2 ; *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 59 : « *because of the fact that the BIT applies to investments existing at the time of its entry into force, the temporal effects of its clauses are not modified* ». Pour la Convention ALENA, voir *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 208, § 68. Au sujet du Traité sur la Charte de l'énergie, voir la récente sentence arbitrale *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie* du 23 septembre 2010, ICSID Case No. ARB/07/22, §§ 6.4.1-6.4.2

[1191] *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd.* (Singapour) *c.* Myanmar, ASEAN Case No.ARB/01/1, sentence arbitrale du 31 mars 2003, *I.L.M.*, vol. 42, 2003, pp. 540-559, spéc. p. 555, §§ 70-71.

[1192] A ce titre, et en l'absence d'autres indications, les termes retenus dans les clauses dites de survie pourraient être pris en compte dans la mesure où les Etats précisent le plus souvent la catégorie d'investissements bénéficiant de l'application prolongée des dispositions conventionnelles. Il faut cependant noter que certains T.B.I., comme celui conclu par la France et l'Iran le 12 mai 2003, prévoient une telle application prolongée pour les seuls investissements effectués pendant que le traité était en vigueur (art. 12 du T.B.I. France/Iran) alors même que le régime conventionnel s'appliquait, pour la période antérieure à la dénonciation, à l'ensemble des investissements, y compris ceux réalisés avant l'entrée en vigueur du T.B.I. (article 10).

[1193] Un traité bilatéral s'appliquant aux investissements réalisés avant son entrée en vigueur ne les protège que dans la mesure où ils sont encore « existants » après ce jour, à moins de rétroagir. Certains traités bilatéraux d'investissement répercutent d'ailleurs cette conséquence en garantissant protection aux investissements « existants au jour de l'entrée en vigueur », s'agissant de ceux acquis avant cette date. Voir par exemple le traité bilatéral conclu par les Etats-Unis et l'Equateur le 27 août 1993 et appliqué dans l'affaire *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 162. En pratique, l'existence de l'investissement à la date d'entrée en vigueur du traité est prise en considération par les tribunaux arbitraux au titre de leur capacité à connaître des faits survenus postérieurement : voir pour un exemple la sentence *MCI c. Equateur* précitée, §§ 167, 169 ; plus récemment, *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, §§ 110-120. Sur ce lien

déclencheraient les effets de la règle s'ils surviennent à un moment – ou se maintiennent jusqu'au moment – où celle-ci s'applique ; il s'agira, cette fois, d'une application immédiate, ou éventuellement rétroactive, de la règle de droit. A moins que la mise en cause de situations juridiques établies avant la date critique ne soit expressément exclue, le sort de la compétence temporelle s'en trouvera ainsi remis à cette combinaison de modes d'action dans le temps de l'engagement juridictionnel.

2. Mise en œuvre du critère d'identification

345. Le critère identifié, il doit désormais s'agir d'apprécier la manière dont il est concrètement mis en œuvre par les juridictions internationales en vue de régler le problème de compétence temporelle. Il n'y a pas, à cet égard, à proprement parler de règle générale qui permette d'identifier la date de la prétendue lésion des droits, qu'ils soient individuels ou étatiques (a). Ce constat tiré de la pratique des juridictions internationales permet de tirer un certain nombre d'enseignements sur la pertinence à accorder au contenu de l'obligation dont est alléguée la violation (b).

a. Enoncé des solutions

i. La date de l'atteinte à une situation juridique individuelle

346. Il n'y a guère de règles qui permettent de désigner par avance le moment auquel pourrait se produire l'atteinte à une situation juridique individuelle donnée. L'identification du « fait principal » est une question d'espèce[1195], et c'est plutôt dans le but de caractériser la

---

entre existence de l'investissement et compétence temporelle, voir également *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines*, ICSID Case No.ARB/03/25, sentence du 16 août 2007, § 306. Voir encore la sentence *Chevron* dans laquelle l'existence d'un investissement à la date de l'entrée en vigueur du T.B.I. avait été envisagée comme le critère permettant d'établir *per se* la compétence arbitrale : *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. Équateur*, sentence intérimaire CNUDCI du 1er décembre 2008, §§ 202 et ss., 264. La prise en considération de la date d'acquisition de l'investissement a, par ailleurs, déjà permis d'exclure la compétence de la juridiction pour des faits antérieurs à cette même date : voir en ce sens la récente sentence arbitrale du 15 avril 2009 rendue dans l'affaire *Phoenix Action Ltd. c. République tchèque*, ICSID Case No.ARB/06/5, §§ 68-71.

[1194] Sur la notion d'application rétrospective de la règle, voir *supra*, n° 95.

[1195] Cette impression est retranscrite dans les études consacrées au fait illicite, lequel peut résulter d'une pluralité d'actions ou omissions engageant la participation des différents organes étatiques législatifs, gouvernementaux et judiciaires : voir en ce sens, M. Arangio-Ruiz, « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », *An. C.D.I.* 1988, II-1, pp. 6 et ss., spéc. p. 15, § 38. Le juge Berman envisage finalement le même phénomène lorsqu'il considère dans son opinion dissidente rendue dans l'affaire relative à *Certains biens* que « la Cour [internationale de Justice] jouit d'une certaine latitude ou d'un certain pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour déterminer quels faits ou situations doivent être considérés comme ce qu'on appelle maintenant l' 'origine ou la cause réelle' des différends dont elle est saisie – ne serait-ce que parce que deux différends internationaux

manière dont les juridictions procèdent à cette recherche qu'il y a lieu de restituer les solutions relatives à leur compétence temporelle. Le problème de la dispersion oblige, on l'a dit, à opérer un choix parmi une pluralité de faits répartis de part et d'autres de la date critique, aux fins de désigner celui qui se trouve être à l'origine de la prétendue lésion des droits. A cet égard, l'approche du juge international relève assurément d'une « causalité efficiente » ou « immédiate »[1196], le fait pertinent étant le « véritable » élément générateur de la violation, c'est-à-dire l'événement par lequel celle-ci est advenue sans nécessiter, dans l'intervalle, le concours d'un autre facteur[1197].

347. C'est dans cet ordre d'idées que la Commission des réclamations Etats-Unis/Panama avait tenu compte, dans l'affaire de la *Mariposa Development Company*, du *locus poenitentiae* laissé, selon toute vraisemblance, aux autorités nationales en vue de déterminer la date de survenance de la réclamation. Celle-ci portait sur la perte d'un terrain que le demandeur faisait remonter au jour de la promulgation d'une législation qui, selon ses dires, constituait la première et principale phase d'exécution d'un plan d'expropriation. L'argument était nécessaire pour établir la compétence de l'arbitre qui se trouvait limitée aux « pertes et dommages » subis avant la date à laquelle les organes judiciaires avaient rendu, dans le cas d'espèce, leur décision définitive. La Commission allait toutefois aboutir à une

---

ne sont jamais exactement semblables du point de vue des circonstances qui les ont fait naître » (*Rec.* 2005, pp. 70-82, spéc. p. 72).

[1196] La causalité immédiate est celle qui provoque, selon Aristote, le passage de la puissance à l'acte, « le principe premier d'où vient le changement des choses » tel le père qui est la cause de son enfant : *Leçons de physique*, *op. cit.*, pp. 125-126. Voir également *La Métaphysique*, *op. cit.*, p. 163.

[1197] Cicéron envisage cette question de la proximité de l'effet à sa cause lorsqu'il dit : « *ne doit-on pas entendre le mot cause si largement qu'il enveloppe tout antécédent, mais tout antécédent efficace*. Ce n'est pas parce que je suis descendu au Champ de Mars que j'ai joué à la paume ; Hécube n'a pas été cause de la ruine de Troie parce qu'elle a donné le jour à Pâris, ni Tyndare de la mort d'Agamemnon parce qu'il a engendré Clytemnestre. A ce compte, il faudrait dire qu'un voyageur bien vêtu a été la cause de l'agression du brigand qui l'a dépouillé » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1983, 14ème éd., p. 1297 ; nous soulignons). L'immédiateté désignerait ainsi l'absence d'étape intermédiaire, par opposition au caractère « direct » du lien causal qui qualifierait tout autant les préjudices dits « transitifs » : voir B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, pp. 186-187. Voir également A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies*, *op. cit.*, pp. 389-390. Au sujet de la compétence temporelle, voir plus particulièrement H. Barati, *La date critique en droit international*, *op. cit.*, pp. 356-360 ; G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *op. cit.*, p. 137 ; A. Toublanc, « Affaire relative à *Certains biens* », *op. cit.*, pp. 383-388. Une abondante jurisprudence illustre la recherche de la *causa proxima*, notamment celle des Commissions mixtes de réclamation : voir notamment *Armando Cobos Lopez (Mexique) c. Etats-Unis*, décision de la Commission générale des réclamations Mexique/Etats-Unis du 2 mars 1926, *R.S.A.*, vol. IV, p. 20 ; de la même Commission, voir *Bond Coleman (Etats-Unis) c. Mexique*, 3 octobre 1928, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 364-368. Voir également *Eisenbach Brothers and Company (Etats-Unis) c. Allemagne*, décision du 13 mai 1925 de la Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Allemagne, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 199-203, spéc. p. 202, ainsi que la décision administrative No. II du 1er novembre 1923 dans laquelle la Commission revient sur la règle de la causalité immédiate : *ibid.*, p. 23-32, spéc. p. 29. Voir encore *Hoffman*, décision n° 7 du 11 avril 1952 de la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 97-101, spéc. p. 100.

solution à peu près opposée. Elle considérait que la violation était bien apparue à la date à laquelle les juridictions nationales avaient définitivement statué, parce qu'aucune violation des droits n'avait jusqu'à ce point été commise. En somme, la seule faculté laissée aux autorités de pouvoir procéder à des expropriations sans indemnisation n'avait, d'elle-même, pas suffi à créer un motif de réclamation dans le chef de tout propriétaire concerné par la législation ; encore avait-il fallu qu'une telle législation ait concrètement atteint leurs droits[1198].

348. Le raisonnement tenu dans cette affaire est topique de la manière par laquelle les juridictions internationales établissent le moment de l'atteinte à la situation juridique individuelle. Une réclamation ne saurait conduire à un examen *in abstracto* des actes litigieux ; seule l'incidence réelle de la conduite étatique sur la situation juridique individuelle permet d'identifier le « fait principal »[1199]. Cette exigence supposera d'ailleurs du juge international qu'il prenne connaissance de certains éléments du droit interne, à commencer par les compétences dont les différentes autorités étatiques mises en cause étaient investies[1200], ainsi que les conditions d'acquisition et de terminaison des situations juridiques lorsque de leur existence en droit étatique dépend leur protection au plan international[1201].

[1198] *Mariposa Development Company and others (Etats-Unis) c. Panama*, jugement du 27 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 338-341, spéc. p. 341. Voir également, en ce sens, au sujet de la date d'incidence des dispositions législatives sur la situation juridique de contribuables, l'affaire *X., W. et Z. c. R.F.A.*, req. n° 2717/66, décisions de la Commission européenne des droit de l'homme 14 et 15 juillet 1970, *Rec. Déc.*, vol. 35, pp. 1-25, spéc. p. 20 ; *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB et autres c. Finlande*, req. n° 20471/92, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 15 avril 1996, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 29-46, spéc. p. 41.

[1199] En ce sens, *Panos c. Etat bulgare*, tribunal arbitral mixte gréco-bulgare, 8 juillet 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. I, pp. 814-818, spéc. p. 817 ; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Belgique c. Bulgarie, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. p. 82 ; *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 27 mars 1962 : la Commission s'estime compétente dans la mesure où elle n'est pas appelée « à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention », *Ann*. Vol. 5, 1962, pp. 335-337 ; *Kim c. Corée*, Comm. No. 574/94, constatations du Comité des droits de l'homme du 3 novembre 1998, spéc. § 6.2. Pour la jurisprudence CIRDI, voir *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. c. Argentine*, ICSID Case No.ARB/02/1, décision sur les exceptions préliminaires du 30 avril 2004, *ICSID Reports*, vol. 11, pp. 414-430, spéc. p. 427, § 68.

[1200] Pour un exemple récent, voir *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, ICSID Case No.ARB/07/23, seconde décision sur les exceptions préliminaires du 18 mai 2010, §§ 118-125.

[1201] Les organes étatiques ne pourraient, toutefois, se soustraire à leur responsabilité en *annulant* plutôt qu'en modifiant ou en mettant fin aux situations juridiques constituées avant la date critique. Dans la première hypothèse, c'est bien effectivement la date à laquelle aurait été prise la décision d'annulation qui serait jugée décisive pour la compétence temporelle du juge international. Voir notamment, en ce sens, l'affaire *Elisavieta, Marie et Vahe Panikian c. Bulgarie*, req. n° 29583/96, décision du 10 juillet 1997, *D.R.*, vol. 90, pp. 109-119, spéc. p. 116, dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme estime que « nonobstant la nullité de leur titre de propriété [constaté par un jugement postérieur à la date d'entrée en vigueur de la Convention], les requérants avaient un 'bien' au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention. (…) pendant près de trente-cinq ans, ils ont été en possession de l'appartement en question et ont été considérés comme propriétaires à toutes fins juridiques. En outre, il serait abusif d'admettre qu'un Etat puisse adopter une législation qui autorise

Dans l'affaire *Blečić*, la Cour européenne s'en est ainsi tenue à une stricte application de la réglementation nationale pour considérer ne pouvoir connaître des circonstances de la résiliation d'un bail dont la requérante était titulaire depuis une quarantaine d'années. La réclamante s'était momentanément absentée de Croatie avant que le conflit n'éclate dans la région et ne l'empêche, selon ses dires, de réintégrer son appartement. Sur ces entrefaites, les autorités locales avaient engagé une procédure au motif que l'intéressée avait cessé d'occuper son domicile pour une durée supérieure à celle prévue par la législation pertinente, et que cette absence n'était justifiée par aucun motif légitime au sens de ladite législation. Les juges du fond firent droit à la demande de la municipalité et mirent un terme au bail. Le jugement fut annulé en appel à deux reprises, avant que la Cour suprême n'accueille finalement le pourvoi des autorités municipales et confirme la résiliation du contrat. Un dernier recours fut alors intenté par la requérante devant la Cour constitutionnelle qui conclut à la juste application des dispositions légales, et à l'absence de violation de ses droits constitutionnels par les juridictions inférieures. Cet arrêt, le seul rendu après la ratification par la Croatie de la Convention européenne, fut présenté devant la Cour européenne comme constitutif d'une ingérence dans le droit au respect du domicile et des biens. Le gouvernement défendeur contestait, pour sa part, l'influence de cette décision dans la perte du bail, considérant que la Cour constitutionnelle s'était simplement attachée à déterminer si le droit matériel en vigueur à l'époque des faits avait été correctement appliqué. La Cour européenne allait aboutir à la même conclusion en faisant observer qu'un bailleur souhaitant mettre un terme à la relation juridique qui le lie au locataire doit, conformément au droit croate, obtenir un jugement à cet effet, et que la résiliation du bail ne peut dans cette mesure intervenir avant la date à laquelle ce jugement aurait acquis force de chose jugée. Or, ces conditions se trouvaient réunies dès le prononcé de l'arrêt de la Cour suprême ; quant à la décision rendue subséquemment par la Cour constitutionnelle, elle avait eu pour seul effet de ne pas redresser une ingérence qui, s'étant déjà accomplie avant que la Convention n'entre en vigueur, ne pouvait être appréciée qu'à l'aune de la réglementation interne de l'époque[1202].

---

l'annulation de contrats ou d'autres titres de propriété et ainsi se soustraire à sa responsabilité pour une atteinte à des droits de propriété au regard de la Convention ».

[1202] *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006. Sur cette affaire et ses possibles implications sur la jurisprudence de la Cour en matière de compétence temporelle, voir Ph. Frumer, « De l'incidence du temps sur la réalisation de l'illicite : quelques observations relatives à l'arrêt Blecic c. Croatie de la Cour européenne des droits de l'homme (8 mars 2006) », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 397-416 ; N. Vajić, « Before…and After : *Ratione Temporis* Jurisdiction of the (New) European Court of Human Rights and the *Blečić* Case », in Liber Amicorum *Luzius Wildhaber. Droits de l'homme : regards de Strasbourg*, Kehl, Engel, 2007, pp. 483-505, spéc. pp. 495 et ss.

349. Rien n'exclut donc, en application d'une telle méthode, qu'une affaire ait effectivement atteint son point culminant dans les différents – voire l'ultime – recours engagés par le requérant devant les juridictions nationales[1203]. Certains faits de la cause, comme la législation dont est contestée l'application faite par le juge interne, pourraient alors précéder la date critique sans faire nécessairement échec à la compétence temporelle de la juridiction internationale[1204]. Cette situation n'est toutefois susceptible de se produire que si une précédente mesure n'avait pas, par elle-même, déjà affecté les droits individuels[1205]. A titre de rappel, dans l'affaire des *Phosphates*, la décision du Service des Mines avait été présentée par le gouvernement italien comme constitutive d'une violation des droits acquis placés sous la sauvegarde des conventions internationales ; aussi fallait-il, selon la Cour, y voir le fait susceptible d'être internationalement illicite sans que les décisions des juridictions

[1203] Pour les solutions admises au sujet des droits procéduraux, voir *infra*, n° 360-362. Pour les autres droits, voir l'*obiter dictum* de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Blečić c. Croatie*, arrêt du 8 mars 2006 déjà cité, § 78. Voir également les affaires *I. R. S. et autres c. Turquie*, req. n° 26338/95, décision de la Cour européenne sur la recevabilité du 28 janvier 2003, En droit, § 1 ; *Patriarcat œcuménique c. Turquie*, req. n° 14340/05, décision de la Cour sur la recevabilité du 12 juin 2007, En droit, § 1 ; *Valer Pop c. Roumanie*, req. n° 26511/04, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 décembre 2007. La soumission des affaires concernant la Turquie qui ne reconnaît la compétence des organes de la Convention qu'au titre de l'examen « des faits et jugements fondés sur des faits intervenus postérieurement » à la date de la déclaration a, par ailleurs, donné lieu à des décisions contradictoires, la Commission tenant compte dans plusieurs affaires de l'objet des jugements pour s'estimer incompétente *ratione temporis* (*K. c. Turquie*, req. n° 14206/88, décision du 11 juillet 1989 ; *D.R.*, vol. 62, pp. 303-305, spéc. p. 305 ; *B.A. c. Turquie*, req. n° 15505/89, décision de la Commission du 12 mars 1990, non publiée), ou s'estimant compétente au titre de circonstances similaires à l'occasion d'autres affaires (*Dogan Özgüden & Inci Tugsavul c. Turquie*, req. n° 17926/91, décision du 28 juin 1993, *D.R.*, vol. 75 (série A), pp. 167-173, spéc. pp. 171-172 ; *Hayrullahoglu c. Turquie*, req. n° 16425/90, décision de la Commission du 28 juin 1993 non publiée, En droit, I, au titre de l'existence d'un fait nouveau ; voir également pour la Cour européenne, *Zana c. Turquie*, req. n° 18954/91, arrêt de la Cour européenne (G.C.) du 25 novembre 1997, § 42). Voir par ailleurs, au titre de la recherche de la mesure individuelle ayant constitué la cause de la réclamation dans le contentieux de la fonction publique internationale, la décision n° 3 du T.A.B.M., *George Kavoukas, Earnest Parham c. BIRD* du 5 juin 1981, spéc. § 30, et surtout la décision n° 8 du 25 mai 1982, *George J. Novak c. BIRD*, spéc. § 13 (texte des décisions disponible sur le site de la Banque mondiale : http://web.worldbank.org/).

[1204] Voir notamment en ce sens G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *op. cit.*, pp. 133-145, spéc. pp. 138-139. Cette situation illustre le principe affirmé dans la jurisprudence de la Cour européenne suivant lequel « le seul fait qu'une partie des faits pertinents dans l'affaire soit antérieure à la date critique n'entraîne pas l'incompatibilité *ratione temporis* du grief tiré de l'article 8 de la Convention » : *Sisojeva c. Lettonie*, req. n° 60654/00, décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur la recevabilité du 28 février 2002, En droit, A.

[1205] *Jorge Almada Morrison c. Secrétaire général de l'O.E.A.*, jugement n° 1 du T.A.O.E.A. du 31 octobre 1972 ; *Mendaro c. BIRD*, décision n° 26 du T.A.B.M. du 4 septembre 1985, *I.L.R.*, vol. 85, pp. 646-656, spéc. pp. 653-654, § 27. Voir également *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ICSID Case No.ARB/95/3, décision du 2 septembre 1998, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 5-45, spéc. p 26, § 71 ; voir également sur ce point la réflexion engagée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308, spéc. pp. 303-305, §§ 20.33-20.36, et les références faites aux affaires *Feldman c. Mexique* et *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Egypte*.

étatiques rendues après la date critique n'aient été nécessaires à son existence[1206]. Pour cette raison, la Cour permanente avait décliné sa compétence.

Le fait que la date d'entrée en vigueur d'une législation ait été retenue dans d'autres affaires pour déterminer la compétence temporelle traduit finalement les mêmes symptômes. Il en irait de la sorte chaque fois que les autorités judiciaires n'ont pas disposé de la possibilité d'apprécier la licéité internationale de la réglementation mise en cause. Dans l'affaire *Mondev*, l'arbitre a ainsi refusé de voir dans l'échec de la procédure introduite devant les tribunaux américains autre chose que la stricte application de la loi conférant immunité juridictionnelle aux défendeurs[1207]. La même solution a été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Kefalas* et *Potocka* où l'impossibilité d'obtenir un jugement sur le fond avait été imputée au législateur, les autorités judiciaires n'ayant fait pour leur part que la mettre en évidence[1208].

Cette situation qui avait déjà été envisagée par la doctrine au titre des différentes concrétisations du déni de justice[1209] n'est pas limitée à l'hypothèse d'un manquement aux droits procéduraux. Certaines lois ont effectivement la particularité de se répercuter sur les

---

[1206] Voir sur cette affaire *supra*, n° 330-331, et *infra*, n° 377 au titre de la recherche d'un fait nouveau. Voir également Ch. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2004, 2ème éd., pp. 411 et ss.

[1207] *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence arbitrale du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 234, § 156. *A contrario*, la faculté laissée à un tribunal de respecter les droits internationaux de l'investisseur dans le cadre de l'application d'une législation nationale qui y serait attentatoire, permettra d'établir la compétence en considération de la date à laquelle la décision juridictionnelle a été rendue : *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, §§ 116-120, spéc. § 118.

[1208] *Kefalas et autres c. Grèce*, req. n° 14726/89, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur les exceptions préliminaires du 8 juin 1995, § 45 ; voir également le rapport adopté par la Commission en date du 17 janvier 1994, spéc. § 48 ; *Potocka et autres c. Pologne*, req. n° 33776/96, arrêt de la Cour du 4 octobre 2001, § 42. Une solution identique avait été retenue par la Commission interaméricaine dans l'affaire *Consuelo* et al. *c. Argentine* dans laquelle elle avait retenu la date de la loi d'amnistie et celle de son décret d'application qui avaient eu pour effet de paralyser les investigations judiciaires (décision du 2 octobre 1992, texte de la décision consulté le 10 mars 2011 à l'adresse suivante : http://www1.umn.edu/humanrts/cases/28-92-ARGENTINA.htm, §§ 14-16).

[1209] Voir notamment G. Fitzmaurice, « The Meaning of the Term 'Denial of Justice' », *B.Y.B.I.L.*, 1932, pp. 93-114, spéc. pp. 104-105. Cette hypothèse avait d'ailleurs conduit certains auteurs qui voient dans la condition d'épuisement des recours internes un préalable à la consommation de l'illicite, à aménager une exception à la règle : voir J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, pp. 12-13. D'autres auteurs comme Freeman avaient toutefois considéré que le déni de justice se matérialiserait, même dans un tel cas de figure, dans l'acte ou l'omission de l'autorité chargée d'administrer la fonction judiciaire : A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres/New York, Longman, Green & Co., 1938, pp. 108-109. Ago trouvait pour sa part dans cette solution l'explication de l'échec de sa plaidoirie devant la Cour permanente, la haute juridiction s'étant selon lui, bornée à prendre acte du fait que l'absence de recours contre la décision litigieuse faisait de celle-ci une violation parfaite et déjà définitive de l'obligation internationale. On partage toutefois l'opinion de M. Perrin qui relève que la Cour permanente s'était abstenue de se prononcer sur l'efficacité des recours, et qu'elle avait rejeté *de plano* l'argumentaire italien : voir G. Perrin, « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », *op. cit.*, pp. 276-277, note n° 33. Voir également, en ce sens, J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, *op. cit.*, §§ 196-197.

situations juridiques dès leur entrée en force, à l'image de celles abolissant ou diminuant les droits d'une catégorie de propriétaires ou d'investisseurs, sans qu'aucune mesure d'exécution n'ait, pour ce faire, été rendue nécessaire[1210]. Dans cet ordre d'idées, les tribunaux CIRDI ont eu l'occasion de faire savoir que s'ils ne pouvaient, en principe, connaître des mesures générales de politique économique, rien n'empêcherait que de telles mesures tombent dans leur champ de compétence pour peu qu'elles aient un rapport suffisamment direct avec les investissements et qu'elles aient été prises en contrariété avec un traité, une législation ou un contrat[1211]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme était, pour sa part, déjà parvenue à une conclusion identique en ce qui concerne les législations qui « privent une partie de la population de certains droits – par exemple en raison de la race – et portent automatiquement préjudice à tous les membres de cette race »[1212]. La solution consistant à voir dans l'adoption de la législation nationale le fait à l'origine de la violation des droits aurait d'ailleurs tendance à être retenue de plus en plus fréquemment par les juridictions chargées de la protection des droits de l'homme, compte tenu de l'élargissement contemporain de la notion de « victime »[1213]. Aux termes d'une jurisprudence amorcée par la Cour européenne des droits de l'homme, est nanti d'un intérêt à agir celui qui se trouve sous le coup de l'application d'une réglementation nationale dont la simple existence fait planer une « menace » à ce point attentatoire à ses libertés individuelles qu'elle doit être assimilée à une véritable ingérence[1214].

[1210] L'hypothèse d'une législation dont la seule promulgation suffit à créer un préjudice pour le ressortissant étranger en dévaluant ses biens avait été envisagée par M. De Luna au cours des discussions sur les conditions d'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat : *An. C.D.I.* 1963, II, p. 246. Pour la jurisprudence, voir par ex. *X. c. Belgique*, req. n° 347/58, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 29 août 1959, *Rec. Déc.*, vol. 1 ; *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 608, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 489.

[1211] Voir *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, ICSID Case No.ARB/01/8, décision du 17 juillet 2003, spéc. p. 500, § 33 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. c. Argentine*, ICSID Case ARB/02/1, décision du 30 avril 2004 précitée, *ICSID Reports*, vol. 11, pp. 414-430, spéc. p. 427, §§ 67-68 ; *Marvin Feldman c. Mexique*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 341-402, spéc. pp. 367 et ss., §§ 103 et ss. Voir également la sentence arbitrale CNUDCI *B.G. Group Plc. c. Argentine* du 24 décembre 2007, spéc. §§ 219-233.

[1212] *Responsabilité internationale pour la promulgation et l'application des lois violant la Convention (Articles 1 et 2)*, avis consultatif du 9 décembre 1994, OC-14-94, Série A, n° 14, §§ 41-43, spéc. § 43.

[1213] Voir sur ce point C. Santulli, « Observations et proposition sur l''extension' du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 2, pp. 1371-1383, spéc. pp. 1376 et ss. ; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, *op. cit.*, pp. 150-155 ; du même auteur, « Victime 'actuelle' et victime 'virtuelle' d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme», *R.S.D.I.E.*, 1993, pp. 3-38, spéc. pp. 15 et ss.

[1214] Il en a notamment été décidé ainsi à propos de certains textes restreignant la liberté de mœurs. Voir notamment, pour la jurisprudence européenne, les affaires *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, arrêt de la Cour du 13 juin 1979, § 27 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, arrêt de la Cour du 22 octobre 1981, § 41 ; *Norris c. Irlande*, req. n° 10581/83, arrêt de la Cour du 26 octobre 1988, §§ 30-34. Pour le Comité des droits de l'homme : *E. W.* et al. *c. Pays-Bas*, Comm. No. 429/1990, décision sur la recevabilité du 8 avril 1993, §§ 6.3-6.4 ; *Ballantyne* et al. *c. Canada*, Comm. No. 359/1989, constatations du 31 mars 1993, § 10.4. Dans

L'apparition de la cause de la réclamation ne se trouve donc pas suspendue à l'adoption d'une mesure individuelle. Ce n'est pas dire toutefois que les particuliers seraient recevables à agir sans avoir même subi le moindre préjudice ; par la pression qu'elle exerce, la législation nationale serait effectivement susceptible d'affecter la façon dont le sujet a été conduit à exercer ses droits[1215]. Les solutions retenues par les juridictions des droits de l'homme ne feraient dès lors pas exception au principe suivant lequel la mesure considérée comme décisive aux fins de la compétence temporelle ne l'est pas moins vis-à-vis de la situation juridique dont est réclamé le respect. En définitive, chaque fois qu'une liberté individuelle est mise en cause, il s'agirait pour établir le moment de la lésion de s'attarder sur l'objet véritable du grief, en vue notamment de déterminer s'il est dirigé contre une réglementation parasitant les conditions d'exercice de cette liberté, ou s'il met en cause la licéité d'une décision – administrative ou judiciaire – venant sanctionner un usage abusif[1216].

ii. La date de l'atteinte à une situation juridique étatique

350. La détermination du moment de la lésion des droits de l'Etat et de l'acte qui pourrait en être « principalement » tenu responsable permet de tirer des enseignements identiques à ceux dégagés à l'occasion des exemples précédents. Les quelques affaires dans lesquelles un tel examen avait été posé aux fins de la compétence temporelle ont permis de mesurer que le juge international serait, ici encore, enclin à n'attribuer pertinence qu'à la *causa proxima* de la prétendue atteinte aux droits étatiques. A l'image de ce qu'elle avait déjà pu dire de la décision du Service des mines, la Cour permanente avait considéré, dans l'affaire

---

l'affaire *Toonen c. Australie*, le Comité n'a d'ailleurs pas vu dans le fait que les dispositions dénoncées n'aient plus été appliquées depuis un certain temps, une circonstance de nature à dénier au réclamant la qualité de victime dans la mesure où ces dispositions risquaient « à tout moment d'être appliquées », et demeuraient ainsi préjudiciables à l'exercice des droits garantis par le Pacte de 1966 : *Toonen c. Australie*, Comm. No. 488/1992, constatations du Comité des droits de l'homme du 31 mars 1994, *I.L.R.*, vol. 112, pp. 328-344, spéc. p. 333, § 5.1. La question étant liée à l'intérêt à agir, elle sera parfois jointe au fond : voir notamment *N. G. c. Canada*, Comm. No. 469/1991, constatations du 5 novembre 1993, *I.L.R.*, vol. 98, pp. 479-519, spéc. p. 486, § 6.2, au titre de la prétendue incompatibilité avec le Pacte d'une décision d'extrader dans un Etat où pourrait être requise la peine capitale.

[1215] Voir, sur ce point, les observations de E. Wyler, l'auteur notant au sujet de plusieurs affaires examinées par les organes de la Convention, que « [l]a qualité de 'victime' au sens de l'art. 25 fut accordée au requérant en l'absence de toute mesure d'application de la loi en cause, parce qu'on jugea que celle-ci déployait déjà des effets directement sur lui, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'attendre une exécution individualisant ces effets pour établir un lien entre le requérant et la législation attaquée » (« Victime 'actuelle' et victime 'virtuelle' d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 15).

[1216] Dans ce dernier cas, la jurisprudence s'accorde à dire que la date dont il s'agit de tenir compte est celle du jugement de condamnation : voir *Zana c. Turquie*, req. n° 18954/91, arrêt de la Cour européenne (G.C.) du 25 novembre 1997, § 42. Voir pour le Comité des droits de l'homme : *Kim c. Corée*, Comm. No. 574/94, constatations du 3 novembre 1998, § 6.2.

des *Phosphates*, que le premier acte prétendu contraire au droit international qui consistait dans l'établissement du monopole d'exploitation des ressources phosphatières au profit des ressortissants français, avait par lui-même suffi à créer le différend avec l'Italie[1217]. Dans le même temps, les tribunaux internationaux se montrent attentifs à la marge de manœuvre concédée à l'Etat par l'obligation internationale, et ne situent la naissance de la situation antijuridique qu'à la date où les droits ont été irrémédiablement lésés[1218], même si l'adoption d'un acte de portée générale, et n'ayant fait l'objet d'aucune mesure d'application, suffit encore, dans certains situations, à donner motif à réclamation[1219].

351. L'équivalence des termes dans lesquels un tribunal est appelé à déterminer sa compétence temporelle au titre des atteintes aux droits étatiques, est d'autant plus remarquable dans les affaires où sont en cause des situations individuelles. Il en va évidemment ainsi dans le cas de l'action en protection diplomatique qui, si elle met en mouvement selon la formule consacrée un droit distinct, celui de l'Etat « à faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international »[1220], n'en est pas moins fondée sur le même « intérêt »[1221], et la même « cause » factuelle que celle à l'origine du ou des préjudices individuels[1222]. Pour cette raison, l'appréciation de la compétence temporelle est justiciable

[1217] Arrêt de la Cour permanente du 14 juin 1938 précité, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 27.

[1218] Voir pour l'application des distinctions établies par Roberto Ago dans la pratique internationale au titre des différentes obligations de résultat, F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, pp. 274 et ss. ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 859 et ss. Voir également le récent arrêt rendu par la Cour internationale de Justice du 19 janvier 2009 au sujet de la *demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, *Rec.* 2009, p. 18, § 47, au titre de l'obligation des organes de réexaminer les verdicts et les peines imposées aux Etats-Unis, organes qui, s'ils ont été « libres de recourir aux moyens de leur choix pour la mise en œuvre de cette obligation [doivent] dans l'hypothèse où le moyen retenu ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté dans un délai raisonnable, (…) recourir promptement à d'autres moyens efficaces à cette fin ». Ces distinctions seront, par ailleurs, de nouveau évoquées au titre de la durée des faits litigieux : voir *infra*, n° 441 et ss.

[1219] *Interprétation d'une disposition de la convention de commerce entre la France et la Suisse et du procès verbal signés à Berne le 20 octobre 1906* (France/Suisse), sentence arbitrale du 3 août 1912, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 415-420, spéc. p. 420.

[1220] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 12.

[1221] *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. p. 29.

[1222] Voir sur ce point, E. Wyler, « La protection diplomatique : la concurrence des réclamations », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 239-262, spéc. pp. 248-250. Voir par ailleurs, sur l'évolution de la place des droits individuels dans le mécanisme de la protection diplomatique, O. de Frouville, « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *A.F.D.I.*, 2007, pp. 291-327, spéc. pp. 298-306 ; S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *A.F.D.I.*, 2008, pp. 119-141, spéc. pp. 121-130.

des appréciations déjà portées précédemment au titre des hypothèses où le particulier est doté de la capacité de réclamer devant le juge international[1223].

352. Il devrait en aller de même dans la majorité des cas où la réclamation étatique entretient un rapport plus ou moins direct avec la façon dont ont été traités les sujets internes, et quelle que soit finalement la façon dont la réclamation retranscrit ce rapport. Si elle apparaît d'emblée moins évidente, l'équivalence des solutions retenues par le juge peut être établie lorsque la réparation sollicitée ne concerne pas les dommages « médiats » mais ceux qu'aurait directement subis l'Etat, par la manière dont ses ressortissants ont été traités à l'étranger. Il est, certes, bien admis que rien n'oblige l'Etat, en pareil cas, à porter préalablement sa requête devant les juridictions internes[1224]. On comprend pourtant, compte tenu de l'origine privée du dommage, qu'une telle exemption ne saurait l'autoriser à introduire sa réclamation avant que les situations juridiques individuelles n'aient été affectées. Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, la demande dont s'était trouvée saisie la Cour permanente était notamment fondée sur la prétendue contrariété à la Convention de Genève de certains actes adressés à des propriétaires allemands, par lesquels le gouvernement polonais notifiait son intention de les déposséder de leurs biens. A l'instance, ce même gouvernement arguait du caractère prématuré de la requête, compte tenu du fait qu'aucune expropriation ni même décision d'exproprier n'avait, jusque là, été prise. Là où la Cour aurait pu se contenter de prendre acte de la divergence de vues qui opposaient les parties au sujet de l'applicabilité de la Convention pour considérer qu'un différend était bien né au moment où la requête allemande avait été portée à sa connaissance, elle ne manquait pas de faire observer que le différend, du point de vue de son objet, n'était pas moins réel. En effet, la notification constituait la première étape de la procédure d'expropriation. En rendant cette dernière réalisable, elle avait ainsi contribué à faire peser une « menace » sur les propriétaires qui, de surcroît, s'étaient trouvés dans l'impossibilité d'aliéner leurs biens. La Cour concluait que de telles « restrictions au droit de propriété » ne pouvaient, sous peine d'engager la responsabilité internationale de leur auteur, avoir été

[1223] La solution retenue par la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates* a d'ailleurs, pour cette même raison, été envisagée dans le développement précédent, au titre de l'atteinte aux situations individuelles : voir *supra*, n° 349.

[1224] Voir Th. Meron, « The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies », *B.Y.B.I.L.*, 1959, pp. 83-101, spéc. pp. 84 et ss. ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 342 et les affaires citées p. 343, notamment l'affaire de l'*Interprétation de l'accord sur les services de transport aérien, signé à Paris le 27 mars 1946* (Etats-Unis/France), sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 454-487, spéc. p. 470.

imposées qu'en accord avec le régime de liquidation prévu par la Convention de Genève[1225]. La première prétendue « mauvaise » application du droit international avait donc, au vu des circonstances, suffi à constituer une cause de réclamation. Autant dire que si tel n'avait pas été le cas, la demande de constat du fait internationalement illicite n'aurait pu être reçue par la Cour avant l'adoption du décret d'expropriation.

353. De la même façon, l'inapplicabilité de la règle d'épuisement des recours internes ne modifierait pas nécessairement la date de survenance du fait illicite dans des affaires où les intérêts étatiques se trouvent, à première vue, dissociés des intérêts particuliers. La question s'est posée de savoir si la promulgation d'une loi pouvait, en soi, constituer une violation du droit international. Exception faite du cas des traités imposant loi uniforme[1226], rares sont les hypothèses où le contrôle de la licéité internationale d'une réglementation nationale pourrait se passer des circonstances dans lesquelles elle a déjà pu faire ressentir ses effets sur les situations juridiques individuelles[1227]. La Cour de Justice de l'Union européenne a sans doute déjà pu admettre que la simple existence de dispositions nationales, même encore inappliquées, était constitutive d'un « manquement » aux obligations communautaires[1228]. Il a, par ailleurs, été admis que « toute norme contraire au droit [international] constitue en elle-même une violation du droit indépendamment de son éventuelle mise en application »[1229].

[1225] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, Allemagne c. Pologne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 4-28, spéc. pp. 25-26.

[1226] Voir sur ce point le sixième rapport de Roberto Ago sur la responsabilité internationale de l'Etat, *An. C.D.I.*, II-1, 1977, p. 5, § 5, les conventions internationales dites de « droit uniforme » constituant l'exemple type de celles requérant de l'Etat un comportement spécifiquement déterminé. Voir pour un exemple, l'article 50 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades, et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949 par lesquelles « [l]es Hautes Parties Contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente convention définies à l'article suivant » (texte de la Convention consulté le 10 mars 2011 sur le site www.admin.ch).

[1227] Le Rapport du Groupe spécial (O.M.C.) *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* du 22 décembre 1999 fait état de plusieurs autres rapports dans lesquels une loi a pu, indépendamment de son application dans des cas particuliers, être considérée comme constitutive d'un manquement aux obligations du GATT (WT/DS152, rapport du 22 décembre 1999, § 7.41 et note n° 651). Ironie de l'histoire, les dispositions mises en cause comptent parmi celles que le Rapporteur Ago avait prises en exemple pour illustrer le cas typique d'obligations qui ne sauraient être violées tant qu'il existe une façon pour l'Etat de s'en acquitter : voir *An. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1ère partie, p. 12, § 21, à propos de l'application prohibée des taxes et impositions intérieures sur les produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale (Article III, § 1 de l'Accord général du GATT).

[1228] Voir notamment *Commission c. France*, aff. 167/73, arrêt de la Cour du 4 avril 1974, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. 459, illustrant le caractère objectif du contentieux de la constatation du manquement. Sur ce point, voir D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., 2001, 3ème éd., p. 617.

[1229] B. Stern, « L'affaire du bureau de l'O.L.P. devant les juridictions interne et internationale», *A.F.D.I.*, 1988, pp. 165-194, spéc. p. 177, commentant l'avis consultatif de la Cour dans lequel celle-ci avait pu considérer que « si l'existence d'un différend suppose une réclamation trouvant son origine dans un comportement ou une décision de l'une des parties, elle n'implique nullement que toute décision contestée ait été matériellement exécutée ». Dans cette affaire, la Cour s'était toutefois contentée d'établir le caractère imminent de l'application de la législation américaine pour considérer qu'un différend était bien né à ce sujet, mais sans s'attacher à

L'orientation générale du contentieux international semble toutefois indiquer que seule une loi *prescrivant* des mesures incompatibles avec l'obligation considérée serait, comme telle, jugée illicite. La contrariété au droit international des législations nationales qui ne feraient qu'*habiliter* les autorités subalternes à adopter de telles mesures ne saurait, en revanche, être établie qu'au vu de leurs applications particulières[1230].

354. Le principal décalage qui serait, en réalité, susceptible de se produire au titre des mêmes faits, suivant que la situation objet de l'atteinte est individuelle ou étatique, tient à la mise en œuvre de l'*actio popularis* que prévoient certains traités de protection des droits de l'homme[1231]. La spécificité du régime temporel d'application de l'instrument de protection des droits à l'égard des requêtes interétatiques, a déjà été mise en évidence. Pour justifier l'application de la Convention européenne à des faits antérieurs à sa ratification par le gouvernement défendeur, la Commission avait, comme on le sait, évoqué dans l'affaire *Autriche c. Italie* le « caractère essentiellement objectif » des obligations souscrites par les Etats contractants, qui « visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers (…) plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers »[1232]. Parce qu'il importait peu, d'après ses propres dires, que le prétendu manquement ait lésé les intérêts de l'Etat, on pouvait logiquement considérer que la réclamation trouve son fondement dans la lésion d'intérêts particuliers. La Commission allait toutefois établir une nouvelle distinction, dans cette même affaire, au sujet de l'application de la règle d'épuisement des voies de recours internes dont était allégué le non-respect : ladite règle ne devait, d'après elle, s'appliquer qu'aux requêtes mettant en jeu une lésion individuelle et concrète tandis qu'elle ne pouvait, dans le même temps, constituer un obstacle à la recevabilité des plaintes qui, à l'instar de la réclamation autrichienne, n'auraient trait qu'à la « *compatibilité* de mesures législatives et de pratiques administratives avec la Convention »[1233]. Il était ainsi établi, dès cette affaire, qu'une réclamation étatique puisse mettre en cause la contrariété *in abstracto* d'une

identifier la date de violation du droit (*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif de la Cour du 26 avril 1988, *Rec.* 1988, pp. 12-35, spéc. pp. 29-30, §§ 42-44, extrait cité p. 30, § 42).

[1230] Voir le rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, cité *supra*, note n° 1227, spéc. §§ 7.51-7.54. Voir également l'affaire du Mandat d'arrêt soumise à la Cour internationale de Justice, dans laquelle celle-ci avait envisagé ledit mandat comme un acte contraignant impliquant la compétence étatique d'exécution et non de simple édiction : affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt de la Cour internationale de Justice du 14 février 2002, *Rec.* 2002, pp. 3-34, spéc. pp. 29-30, §§ 70-71.

[1231] Voir sur ce point, *supra*, n° 136 et ss., spéc. n° 142.

[1232] *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60, décision du 11 janvier 1961, *Rec. Déc.*, vol. 7, p. 42. Voir par ailleurs, *supra*, n° 305.

[1233] *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60, décision du 11 janvier 1961, *Ann.*, vol. 4, 1961, p. 153 ; nous soulignons. La Commission citait par ailleurs les réclamations n° 299/57 (décisions du 2 juin 1956 et du 12 octobre 1957) et n° 176/56 (décision du 2 juin 1956) dans lesquelles elle avait déjà appliqué une telle distinction.

législation nationale à la Convention avant que la Cour n'entende préciser, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, qu'une telle démarche serait jugée recevable, même dans l'hypothèse où la loi n'aurait fait qu'« *autoriser* des mesures incompatibles avec les droits et libertés protégés »[1234]. Au vu de ces solutions, il ne fait guère de doute que l'intérêt juridique défendu par l'Etat est celui qu'il tire de sa participation au traité chaque fois qu'une autre partie s'écarte des conduites fixées par ce dernier. Protégeant l'intérêt collectif du groupe, ces obligations « *erga omnes partes* » donnent droit d'agir à chaque membre, indépendamment du fait de savoir s'il se trouve « directement » lésé par la mesure litigieuse. Il faut en conclure que la cause d'un « manquement » pourrait apparaître dès l'adoption d'une réglementation prétendue contraire au traité, quelle qu'en soit l'« incidence » sur les situations individuelles. Un tel décrochage de l'intérêt juridique à l'action d'une part, et de la survenance d'un dommage matériel ou moral[1235] d'autre part, n'aurait toutefois qu'une maigre influence sur un champ de compétence temporel déjà généreusement élargi par l'applicabilité du texte aux événements survenus avant son entrée en vigueur à l'égard de l'Etat demandeur.

b. Analyse critique : l'importance à accorder au contenu de l'obligation violée

355. Il semble à première vue délicat de tirer des conclusions des différents exemples fournis par la jurisprudence des juridictions internationales, s'agissant du moment à compter duquel survient l'illicéité internationale. Au vu des affaires mentionnées précédemment, le principal enseignement tiendrait précisément à l'impossibilité pour le juge d'apprécier sa compétence temporelle sans systématiquement en référer à l'ensemble des circonstances de fait et de droit propres à chaque espèce. A ce titre, l'exposé de la méthode d'identification du fait principal a, jusque là, fait peu de place à la question du contenu de l'obligation dont est

[1234] *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, arrêt de la Cour déjà cité du 18 janvier 1978, § 240. A l'évidence, tel serait également le cas si la législation « introduit [ou] commande » ces mesures. La Cour ajoute toutefois qu'elle ne pourrait découvrir un manquement seulement « si la législation attaquée en vertu de l'article 24 use de termes assez clairs et précis pour le révéler d'emblée ; dans le cas contraire, [elle] doi[t] statuer en fonction de la manière dont l'Etat défendeur interprète et applique *in concreto* le ou les textes incriminés ». Voir également, au titre de la procédure de l'article 41 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques qui n'a jusque là jamais été mise en œuvre, l'appréciation du Rapporteur Crawford pour qui les Etats seraient tout autant habilités à mettre en cause des violations accomplies du Pacte qu'une loi en tant que telle : *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, *op. cit.*, § 71. Dans son observation générale n° 31 (80) sur la « nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte » adoptée le 29 mars 2004, le Comité n'a pas contredit ni véritablement confirmé ces vues, rappelant simplement l'intérêt que chaque Etat possède à voir les autres parties exécuter leurs obligations (2187ème séance, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 2).

[1235] Dans une telle situation, le dommage subi par l'Etat serait tout au plus « juridique », l'idée étant que la violation de la règle de droit suffit à « lése[r] tous ses destinataires potentiels, même ceux qui n'ont en rien été affectés par celle-ci » : E. Wyler, « Victime 'actuelle' et victime 'virtuelle' d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 20.

allégué le non-respect. Il est pourtant certain qu'on y trouve un facteur intéressant de la manière la plus directe la détermination de la naissance de la responsabilité. La lésion de l'intérêt juridiquement protégé coïncide, on l'a dit, avec le moment auquel le fait contraire à l'obligation est considéré avoir eu lieu. Tout dépendrait donc de la façon dont cet intérêt est protégé, c'est-à-dire du type de prestation requise de l'Etat, pour établir le moment où la responsabilité a été engagée. Les solutions relevées précédemment semblent, malgré tout, condamner toute démarche qui consiste à opérer un lien systématique entre le mode de constitution du fait illicite, c'est-à-dire le nombre d'actes rendus nécessaires à sa réalisation, et le contenu de l'obligation correspondante, suivant que celle-ci requiert l'obtention d'un résultat ou l'adoption d'un certain comportement. En effet, l'énonciation des solutions retenues par le juge international, notamment au titre de l'atteinte aux situations individuelles, n'a pas toujours permis d'identifier « ces situations normatives [qui] préfigure[raient] pour l'Etat [un] *locus poenitentiae* »[1236], et qui retarderaient la date de la violation du droit. L'examen de certaines affaires révèle l'existence de faits qui engagent la responsabilité de l'Etat, alors même qu'ils n'apparaissaient pas comme l'ultime moyen dont cet Etat disposait pour *rectifier* sa conduite. La manière dont les juridictions internationales déterminent leur compétence temporelle rend ainsi compte de la nécessité déjà relevée en doctrine de déterminer si les différentes possibilités de « rachat » mises à disposition de l'Etat, sur la base desquelles le Rapporteur Ago établit la distinction entre résultat et comportement déterminés, sont accordées au titre du respect de l'obligation, ou seulement au titre du comportement à adopter une fois sa violation consommée[1237]. C'est toutefois dans des affaires où la compétence temporelle de l'organe n'était pas mise en cause que l'on trouve véritablement confirmation du bien-fondé de cette manière de faire le départ entre les différentes obligations, et notamment entre celles qui exigent de l'Etat qu'il assure un certain « traitement »[1238] (i). Le seul enseignement qui peut, en définitive, être directement tiré de la jurisprudence relative à la compétence temporelle tient à l'impossibilité de donner une explication valable des solutions retenues par les juridictions internationales, sans la prise en compte des différentes interprétations que des obligations de contenu identique sont susceptibles de recevoir (ii).

[1236] G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 27.
[1237] Voir à titre principal J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, pp. 727 et ss.
[1238] Voir sur ces obligations, et sur le *tempus commissi delicti*, J. Combacau *in* J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 549 et ss.

i. Validité de l'analyse fondée sur le contenu de l'obligation : le cas des obligations de « traitement »

356. L'obligation d'assurer un certain *traitement* trouve sa première expression, en droit international public, dans la protection due aux ressortissants étrangers et à leurs biens, et demeure, dans cette mesure, associée à l'hypothèse du « déni de justice ». Envisagé, à l'origine, en tant que motif de l'engagement de la protection diplomatique par l'Etat, le déni de justice préfigurait la survenance d'un premier fait dommageable et qualifiait le défaut, intentionnel ou non, de moyens mis à la disposition du ressortissant en vue d'obtenir réparation du préjudice subi[1239]. Les positions ont sans doute évolué depuis lors[1240], mais c'est bien sur cette base qu'avait été défendue l'idée d'une constitution « par combinaison » du fait internationalement illicite[1241]. A cette occasion, l'identité de l'auteur du premier fait dommageable, Etat ou personne privée n'avait pas été jugée déterminante puisque c'est, en toute hypothèse, en n'offrant pas le traitement adéquat que les organes chargés d'administrer la justice devaient faillir à leur devoir et engager, dans un même mouvement, la responsabilité de l'Etat. Avec le recul, la question s'avère pourtant fondamentale car elle est en mesure de modifier les termes de la participation des autorités judiciaires dans l'injustice subie par le ressortissant étranger. De la qualité de l'auteur du premier agissement dépendrait même, en dernière analyse, l'intégration des recours dans le fait générateur de responsabilité.

[1239] Cette conception large du déni de justice avait notamment été défendue par des auteurs comme A.V. Freeman, in *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, *op. cit.*, spéc. p. 106, et G. Fitzmaurice, *in* « The Meaning of the Term 'Denial of Justice' », *op. cit.*, pp. 108-109. Elle est restituée de cette façon par le professeur Paulsson : « *any wrong would thus be spoken of as a denial of justice because it was not remedied by national justice* » (*Denial of justice in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 38 et ss., 57 et ss., 99). Voir également sur ce point, Ch. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, *op.cit.*, pp. 84 et ss. ; A. Cançado Trindade, « Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law », *Philippine Law Journal*, 1978, pp. 404-420, spéc. pp. 410 et ss.

[1240] Voir sur ce point J. Paulsson, *Denial of justice in international law*, *op. cit.*, pp. 57 et ss., pp. 98-99.

[1241] Si Ago dissociait bien le « déni de justice » qu'il réservait à la violation des droits procéduraux des autres infractions au traitement dû aux ressortissants étrangers, il n'envisageait pas moins la réalisation d'un « fait complexe » au titre d'autres situations, notamment celle résultant du défaut d'indemnisation des étrangers dont les biens avaient été soumis à expropriation : pour toutes ces hypothèses, il considérait que « le comportement adopté au départ par un organe étatique ayant créé une situation incompatible avec le résultat internationalement requis ne se transforme en une violation complète de l'obligation internationale que si l'Etat s'abstient, en dépit de la possibilité qui lui est offerte, d'effacer cette situation, ou s'il la confirme par une nouvelle action » : voir *An. C.D.I.* 1977, II-1, pp. 21-22 (extrait cité p. 22). Voir par ailleurs, en ce sens, l'opinion dissidente du juge Morelli rendue dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), *Rec.* 1964, pp. 85-115, spéc. p. 114, dans laquelle le juge qualifiait la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes de « règle substantielle (…) complémentaire d'autres règles ayant, elles aussi, le caractère de règles substantielles : c'est-à-dire des règles concernant le traitement des étrangers ».

357. C'est à l'occasion d'une affaire mettant en jeu le traitement juste et équitable dû aux investisseurs étrangers[1242] que l'explication allait être la plus clairement donnée[1243]. On aurait pourtant pu douter de la capacité d'un contentieux arbitral des investissements à mettre en évidence la dimension « substantielle » de la règle de l'épuisement des recours internes, tant les occasions sont nombreuses de considérer que l'investisseur disposait d'un motif légitime pour ne pas s'y conformer. La présence d'une clause *electa una via* dans le traité bilatéral d'investissement aurait notamment pour effet de poser une option irrémédiable au demandeur à l'action qui sera placé devant la nécessité d'opérer un choix entre le recours aux juridictions nationales et la procédure internationale. Dans la même ligne, la Convention ALENA impose la renonciation à l'action devant les tribunaux étatiques pour déclencher l'arbitrage international[1244]. Comme a ainsi pu le faire observer un tribunal arbitral, il serait, en de tels cas de figure, erroné de continuer d'affirmer que la règle du déni de justice et celle qui commande l'épuisement des recours internes demeurent inextricablement liées[1245]. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Loewen c. Etats-Unis* allait pourtant en juger différemment, en application de la règle qui exige de l'investisseur qu'il ait obtenu une *décision définitive* pour mettre en jeu la responsabilité de l'Etat du fait de ses juridictions.

Etait en cause, dans cette affaire, la partialité d'une juridiction du Mississippi qui avait tranché le litige relatif à trois contrats passés par la Société canadienne Loewen avec l'un de ses concurrents. L'intérêt de l'espèce résidait précisément dans le fait de savoir si la décision litigieuse était comme telle susceptible de constituer une « mesure adoptée ou maintenue » au sens de l'article 1101 (1) de la Convention ALENA, et contraire au traitement que cette Convention garantit. La discussion semblait avoir été initialement placée sur le terrain de l'*imputabilité* de la conduite litigieuse qui, d'après le gouvernement défendeur, ne pouvait

---

[1242] Sur le lien établi dans la pratique des juridictions CIRDI entre obligation de traitement juste et équitable et déni de justice, voir *inter alia Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence arbitrale déjà citée du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 215-216, § 95 ; *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 657, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 494 : « des demandes invoquant un déni de justice de la part des tribunaux de l'Etat d'accueil sont, avec raison, faites sur le fondement juridique d'une violation de l'obligation de garantir un '*traitement juste et équitable'* » ; voir également la jurisprudence arbitrale citée à la note n° 611 de la sentence du 22 avril 2008 précitée.

[1243] *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Etats-Unis*, Case No.ARB(AF)/98/3, décision du 9 janvier 2001, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, pp. 647-667, et sentence du 26 juin 2003, *ibid.*, pp. 775 et ss., *I.L.M.*, 2003, vol. 42, pp. 811-851.

[1244] Voir les articles 1121 § 1 b. et 1121 § 2 2. de la Convention ALENA.

[1245] *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, sentence précitée du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 216, § 96 : « *[t]he standard laid down in Article 1105(1) has to be applied in both situations, i.e., whether or not local remedies have been invoked. Thus under NAFTA it is not true that the denial of justice rule and the exhaustion of local remedies rule 'are interlocking and inseparable'* ». Voir par ailleurs, et plus généralement, sur la désuétude de la règle d'épuisement des recours internes dans le droit de la protection des investissements, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, p. 791.

être sienne tant que tous les recours laissés disponibles à l'investisseur n'avaient pas été épuisés[1246] ; la nécessaire « définitiveté »[1247] de l'infraction n'était pas moins invoquée comme une condition de l'existence même du fait internationalement illicite et envisagée, en tant que telle, par le tribunal arbitral dans sa sentence de 2003 rendue sur le fond[1248]. Le tribunal allait se laisser convaincre par l'argumentaire sans toutefois véritablement en restituer les fondements ; on ne trouve effectivement guère trace dans les motifs de la sentence, de la distinction fondamentale établie par le professeur Greenwood, nommé comme expert pour le gouvernement américain, s'agissant des différentes applications pratiques du concept de « déni de justice » tel que l'envisage le droit coutumier et, avec lui, le « traitement juste et équitable » mentionné dans la Convention ALENA. La signification à attribuer à l'épuisement des recours ne doit effectivement pas être la même lorsque est recherchée devant les tribunaux nationaux réparation d'un premier fait dommageable et imputable à l'Etat comme pourrait l'être une expropriation, ou lorsque la réclamation porte sur les conséquences de l'agissement d'une personne privée, comme c'était le cas dans l'affaire *Loewen*. Dans ce dernier type d'hypothèses, le seul reproche que l'Etat serait susceptible de se voir adressé porte sur la manière par laquelle ses tribunaux ont reçu et traité la demande du particulier[1249]. Le fait illicite ne ferait ainsi que refléter la faillite de l'appareil judiciaire qui, recours après recours, n'a pas su offrir les garanties d'un traitement conforme à ce qui était requis par le droit international. La responsabilité internationale de l'Etat ne saurait, dans une telle situation, être établie avant que chaque organe doté des compétences pour traiter du cas litigieux n'ait été mis en position d'accomplir sa tâche et éventuellement d'effacer les premiers « ratés ». L'usage des voies de recours permettrait, en dernière analyse, de rendre compte du fonctionnement de l'administration judiciaire et acquerrait une dimension « substantielle » en

[1246] Voir la décision sur la compétence du 9 janvier 2001 précitée, §§ 61-74, le défendeur ayant d'emblée établi la distinction entre la nécessité du caractère définitif de la mesure contestée devant le tribunal arbitral et la condition d'épuisement des voies de recours internes (décision précitée, § 61). Au cours de la première phase, l'arbitre n'avait toutefois pas tranché cette question, jugeant même la condition invoquée par le défendeur comme équivalente à celle d'épuisement des recours internes : décision précitée, §§ 71-74, spéc. § 71 ; voir également les observations sur ce point de E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, p. 791.

[1247] Le terme est emprunté à G. Sacerdoti (« Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *op. cit.*, p. 144) pour traduire l'anglicisme « *finality of action* ».

[1248] Sentence du 26 juin 2003 précitée, §§ 142 et ss., spéc. §§ 151 et ss. A ce titre, la question de la renonciation à l'action exigée par l'Accord ALENA avait été envisagée de façon distincte, le tribunal arbitral concluant cependant au fait qu'une telle renonciation ne dispenserait pas l'investisseur d'avoir épuisé les recours nationaux dans le cas où il mettrait en cause le fonctionnement des juridictions étatiques : sentence du 26 juin 2003 précitée, spéc. §§ 158-164.

[1249] Voir la première consultation du 30 mars 2001 (§§ 17-20), et la seconde consultation du 27 août 2001 (§§ 81 et ss.) du professeur Greenwood (texte des consultations consulté le 10 mars 2011 à l'adresse suivante : http://naftaclaims.com/disputes_us_loewen.htm).

tant qu'œuvrant à la constitution même de la conduite litigieuse[1250]. Telle est, en somme, la raison qui devait justifier le principe appliqué par le tribunal arbitral dans la sentence *Loewen*, en vertu duquel « la décision d'une juridiction qui peut faire l'objet d'un recours dans le processus judiciaire n'équivaut pas à un déni de justice »[1251].

358. Cette règle participe sans doute de la récente tendance qui consiste, pour les investisseurs, à épuiser les possibilités de redressement qu'offre le droit national au risque même de disqualifier l'action internationale en raison de l'insertion dans le traité de protection d'une clause *electa una via*[1252]. La solution retenue dans l'affaire *Loewen* n'est pourtant pas nouvelle. Elle ne fait qu'entériner les solutions déjà retenues par les commissions mixtes de réclamation du début du siècle précédent, dans des affaires où l'injustice tenait au défaut d'identification, de poursuite et de punition des auteurs de délits perpétrés contre les ressortissants étrangers ou leurs biens. Dans plusieurs affaires où la survenance du premier fait dommageable n'avait pas permis de révéler un défaut de vigilance de la part de l'Etat, la réclamation avait été identifiée comme trouvant sa cause dans le comportement subséquent des autorités policières, judiciaires et pénitentiaires pris dans son ensemble[1253], la

---

[1250] Voir également en ce sens Ch. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, pp. 97-102 ; J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, pp. 188-189 ; J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, pp. 727-728. Voir déjà en ce sens, Ch. De Visscher, « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.* 1935-II, vol. 52, pp. 365-442, spéc. p. 427.

[1251] Sentence du 26 juin 2003 précitée, §§ 151, 154, trad. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, p. 782, et les commentaires du professeur Gaillard, *ibid.*, pp. 791-792.

[1252] Voir notamment la décision du 16 juin 2006 *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte* précitée, ICSID Case No.ARB/04/13, et les observations faites en ce sens par le tribunal, § 121 et note n° 38. Voir également plus récemment, *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, § 107 : « *despite the fact that exhaustion is not required by BITs, the principle [of exhaustion of local remedies] seems now to have been carried over specifically for denial of justice claims* ». Comme le note le professeur Santulli à ce propos, « appliqués à cette clause [*electa una via*], les principes généraux du droit du contentieux international ne devraient pas exclure la possibilité d'une action internationale ultérieure fondée sur le 'déni de justice' national, car il ne s'agirait pas, et pas même 'en substance', de la 'même affaire' (la nouvelle procédure étant désormais basée sur le traitement obtenu devant les juges nationaux, et non sur les faits soumis au juge étatique) » : *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 88-89. Plusieurs affaires, y compris l'affaire *Jan de Nul*, ont d'ailleurs permis de conforter cette appréciation au titre de l'établissement d'un différend nouveau fondé sur le comportement des juridictions internes : voir *infra*, n° 485 et ss.

[1253] Voir la jurisprudence de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique instituée par la Convention du 8 septembre 1923, particulièrement *Laura M. B. Janes* et al. *(Etats-Unis) c. Mexique*, sentence 16 novembre 1925, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 82-98, spéc. pp. 86-89. Au titre de la compétence temporelle, voir *Lillian Greenlaw Sewell, in her own right and as guardian of Vernon Monroe Greenlaw, a minor (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 24 octobre 1930, *ibid.*, pp. 626-632, et spéc. p. 627 ; *C. E. Blair (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 18 octobre 1928, *ibid.*, pp. 401-402. Voir également *Jacob Kaiser (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 15 octobre 1928, *ibid.*, pp. 381-386, spéc. p. 383. Voir par ailleurs l'affaire *Walter A.Noyes (Etats-Unis) c. Panama*, décision de la Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama du 22 mai 1933, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 308-312, spéc. p. 311. Le professeur Greenwood s'était, pour sa part, appuyé dans l'affaire *Loewen* sur d'autres décisions de la Commission des réclamations Mexique-Etats-Unis pour illustrer le principe qu'une décision de justice qui pourrait faire l'objet d'un recours n'équivaudrait pas à un déni de justice : les décisions en question sont restituées par le tribunal arbitral dans sa sentence du 26 juin 2003, § 151.

responsabilité étatique n'étant une nouvelle fois établie qu'au titre de la faillite collective des organes à assurer le traitement requis par le droit international[1254].

359. Sur la base de ces différents exemples, il peut être conclu que la détermination du *tempus commissi delicti* suppose d'avoir préalablement établi si le résultat contraire à celui dicté par l'obligation photographie l'échec d'un système dans son ensemble – comme celui de n'avoir pas su garantir une bonne administration de la justice envers les étrangers –, ou s'il pouvait, à l'inverse, être atteint par l'intervention d'un acteur unique – comme celui de les avoir dépossédé de leurs biens. Il est donc avant tout question de *comportement* là où certains ne problématisent qu'en terme de *résultat*. L'« erreur » d'Ago a consisté à étendre l'hypothèse du « fait complexe » à l'ensemble des cas dans lesquels l'intervention des différents organes législatifs, exécutifs et judiciaires était attachée à la réalisation d'un seul et même objectif[1255], alors que la part d'obligations susceptibles d'offrir à l'Etat une véritable « alternative » et, partant, de retarder le moment à compter duquel pourrait lui être imputée une conduite contraire au droit international s'avère en vérité bien plus réduite[1256].

[1254] Ces décisions ne devaient d'ailleurs pas manquer de donner lieu à débat au titre du fait de savoir si l'on pouvait, dans un tel cas de figure, parler de « déni de justice », compte tenu de la nature extra judiciaire des organes mis en cause : voir notamment G. Fitzmaurice, « The Meaning of the Term 'Denial of Justice' », *op. cit.*, pp. 93-114, spéc. pp. 104, qui se prononce pour la qualification de « déni de justice ». Dans le même sens, A. W. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, *op. cit.*, pp. 71-72 ; plus récemment, J. Paulsson, *Denial of justice in international law*, *op. cit.*, pp. 44 et ss. *A contrario*, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 429-430. Voir par ailleurs, la liste dressée par le professeur Cançado Trindade des différents auteurs s'étant montré hostiles à un tel élargissement de la notion de déni de justice : A. Cançado Trindade, « Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law », *op. cit.*, p. 411.

[1255] Comme le fait observer le professeur Salmon à ce sujet, la conception du Rapporteur aboutit à dissoudre « le caractère obligatoire du comportement requis à l'origine [en] permett[ant] toutes les violations pourvu qu'en fin de compte on paye une compensation ». De façon plus technique, la théorie présentée par R. Ago « présente l'inconvénient majeur de transformer des obligations conjonctives [qui exigent deux prestations] en obligations simples ou en obligations alternatives [ou facultatives] » : J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, p. 733.

[1256] La solution retenue dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* conforte d'ailleurs cette opinion, la Cour de La Haye ayant vu dans les différents agissements situés en amont du commencement d'exécution du délit, de simples actes préparatifs qui relèveraient plutôt du temps de conception de l'opération délictueuse que de sa durée de consommation proprement dite : Hongrie c. Slovaquie, arrêt de la Cour du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, pp. 7-84, spéc. p. 54, § 79 ; sur ce point, voir Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *op. cit.*, p. 185. Voir également l'opinion dissidente du juge Weeramantry dans l'affaire relative à l'ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, *Rec.* 1999, pp. 181-204, spéc. p. 186 : « [u]ne vaste entreprise peut être planifiée et conçue à un moment et à une date déterminés mais il ne s'ensuit pas que toute opération importante menée dans le cadre de ladite entreprise pendant les mois qui suivent, si elle donne lieu à une réclamation en justice, remonte à la conception même de toute l'entreprise ».

ii. Limites à la validité de l'analyse fondée sur le contenu de l'obligation

360. Les solutions retenues par les juridictions internationales au titre de l'identification du fait principal ont, jusque là, permis de s'interroger sur le bien-fondé de la distinction établie par le Rapporteur Ago et de la reformuler en considération du *comportement* visé par l'obligation. L'autre enseignement qui pourrait être tiré de la jurisprudence relative à la compétence temporelle tient au fait que les solutions seraient susceptibles de varier, d'une juridiction à l'autre, au titre d'une obligation de contenu identique.

L'exemple de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses juridictions permet une nouvelle fois d'en rendre compte. Il a été précédemment conclu au titre d'une telle hypothèse, qu'elle revenait à attribuer une dimension substantielle à l'épuisement des recours internes, dès lors que seraient mis en cause les droits procéduraux des sujets[1257]. Cette fonction attachée à la règle d'épuisement des recours sur le plan du *tempus commissi delicti*, a d'ailleurs pu être envisagée comme un moyen d'identifier le délit de déni de justice. Dans le récent ouvrage qu'il consacre à la question, le professeur Paulsson considère que « *denial of justice is by definition to be distinguished from situations where international wrongs materialise before exhaustion of local remedies* »[1258]. Par ailleurs, l'auteur constate que « *States are held to an obligation to provide a fair and efficient system of justice, not to an undertaking that there will never be a instance of judicial misconduct* »[1259].

361. Sur de telles bases, on devrait pouvoir conclure qu'un tribunal international ne se trouve pas en mesure de connaître d'une prétendue violation d'une disposition garantissant le droit à un procès équitable, *à moins* que ne relèvent de son domaine de compétence, non seulement la dernière, mais également l'ensemble – ou du moins le nombre nécessaire – de décisions permettant de mettre à jour les lacunes du système judiciaire étatique. Le recensement des solutions retenues par les juridictions internationales, principalement celles

---

[1257] La nature procédurale des droits mis en cause est utilisée pour distinguer le déni de justice *stricto sensu* de l'injustice juridictionnelle *lato sensu* qui pourrait notamment consister dans l'atteinte aux droits substantiels mis en jeu à l'occasion des procédures : cette distinction avait été utilisée dans l'affaire de la *Barcelona Traction* par le gouvernement belge qui invoquait, d'une part, un ensemble de comportements des juridictions espagnoles qui constituait selon elle un « déni de justice *lato sensu* », d'autre part la méconnaissance des droits de la défense au cours de la procédure de faillite de la société Barcelona Traction, constitutive d'un « déni de justice *stricto sensu* » : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, arrêt de la Cour sur le fond du 5 février 1970, *Rec.* 1970, pp. 3-53, spéc. pp. 18-25.

[1258] J. Paulsson, *Denial of justice in international law*, *op. cit.*, p. 111.

[1259] *Ibid.*, p. 100. Voir également en ce sens J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du 17 mars 1999, § 75 : « *an aberrant decision by an official lower in the hierarchy, which is capable of being reconsidered, does not of itself amount to an unlawful act* ».

des juridictions chargées de la protection des droits de l'homme, laisse pourtant une impression bien différente. Ces juridictions ne s'estimeraient pas incompétentes, au seul motif que les différentes instances engagées devant les tribunaux internes se trouvent réparties de part et d'autre de la date critique[1260].

362. S'agissant de la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, on en trouve l'explication dans la manière dont ils ont été conduits à appliquer l'article 6 § 1 de la Convention qui énonce, *inter alia*, le droit de chacun à « ce que sa cause soit entendue équitablement (…) par un tribunal impartial et indépendant ». Si Commission et Cour retiennent une appréciation *in globo* de la procédure, et admettent que les juridictions nationales supérieures se trouvent en capacité d'« effacer la violation initiale (…) de la Convention » causée par la conduite de la procédure de première instance ou d'appel[1261], elles n'exigeraient pas moins de l'ensemble des tribunaux tenus par le texte qu'ils s'y conforment à titre individuel[1262], chaque décision pouvant *per se* constituer une infraction à la protection

[1260] Ne relève pas de l'analyse, les hypothèses dans lesquelles l'allégation de déni de justice aurait pour fondement l'incapacité des organes judiciaires à accomplir leur office dans des délais raisonnables ou l'impossibilité pour le justiciable d'obtenir une décision sur le fond. Dans les deux cas, l'hypothèse serait envisagée sous les traits d'une situation continue débutée avant la date pertinente pour la compétence, mais qui se serait poursuivie par la suite et qui fonderait dans cette mesure la compétence de la juridiction pour en connaître : voir notamment au sujet de l'impossibilité d'obtenir une décision sur le fond, l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 8 mai 2008, dans laquelle le tribunal arbitral s'est contenté (au titre de son appréciation au fond) de prendre acte de l'étalement du déni de justice mettant en cause l'attitude générale des autorités chiliennes au cours de la période postérieure à l'entrée en vigueur du T.B.I. pour considérer que ce dernier était bien applicable *ratione temporis* (§§ 623-626). Le tribunal arbitral CNUDCI constitué dans l'affaire *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. Équateur* (sentence intérimaire CNUDCI du 1er décembre 2008, §§ 279-284, et spéc. § 284) a retenu une solution identique, toujours au titre de l'impossibilité d'obtenir une décision juridictionnelle de la part des juridictions internes pendant une période de près d'une dizaine d'années et débutée avant l'entrée en vigueur du traité. Sur la question des délais déraisonnables dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme, voir les affaires citées aux notes n° 1393 et 1406.

[1261] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 397, citant un extrait de l'arrêt de la Cour européenne *De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, req. n° 9186/80, § 33. Voir par ailleurs *H. c. Royaume-Uni*, req. n° 10 000/82, décision de la Commission du 4 juillet 1983, *D.R.*, vol. 33, pp. 247-269, spéc. p. 265 : « [l]a Commission rappelle sa jurisprudence constante relative à l'article 6 de la Convention, selon laquelle elle a admis que les procédures dont l'équité est contestée doivent être envisagées dans leur ensemble pour déterminer si un vice affectant une phase précoce de la procédure a pu être corrigé par la suite. Néanmoins, la Commission a également reconnu que ce principe souffre exception lorsque le vice est si important pour le procès qu'il est irrémédiable ou qu'il est décisif pour le déroulement ultérieur de celui-ci ». Au titre des procédures pénales, voir *Ekbatani c. Suède*, req. n° 10563/83, arrêt de la Cour du 26 mai 1988, § 24 : « la procédure pénale forme un tout et la protection de l'article 6 ne cesse pas avec le jugement de première instance ». Voir également pour la doctrine : Ch. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, p. 102 ; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 30-32 ; M. De Salvia, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1. Jurisprudence 1960 à 2002, Kehl/Strasbourg/Arlington, Engel, 2003, p. 310 ; G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *op. cit.*, pp. 144-145.

[1262] Voir ainsi *De Cubber c. Belgique*, arrêt précité du 26 octobre 1984, § 32 : « [l]'article 6 paragraphe 1 [de la Convention] concerne d'abord les juridictions de première instance ; il ne requiert pas l'existence de juridictions supérieures. Sans doute ses garanties fondamentales, parmi lesquelles figure l'impartialité, doivent-elles être assurées par les cours d'appel ou de cassation qu'a pu créer un État contractant (…), mais il n'en découle point

voulue pour les justiciables. La même solution est également exposée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Almonacid-Arellano*. La Cour distingue, dans cette affaire, entre le déni de justice et l'ensemble des faits de procédure qui seraient susceptibles de constituer des infractions spécifiques et indépendantes du comportement des autorités judiciaires pris dans son ensemble, telle l'intervention de « *faceless judges or prosecutors* », la décision de ne pas autoriser le conseil de la défense à participer à la procédure ou de s'entretenir en privé avec son client[1263], ou encore le défaut de notification aux détenus étrangers de leur droit d'assistance consulaire[1264].

L'interprétation donnée par les juridictions des droits de l'homme des garanties procédurales énoncées dans les textes conduit, en définitive, à redéfinir l'élément matériel de l'infraction de « déni de justice ». On prétendrait désormais à tort que derrière chaque violation du droit à un procès équitable se terre l'échec de l'appareil judiciaire étatique tout entier. Quant aux solutions retenues par ces mêmes juridictions en matière de compétence temporelle, elles ne font qu'illustrer le fait que les droits des justiciables puissent se trouver mis en jeu tout au long du procès, le juge étant néanmoins tenu de s'assurer, pour chaque cas d'espèce, que la conduite des instances litigieuses était effectivement déterminante pour les droits procéduraux. Il est ainsi encore avant tout affaire d'espèce, même s'il demeure possible de restituer quelques constantes :

– pour peu que soient visées les garanties d'équité de la procédure ou d'impartialité de la juridiction, chaque décision est, comme telle, susceptible de constituer un « déni de justice »[1265]. Il y aura sans doute des divergences d'appréciation d'une juridiction à l'autre[1266],

---

que les juridictions inférieures n'aient pas à les fournir même en pareil cas. Une telle conséquence irait à l'encontre de la volonté sous-jacente à l'instauration de plusieurs degrés de juridiction : renforcer la protection des justiciables ». Voir, au titre des procédures de cassation, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, arrêt de la Cour du 17 janvier 1970, § 25.

[1263] *Almonacid-Arellano* et al. *c. Chili*, arrêt du 26 septembre 2006 précité, Série C, n° 154, § 48. La Cour cite d'autres exemples et la jurisprudence qui s'y rapporte aux notes n° 4 à 10 de l'arrêt.

[1264] Sur ce dernier point, la solution était déjà acquise au vu des conclusions auxquelles avait abouti la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif du 1er octobre 1999. Elle avait estimé qu'une telle garantie constituait l'un des corollaires du droit à un procès équitable au sens de l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, ainsi qu'au titre de l'article 3 de la Charte de l'Organisation des Etats Américains et de l'article II de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme : *Droit d'être informé d'une assistance consulaire à la lumière des garanties du* Due Process of Law, avis consultatif du 1er octobre 1999, OC-16/99, Série A, n° 16, §§ 110-124.

[1265] Pour la jurisprudence européenne, voir *Belziuk c. Pologne*, req. n° 23103/93, arrêt de la Cour du 25 mars 1998, § 26 ; *Kerojärvi c. Finlande*, req. n° 17506/90, arrêt de la Cour du 19 juillet 1995, § 41 ; *Grecu c. Roumanie*, req. n° 75101/01, arrêt de la Cour du 30 novembre 2006, § 60 : « [l]e manque d'équité allégué par le requérant dans la procédure devant [la Cour constitutionnelle] s'analyse en une ingérence nouvelle ou indépendante qui rentre sous la compétence temporelle de la Cour ». Pour le Comité des droits de l'homme, voir par ex. *Fanali c. Italie* (Comm. No. 75/1980, constatations du 31 mars 1983, spéc. §§ 3.4 et 8) et les commentaires de T. Zwart, in *The Admissibility of Human Rights Petitions* : *The Case of the European*

mais le seul fait que certaines procédures se rapportant à la même cause, aient précédé la date critique, ne constituerait pas en soi un motif d'incompétence *ratione temporis*. Il suffirait même que l'instance litigieuse se soit achevée après le jour où débutait la compétence pour pouvoir être soumise à examen, car elle trouverait « son accomplissement dans la décision finale qui incorpore les vices dont elle aurait pu éventuellement être entachée »[1267]. Cette « indissociabilité » s'arrête toutefois à l'ensemble des actes pris à l'occasion de l'instance considérée : si l'intérêt d'une telle règle transitoire réside, sans nul doute, dans la possibilité d'apprécier une ligne de conduite plus générale[1268], il n'en demeure pas moins que les instances achevées avant la date critique se trouvent résolument hors d'atteinte[1269].

Commission of Human Rights and the Human Rights Committee, *op. cit.*, p. 126 ; *Gilberg c. Allemagne*, Comm. No. 1403/2005, décision sur la recevabilité du 25 juillet 2006, § 6.6 ; pour le système interaméricain, voir *Cantos c. Argentine*, arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur les exceptions préliminaires du 7 septembre 2001, Série C, n° 85, § 40.

[1266] A plusieurs reprises, la Cour européenne a eu l'occasion de déjuger la Commission qui s'était contentée de recenser l'existence d'une décision rendue pendant la période couverte par son champ de compétence sans avoir nécessairement évalué son influence sur les droits du réclamant : voir par exemple *Stamoulakatos c. Grèce*, req. n° 12806/87, décision de la Commission du 15 avril 1991 (*D.R.*, vol. 69, pp. 144-150, spéc. p. 150) et arrêt de la Cour du 26 octobre 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 271, pp. 5-14, spéc. p. 14, § 33 ; *Kefalas et autres c. Grèce*, req. n° 14726/89, décision de la Commission du 20 mai 1992 et arrêt de la Cour du 8 juin 1995, § 42. Voir pour une autre affaire caractérisant cette tendance de la Commission à se contenter du prononcé d'une décision pendant la période soumise à la compétence, *Grigor Stoitchkov & Lioubomir Chindarov c. Bulgarie*, req. n° 24571/94 et requête jointe n° 24572/94, décision du 28 juin 1995, *D.R.*, vol. 82 (série B), pp. 85-97, spéc. p. 94.

[1267] Voir les décisions de la Commission européenne *X., Y. et Z. c. Suisse* (req. n° 6916/75) du 8 octobre 1976, *D.R.*, vol. 6, pp. 107-110, spéc. p. 108 ; *P. c. Suède* (req. n° 11306/84) du 16 octobre 1986, *D.R.*, vol. 50, pp. 162-167 ; *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB et autres c. Finlande* (req. n° 20471/92) du 15 avril 1996, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 29-46, spéc. p. 41 ; *Constantinescu c. Roumanie* (req. n° 28871/95) du 23 octobre 1997 (non publiée), et le rapport du 28 octobre 1997 rendu dans l'affaire *La Société anonyme « avis entreprises hôtelières touristiques et industrielles rurales » c. Grèce* (req. n° 30175/96, spéc. § 42). Une solution identique est d'ailleurs retenue en ce qui concerne l'article 4 du Protocole n° 7 qui vise à prohiber la répétition des poursuites pénales définitivement clôturées (*non bis in idem*) et dont les conditions d'applicabilité *ratione temporis* sont remplies dès lors que la procédure a atteint son aboutissement dans une décision postérieure à l'entrée en vigueur du Protocole (*Gradinger c. Autriche*, req. n° 15963/90, arrêt de la Cour du 23 octobre 1995, § 53). Le choix de retenir la date du prononcé de la décision pour l'application de l'article 6 implique par ailleurs que le retard pris dans la rédaction des motifs et dans leur communication effective aux parties n'est pas susceptible de constituer une raison suffisante pour en différer les effets : *Mitap et Müftüoglu c. Turquie*, req. n° 15530/89 et 15531/89, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1996, § 26 ; *a contrario*, il a été jugé que la date de notification d'une décision administrative prononçant une déchéance de nationalité des requérants constitue un élément à prendre en considération aux fins de la compétence temporelle : *Dogan Özgüden & Inci Tugsavul c. Turquie*, req. n° 17926/91, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 28 juin 1993, *D.R.*, vol. 75 (série A), pp. 167-173, spéc. p. 172. Pour la Convention interaméricaine, voir par ex. *Carranza c. Argentine*, décision de la Commission interaméricaine du 30 septembre 1997, *I.L.R.*, vol. 123, pp. 139-156, §§ 65, 83. Le Comité des droits de l'homme a, pour sa part, considéré qu'il importait peu que les débats devant la juridiction nationale aient eu lieu avant la date critique à partir du moment où la décision lui était postérieure : *J. L. c. Australie*, Comm. No. 491/1992, décision sur la recevabilité du 28 juillet 1992, § 4.2.

[1268] Voir en ce sens, H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme*, *op. cit.*, 1994, pp. 30-32, et spéc. p. 31 : « [l]es garanties judiciaires prévues à l'article 6 de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne se concrétisent pas uniquement par des 'décisions' ou 'mesures' [et] (…) demandent de la part des organes judiciaires de l'Etat également une ligne de conduite plus générale qui permette la bonne administration de la justice ». La possibilité d'apprécier la conduite générale de la procédure n'inclurait pas toutefois celle d'examiner les incidents de cette procédure antérieurs à la date critique, lorsqu'ils n'ont pas

– rien n'empêchera, par ailleurs, que décisions définitives et décisives puissent coïncider mais il sera toujours possible d'observer, dans d'autres cas d'espèce, que le « tort » résidait dans une instance antérieure et qu'il n'a pas été renouvelé dans les procédures d'appel ou de cassation relevant de la sphère de compétence[1270]. Comme on sera toutefois conduit à le vérifier par la suite, la simple confirmation d'une décision antérieure litigieuse constitue, devant le Comité des droits de l'homme, une circonstance suffisante pour justifier l'examen de la plainte[1271].

---

exercé une influence décisive sur les droits procéduraux : *X. c. Portugal*, req. n° 9453/81, décision de la Commission européenne du 13 décembre 1982, *D.R.*, vol. 31, pp. 204-207, spéc. pp. 206-207.

[1269] Selon une jurisprudence constante des organes de la Convention européenne, « lorsque les faits s'analysent en une série de procédures judiciaires, la date d'entrée en vigueur de la Convention (…) a pour effet de scinder celle-ci en deux, la partie antérieure échappant à la compétence de la Commission » : *X. c. Suisse*, req. n° 7211/75, décision de la Commission du 6 octobre 1976, *D.R.*, vol. 7, pp. 104-106, spéc. p. 105 ; *X. c. Italie*, req. n° 8261/78, décision de la Commission du 11 octobre 1979 ; *D.R.*, vol. 18, pp. 150-153, spéc. pp. 152-153. *P. c. Suède*, req. n° 11306/84, décision du 16 octobre 1986, *D.R.*, vol. 50, pp. 162-167, spéc. p. 166 ; *Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB et autres c. Finlande*, req. n° 20471/92, décision de la Commission du 15 avril 1996, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 29-46, spéc. p. 41 ; *Bunjevac c. Slovénie*, req. n° 48775/99, décision de la Cour sur la recevabilité du 19 janvier 2006, En droit, B. La même solution est retenue par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (voir par ex. *Alfonso Martín del Campo-Dodd c. Mexique*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004, § 82) et par le Comité des droits de l'homme (par ex. *Hart c. Australie*, Comm. No. 947/2000, décision sur la recevabilité du 25 octobre 2000, § 4.2) qui ne connaissent que des instances achevées après la date référence. Dans le cadre de la protection européenne des droits de l'homme, la Commission avait, avant même d'énoncer la règle transitoire, déjà eu l'occasion d'en faire application dans un certain nombre de décisions. Ainsi, dans l'affaire *X. c. Autriche*, elle avait dissocié les griefs visant les jugements de condamnation prononcés avant la date d'entrée en vigueur de la Convention de ceux qui mettaient en cause les dernières décisions judiciaires rejetant les recours en révision et qui n'étaient pas irrecevables *ratione temporis* (req. n° 462/59, décision du 7 juillet 1959, *Rec. Déc.*, vol. 1). Ces règles transitoires ont, depuis, été l'objet d'un certain nombre de tempéraments quand, saisis de procédures connexes, les organes ont pu considérer que ces dernières formaient une procédure unique en vue d'examiner la conduite de la procédure qui s'était achevée avant la date critique : voir le rapport adopté le 28 octobre 1997 par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *La Société anonyme « Avis Entreprises hôtelières, touristiques et industrielles rurales » c. Grèce* au titre des procédures concernant la fixation de l'indemnité et la révocation de l'expropriation (req. n° 30175/96, §§ 41-42) ; voir, *mutatis mutandis*, *Chater c. Royaume-Uni*, req. n° 11723/85, décision de la Commission du 7 mai 1987, *D.R.*, vol. 52, pp. 250-265, spéc. p. 262 : constitue un processus continu « faisant partie de l'historique de la propriété » du réclamant les deux procédures de coercition ayant pour objet de « ramener la propriété du requérant à un usage licite ».

[1270] Pour peu néanmoins que l'issue du recours ait été directement déterminante aux fins des droits garantis par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la juridiction d'appel aurait l'obligation de vérifier d'office la manière dont a été, jusqu'alors, menée la procédure et d'en purger les vices : voir en ce sens notamment *Kerojärvi c. Finlande*, req. n° 17506/90, arrêt de la Cour européenne 19 juillet 1995, §§ 41-42. Dans son opinion concordante, le juge Pekkanen estime toutefois qu'une telle obligation ne s'impose que dans le cas où le manquement a été porté à l'attention de la juridiction de recours ou si, comme dans le cas d'espèce, celle-ci n'avait pu légitimement l'ignorer. L'article 6 de la Convention ne saurait, *a contrario*, exiger de la juridiction interne qu'elle prenne d'office des mesures de redressement « toutes les fois qu'il y a des raisons de supposer l'existence d'une lacune ».

[1271] Sur cette question des faits « confirmatifs » dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, voir *infra*, n° 373-374.

B. La recherche d'un « fait nouveau »

363. Les principes gouvernant la détermination de la compétence temporelle des juridictions internationales font, on l'a dit, échec à la réunion des faits dispersés de part et d'autre de la date critique, et le premier réflexe des parties au litige consisterait, comme le révèle l'examen des différentes affaires, à situer le fait culminant à une époque favorable à leur thèse juridique. Rien n'empêche toutefois celui qui a introduit l'action de prétendre avoir subi plusieurs injustices dont chacune aurait son *existence propre*, et de présenter les faits postérieurs comme étant à l'origine de l'une d'entre elles. Dans un tel cas de figure, il ne s'agirait plus pour la juridiction d'identifier entre plusieurs faits dispersés de part et d'autre de la date critique, celui au sujet duquel le différend s'est formé, ou par lequel la violation s'est produite, mais d'indiquer si le résidu de faits litigieux compris dans la sphère de compétence peut constituer une cause de réclamation autonome. Après avoir restitué les raisons pour lesquelles l'invocation, par le demandeur, de la survenance d'un fait nouveau serait nécessaire aux fins de l'établissement de la compétence (1), il s'agira d'envisager les conditions dans lesquelles les juridictions seraient disposées à faire droit à un tel argumentaire (2).

1. La nécessité d'invoquer un fait nouveau

364. La nécessité d'invoquer un fait nouveau pour justifier l'exercice de la compétence peut être démontrée en considération du statut accordé aux faits survenus postérieurement à celui ayant consommé la violation du droit international (a). L'impossibilité de fonder, dans un tel scénario, la compétence à raison des événements survenus après la date critique, au titre d'une seule et même cause de réclamation, ne trouve à être démentie qu'en considération de deux catégories particulières de faits que sont les faits « indissociés » et « confirmatifs » (b).

a. Le statut des faits postérieurs au « fait principal »

365. La nécessité d'établir un « fait nouveau » tient au statut accordé, sur le plan de la compétence, aux faits qui, tout en étant postérieurs à la date critique, ne justifient pas que la cause à laquelle ils se rattachent puisse être soumise à l'examen juridictionnel. La recherche de la localisation dans le temps du fait principal a effectivement permis d'illustrer qu'il n'importe pas que certains des faits litigieux soient exclus de la période couverte par la compétence si le fait principal en relève. La réciproque n'en est pas moins fondée : la

survenance de faits pendant la période couverte par la sphère de compétence temporelle ne constitue pas, pour les juridictions internationales, une circonstance suffisante pour connaître du différend lorsque le fait qui en est directement à l'origine s'est produit antérieurement. Les faits postérieurs à la violation ne sauraient, autrement dit, avoir pour effet de différer la date à laquelle celle-ci doit être tenue pour consommée.

366. Le principal enseignement qui peut en être tiré concerne le statut des recours judiciaires internes dont l'épuisement fait figure de condition de procédure ordinairement exigée pour établir la recevabilité d'une réclamation. En témoigne l'affirmation souvent reprise en pratique d'après laquelle « l'échec subséquent des recours introduits aux fins de redressement de l'ingérence ne saurait faire entrer celle-ci dans la compétence temporelle »[1272]. Il ne s'agirait pas, dans cette mesure, de voir dans les décisions ou mesures constitutives du manquement au droit international de simples « ébauches » de violation, pour la seule raison qu'elles seraient encore susceptibles d'être contestées devant le juge interne[1273]. Les recours infructueux, plutôt que de parfaire la conduite illicite de l'Etat, ne feraient que la « laisser subsister ». *Condition nécessaire* à l'« actualité » de la violation tout en étant pas cependant *suffisante* pour fonder la compétence temporelle, le « recours postérieur » semble ainsi pouvoir briser la chaîne de l'illicéité sans être, dans le cas contraire, associé à sa « durée de perpétration ». Cette conclusion n'en est pas moins conforme à l'objet de la règle de l'épuisement des recours internes qui est d'offrir à l'Etat une ou plusieurs possibilités d'empêcher qu'une réclamation internationale ne s'élève contre lui, en lui donnant les moyens de « traiter » la violation au niveau interne[1274].

[1272] La formule est celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Blečić c.* Croatie, req. n° 59532/00, arrêt (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006, § 78. Voir pour une confirmation, *Chirita c. Turquie*, req. n° 37147/02, décision de la Cour sur la recevabilité du 6 septembre 2007, En droit, B. 2. a). Pour la jurisprudence interétatique, voir *Phosphates du Maroc*, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, la Cour jugeant dans cette affaire qu'on ne saurait caractériser la relation de cause à effet recherchée entre les faits générateurs de différend et le différend lui-même au titre d'« éléments postérieurs qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou de faits antérieurs, alors que ceux-ci constituent *les véritables éléments générateurs du différend* » (*Rec. Série A/B*, n° 74, p. 24 ; nous soulignons).

[1273] Voir en ce sens G. Perrin, « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », *op. cit.*, p. 286.

[1274] Voir en ce sens E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916, pp. 817-818 ; A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 183, § 179 ; G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », *op. cit.*, p. 144, et les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme citées par l'auteur, note n° 21. Pour la jurisprudence, voir *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. p. 27 ; *Nielsen c. Danemark*, req. n° 343/57, décision de la Commission européenne du 2 septembre 1959, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 413-473, spéc. p. 438 ; *De Cubber c. Belgique*, req. n° 9186/80, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 octobre 1984, § 33. Voir encore la

367. Dans les hypothèses où est sollicité le redressement d'une violation déjà entièrement consommée, les différents refus permettent, en définitive, de matérialiser l'écart de temps séparant le moment où la responsabilité étatique est *née*, de celui où elle pourrait être *engagée* devant le juge international, les effets attachés à la violation étant, pour ainsi dire, tenus en suspens durant cet intervalle[1275]. A l'inverse, l'Etat qui prendrait le parti de rectifier sa conduite par la voie de ses tribunaux, ne ferait que se conformer à une obligation de réparation déjà née[1276]. On trouve d'ailleurs ici le fondement de l'autre règle qui peut être extraite de la jurisprudence relative à la compétence temporelle et qui ferait dire que les recours infructueux, pas plus qu'ils ne prolongent l'ingérence initiale et la font basculer dans la sphère de compétence, ne seraient en mesure de constituer un « fait nouveau » susceptible de justifier l'exercice de la compétence. Cette solution est conforme à la règle du droit transitoire qui veut qu'un fait soit apprécié à la lumière des règles qui en sont contemporaines et non de celles applicables à la date de règlement du différend auquel ce fait aurait pu éventuellement donné lieu[1277]. Dans la jurisprudence européenne, cette règle se concrétise dans le principe suivant lequel l'Etat est responsable de l'ensemble des actes et omissions se

---

décision *Loewen* précitée du 9 janvier 2001 (compétence), spéc. § 71, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, p. 661.

[1275] Voir notamment en ce sens, les observations de M. Reuter qui, dans le cadre des discussions engagées au sujet du projet d'article 22 du Rapporteur Ago sur l'épuisement des recours internes, proposait un rapprochement avec le droit des traités et la notion de suspension des obligations conventionnelles : « [j]usqu'à lors, cette notion n'était appliquée qu'aux effets de la guerre sur les traités, mais on pourrait fort bien l'étendre à la responsabilité des Etats, et soutenir que la responsabilité d'un Etat existe à un certain moment, mais que les effets en sont suspendus » (*An C.D.I.* 1977, I, 1465ème séance, p. 264, § 11). On retrouvait déjà la même idée formulée autrement dans le cours professé par Charles De Visscher à l'Académie de la Haye en 1935 sur le déni de justice : « l'obligation de l'épuisement préalable des recours internes avant la mise en cause de la responsabilité internationale (…) constitue une règle de procédure. Elle affecte moins les conditions d'existence de la responsabilité que les conditions d'exercice de la réclamation (…). Tant que la décision [finale] n'est pas rendue, l'action diplomatique, prise à partie directe d'Etat à Etat, est *tenue en suspens* » (« Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.* 1935-II, vol. 52, pp. 421-423 ; nous soulignons). L'expression sera reprise par le Rapporteur Verzijl dans le cadre des travaux de l'Institut de droit international sur « la règle de l'épuisement des recours internes » : travaux préparatoires de la Session de Grenade, rapport supplémentaire présenté par M. J. H. W. Verzijl, *An. I.D.I.* 1956, t. 46, pp. 1-12, spéc. p. 3, et Projet révisé de Résolutions, *ibid.*, p. 13. Ce laps de temps a également pu être envisagé comme celui au terme duquel la conduite litigieuse serait devenue *imputable* à l'Etat : voir J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, p. 734.

[1276] Voir sur ce point P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *op. cit.*, p. 54. Voir également, en ce sens, Ch. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, p. 394 ; Ch. De Visscher, « Le déni de justice en droit international », *op. cit.*, pp. 426, 430-431.

[1277] La distinction entre ces deux moments était établie dans le premier principe énoncé par Max Huber dans la sentence *Ile de Palmas* : *« a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled* », sentence du 4 avril 1928 (Pays-Bas/Etats-Unis), *R.S.A.*, vol. II, pp. 829-872, spéc. p. 845. Le Rapporteur Ago en avait d'ailleurs lui-même pris acte au titre du « fait complexe » lorsqu'il considérait qu'un organe étatique ne serait pas internationalement tenu de corriger les mesures prises par des organes inférieurs à une époque où l'obligation considérée n'existait pas encore : *An. C.D.I.* 1976, II-1, p. 25, § 70 et *An. C.D.I.* 1976, II-2, § 24.

rapportant à un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme[1278], mais sans que celle-ci ne lui impose pour autant de redresser les injustices ou dommages causés avant son entrée en vigueur[1279]. Il en résulte notamment l'irrecevabilité systématique des réclamations fondées sur le refus ou la négation d'un droit à indemnisation accompagnant des expropriations opérées avant que la Convention ne soit entrée en vigueur. Très tôt, la Commission avait effectivement admis qu'une telle demande reviendrait à apprécier la régularité d'un acte de confiscation exclu de sa compétence[1280]. Cette solution que l'on retrouve à l'identique dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI[1281], a été étendue aux ingérences dans les autres droits et libertés garantis par la Convention, au titre desquelles les juridictions européennes ne s'autorisent pas davantage à dissocier les recours judiciaires des événements qui en sont à l'origine. Il ressort notamment de toute une série de décisions que les Etats parties ne pourraient passer pour avoir failli à leurs obligations conventionnelles, simplement parce qu'ils n'auraient pas fait droit à des demandes de réparation ou même fourni la possibilité de contester des faits matériels survenus à une époque où la Convention n'était pas en vigueur[1282].

[1278] Pour l'affirmation d'une telle règle, voir par exemple *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, req. n° 29813/96 et 30229/96, arrêt du 11 janvier 2000, § 43 ; *Preussische Treuhand Gmbh & Co. Kg A. A. c. Pologne*, req. n° 47550/06, décision de la Cour sur la recevabilité du 7 octobre 2008, § 55.

[1279] Voir *Kopecký c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, arrêt de la Cour (G.C.) du 28 septembre 2004 dans lequel elle « réaffirme en particulier que la Convention n'impose aux Etats contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention » (*Rec. C.E.D.H.*, 2004-IX, pp. 163-180, spéc. p. 173, § 38) ; voir également, en ce sens, *Blečić c.* Croatie, req. n° 59532/00, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006, § 81 : « [t]oute autre approche saperait à la fois le principe de non-rétroactivité que consacre le droit des traités et la distinction fondamentale entre violation et réparation qui sous-tend le droit de la responsabilité des Etat ». Ce principe avait été initialement dégagé au titre des dommages subis pendant le second conflit mondial, plusieurs réclamants ayant tenté d'obtenir une compensation de la part de l'Allemagne : *X. c. R.F.A.*, req. n° 2113/64, décision du 3 avril 1967, *Rec. Déc.*, vol. 23, pp. 15-20, et spéc. p. 20 ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 4505/70, décision du 2 octobre 1971, *Rec. Déc.*, vol. 39, pp. 51-57, et spéc. p. 55 ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 5713/72, décision du 9 juillet 1973, *Rec. Déc.*, vol. 44, pp. 77-80, et spéc. p. 79.

[1280] *X. c. R.F.A.*, req. n° 2942/66, décision du 8 avril 1967, *Rec. Déc.*, vol. 23, pp. 51-65, et spéc. p. 59 ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 2457/65, décision du 10 juillet 1967, *Rec. Déc.*, vol. 24, pp. 43-46, et spéc. p. 44 *; X., Y., et Z. c. R.F.A.*, req. n° 7694/76, décision de la Commission du 14 octobre 1977, *D.R.*, vol. 12, pp. 131-139, spéc. p. 137 ; *Gisela Mayer et autres c. Allemagne*, req. n° 18890/91 et req. jointes n° 19048/91, 19049/91, 19342/92, 19549/92, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 5-20, spéc. p. 18 ; *Portugália S.A. et autres c. Portugal*, req. n° 20272/92, décision de la Commission du 7 avril 1995 par laquelle celle-ci rejette la requête concernant le montant de l'indemnité fixé au moment de l'expropriation, dès lors que ce grief est « étroitement lié » à ladite expropriation et que, tant l'acte lui-même que la fixation des critères légaux conduisant à la détermination de l'indemnisation, remontent à une période antérieure à la date critique.

[1281] Voir notamment *Mondev c. Etats-Unis, op. cit., ICSID Reports*, vol. 6, spéc. p. 209, § 70 : « *[t]he mere fact that earlier conduct has gone unremedied or unredressed when a treaty enters into force does not justify a tribunal applying the treaty retrospectively to that conduct. Any other approach would subvert both the intertemporal principle in the law of treaties and the basic distinction between breach and reparation which underlies the law of State responsibility* ». Ce considérant était rappelé par le tribunal CNUDCI dans la sentence *Chevron* précitée du 1er décembre 2008, § 282.

[1282] *Jovanović c. Croatie*, req. n° 59109/00, décision de la Cour sur la recevabilité du 28 février 2002, § 55 ; *Litovchenko c. Russie*, req. n° 69580/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 18 avril 2002 ; *Veeber*

La nécessité de distinguer entre *violation* et *défaut de réparation* a également pu être retenue au titre de l'application des formules de double exclusion insérées dans les déclarations unilatérales d'acceptation de juridiction obligatoire[1283]. Comme il a pu être dit, de telles limites à l'engagement de l'Etat seraient effectivement vidées de leur contenu si

> « un prétendu dommage subi antérieurement (…) [pouvait] être relevé par une réclamation présentée, postérieurement à la date critique, devant une autorité nationale, judiciaire ou administrative [et si] le rejet définitif de la demande [pouvait] ensuite être allégué comme un acte illicite et comme l'élément générateur du litige. Par là, la personne intéressée aurait la possibilité de faire revivre un différend auquel, d'après la réserve, la [compétence devrait être exclue] »[1284].

368. Une dernière remarque doit être faite concernant l'impossibilité de fonder la compétence sur les faits survenus après le fait principal. Qu'il s'agisse, en effet, d'appliquer le principe de la non-rétroactivité de la règle de fond ou de ménager un effet utile aux limites temporelles, les bases sur lesquelles s'engage la détermination de la compétence temporelle ne devraient pas uniquement ôter pertinence aux faits qui, tout en relevant *prima facie* de la sphère de compétence, nécessiteraient d'établir la réalité d'un manquement survenu avant la date critique. Si l'on veut bien reprendre l'exemple de l'expropriation, il est possible de distinguer deux situations : celle dans laquelle l'Etat en refusant d'accorder une mesure de

---

c. Estonie (n° 1), req. n° 37571/97, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 7 novembre 2002, § 55. Dans les affaires *Kadikis* (req. n° 47634/99, décision de la Cour européenne sur la recevabilité du 29 juin 2000) et *Kikots et Kikota c. Lettonie* (req. n° 54715/00, décision de la Cour sur la recevabilité du 6 juin 2002, En droit, 1), la Cour européenne juge que la procédure judiciaire ne saurait être détachée de la substance même du droit à la liberté d'opinion que la mesure contestée devant les tribunaux internes était réputée enfreindre. Voir également pour le Comité des droits de l'homme *Kurowski c. Pologne*, Comm. No. 872/1999, décision sur la recevabilité du 18 mars 2003 dans laquelle le Comité considère que le fait de ne pas avoir obtenu gain de cause à l'issue de la procédure ne constitue pas un fait distinct de la révocation dont le réclamant avait fait l'objet avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif (§ 6.5) ; dans le même sens : *Love et consorts c. Australie*, Comm. No. 983/2001, constatations du 25 mars 2003, § 7.3. Cette règle jurisprudentielle trouve également pour autre illustration la nécessité de distinguer entre les droits du *de cujus* d'une part, et les droits du conjoint ou du parent survivant, de l'autre. Il importera pour celui-ci d'invoquer une situation juridique détachable de celle du défunt quand la date du décès remonte à une période antérieure, étant donné que tout événement postérieur à cette date ne serait plus en mesure de porter atteinte aux droits du *de cujus* : *Aceituno et Vasquez c. Chili*, Comm. No. 746/1997, décision sur la recevabilité du 26 juillet 1999, § 6.4 ; *Vargas c. Chili*, Comm. No. 718/1996, décision sur la recevabilité du 26 juillet 1999, §§ 6.4-6.7.

[1283] Pour l'application de cette règle aux formules de double exclusion insérées dans les déclarations facultatives de juridiction obligatoire, voir l'affaire des *Phosphates* évoquée *infra*, n° 330, 349. Pour la Cour européenne, voir *Stamoulakatos c. Grèce*, req. n° 12806/87, arrêt de la Cour du 26 octobre 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 271, pp. 5-14, spéc. p. 14, § 33.

[1284] Opinion individuelle annexée à l'arrêt de la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 140-145, spéc. p. 143. Voir également dans cette perspective l'opinion individuelle du juge Cheng Tien-Hsi rendue dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 36-40, spéc. p. 36 : « [u]ne conclusion différente entraînerait la possibilité de faire revivre n'importe quel ancien différend, simplement en demandant sous une forme quelconque réparation d'un tort avec le ferme espoir de se la voir refuser ».

réparation à celui qu'il a dépossédé de son bien dans des conditions que réprouve le droit international, commettrait une seconde injustice ; celle, par ailleurs, où l'Etat s'était initialement conformé au droit international, au titre des exigences de nécessité et de légitimité du but poursuivi par la privation de propriété, mais aurait malgré tout fini par engager sa responsabilité en décidant de ne pas accorder de juste compensation. En admettant alors que ce refus ait été prononcé après la date critique, on aurait semble-t-il isolé la présence d'un fait illicite dans la période soumise à l'examen juridictionnel et qui ne pourrait, cette fois, être réduit au simple défaut de redressement d'une violation déjà consommée. Un tel cas de figure reproduirait toutefois une difficulté identique puisque, comme dans la situation précédente, l'établissement de la réalité du droit à réparation supposerait d'avoir constaté la perte initiale du titre de propriété qui en est le fait-condition. Or, c'est précisément ce à quoi une juridiction ne saurait se résoudre, sous peine d'étendre sa compétence à un fait qui n'en relève pas[1285]. Ce dernier exemple permet ainsi d'affirmer que l'unique façon de satisfaire la condition de compétence temporelle consiste à plaider l'existence d'un fait nouveau, originaire et autonome à l'égard de ceux qui l'ont précédé. Le « fait postérieur » n'est effectivement pas susceptible de constituer l'objet d'une nouvelle réclamation dès lors qu'il sollicite, d'une manière ou d'une autre, le concours de ses antécédents.

b. Le cas particulier des faits indissociés et « confirmatifs »

369. La conclusion à laquelle l'examen du statut des faits postérieurs au « fait principal » a jusque là permis d'aboutir doit être amendée au titre de deux situations particulières dans lesquelles la compétence juridictionnelle pourrait malgré tout être établie : la première situation tient à l'impossibilité de désigner celui des faits qui a emporté la violation des droits et, partant, le moment exact où elle s'est produite (i) ; la seconde hypothèse est liée à la signification que le Comité des droits de l'homme attache aux faits qui *confirment* un premier manquement aux dispositions du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 (ii).

[1285] Voir par ex. *A. B. et Société A.S. c. R.F.A.*, req. n° 7742/76, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 juillet 1978, *D.R.*, vol. 14, pp. 146-159, spéc. p. 157.

i. Les faits indissociés

370. Certaines réclamations mettent en jeu une suite d'événements dont chacun a pu contribuer à créer une situation contraire au droit, mais sans qu'aucun ne puisse, dans le même temps, se démarquer. Le processus illicite serait envisagé comme un tout indissociable, ou plutôt comme une « situation continue » au titre de laquelle les faits survenus postérieurement à la date critique seraient tout autant associés à la *création* qu'au *maintien*. Cette thèse avait déjà été plaidée[1286] devant la Commission européenne des droits de l'homme avant qu'elle n'y adhère en matière d'atteintes à la propriété. La Commission avait estimé au sujet de l'accumulation de retards pris dans une expropriation que la situation litigieuse, tout en ne relevant pas du passé, n'avait pas été créée par les dernières décisions, ni par un autre événement en particulier, et qu'il convenait, devant cette impossibilité manifeste d'identifier un fait culminant, de considérer cette situation comme toujours actuelle[1287]. Avant que la Grande Chambre n'en juge finalement autrement, la Cour européenne avait également abouti à une solution identique dans l'affaire *Blečić*, retenant que la résiliation du bail n'avait pas pris effet à l'issue d'une décision judiciaire plutôt qu'une autre, mais seulement au terme de la procédure devant les tribunaux internes considérée dans son ensemble, et qui s'était achevée après la date critique par l'arrêt de la Cour constitutionnelle[1288]. On trouve encore l'illustration d'une telle indissociabilité des faits litigieux dans l'affaire *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, à l'occasion de laquelle la société requérante mettait en cause la perte progressive du contrôle de ses biens. Cette fragilisation de la position juridique de la société s'était réalisée en trois étapes et autant de décisions. Bien qu'exclues pour deux d'entre elles du champ d'application temporel de la Convention, ces décisions étaient, selon la Cour, à l'origine d'une situation étalée dans le temps et dont la prolongation après l'entrée en vigueur de la Convention devait constituer une base suffisante pour fonder sa compétence temporelle[1289]. Un constat identique a, par ailleurs, pu être établi au sujet d'expropriations *de facto*, au titre desquelles aucun acte ne se trouve, par définition, responsable *de jure* de la perte du titre de propriété[1290].

[1286] Voir par ex. l'affaire *X. c. Danemark*, req. n° 323/57, décision du 19 décembre 1957, *Ann.*, vol. 1, pp. 241-248, spéc. pp. 242, 246.

[1287] *Sporrong & Lönnroth c. Suède*, req. n° 7151/75 et 7152/75, décision du 5 mars 1979, *D.R.*, vol. 15, pp. 15-34, spéc. p. 30. Voir également, dans le même sens, la décision de la Commission européenne en date du 12 février 1992 rendue dans l'affaire *Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce*, *D.R.*, vol. 72, p. 163.

[1288] Req. n° 59532/00, décision de la Cour sur la recevabilité du 30 janvier 2003, En droit, 1. Voir également l'arrêt du 8 mars 2006 rendu par la Grande Chambre sur le fond, §§ 59-62.

[1289] Req. n° 48553/99, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 juillet 2002, §§ 54-58.

[1290] Voir pour le contentieux européen des droits de l'homme, voir *infra*, n° 423. Pour le contentieux des investissements, voir notamment *Telenor Mobile Communications A. S. c. République de Hongrie*, ICSID Case

371. Les « faits indissociés » ne se trouvent toutefois pas attachés de manière exclusive au contentieux de la propriété. Un autre exemple a été livré dans un contexte bien différent, dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, où la Cour internationale de Justice a appliqué le régime des faits continus à la campagne de bombardements engagée par les Etats membres de l'OTAN qui constituait l'objet de la réclamation du gouvernement yougoslave, et qui chevauchait la date à laquelle avait pris effet sa déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire[1291]. La Cour européenne des droits de l'homme aura également l'occasion d'en juger de la même façon au titre d'un prétendu manquement au respect de la vie privée d'une requérante, qui résultait moins de la privation de son passeport par les autorités russes que de la série de problèmes quotidiens que cette confiscation avait engendrés, et qui était constitutive d'une ingérence continue dans ses droits[1292].

372. De ces différents exemples, il peut être conclu que c'est par leur *répétition* ou leur *enchaînement* que se caractérisent les faits indissociés. Véritable perfectionnement ou simple maintien de l'atteinte à la situation juridique, la part que prennent les faits postérieurs à la date critique variera sans doute selon les circonstances mais la situation continue de laquelle est tirée la justification de la jonction de ces faits postérieurs aux faits antérieurs a pour effet d'éluder la question.

No.ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, § 63, in *J.D.I.*, 2007, pp. 298-308, spéc. p. 299. Cette solution n'est toutefois pas systématiquement retenue, certains tribunaux considérant que l'effet cumulé des entraves à l'exercice du droit de propriété trouve son véritable accomplissement dans l'atteinte irréversible à l'usage du bien, la violation pouvant ainsi être imputée à l'acte par lequel ce seuil a été franchi. Voir notamment en ce sens, *International technical products corporation* et al. *c. Iran*, sentence du tribunal Iran/Etats-Unis du 28 octobre 1985, *Iran-US C.T.R.*,,vol. 9, pp. 206-243, spéc. pp. 240-241 : « *[a] claim for a taking is outstanding on the day of the taking of property. Where the alleged expropriation is carried out by way of a series of interferences in the enjoyment of the property, the breach forming the cause of action is deemed to take place on the day when the interference has ripened into more or less irreversible deprivation of the property rather than on the beginning date of the events. The point at which interferences ripens into taking depends on the circumstances of the case and does not require that legal title has been transfered* ». Voir également *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, au titre d'une « expropriation rampante » : « *[c]reeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property* » (*ICSID Reports*, vol. 10, p. 303, § 20.22) ; *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine*, décision du tribunal CNUDCI sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008, §§ 91-93.

[1291] *Licéité de l'emploi de la force*, Yougoslavie c. Belgique, ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1999, pp. 124-141, spéc. p. 134, §§ 27-28.

[1292] *Smirnova c. Russie*, req. n° 46133/99 et 48183/99, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 juillet 2003, §§ 95-100. La solution de la Cour se rapproche d'ailleurs de celle du tribunal administratif de l'O.I.T. dans son jugement n° 2553, *A.I.E.A.*, du 12 juillet 2006, au titre du « harcèlement » qui s'entend de « toute conduite adoptée ou remarque formulée par un fonctionnaire ou un groupe de fonctionnaires soit en une seule occasion soit de manière continue qui dénigre, rabaisse ou cause une humiliation personnelle » (considérant n° 5). Texte du jugement disponible sur le site http://www.ilo.org/ (consulté le 10 mars 2011).

ii. Les faits « confirmatifs » dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme

373. L'identification de la fonction attribuée aux événements survenus pendant la période soumise à la compétence juridictionnelle fait moins de difficultés s'agissant des « faits confirmatifs » qui, pour peu qu'ils soient survenus après la prise d'effet du Protocole facultatif, permettent de justifier l'examen par le Comité des droits de l'homme des faits litigieux survenus avant cette date, au titre de leur conformité au Pacte relatif aux droits civils et politiques. Cette solution tire son origine d'une application, semble-t-il, erronée de la règle que le Comité avait initialement dégagée pour dissocier les violations instantanées des manquements continus au Pacte. Ces derniers devaient, selon le Comité, être compris comme ceux qui confirment « par des actes ou de manière implicite » des violations commises avant l'entrée en vigueur du Protocole. Tel serait, par exemple, le cas d'une législation nationale incompatible avec les garanties énoncées dans le Pacte, et qui bien que déjà entrée en vigueur au jour où débute la compétence du Comité, a été maintenue dans son application après cette date[1293]. Le Comité a jugé bon d'appliquer la même règle pour les faits instantanés, et s'est ainsi reconnu compétent pour connaître des faits qui n'avaient eu pour autre effet que de laisser subsister une violation du Pacte, survenue avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif. Le raisonnement tenu dans l'affaire *Blaga contre Roumanie* en constitue l'exemple type. Les requérants avaient été dépossédés de leurs biens avant que la Roumanie ne ratifie le Protocole facultatif. Ils avaient sollicité une ordonnance de restitution qui, après plusieurs tentatives infructueuses, leur avait finalement été accordée en appel. La décision favorable fut toutefois annulée par la Cour suprême au motif que la juridiction inférieure avait outrepassé sa compétence judiciaire et violé le principe de séparation des pouvoirs. Devant le Comité, les requérants faisaient usage du vocabulaire approprié pour présenter l'annulation de l'ordonnance, postérieure à la date critique, comme une *confirmation* de l'expropriation antérieure. C'était assez pour convaincre le Comité d'apprécier le bien-fondé de la demande puisqu'il était « possible de soutenir que ladite décision avait confirmé et réaffirmé la validité des mesures antérieures, ramenant ainsi les griefs dans [son] champ de compétence *ratione temporis* »[1294]. Ainsi, alors même qu'il était sans doute possible de voir dans la décision litigieuse la cause d'une nouvelle violation et, partant, d'un nouveau motif de réclamation, le

[1293] Voir par ex. *Drobek c. Slovaquie*, Comm. No. 643/1995, décision sur la recevabilité du 14 juillet 1997, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 235-240, et spéc. p. 238, § 6.2. Voir sur cette jurisprudence du Comité relative aux manquements continus au Pacte, *infra*, n° 418-419.
[1294] *Blaga c. Roumanie*, Comm. No. 1158/2003, constatations du 30 mars 2006, spéc. § 6.4

Comité avait préféré s'en tenir au maintien de la situation créée avant l'entrée en vigueur du Protocole pour établir son aptitude à connaître de la demande.

374. C'est précisément dans les affaires où une telle alternative n'était pas envisageable que le raisonnement du Comité apparaît le plus discutable. Dans l'affaire *Park c. Corée*, le fait principal était un jugement de première instance prononcé avant la date critique, par lequel le requérant avait été condamné en raison des propos qu'il avait tenus à l'égard de la politique menée par le gouvernement sud-coréen. Plusieurs recours avaient été intentés par la suite et il a suffi au Comité de retenir la date à laquelle ces derniers avaient été examinés et rejetés pour considérer pouvoir connaître de la prétendue violation du droit à la liberté d'expression[1295]. Cette solution était, en vérité, déjà acquise au vu du sort réservé aux réclamations mettant en jeu les droits procéduraux. Conformément à une jurisprudence bien établie, le Comité des droits de l'homme voit dans la confirmation en appel ou en dernier ressort d'un jugement de condamnation, une « homologation de la conduite au procès »[1296] qui justifie sa compétence lorsqu'elle est intervenue après la date critique[1297].

2. L'établissement du fait nouveau

375. A l'image de ce qui a été dit au sujet de l'identification du fait principal, il peut à première vue s'avérer délicat de restituer les éléments intégrant la recherche d'un fait nouveau tant celle-ci semble en mesure de varier selon le prétoire et les circonstances d'espèce. Il apparaît cependant, après analyse des différentes solutions retenues par les juridictions internationales, qu'une telle recherche rend le plus souvent compte de la nécessité, pour les requérants, d'avoir invoqué l'atteinte à une *situation nouvelle*, c'est-à-dire une situation juridique distincte des droits qui avaient été altérés avant la date critique (a). Après en avoir pris la mesure, il s'agira d'envisager les conditions auxquelles les juridictions internationales subordonnent leur compétence lorsque est alléguée, devant elles, la survenance d'un fait nouveau (b).

[1295] *Tae Hoon Park c. Corée*, Comm. No. 628/1995, constatations du 20 octobre 1998, § 6.2.

[1296] *Nallaratnam Singarasa c. Sri Lanka*, Comm. No. 1033/2001, constatations du 21 juillet 2004, § 6.3 ; *Kouidis c. Grèce*, Comm. No. 1070/2002, constatations du 28 mars 2006, § 6.5.

[1297] Dans l'affaire *Holland c. Irlande*, le Comité a même considéré, en raison de la date de la décision de la juridiction d'appel intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur du Pacte, pouvoir apprécier le bien-fondé des griefs relatifs à la procédure menée devant la Cour criminelle spéciale en première instance, alors que cette procédure s'était elle-même achevée bien avant la date critique : *Patrick Holland c. Irlande*, Comm. No. 593/1994, constatations du 25 octobre 1996, *I.L.R.*, vol. 115, pp. 277-286, spéc. p. 285, § 9.2.

a. Elément d'identification : l'atteinte à une « situation nouvelle »

376. Etablir la compétence temporelle d'une juridiction internationale en raison d'un « fait nouveau » supposerait le plus souvent d'avoir présenté celui-ci comme étant à l'origine d'une infraction de nature différente de celle commise avant la date critique. Il semble effectivement que les chances de trouver dans le ou les événements qui succèdent à un premier fait illicite le moyen de fonder la compétence temporelle, dépendent généralement des *droits* mis en cause à ces différentes occasions. Ce n'est pas dire que l'atteinte répétée aux mêmes droits ou à des droits de même nature ne pourrait être soumise à l'appréciation du juge. Dans toute une série d'hypothèses, le caractère inédit de la situation invoquée au soutien de la compétence pourra être attaché à la seule cause factuelle de la réclamation. Mention à déjà été faite de la manière dont les juridictions chargées de la protection des droits de l'homme envisagent la protection due aux justiciables devant les juridictions étatiques, chaque instance pouvant donner lieu à un nouveau motif de réclamation. On pourrait également, pour en donner illustration, évoquer certaines décisions issues du contentieux de la fonction publique internationale. Envisageant le cas d'une succession de décisions opposées à un fonctionnaire, le tribunal administratif de l'O.I.T. jugeait ainsi dans l'affaire *Connolly-Battisti* que chaque décision individuelle ne peut être réduite à une simple répétition « si elle conduit à la commission d'une nouvelle infraction même si la nouvelle infraction est analogue aux précédentes, ou si les circonstances se sont modifiées, ou encore si de nouveaux éléments d'appréciation se sont véritablement produits »[1298]. En règle générale, cependant, le problème de la dispersion va se poser dans des affaires où seuls les recours judiciaires formés au sujet d'un premier acte prétendu illicite relèvent, par leur date, de la sphère de compétence. Les réclamants auraient ainsi pour seule préoccupation de dissocier ces recours de leur contexte d'origine. La possibilité s'offrant à eux consisterait, alors, à alléguer la violation d'un droit distinct de celui altéré ou détruit par le fait illicite primitif. Deux affaires tirées de la jurisprudence des Cours de La Haye peuvent être prises en exemple : l'affaire des *Phosphates marocains* (i) et l'affaire relative à *Certains biens* (ii).

[1298] *Connolly-Battisti* (n° 5), jugement n° 323 du T.A.O.I.T. du 21 novembre 1977, §§ 23-24, extrait cité § 24. L'appréciation était portée, en l'espèce, au titre d'un fonctionnaire international qui, ignorant ses droits, avait perçu pendant plusieurs mois un salaire inférieur à ce qu'il devait être et qui selon le tribunal, pouvait présenter une réclamation dès la prochaine échéance.

i. L'affaire des Phosphates du Maroc

377. C'est à l'occasion des audiences tenues devant la Cour permanente dans l'affaire des *Phosphates* que l'intérêt d'invoquer une situation nouvelle aux fins d'établir la compétence a pu, semble-t-il, être formulé pour la première fois. La thèse défendue par l'agent français revenait à faire admettre qu'aucune situation juridique séparable de celle définitivement réglée par la décision du Service des Mines n'avait été mise en jeu par la série d'événements survenus après la date critique[1299]. Il faut dire que l'argumentation italienne avait pris le parti d'intégrer le prétendu déni de justice au « fait complexe » que la décision litigieuse avait elle-même amorcé. Ago allait tenter de combler cette lacune à plusieurs reprises, au cours de la procédure orale mais sans devoir ne jamais véritablement y parvenir. Ainsi opposait-il à l'agent français que, si la décision de 1925 pouvait être considérée comme constitutive d'une violation parfaite du droit international avant même que le déni de justice ne se produise, celui-ci serait dans ce cas « à lui seul, une infraction à une obligation internationale différente de celle qui aurait pu être violée par le fait illicite précédent et donnerait par là naissance à un différend international nouveau, qui s'ajouterait au précédent, mais n'en aurait pas moins sa vie autonome et ne pourrait avoir que sa propre date »[1300]. A aucun moment toutefois le conseil du gouvernement italien n'avait-il invoqué une situation juridique distincte, qui aurait permis de donner une consistance à l'assertion ; à aucun moment n'avait-il, en d'autres termes, détaché la décision de 1925 – et les droits prétendument lésés à cette occasion – des événements survenus après coup, et qui devaient, dans son esprit, former la nouvelle infraction. La Cour allait en tirer les conséquences en indiquant que le déni de justice n'avait jamais été présenté comme constituant en soi un fait illicite international, générateur d'un différend nouveau. Dans son opinion dissidente, le juge Cheng Tien-Hsi justifiait d'ailleurs le verdict de la majorité en soulignant qu'« il est juste de dire que le différend s'est élevé au sujet d'un fait antérieur à la date critique car cette décision (…) [qui] subsiste (…) simplement à l'état de préjudice (…) ne commet point de lésion nouvelle, n'enfreint pas de nouveau droit et, partant, ne donne naissance à aucune situation ni à aucun fait nouveau » [1301].

[1299] *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, pp. 722, 1275 et ss.
[1300] *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, p. 1229.
[1301] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 36.

ii. L'affaire relative à Certains biens

378. L'invocation d'une situation juridique distincte de celle mise en cause par la décision du Service des Mines dans l'affaire des *Phosphates* aurait, à l'évidence, présenté l'avantage de faire porter un regard différent sur les seuls faits susceptibles d'être soumis à l'appréciation de la Cour permanente. Cette subtilité n'a pas échappé à la partie demanderesse dans l'affaire relative à *Certains biens*. L'enseignement que l'on serait tenté de tirer de l'arrêt de la Cour internationale de Justice rend toutefois nécessaire le rapprochement avec la solution à laquelle la Cour européenne a abouti au titre des mêmes faits.

– la solution de la Cour internationale de Justice

379. Les circonstances de l'affaire, telles qu'elles ont été portées à la connaissance de la Cour, sont les suivantes. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Tchécoslovaquie adopta une série de décrets, dits « décrets Beneš », en application desquels furent confisqués « les biens agricoles de toutes les personnes appartenant au peuple allemand ou hongrois, indépendamment de leur nationalité » et, parmi ces biens, un tableau du peintre hollandais Pieter van Laer appartenant à la famille du prince régnant du Liechtenstein depuis le XVIIIème siècle. Un régime spécial afférent aux biens et avoirs allemands saisis à l'étranger fut ensuite instauré, en 1952, par la Convention sur le règlement des questions issues de la guerre et de l'occupation, signée par l'Allemagne et les pays alliés. Il était notamment prévu à l'article 6 de cette Convention que la République fédérale ne serait en capacité de soulever à l'avenir aucune objection contre les mesures prises à l'égard des avoirs allemands à l'étranger et des autres biens au titre des réparations ou restitutions, pas plus que ne seraient déclarées recevables les « réclamations et actions dirigées contre (…) des gouvernements étrangers (…) [ayant] acquis ou transféré des droits de propriété » en vertu desdites mesures. L'article 5 prévoyait, pour sa part, que les autorités allemandes veillent à ce que les anciens propriétaires des biens saisis reçoivent une indemnisation. Ce régime ne devait demeurer que tant que la question des réparations entre l'Allemagne et ses anciens ennemis ne serait pas définitivement réglée ; aussi y fut-il mis un terme en 1990, à l'exception des dispositions de l'article 6 précité. Ce n'est qu'après cette date, à l'occasion d'une exposition au musée de Cologne où le fameux tableau devait figurer, que le prince héritier Hans-Adam II de Liechtenstein saisit les tribunaux allemands en vue d'obtenir la mise sous séquestre et la restitution de la toile. Il vit sa demande rejetée en application de la disposition de l'article 6 de

la Convention conformément à laquelle aucune action ayant trait aux mesures prises contre les avoirs allemands à l'étranger au lendemain de la guerre ne serait jugée recevable devant les juridictions allemandes. Le Liechtenstein endossa alors sa réclamation et saisit la Cour internationale de Justice du différend qui l'opposait à l'Allemagne au sujet de l'application inédite de la Convention de 1952 à des biens liechtensteinois[1302]. L'article premier de la Convention européenne pour le règlement des différends du 29 avril 1957 devait, selon lui, fonder la compétence de la Cour. Bien que cette dernière ne puisse, aux termes de l'article 27 a) de la Convention, connaître des différends concernant des faits ou situations antérieurs à son entrée en vigueur, l'existence d'une *position commune* sur le sort des biens neutres ainsi que la survenance d'un fait nouveau – l'application de la Convention aux biens liechtensteinois par les tribunaux allemands – justifiaient, pour le demandeur, l'examen par la Cour du bien-fondé de ses prétentions.

Après avoir admis qu'un différend avait effectivement surgi après la date pertinente au sujet de l'application de la Convention aux biens liechtensteinois, la Cour allait envisager la question de la date des faits et situations litigieuses, et successivement repousser les deux termes de l'alternative avancée par le Liechtenstein pour s'estimer incompétente *ratione temporis*. S'agissant d'abord de la prétendue existence d'une *situation nouvelle*, l'argument du demandeur consistait à faire admettre qu'« avant que les tribunaux allemands [ne] se prononcent sur l'affaire du tableau de Pieter van Laer, il était entendu (…) que la convention sur le règlement ne [puisse], du fait de la neutralité du Liechtenstein, être considérée [s'appliquer] aux biens liechtensteinois confisqués en application des décrets Beneš, [et que] cette convention n'interdisait dès lors pas aux tribunaux allemands d'apprécier la licéité de ces confiscations »[1303]. La Cour ne relevait toutefois aucune base permettant de conclure que l'attitude de l'Allemagne avait créé une espérance légitime au titre de l'inapplicabilité du régime spécial aux biens liechtensteinois ; elle faisait observer que cette question n'avait, jusqu'alors, jamais été soulevée devant les tribunaux allemands et qu'elle n'avait pas davantage fait l'objet de discussions entre les deux gouvernements[1304].

Elle refusait, par ailleurs, de voir dans la série de décisions des tribunaux allemands la survenance d'un fait « nouveau » ou, du moins, dissociable du régime institué par la Convention 1952[1305]. Il y avait là, pour le juge Elaraby, une contradiction flagrante entre le

[1302] *Certains biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec*. 2005, pp. 6-28, spéc. pp. 18-19, § 25.
[1303] *Rec*. 2005, p. 20, § 32.
[1304] *Rec*. 2005, pp. 25-26, § 50.
[1305] *Rec*. 2005, p. 26, § 51.

fait de dire, d'une part, que la situation ne s'était, jusqu'à ce jour, jamais présentée devant les tribunaux allemands, et conclure d'autre part que l'affaire du tableau ne constituait pas une situation inédite[1306]. A bien considérer le raisonnement tenu par la majorité des membres de la Cour, cette contradiction apparente trouvait son explication dans la signification attribuée à la jurisprudence des tribunaux allemands. Cette jurisprudence n'avait effectivement été envisagée par la Cour qu'en tant que possible manifestation de l'entente préalable sur le sort des biens liechtensteinois, c'est-à-dire au titre du premier terme de l'alternative avancée par le demandeur pour justifier la compétence. Pour le reste, la date à laquelle les juridictions allemandes s'étaient prononcées sur la requête du prince n'était, selon la Cour, pas de nature à modifier la solution qu'il convenait de donner au problème de compétence temporelle. La Cour estimait à ce sujet que l'affaire du *Tableau Pieter van Laer*, comme les autres affaires qui avaient trait à la confiscation des avoirs allemands à l'étranger et pour lesquelles les tribunaux allemands avaient été saisis, « étaient inextricablement liées » au régime institué par la Convention sur le règlement ainsi qu'aux décrets Beneš[1307] ; que « les juridictions allemandes [avaient] toujours jugé que [ladite] Convention leur interdisait de se prononcer sur la licéité de toute confiscation de biens traités par l'Etat qui en était l'auteur comme des biens allemands »[1308] ; que le moment où la violation du droit international était susceptible de s'être produite, serait-on tenté d'ajouter, devait remonter à la date de la confiscation des biens et, au plus tard, à celle du règlement définitif de la question de l'indemnisation des anciens propriétaires, c'est-à-dire au jour de l'entrée en vigueur de la Convention sur le règlement entre les deux Etats, et non au jour où les tribunaux allemands avaient été appelés à en faire application. L'argument tenant au caractère inédit de l'application du régime établi par la Convention 1952 à des biens neutres était ainsi voué à un échec certain. En effet, même à considérer que l'affaire du tableau ait donné lieu au règlement d'un problème juridique nouveau, les décisions des juridictions allemandes n'auraient pu être détachées de la Convention et de la date à laquelle celle-ci était entrée en vigueur, à moins de considérer en contrariété avec à la majorité de la Cour que cette Convention nécessitait, comme dans les toutes les autres affaires, une mesure d'application pour déployer ses effets[1309]. La possibilité de différencier cette affaire de celles qui l'avaient précédée résidait ainsi uniquement dans le premier terme de l'alternative avancée par le demandeur relatif à l'existence d'une position

[1306] Opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour, *Rec.* 2005, pp. 40-46, spéc. p. 43, § 11.
[1307] *Rec*. 2005, p. 26, § 51.
[1308] *Rec*. 2005, p. 26, § 50.
[1309] Voir notamment, à ce sujet, l'opinion dissidente du juge Koojimans annexée à l'arrêt de la Cour, *Rec.* 2005, pp. 29-39, spéc. pp. 33-34, §§ 13-18, et l'opinion dissidente du juge *Owada*, *Rec.* 2005, pp. 47-68, spéc. p. 55, § 24, et pp. 59-62, §§ 34-43.

commune sur le sort des biens neutres. Seule, en d'autres termes, l'évocation d'un titre juridique distinct du régime d'indemnisation institué en 1952 était susceptible de faire porter un regard différent sur les jugements des tribunaux allemands et ainsi de voir en eux la « cause réelle » du litige[1310].

– la solution de la Cour européenne des droits de l'homme

380. L'appréciation que la Cour européenne a livrée au titre des mêmes faits donne la certitude que l'invocation d'une *situation nouvelle* revêt une importance décisive pour la question de la compétence temporelle. La Cour de Strasbourg avait effectivement été invitée à donner ses vues sur les griefs du prince avant que le gouvernement liechtensteinois n'eût introduit l'action devant la Cour internationale. La demande faisait état d'un prétendu droit à restitution qui ne sollicitait pas le constat de l'atteinte initiale à la propriété ; il était précisément reproché aux juridictions allemandes de n'avoir pas statué sur la demande que le prince avait introduite en vue de récupérer son bien et de n'avoir, du même coup, pas empêché que le tableau soit rendu à la République tchèque. L'argument était jugé suffisant pour conclure à l'applicabilité temporelle de la Convention. La Cour s'en remettait ainsi à la circonstance décisive qu'elle ne serait pas conduite à juger de la régularité de la confiscation du tableau, antérieure à la date critique, pour apprécier le bien-fondé de la réclamation ; seule comptait la date à laquelle avaient été rendues les décisions litigieuses pour juger du manquement dont elles seraient à l'origine. Ces décisions étant postérieures à la date d'entrée en vigueur du Protocole n° 1 à l'égard de l'Allemagne, la Cour concluait que sa compétence pour connaître de la requête n'était pas exclue *ratione temporis*[1311]. Procéder de cette façon revenait, ni plus ni moins, à fragmenter les faits en fonction des situations juridiques mises en cause.

[1310] L'ordonnance rendue par la Cour dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* au sujet de la demande reconventionnelle italienne a récemment confirmé cette solution, la haute juridiction estimant, au titre de circonstances similaires, ne pas être habilitée à connaître du litige dans la mesure où les accords conclus avec l'Allemagne après la date critique et concernant l'indemnisation de certains ressortissants italiens, n'avaient pas modifié la situation juridique des ressortissants dont il était question dans la présente instance, situation qui demeurait « inextricablement liée (…) [au] traité de paix de 1947 ». La Cour refusait également de considérer que la législation allemande adoptée après la date à laquelle avait débuté sa compétence, avait pu engendrer une « situation nouvelle » du point de vue de l'obligation de l'Allemagne d'indemniser les ressortissants italiens (ordonnance du 6 juillet 2010 déjà citée, disponible sur le site de la Cour, §§ 27-30).

[1311] *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (G.C.) du 12 juillet 2001, § 81.

b. Conditions d'admission du fait nouveau

381. Après avoir démontré l'intérêt d'invoquer une situation nouvelle, il reste à préciser les conditions dans lesquelles celle-ci peut effectivement justifier l'exercice de la compétence juridictionnelle. A cet égard, les juridictions internationales attachent moins d'importance à la question de savoir si le demandeur est bien le titulaire des droits qu'il invoque (i) qu'à la découverte de l'objet véritable de son grief (ii), l'idée étant que les événements postérieurs à la date critique ne peuvent, en tout état de cause, servir de prétexte à l'examen de différends anciens.

i. Existence du droit subjectif mis en cause

382. L'existence des droits invoqués dans le but de caractériser la survenance d'un fait nouveau ne pose pas en soi de difficultés particulières à un stade où il n'est encore question pour le tribunal que d'évaluer sa faculté à statuer sur le bien-fondé d'une prétention. Le simple fait d'alléguer une infraction nouvelle et autonome devrait permettre de désolidariser les faits postérieurs à la date critique de leurs antécédents. Cette solution n'a rien de surprenant. Régler le problème posé par la dispersion des faits dans le temps oblige, comme on l'a dit, à déterminer le moment d'apparition de la violation. Par son objet, la question relève du fond ; le juge va malgré tout être tenu de la trancher dès la phase préliminaire en vue de s'assurer qu'il ne statuerait pas sur des faits exclus de son domaine de compétence. Pour les mêmes raisons, on comprend qu'il n'y serait plus contraint à partir du moment où la réclamation ne met plus en jeu que des événements survenus pendant la période soumise à son appréciation, la question de savoir si le requérant est bien le titulaire des droits qu'il revendique ne se posant désormais plus, dans un tel cas de figure, qu'au titre de l'intérêt à agir, et au fait de savoir s'il peut « raisonnablement être soutenu qu'une violation a eu lieu »[1312].

383. Une impression différente pourrait sans doute se dégager de la solution retenue par la Cour dans l'affaire du *Tableau.* L'absence d'éléments permettant de conclure à l'existence d'une position commune entre parties litigantes avait effectivement été jugée décisive par la Cour pour faire droit à l'exception d'incompétence temporelle[1313]. Cette

[1312] C. Santulli, « Observations et proposition sur l''extension' du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1374.
[1313] La Cour a, depuis l'affaire *Certains biens*, eu l'occasion de procéder au même examen dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, et de conclure de nouveau à l'absence de « situations nouvelles » au vu des éléments invoqués par l'Italie : voir l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 citée *supra*, note n° 1310.

solution n'était pas sans lien avec la faiblesse des arguments développés par la partie demanderesse, qui avait permis à la haute juridiction de justifier leur rejet sans même devoir empiéter sur le fond[1314]. Quoi qu'il en soit, la solution retenue dans cette affaire demeurait étrangère à la thèse de l'Allemagne qui, invitant la Cour à statuer dès la phase préliminaire sur l'*existence* des droits revendiqués par le demandeur, faisait observer qu'il suffirait, dans le cas où la Cour ne s'y résoudrait pas, d'invoquer l'existence d'une créance pour contourner toute restriction temporelle posée à sa compétence. Le gouvernement allemand opposait, à ce titre, les circonstances de l'affaire du *Tableau* à celles des affaires de la *Compagnie d'électricité de Sofia* et du *Droit de passage*, dans lesquelles les parties avaient, selon lui, « pleinement reconnu la situation juridique existant entre elles avant que l'acte ou l'omission de l'une d'elles ne donnât naissance à un différend » [1315].

L'argument allemand doit sans doute se vérifier en ce qui concerne la première affaire, la question de l'identité du titulaire des droits invoqués n'ayant jamais été objet à dispute. La Cour n'avait, en revanche, nullement préjugé de la réalité du droit revendiqué par le gouvernement portugais dans l'affaire du *Droit de passage*, puisque tel était justement l'un des problèmes qu'elle était invitée à résoudre. On se contentera de rappeler qu'après avoir joint l'exception d'incompétence au fond, elle s'était bornée à relever une situation de fait, le passage des personnes et des biens en territoire indien, qui n'avait jusque là pas donné lieu à controverse, et qui lui permettait de *présumer* l'existence du titre sur le fondement duquel ce passage était pratiqué[1316]. Les solutions retenues par les autres juridictions internationales sont d'ailleurs là pour le confirmer : si Commission et Cour européennes des droits de l'homme consentent à dissocier les faits en fonction des *droits* qu'ils mettent en jeu, il ne saurait encore au stade de l'examen de la compétence s'agir d'autre chose que d'une simple « apparence » de droit[1317]. Pour déclarer la plainte du prince recevable *ratione temporis* dans l'affaire évoquée précédemment, il avait ainsi suffi à la Cour de Strasbourg de prendre acte du fait

---

[1314] Certains juges devaient, malgré tout, regretter que la majorité ait décidé de régler dès le stade de l'appréciation de la compétence une question qui, selon eux, relevait clairement du fond : voir notamment l'opinion dissidente du juge Kooijmans, *Rec.* 2005, pp. 29-39, spéc. pp. 34 et ss., §§ 20 et ss., et celle du juge *Owada*, *Rec*. 2005, pp. 47-68, spéc. pp. 60-61, § 38.

[1315] *Certains biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec*. 2005, pp. 6-28, spéc. p. 22, § 37.

[1316] *Droit de Passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt sur le fond du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 6-46, spéc. pp. 34-35. Le vocabulaire employé par la Cour pour qualifier le droit revendiqué était d'ailleurs éloquent. Avant même d'envisager l'exception d'incompétence *ratione temporis*, la Cour avait effectivement considéré que les événements de 1954 avaient créé « une situation nouvelle, laquelle fai[sait] depuis lors échec à l'exercice par le Portugal de son *autorité* dans les enclaves » (*Rec.* 1960, p. 28 ; nous soulignons).

[1317] Pour le professeur Santulli, « [i]l va de soi que la décision sur l'étendue des droits des parties relève du fond. A titre préliminaire, il suffit d'établir que celui qui demande *serait* le titulaire du droit que la décision pourrait, éventuellement, reconnaître » : *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 214.

qu'elle n'était pas dirigée contre la confiscation initiale du tableau, mais qu'elle visait plutôt l'échec de l'action en restitution instituée devant les juridictions allemandes après la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Allemagne. Ce n'est qu'ensuite, au titre du bien-fondé de la réclamation, que la Cour allait juger de la réalité de la créance. Ce scénario se retrouve à l'identique dans les affaires *Brezny c. République slovaque*[1318], *Lupulet c. Roumanie*[1319] ou encore *Malhous c. République tchèque*[1320].

384. La Commission s'était toutefois trouvée en proie à une difficulté particulière dans l'affaire *Trome SA c. Espagne*[1321]. Il y était question de droits de rétrocession que d'anciens propriétaires terriens s'étaient vus accorder au terme d'une action administrative achevée en 1983 et qu'ils avaient, par la suite, cédés à la société requérante. Celle-ci mettait en cause, devant la Commission, un jugement rendu, quelque temps après, dans le cadre d'une procédure entamée par le Gouvernement régional d'Andalousie à l'issue de laquelle elle avait été privée d'une partie de ses droits sur les terrains. Quant au gouvernement défendeur, il rappelait les termes dans lesquels il avait restreint le champ d'application temporel du Protocole n° 1 aux procédures d'expropriation entamées après sa date d'entrée en vigueur. Il excipait de l'incompétence de la Commission, jugeant que l'octroi des droits de rétrocession ne constituait qu'une étape du processus de dépossession des propriétaires terriens débuté bien avant la date critique. Cet argument n'allait pas être retenu. La Commission jugeait que les droits de rétrocession disposaient d'une existence autonome. L'atteinte aux titres originaires de propriété ne constituait, tout au plus, que le contexte dans lequel les droits de rétrocession avaient été attribués, et ne pouvait avoir eu pour effet de les mettre en jeu avant la date d'entrée en vigueur du Protocole n° 1. C'était donc, encore une fois, sur le fondement de la dissociation des situations juridiques, et sans même s'enquérir plus avant de la réalité

[1318] Req. n° 23131/93, décision de la Commission du 4 mars 1996, *D.R.*, vol. 85 (série A), pp. 65-83, spéc. p. 80.

[1319] Req. n° 25497/94, décision de la Commission du 2 mai 1996, *D.R.*, vol. 85 (série A), pp. 126-133, spéc. pp. 131-132.

[1320] Req. n° 33071/96, décision de la Cour européenne (G.C.) du 13 décembre 2000, En droit, B. Voir encore, dans le même sens *Buzatu c. Roumanie*, req. n° 28826/95, décision de la Commission européenne du 28 février 1996 ; *Smoleanu c. Roumanie*, req. n° 30324/96, arrêt de la Cour (G.C.) du 3 décembre 2002, §§ 47-49. Pour un droit à indemnisation prétendument violé après la date critique, voir par ailleurs *X., Y., et Z. c. R.F.A.*, req. n° 7694/76, décision de la Commission du 14 octobre 1977, *D.R.*, vol. 12, pp. 131-139, spéc. p. 136 ; *G. c. France*, req. n° 14351/88, décision de la Commission du 6 décembre 1993 (non publiée). Au titre d'une annulation, postérieure à l'entrée en vigueur du texte, d'un titre de propriété acquis par décision judiciaire sur une partie du bien qui avait été confisqué avant cette date : *Eva Piroska Szucs c. Roumanie*, req. n° 8816/95, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 février 1997. Les circonstances de cette affaire sont, du point de vue qui nous intéresse, finalement assez proches de celles de l'affaire *Blaga c. Roumanie* dans laquelle le Comité des droits de l'homme avait préféré trouver dans l'annulation d'une ordonnance de restitution, postérieure à la date critique, la confirmation des mesures antérieures d'expropriation, plutôt que l'apparence d'une violation nouvelle et indépendante : voir sur cette affaire, *supra*, n° 373.

[1321] *Trome S.A. c. Espagne*, req. n° 27781/95, décision de la Commission du 13 janvier 1997 non publiée.

des droits invoqués par la réclamante, que la Commission établissait sa compétence pour connaître de la demande.

385. Cette tendance à se satisfaire d'une prétendue atteinte à une situation nouvelle caractérise tout autant la pratique des juridictions arbitrales CIRDI. Pour n'en donner qu'une illustration récente, l'arbitre a distingué, dans l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, le refus d'indemniser une expropriation survenue à une époque où le traité bilatéral d'investissement n'était pas encore en vigueur, d'une décision prononcée après cette date et qualifiée par la partie demanderesse de « nouvelle dépossession ». Ne s'autorisant pas, selon ses propres mots, à « anticiper sur le traitement de la violation alléguée », il avait, en effet, suffi à l'arbitre de faire observer qu'il s'agissait bien d'une « question distincte, non d'un fait identique à l'expropriation ». S'il s'avérait, en tout état de cause, impossible d'exproprier deux fois de suite les mêmes biens[1322], la décision en litige « parai[ssait, selon l'arbitre, devoir] s'analyser davantage en une application discriminatoire d'une loi postérieure au traité et des droits que celle-ci a créés »[1323].

ii. Découverte de l'objet véritable du grief

386. La découverte de l'objet de la réclamation représente la seule véritable difficulté à laquelle se heurte l'établissement d'un fait nouveau. Elle tient à la nécessité de s'assurer que l'invocation des faits compris dans la sphère de compétence temporelle, n'est pas une façon détournée de porter à la connaissance du juge des événements antérieurs. La question va se

[1322] L'appréciation du tribunal dans cette affaire portait sur l'impossibilité de priver deux fois de suite une personne d'un même titre juridique. Il ne faut toutefois pas exclure l'hypothèse dans laquelle l'atteinte initiale aux biens n'a pas privé le réclamant de sa qualité de propriétaire, et ne ferait ainsi pas obstacle à ce que celui-ci agisse au titre des autres éventuelles atteintes aux mêmes biens subies après la date critique. Les juridictions CIRDI rendent compte de cette possibilité dans des affaires où elles ont jugé qu'une pluralité de différends serait en mesure de concerner les mêmes investissements à condition que ces différends portent sur des faits distincts : *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, No.ARB/01/8, 17 juillet 2003, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 494-522, spéc. p. 517, § 109, et *Empresas Lucchetti, S.A., et Lucchetti Perou, S.A. c. République du Pérou*, No.ARB/03/4, sentence arbitrale du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 236, §§ 49-50, et décision du Comité *ad hoc* du 5 septembre 2007, §§ 103-109. Le juge serait ainsi placé devant la nécessité de mesurer l'impact de la première atteinte au droit de propriété, pour s'assurer que le titre sur le fondement duquel il était exercé n'avait pas été détruit à cette même occasion. Une telle appréciation serait toutefois le plus souvent menée au titre de l'établissement d'une violation continue : voir *infra*, n° 422 et ss.

[1323] *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, § 622 *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 492 ; nous soulignons. Le tribunal reconduisait d'ailleurs un raisonnement identique pour le prétendu déni de justice étalé sur une période postérieure à l'entrée en vigueur de l'Accord de protection et qui ne devait pas faire jouer la disposition de l'accord de protection relative à l'expropriation mais uniquement celle garantissant un traitement juste et équitable. Voir également l'affaire *Mondev*, dans laquelle avaient été distinguées les dispositions de l'accord ALENA qui auraient pu s'appliquer *ratione materiae* à l'expropriation précédant l'entrée en vigueur, et les dispositions qui pouvaient l'être à l'égard du prétendu déni de justice commis après cette date : sentence arbitrale du 11 octobre 2002 précitée, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 208-210, §§ 66-75.

poser avec une acuité particulière lorsque la réclamation se fonde sur les carences de la procédure judiciaire engagée au titre de faits exclus *ratione temporis*. Il ne fait effectivement pas de doute que si les recours n'ont jamais pour effet de reporter la date des faits pour lesquels ils ont été engagés, rien ne ferait obstacle à ce qu'ils puissent constituer la source d'une nouvelle contrariété au droit international en considération de la manière par laquelle justice a été rendue[1324]. Le phénomène a été envisagé par la doctrine du point de vue de son effet sur les clauses d'option irrévocable introduites dans les traités bilatéraux d'investissement, qui obligent le demandeur à choisir entre les recours offerts en droit interne et la procédure internationale. Un tribunal international pourrait ainsi être placé devant la nécessité de déterminer si une demande identique à celle portée à sa connaissance avait déjà été introduite devant les juridictions internes. Mais comme l'a très justement fait observer le professeur Paulsson, l'allégation de déni de justice constituerait l'exemple type de celle qui permettrait de neutraliser l'effet d'une telle clause dans la mesure où une telle prétention n'aurait, de toute évidence, pu être soumise à l'appréciation du tribunal interne dont le comportement se trouve précisément mis en cause devant la juridiction internationale[1325].

387. Du point de vue de la compétence temporelle, l'invocation de la violation des droits procéduraux n'est toutefois pas toujours suffisante ; encore faudrait-il que la conduite du procès apparaisse comme le véritable objet de la plainte. A l'évidence, le fait que le justiciable ne trouve aucune garantie procédurale à sa disposition dans les règles qu'applique la juridiction internationale aurait raison de sa faculté à rapporter l'existence d'une nouvelle cause de réclamation. L'impossibilité d'établir la compétence temporelle du tribunal administratif de l'Organisation des Etats américains, en considération de la date des recours engagés contre les mesures litigieuses, en donne illustration. Dans l'affaire *Morrison*, le juge a eu l'occasion de préciser, au sujet de tels recours, qu'ils ne constituent pas une raison suffisante pour examiner la plainte concernant la suppression du poste que le fonctionnaire occupait au sein de l'Organisation. Faisant ainsi l'aveu de son incapacité à connaître de

[1324] L'hypothèse était envisagée par Ch. De Visscher dans son cours sur le déni de justice, au titre de l'aggravation des dommages subis par le ressortissant en territoire étranger : « le déni [de justice] ne marque pas ici le point de départ de la responsabilité : il a seulement pour effet de rendre définitive et d'aggraver, par un acte illicite nouveau, une responsabilité déjà née d'un fait antérieur, étranger celui-ci à l'organisation ou à l'exercice de la fonction juridictionnelle » : « Le déni de justice en droit international », *op. cit.*, p. 426.

[1325] J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, *op. cit.*, p. 130 : « *[t]reaties which require an election of remedies, with the result that a claimant chooses an irreversible direction at a fork in the road, do not preclude claims before an international tribunal with respect to acts or omissions which were not encompassed in the petition made to an initially elected national forum. The most obvious instance would be an allegation of denial of justice in that very forum* ». Voir déjà sur ce point les observations de C. Santulli restituées *supra*, note n° 1252. M. Paulsson a d'ailleurs eu l'occasion de retenir cette solution en tant qu'arbitre dans l'affaire *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, ICSID Case No.ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009, § 68.

simples mesures procédurales – qui impliquent, en définitive, le réexamen des actions antérieures à la date critique et relatives aux droits substantiels –, il n'avait pas estimé nécessaire de procéder à l'identification de l'objet véritable de la réclamation[1326].

388. L'invocation d'une disposition relative au traitement procédural suppose, par ailleurs, d'établir une distinction dans le cadre du système européen et universel de protection des droits de l'homme ; le « droit à un recours effectif » doit, en effet, être dissocié des garanties procédurales proprement dites en ce qu'il vise uniquement à donner les moyens aux individus d'obtenir réparation de précédents manquements aux obligations conventionnelles. Présupposant la vraisemblance d'une première ingérence au stade de l'examen de la compétence, l'invocation de la violation du droit à un recours effectif n'aura précisément pas l'effet escompté de constituer une cause autonome de réclamation[1327].

389. Pour le reste, toute la démarche du juge va consister à s'assurer que les prétendus manquements portent sur le déroulement de la procédure, plutôt que sur les faits pour lesquels cette procédure a été engagée[1328]. La réclamation devrait naturellement faire mention de l'irrégularité de la conduite des organes judiciaires. Dans l'affaire *Jan de Nul*, le tribunal arbitral CIRDI a ainsi jugé la condition remplie, au vu des reproches adressés à l'encontre du système judiciaire dans son ensemble[1329]. Rien de tel ne transparaissait, à l'inverse, dans la demande de la requérante dans l'affaire *Blečić*, les efforts d'argumentation ayant été, pour l'essentiel, affectés à la preuve du caractère déterminant de l'arrêt de la Cour constitutionnelle à l'égard de l'ingérence initiale[1330]. La question pourrait toutefois s'avérer plus complexe

---

[1326] *Jorge Almada Morrison c. Secrétaire général de l'O.E.A.*, jugement n° 1 du 31 octobre 1972, texte disponible sur le site de l'Organisation, http://www.oas.org/ (consulté le 10 mars 2011). Voir également *César Cisneros*, jugement n° 18 du 7 novembre 1975. La question avait également été évoquée dans l'affaire *Jorge A. Thevenet*, jugement n° 43 du 1er juin 1979.

[1327] Pour la jurisprudence relative à l'article 13 de la Convention, voir *Boyle and Rice c. Royaume-Uni*, req. n° 9659/82 et 9658/82, arrêt de la Cour du 27 avril 1988, Serie A no. 131, p. 23, §§ 52-55 ; *Assenov et autres c. Bulgarie*, req. n° 24760/94, arrêt de la Cour du 28 octobre 1998, § 117 ; *Kadikis c. Lettonie (n° 2)*, req. n° 62393/00, arrêt de la Cour du 4 mai 2006, § 59. Au titre de la compétence temporelle, voir *Moldovan et autres c. Roumanie*, req. n° 41138/98, 64320/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 13 mars 2001, En droit, § 5 ; *Meriakri c. Moldavie*, req. n° 53487/99, décision de la Cour sur la recevabilité du 16 janvier 2001, En droit, § 2. Voir toutefois, sur l'évolution de la jurisprudence européenne s'agissant des obligations positives procédurales découlant des articles 2 et 3 de la Convention, *infra*, n° 413.

[1328] *Mitap et Müftüoglu c. Turquie*, req. n° 15530/89 et 15531/89, décision de la Commission du 10 octobre 1991, *D.R.*, vol. 72, pp. 169-183, spéc. p. 176 ; *Hayrullahoglu c. Turquie*, req. n° 16425/90, décision de la Commission du 28 juin 1993 non publiée, En droit, I ; *Litovchenko c. Russie*, req. n° 69580/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 18 avril 2002. Pour le Comité des droits de l'homme, voir *K. L. c. Danemark*, Comm. No. 72/1980, décision sur la recevabilité du 31 juillet 1980 ; *Hart c. Australie*, Comm. No. 947/2000, décision sur la recevabilité du 25 octobre 2000, §§ 4.2-4.3.

[1329] *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte* précitée, ICSID Case No.ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006, spéc. §§ 119-121, au titre de l'établissement d'un différend nouveau survenu après l'entrée en vigueur du T.B.I.

[1330] *Blečić c. Croatie*, req. n° 59532/00, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006, §§ 55, 87-88. Voir également pour une solution identique,

qu'il n'y paraît tant les différents griefs ont tendance à se chevaucher. Dans l'affaire *Carranza c. Argentine*, l'action devant les juridictions argentines avait été portée par le réclamant en vue d'obtenir réparation du dommage, matériel et moral, qu'il avait subi du fait de la destitution de ses fonctions de magistrat. Sa demande fut successivement rejetée par les juridictions de fond et d'appel qui, s'abritant derrière la dimension politique de l'acte de destitution, ne s'estimaient pas qualifiées pour en connaître. Le requérant saisit la Cour suprême qui, pour les mêmes raisons, refusa d'adjuger sa réclamation. Entre temps, la Convention interaméricaine des droits de l'homme était entrée en vigueur à l'égard de l'Argentine et le requérant introduisit une action devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme en arguant du fait qu'il n'avait pu obtenir un jugement sur le fond de l'affaire. C'est alors uniquement après avoir établi qu'il ne cherchait pas à réintégrer son poste, que la Commission admit que l'objet de sa réclamation se rapportait aux prétendues violations des articles 8 et 25 de la Convention garantissant le droit à un procès équitable et à un tribunal, plutôt qu'aux événements qui avaient, à l'origine, motivé ses recours devant les juridictions argentines[1331]. Dans une affaire plus récente concernant un refus de promotion opposé avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, le Comité des droits de l'homme a pris le même soin à distinguer les recours engagés contre un tel refus et qui ne pouvaient, comme tels, constituer une raison suffisante pour en connaître, des recours introduits dans le seul but de contester l'impossibilité de faire examiner la décision litigieuse par une instance judiciaire[1332].

390. La question ne prend pas une tournure fondamentalement différente lorsque les droits des justiciables ont pu être mis en jeu dans des procédures successives, dont certaines précèdent la date de départ de la compétence du tribunal. Comme il a déjà été indiqué, il s'agit, pour identifier une source autonome de violation des règles du procès équitable, de s'assurer que la réclamation mette hors de cause les procédures exclues *ratione temporis*. Tel ne peut évidemment être le cas si le grief n'est pas directement dirigé contre la décision

---

l'appréciation portée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Azinian c. Mexique*, Case No.ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1998, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 269-295, spéc. p. 290, §§ 99-100, au titre du défaut de grief formulé contre les décisions des juridictions mexicaines.

[1331] *Carranza c. Argentine*, décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 30 septembre 1997, *I.L.R.*, vol. 123, pp. 139-156, spéc. p. 144-151, §§ 27 et ss., spéc. § 65. Voir également pour la Commission interaméricaine, *Consuelo* et al. *c. Argentine*, décision de la Commission du 2 octobre 1992 précitée, § 19 : « *[t]he articles [8 and 25.1] of the Convention that the petitioners invoke relate to events that occured after Argentina became a state Party to the Convention* ».

[1332] *Kolanowski c. Pologne*, Comm. No. 837/1998, décision du Comité des droits de l'homme sur la recevabilité du 6 août 2003, § 6.3.

postérieure[1333]. Mais tel n'est pas non plus le cas si la réclamation vise des événements exclus de la compétence par le truchement des procédures soumises à l'appréciation du juge. En particulier, la contestation de la régularité des jugements rendus avant la date critique n'apparaît pas comme un motif suffisant pour fonder la compétence temporelle. Dans l'affaire *Stamoulakatos c. Grèce*, la Cour européenne a ainsi désavoué la Commission qui avait jugé la requête recevable en relevant que le seul reproche formulé à l'encontre des décisions prises par les tribunaux après le dépôt de la déclaration grecque d'acceptation de la compétence, était de n'avoir pas permis au justiciable d'obtenir une nouvelle décision sur le bien-fondé des accusations pour lesquelles il avait été condamné, en son absence, avant la date critique. Dissocier ces recours des faits qui en sont à l'origine revenait, pour la Cour, à priver d'effet la limitation temporelle insérée dans la déclaration grecque[1334].

391. Au demeurant, et en définitive, la résolution du problème de la dispersion dans le temps des faits litigieux s'avère instructive en tant qu'elle permet d'identifier les différentes règles qui gouvernent la détermination de la compétence à raison de la date des faits générateurs du litige. A cet égard, la causalité établie entre le différend et les faits litigieux est apparue tout à la fois matérielle et efficiente, le fait pertinent, « principal » ou « nouveau », étant celui qui aurait par lui-même consommé la violation du droit international, et ainsi suffi à engendrer le litige. Ces règles vont également trouver à s'illustrer au titre des faits continus et de leurs effets sur la compétence juridictionnelle. Si la question posée par la dissémination des faits litigieux de part et d'autre de la date critique supposait d'établir le moment au cours duquel la violation a pris naissance, d'autres hypothèses vont nécessiter d'identifier sa durée. Le « fait » à l'origine du différend va effectivement, dans certaines hypothèses, s'envisager comme une *situation* qui, bien que constituée avant la période pour laquelle la compétence est

[1333] Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir Alfonso *Martín del Campo-Dodd c. Mexique*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004, Série C, n° 113, § 82 : « *[t]he Court does not have jurisdiction to revise this decision, unless a specific act of non compliance with the rules of the due process had been alleged concerning the processing of such remedy, which neither the Commission nor the representatives of the alleged victim did* » ; pour les organes de la Convention européenne des droits de l'homme, voir par ex. *X. c. Belgique*, req. n° 347/58, décision de la Commission du 29 août 1959, *Rec. Déc.*, vol. 1, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 407-412 ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 892/60, décision de la Commission du 13 avril 1961, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 17-28, spéc. pp. 22-25 ; *Grecu c. Roumanie*, req. n° 75101/01, arrêt de la Cour du 30 novembre 2006, § 60.

[1334] *Stamoulakatos c. Grèce*, req. n° 12806/87, décision de la Commission du 15 avril 1991, *D.R.*, vol. 69, pp. 144-150, spéc. p. 150, et arrêt de la Cour du 26 octobre 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 271, pp. 5-14, spéc. p. 14, § 33 ; sur cette affaire, voir T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions* : *The Case of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, *op. cit.*, p. 125. Voir également *Waclaw Borozynski c. Pologne*, req. n° 24086/94, décision du 2 décembre 1996, *D.R.*, vol. 87, pp. 53-57, et spéc. p. 57, dans laquelle la Commission relève que le requérant n'avait soulevé aucun grief relatif à l'équité de la procédure soumise à son appréciation, mais se plaignait uniquement du fait que la juridiction en cause n'avait pas corrigé les prétendues lacunes de la procédure précédente.

établie, se sera maintenue dans le temps et justifiera ainsi que la juridiction internationale se prononce sur sa conformité au droit international.

SECTION 2 / LES FAITS CONTINUS

392. Le cas des faits qui se prolongent dans le temps constitue l'autre difficulté à laquelle se heurte la détermination de la compétence juridictionnelle, à raison de la date des éléments générateurs de différends. Le problème de savoir si un fait est postérieur à la date pertinente est effectivement susceptible de se poser, lorsque la période pendant laquelle il a existé ne se réduit pas au seul moment de sa réalisation. Au côté des faits instantanés, s'en trouvent d'autres qui s'étalent dans le temps et pourraient, par conséquent, déclencher un conflit de règles entre celle sous l'empire de laquelle ils ont débuté, et les règles qui lui ont éventuellement succédé.

393. La question n'est pas méconnue du droit international[1335] ; elle trouve même, dans certains cas, des dispositions transitoires spécialement affectées à sa résolution[1336]. En

[1335] Dans ses travaux pour la Commission, le Rapporteur spécial Ago fait observer que H. Triepel a, le premier, introduit la question des faits continus dans la littérature juridique de droit international à la fin du XIXème siècle (*Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899 et la version traduite par R. Brunet, *Droit international et droit interne***,** Paris, Pedone, 1920, spéc. pp. 287-288) : septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 43, § 34 et II-2, p. 103. La question était, en vérité, déjà apparue dans la pratique. On retrouve trace d'une distinction entre infractions instantanées et continues dans plusieurs sentences de la Commission des réclamations Etats-Unis/Venezuela instituée par la Convention du 5 décembre 1885, au titre de la règle de la continuité de la nationalité (voir par ex. *Albino Abbiatti c. Venezuela*, n° 34, *in* J. B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2347-2348, spéc. p. 2348), ainsi que dans la jurisprudence de la Commission des réclamations Etats-Unis/Espagne instituée en vertu de la Convention de 1871 (voir l'opinion de l'arbitre pour les Etats-Unis dans la sentence *De Acosta y Foster*, n° 118, 14 décembre 1882, *in* J. B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2347-2348).

[1336] Le sort réservé aux processus continus engagés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle règle traduirait l'objectif de la mettre rapidement à l'œuvre ou, à l'inverse, de préserver les attentes légitimes suscitées par l'ancienne règle. A titre d'illustration, le régime transitoire associé à la mise en place du système O.M.C. établit une distinction entre les différentes mesures préexistantes, en prévoyant l'applicabilité des dispositions et du mécanisme de surveillance de l'Accord de Marrakech aux seules mesures dont l'évaluation ne nécessiterait pas la prise en considération de la procédure ayant abouti à leur adoption. Telle était la justification retenue par le Groupe spécial dans son Rapport *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (Philippines/Brésil) du 17 octobre 1996 (WT/DS22/R) pour considérer que le régime transitoire mis en place par l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, les divers instruments liés à l'extinction du GATT de 1947 et le Code sur les mesures compensatoires du Tokyo Round, excluaient du champ d'application des dispositions du GATT 1994, les demandes de réexamen des droits imposés conformément à une détermination faite avant leur entrée en vigueur (§ 268). Dans le cas contraire, c'est-à-dire quand ces droits ont été déterminés après cette date, le réexamen doit être effectué conformément au régime O.M.C., même si les droits résultaient d'une enquête ouverte au titre d'une demande présentée avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord. La solution est présentée comme réalisant un compromis entre le fait de ne pas priver les membres de toute instance à l'égard de mesures compensatoires imposées conformément à des enquêtes ouvertes au titre de demandes présentées avant la date critique, et le fait de ne pas inquiéter le Membre importateur avant qu'il n'ait eu la possibilité d'évaluer la conformité des mesures existantes au nouveau régime (§ 265). Le régime transitoire est cependant différencié suivant les domaines visés par l'Accord, certaines prescriptions de fond ayant immédiatement pris effet : voir par

règle générale, cependant, le juge ne pourrait se déterminer sur sa compétence temporelle sans faire, de nouveau, appel aux principes qui régissent l'application des règles de droit dans le temps[1337]. La résolution de Wiesbaden propose la solution suivante : « toute règle qui vise une situation de fait s'applique aux situations existant pendant que la règle est en vigueur, même si elles ont été établies antérieurement »[1338]. Evoquant le temps de perpétration de la violation, Ago proposait, pour sa part, une solution identique dans ses différents rapports remis à la Commission : parce que le fait illicite continu n'est pas réductible au moment où il s'est produit, mais « comprend forcément la période entière de son déroulement, du commencement jusqu'à la fin »[1339], il sera réputé se prolonger tant qu'il demeure non conforme à l'obligation internationale[1340]. Ces différentes présentations peuvent être indifféremment retenues pour présenter les solutions des juridictions internationales. Comme il a pu être indiqué précédemment, l'engagement juridictionnel n'attribue d'effets juridiques qu'aux événements qui relèvent de son domaine de validité temporel, et il en va également de même en ce qui concerne les situations continues. Ces situations seraient ainsi envisagées non comme une résurgence du passé, mais bien en tant que sujettes à l'application immédiate de

---

ex. *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (Etats-Unis/Brésil et Venezuela), rapport de l'organe d'appel du 22 avril 1996, WT/DS2/AB/R. Autre exemple de mesures transitoires spécialement prises pour des situations durables, les dispositions qui accompagnaient l'entrée en vigueur et l'expiration du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Dans l'affaire *Stork*, la Cour de Justice avait ainsi considéré que c'était à bon droit que la Haute Autorité avait examiné sur la base du droit communautaire la validité d'accords et de décisions d'ententes pris avant le jour où avait été institué le marché commun du charbon, mais dont l'application devait avoir lieu après cette date : *Friedrich Stork et Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 1/58, arrêt du 4 février 1959, *I.L.R.*, vol. 27, pp. 339-352, spéc. p. 347. Voir, pour un dernier exemple, la solution retenue par la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de passation de contrats de marchés publics dans l'affaire *pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. République d'Autriche*, aff. C-454/06, arrêt de la Cour du 19 juin 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-4401, § 28.

[1337] Pour une autre illustration tirée du système O.M.C., voir l'affaire dite des « Hormones » au titre de l'application temporelle de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires : *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés* (Communautés européennes/Etats-Unis et Canada), rapport de l'organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R & WT/DS48/AB/R, § 128, in *GATT/O.M.C., Recueil des contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 764-803, spéc. pp. 771-772.

[1338] *An. I.D.I.*, 1975, t. 56, p. 538.

[1339] Voir les commentaires sur l'article 25 § 1 dans le septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, pp. 34-49, spéc. p. 40 (nous soulignons) ; voir encore le projet d'article 25 § 1 in *An. C.D.I.* 1978, II-2, p. 91 et les commentaires aux pp. 97-101 (article 24) et 101-104 (article 25). Sur la distinction entre *moment* et *durée* des violations, voir également W. Karl, « The Time Factor in the Law of State Responsability », *op. cit.*, pp. 103-107 ; Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international » *op. cit.*, pp. 192-195.

[1340] L'article 14 de la version définitive du projet d'article sur la responsabilité dispose, à cet effet, que « la violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale » : voir J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 161 et les commentaires aux pp. 162-168. L'article opère ainsi la fusion des projets d'article 18 § 3 et d'article 25 § 1 (évoqué *supra*, note n° 1339), le premier disposant que « si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale a un caractère de continuité, il n'y a violation de cette obligation qu'en regard de cette période durant laquelle le fait se déroule pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat » (*An. C.D.I.* 1976, II-2, pp. 81-89, spéc. p. 81).

l'engagement juridictionnel[1341]. Une impression différente ressort pourtant de certaines affaires dans lesquelles l'examen de situations débutées avant la date critique a pu être présenté comme dérogatoire au principe de non-rétroactivité[1342]. Cette lecture erronée des règles gouvernant la compétence temporelle tire son explication du fait que la continuité est, en règle générale, caractérisée par une unité d'action : parce qu'un fait continu se prolonge dans le temps, identique à lui-même, la section exclue *ratione temporis* est, par définition, qualifiée par le même rapport de contrariété ou de conformité à la règle de droit que la section faisant l'objet du contrôle juridictionnel. Plutôt donc que de dire qu'une juridiction ne serait jamais susceptible de connaître des faits précédant le jour où débute sa compétence, à moins que lesdits faits n'aient persisté après cette date, il sera préférable de présenter les solutions en retenant qu'un fait peut, à raison de sa durée, justifier la compétence de l'organe nonobstant le moment où il a débuté, et sans pour autant déroger aux conditions dans lesquelles cette compétence a été attribuée[1343].

[1341] Le Rapporteur Waldock n'explique d'ailleurs rien d'autre lorsqu'il dit qu'« [o]n ne porte jamais atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur, même si elles se sont présentées pour la première fois à une date antérieure » : voir les commentaires sur le projet d'article 57 § 1 et § 2 portant sur l'application *ratione temporis* des dispositions conventionnelles dans les troisième et sixième rapports de Sir Humphrey Waldock sur le droit des traités, *An. C.D.I.* 1964, II, pp. 8 (§ 5), 187 (§ 4) et *An. C.D.I.* 1966, II, p. 68, § 3. Voir également la remarque du commissaire Yasseen in *An. C.D.I.*, 1964, vol. I, p. 43, § 7 : « [b]ien entendu, lorsqu'un nouveau traité entre en vigueur et qu'on veut l'appliquer à une situation continue, il s'agit en l'occurrence d'un effet immédiat et nullement d'un effet rétroactif. Le nouveau traité gouverne la situation juridique à partir du moment où celle-ci tombe sous le coup de la nouvelle règle ».

[1342] Voir ainsi la formule systématiquement employée par le Comité des droits de l'homme conformément à laquelle il « ne peut connaître des prétendues violations du Pacte survenues avant son entrée en vigueur *à moins que cette violation ne perdure après cette date ou qu'elle ait des effets qui, en tant que tels, constituent une violation postérieure à celle-ci* » (nous soulignons) : voir par ex. *Gueye* et al. *c. France*, Comm. No. 196/1985, constatations du 3 avril 1989, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 312-319, spéc. p. 316 ; *Simunek, Tuzilova et Prochazka c. République tchèque*, Comm. No. 516/1992, constatations du 19 juillet 1995, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 184-195, spéc. p. 189, § 4.5. La doctrine alimente également la confusion, présentant parfois l'examen des faits continus comme dérogatoire au principe de non-rétroactivité des règles : voir notamment A. Chua et R. Hardcastle, « Retroactive Application of Treaties Revisted : *Bosnia-Herzgovina v. Yugoslavia* », *op. cit.*, pp. 414-415 ; au titre de l'application *ratione temporis* des règles de compétence, voir A. Buyse, « A Lifeline in Time – Non Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *Nord. Jl. I.L.*, 2006, pp. 63-88 et spéc. p. 85 ; N. Vajić, « Before… and After : *Ratione Temporis* Jurisdiction of the (New) European Court of Human Rights and the *Blečić* Case », *op. cit.*, p. 491.

[1343] Voir, en ce sens, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255, spéc. p. 235 : « le requérant ne peut valablement pour la période [antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention] se prétendre victime d'une violation des droits, quand bien même la situation dont il se plaint revêtirait un caractère continu » ; *Agrotexim Hellas S.A. c. Grèce*, req. n° 14807/89, décision de la Commission du 12 février 1992, *D.R.*, vol. 72, pp. 148-168, spéc. p. 150 : « [l]a Commission est compétente pour examiner des griefs ayant trait à des événements antérieurs à la prise d'effet d'une déclaration d'acceptation du droit de recours individuel, dans la mesure où ceux-ci créent une situation continue qui perdure après la date en question. Toutefois, les mesures prises avant cette date échappent comme telles à la compétence *ratione temporis* de la Commission » ; *SGS c. République des Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, décision déjà citée du 29 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567, spéc. p. 564, §§ 166-167 ; *Société Générale c. République dominicaine*, décision déjà citée du 19 septembre 2008, §§ 87-88. Ce n'est pas dire, une nouvelle fois, que le juge ne serait pas en mesure de tenir compte de la période antérieure à la date critique pour apprécier la conduite postérieure de l'Etat. Tel est

La principale difficulté va, en vérité, consister à dégager des critères d'identification des situations continues. L'appréciation de la durée des faits soumis à l'examen du juge s'organise essentiellement autour de deux moments : celui d'abord, au cours duquel la conduite litigieuse est survenue et qui sera véritablement décisif pour établir si son existence ne s'est justement pas réduite à cette apparition ; celui, ensuite, à compter duquel s'est ouverte la période envisagée par la règle attributive de compétence et où ladite conduite n'aura toujours pas dû cesser. C'est au terme de la première étape de l'analyse que seront écartés les faits instantanés et, parmi eux, ceux qui ne revêtent que l'apparence de la continuité. Le juge international a repris, à cet effet, le vocabulaire des pénalistes pour discerner les faits continus proprement dits des « faits instantanés à effets continus »[1344] qui n'intégreraient pas son domaine de compétence. Dans l'esprit des auteurs qui l'ont élaborée en droit interne, la distinction permet d'écarter les infractions dont la persistance tient moins à la durée de l'activité délictuelle qu'à celle de ses effets dommageables[1345]. Mais si l'on exclut le cas particulier du juge pénal international, l'usage que font les juridictions internationales d'une telle distinction semble se limiter à la façon de dénommer les différents faits, continus et instantanés à effets continus. Tel est le principal enseignement qui ressort de l'étude du

---

d'ailleurs ce qu'affirmait le Rapporteur spécial Waldock dans son sixième rapport sur le droit des traités : « '[o]n ne porte pas atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur, même si elles se sont présentées pour la première fois à une date antérieure'. Dans ces cas le traité ne s'applique pas, à proprement parler, à un fait, un acte ou une situation qui se produisent en partie pendant et en partie après qu'il entre en vigueur ; il ne s'applique qu'au fait, à l'acte ou à la situation qui sont survenus ou se sont présentés après l'entrée en vigueur du traité. *Il peut s'ensuivre que des faits, des actes ou des situations antérieurs soient pris en considération aux fins de l'application du traité, mais uniquement en raison de leur relation de cause avec des faits, actes ou situations ultérieurs déterminés qui sont les seuls auxquels le traité s'applique en droit* » : *An. C.D.I.* 1966, II, p. 68, § 3 (nous soulignons). La prise en compte de la situation antérieure sera particulièrement décisive en matière de durée de détention ou de jugement : voir sur ce point *infra*, note n° 1406.

[1344] Voir les affaires *De Becker c. Belgique* déjà cité, req. n° 214/56, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255, spéc. p. 243, et *X. c. Royaume-Uni*, req. n° 7379/76, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 10 décembre 1976, *D.R.*, vol. 8, pp. 211-215, spéc. p. 214, § 6. Voir encore les affaires *Loizidou c. Turquie* (req. n° 15318/89, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (G.C.) du 23 mars 1995 sur les exceptions préliminaires, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 310, pp. 7-34, spéc. pp. 32-33, § 99) et *Todorescu c. Roumanie* (req. n° 40670/98, arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, § 30), dans lesquelles il a été fait usage de ce vocabulaire. Le « fait instantané à effet continu » ou à « effet durable » a toujours été répertorié par les juridictions internationales dans la classe des faits instantanés, à l'inverse de ce qui avait pu être défendu par certaines parties requérantes : voir par ex. *X. c. Danemark*, req. n° 323/57, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 19 décembre 1957, *Ann.*, vol. 1, pp. 241-248, spéc. p. 242.

[1345] On retrouve même trace de cette distinction dans certaines sentences arbitrales issues du contentieux du droit des investissements : voir par ex. *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence arbitrale du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 206, § 58 : « *there is a distinction between an act of a continuing character and an act, already completed, which continues to cause loss or damage* » ; voir également, en ce sens, *Ioanis Kardassopolous c. Géorgie*, ICSID Case No.ARB/05/18, décision sur les exceptions préliminaires du 6 juillet 2007, § 86.

contentieux des droits de l'homme[1346], c'est-à-dire là où la distinction a le plus fréquemment servi (§ 1). Démontrer que la façon de discerner les faits continus est propre à chaque système ne revient pas à conclure que la question se présente, dans les mêmes termes, à toutes les juridictions internationales. Le traitement par la Cour de La Haye des faits, situations et violations continues en sera pris pour témoin (§ 2).

§ 1 - VIOLATIONS CONTINUES DES DROITS DE L'HOMME : LA CONTINUITE PAR LES EFFETS

394. La pratique des juridictions internationales des droits de l'homme est celle qui a principalement alimenté la littérature juridique et donné lieu aux échanges les plus vifs sur la question des faits continus. Les oppositions se sont, pour l'essentiel, cristallisées sur le degré de parenté des violations continues des droits de l'homme avec les « délits continus » du droit pénal étatique. Les faits continus tirent effectivement leur origine du droit interne. Ces infractions sont caractérisées par la réitération de la volonté coupable de leur auteur et se démarquent, en cela, d'un autre type d'infractions dites « permanentes » ou « instantanées à effets continus » qui ne se prolongent, pour leur part, que « par la seule force des choses »[1347]. Les délits continus ont pu, un temps, être décrits comme reflétant une situation ou plutôt un « état » – « état d'action ou d'inaction », « état persistant de criminalité »[1348]. Cette définition ne rendait, toutefois, pas suffisamment compte du renouvellement permanent de l'activité et de l'intention pour s'imposer comme modèle de référence. Il est effectivement admis que « la continuité ne concerne pas les effets de l'infraction (…) mais l'activité de l'agent. Cette continuité doit être voulue »[1349]. Une violation ininterrompue de la loi pénale ne serait ainsi

[1346] Les quelques sentences arbitrales où il a pu en être question dans le domaine des investissements seront intégrées à l'analyse des solutions rendues par les juridictions des droits de l'homme concernant les atteintes au droit de propriété : voir *infra*, n° 424.
[1347] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1978, 3ème éd., t. 1, p. 563. Voir également E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.*, 1991, pp. 882-910, spéc. pp. 885, 898.
[1348] Voir A. Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Paris, L.G.D.J., 1967, pp. 231-232. Voir également P. Roubier pour qui le délit continu suppose un « état de fait prolongé contraire à la loi pénale ». A ceux qui prétendent que le délit se consomme avec le premier acte, et que « le temps postérieurement écoulé s'unifie et s'absorbe dans ce premier moment », le doyen objecte que « le délit est constitué par un état, et non un acte (…) [, un] état de fait continu qui se renouvelle sans cesse, et (…) reste identique à tous les moments de sa durée » (*Le droit transitoire*, *op. cit.*, p. 470).
[1349] A. Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, *op. cit.*, p. 237.

qualifiée de telle sans que le juge y trouve la manifestation d'une intention délictuelle constante[1350].

395. La manière par laquelle sont réceptionnés les faits continus dans la pratique internationale fait encore aujourd'hui débat. Certains auteurs prennent acte du fait que la distinction établie, en droit interne, avec les « infractions permanentes » n'a pas été reconduite à l'identique dans les domaines autres que le droit pénal international[1351] et particulièrement dans le cadre du contentieux des droits de l'homme[1352]. La meilleure preuve en est que le juge international ne s'est pas toujours reconnu compétent là où le verdict de ses homologues pénalistes l'aurait immanquablement invité à le faire au titre des mêmes faits ; à l'inverse, le juge international a pu admettre l'existence de « situations » contraires à celles que les règles désignent sans tenir compte de l'intention qui en commandait le maintien. Aussi ces auteurs proposent-ils de qualifier la durée des faits en fonction de leurs effets sur les situations

---

[1350] Ce sera par exemple le cas pour l'abandon de famille, le recel, ou la séquestration. Ne se verraient, en revanche, accrédités du label « faits continus » les agissements dont la permanence ne pourrait être attribuée à rien d'autre qu'à la durée des « effets » qu'ils déploient sur la situation des victimes. Les exemples du vol et de la construction édifiée sans permis de bâtir sont ceux dont les ouvrages font, le plus souvent, état pour illustrer ce cas de figure. Etant entendu que ces infractions se consomment une fois pour toutes, à l'instant de la soustraction ou de l'achèvement des travaux, le caractère durable de leurs répercussions ne saurait influencer le *tempus commissi delicti*.

[1351] Les juridictions pénales internationales ont effectivement adopté la même approche. La nécessité d'établir la *mens rea* avait même conduit le Tribunal pénal international pour le Rwanda à prendre en considération certains des faits qui dépassaient le cadre *ratione temporis* de sa compétence : voir *supra*, n° 333. Seule finalement la possibilité d'invoquer l'existence d'un crime continu devant la Cour pénale internationale recèle encore sa part de mystère. Cette question se pose effectivement en raison des conditions retenues dans le Statut au titre du principe de non-rétroactivité *ratione personae* de l'article 22 § 1 d'une part, et de la compétence temporelle de la Cour d'autre part. La non-rétroactivité *ratione personae* ferait obstacle à ce qu'une personne soit déclarée responsable pour *un comportement antérieur* à l'entrée en vigueur du Statut ; quant à la compétence temporelle, elle est pour sa part associée à l'époque de « commis[sion] » des crimes. Le professeur Sadat considère, à ce propos, qu'un crime, même *commis* continuellement – comme pourrait l'être la disparition forcée de personnes envisagée à l'article 7 § 2 (i) du Statut –, mais débuté avant 2002 échapperait à la compétence de la Cour puisque mettant précisément en cause une conduite que l'article 22 § 1 met hors d'atteinte (L. N. Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law. Justice for the New Millenium*, *op. cit.*, pp. 185-186). Sa position se trouve d'ailleurs confortée, s'agissant du crime de disparition forcée, par la définition légale qui a été retenue par la Commission préparatoire et qui fait entrer dans la compétence de la Cour les seuls cas de disparition qui prennent part à une attaque généralisée ou systématique intervenue après la date critique : voir les « éléments de crime », art. 7 § 1 (i), p. 12, note n° 24 (disponible sur le site de la Cour, http.icc-cpi.int, et consulté le 10 mars 2011). On peut, quoi qu'il en soit, faire observer que la disparition n'est pas le seul crime parmi ceux qu'énumère le Statut qui serait capable de durer. On citera notamment le cas de la « soumission intentionnelle du groupe [national, ethnique, racial, religieux] à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle » (art. 6 (c)), ou encore ceux de la « réduction en esclavage », de l'« emprisonnement ou autres formes de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international » (art. 7 (c) et (e)). Voir sur ce point A. Nissel, « Continuing Crimes in the Rome Statute », *Michigan Jl. I.L.*, 2003-2004, pp. 653-689, spec. pp. 670-671, ainsi que G. Witschel, W. Rückert, « Article 7 (1) (i) – Crime Against Humanity or Enforced Disappearance of Persons » *in* R. S. Lee (éd.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 98-108, *passim*.

[1352] La question de la durée des faits litigieux concerne en premier lieu la compétence temporelle, mais intéresse également la forme ou le montant de la réparation à accorder à la victime, ou encore le point de départ des délais de recours : voir notamment, sur cette dernière question, A. A. Cançado Trindade, « The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law », *op. cit.*, pp 235, 249-253.

individuelles. D'autres considèrent, en revanche, qu'on ne saurait trop s'éloigner des critères du droit pénal pour appliquer la distinction des faits continus et instantanés à effets continus. Il convient de reprendre successivement chacune des thèses avant d'indiquer celle que valide la pratique des juridictions internationales des droits de l'homme.

– la durée des effets

396. A en croire certains auteurs, la « continuité » ne serait rien d'autre que la prolongation d'une situation « antijuridique » ou, pour reprendre les mots du professeur Weckel, « d'une attitude maintenue dans le temps malgré l'obligation de cesser ce comportement »[1353]. Voici plus précisément les explications que donne le juge Sørensen pour la pratique de la Commission européenne des droits de l'homme :

> « la distinction [entre faits continus et faits instantanés à effets continus] est fonction des allégations du requérant par rapport à la disposition de la Convention invoquée. Si la disposition garantit la jouissance d'une certaine situation, et si le requérant allègue qu'il a été privé de ce bénéfice pendant une période qui se prolonge après l'entrée en vigueur de la Convention, la Commission est compétente *ratione temporis* pour examiner la requête. Si, d'autre part, le requérant allègue qu'il se trouve, après l'entrée en vigueur de la Convention, dans une situation défavorable, mais contre laquelle la Convention ne le protège pas, en vertu d'une décision prise avant l'entrée en vigueur, cette décision est un 'acte instantané à effets durables', et la question de savoir s'il a été pris conformément à la Convention ou non ne se pose pas, ou – en d'autres termes – échappe à la compétence de la Commission *ratione temporis* »[1354].

On préférera dire, en pareil cas, qu'elle lui échappe *ratione materiae*, ou plus exactement qu'elle ne se pose pas à proprement parler *ratione temporis*, puisque la démonstration revient, ni plus ni moins, à faire admettre que la distinction sera, avant tout, affaire d'applicabilité *ratione materiae* de la Convention à l'égard des effets d'un acte qui, en tout état de cause, lui échappe *ratione temporis*. Le fait instantané à effets durables qualifierait ainsi celui dont les répercussions ne portent pas atteinte aux situations que la Convention protège[1355]. Cette manière d'opposer faits instantanés et continus par référence à leurs effets,

[1353] Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *op. cit.*, p. 184.
[1354] M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 315 (nous soulignons).
[1355] Voir pour l'application d'une telle solution par le Tribunal administratif de la Banque interaméricaine pour le développement, l'affaire *Andrew James Burrey* (jugement n° 4 du tribunal du 18 avril 1985) dans laquelle il a été jugé que l'existence d'« une injustice d'une certaine gravité générant des *conséquences* sur une période de temps étendue est susceptible de conférer compétence (…) pour offrir un droit de recours » alors même que la « cause de la réclamation » précéderait la date d'établissement du tribunal.

accrédite finalement la thèse de ceux qui, les premiers, avaient contesté l'utilité d'une telle distinction[1356]. Cette présentation n'en demeure pas moins erronée pour ceux qui considèrent que la continuité est exclusivement fonction de la durée du fait à l'origine de la violation[1357].

– la durée des faits

397. L'explication de la distinction des faits continus et instantanés à effets continus a pu également être recherchée sur le terrain de la durée du comportement litigieux. D'aucuns estiment que la prise en considération des « effets » aurait pour conséquence d'identifier des faits continus dans tous les cas d'espèce[1358]. A cet égard, il y aurait lieu de ne pas envisager la question sous l'angle de la situation à laquelle se trouve confronté le réclamant, mais plutôt de faire utilisation des critères initialement dégagés en droit pénal[1359]. Pour le juge Loucaides, le concept de violation continue des droits de l'homme renvoie à celui de « délit continu » qui postule un état criminel constant. Tenant compte du fait que toute infraction dérive d'un acte lui-même instantané, le juge conclut à la nécessité de la persistance de la violation comme

[1356] Voir les commentaires de F. Monconduit (*La Commission européenne des droits de l'homme*, Leyde, Sijthoff, 1965, pp. 211-212) et surtout ceux de N. Antonopoulos (*La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, Sijthoff, 1967, pp. 34-36, surtout p. 36) pour qui la distinction n'est « ni fondée, ni claire » puisque les effets durables constituent, selon l'auteur, une violation continue de la Convention : « peu importe le moment où ces actes se sont produits. Ce qui est important est si ces actes créent une situation qui, après l'entrée en vigueur de la Convention, constitue une violation de cette dernière ». L'auteur est d'ailleurs d'avis qu'un acte instantané ayant appliqué une loi toujours en vigueur après ladite date « constitue une situation continue et, par conséquent, une violation continue de la Convention ». Il conteste, sur ce fondement, la décision *X. c. Belgique* (req. n° 347/58, décision du 29 août 1959, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 407-412) dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme avait déclaré la réclamation irrecevable *ratione temporis* dans la mesure où la perte des biens du requérant remontait à une époque antérieure à la Convention, plus précisément à la date d'entrée en vigueur de la loi décrétant la liquidation des biens placés sous séquestre (voir sur cette affaire *infra*, n° 402). *A contrario*, c'est précisément parce que l'examen de la position de la victime revient à la conclusion quasi systématique de l'existence d'effets continus que M. Wyler propose de s'en détourner : « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 898-904, spéc. p. 899. L'auteur avait, par ailleurs, déjà eu l'occasion de considérer que l'emploi du terme de l'expression « situation continue » pêchait par imprécision dans la mesure où elle semblait « faire allusion tant au fait lui-même qu'à ses conséquences dommageables » (*La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op. cit.*, p. 59, note n° 14).

[1357] L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 803-815, spéc. p. 807. La formule proposée par M. Sørensen élude, selon l'auteur, la difficulté majeure que pose la recherche d'une définition de la violation continue : « *[t]he Convention safeguards rights not situations. Breach of rights may of course amount to situations and in that sense a situation may be taken into account in deciding whether it is a case of continuing violations or not. But it should be borne in mind that every lasting situation normally commences with an instantaneous act. The question is what is the test, in such situations, for determining whether there is a prolongation of the original act giving rise to a continuing violation. Sørensen does not give us the answer to that* ».

[1358] Voir notamment en ce sens, E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 899.

[1359] *Ibid.*, pp. 899-904. Si l'auteur ne s'estime finalement pas convaincu par une transposition des critères de définition du droit interne, sa conception reste toutefois attachée à la durée du comportement mis en cause (*La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op. cit.*, pp. 57-58, 59 et ss.).

produit de l'opération continue dudit acte (*première branche*), ou comme produit d'une conduite subséquente propre à en maintenir les effets (*seconde branche*)[1360]. C'est dans cet esprit que l'auteur cite le *dictum* du Comité des droits de l'homme au terme duquel « une violation persistante s'entend de la prolongation, *par des actes ou de manière implicite*, de violations commises antérieurement par l'Etat partie »[1361].

A supposer l'analyse bien fondée, les faits ne seraient donc continus que parce qu'ils se font le témoin d'une intention sans cesse renouvelée : celle de ne pas y mettre fin. Cette grille de lecture qu'il s'agirait, pour M. Loucaides, de plaquer sur la pratique des organes de la Convention, appelle quatre remarques liminaires :

– la continuité n'est, semble-t-il, pas envisagée comme une qualité consubstantielle de l'activité litigieuse, puisqu'au terme de la seconde branche de l'alternative, la preuve d'une conduite postérieure, même détachée de l'acte ayant déclenché le processus, suffirait à fonder la compétence de l'organe. La définition proposée par l'auteur englobe ainsi les hypothèses dans lesquelles les faits sont disséminés de part et d'autre de la date critique et au sujet desquels il a déjà été dit que seule leur répercussion sur les situations juridiques individuelles importerait aux fins de déterminer la compétence temporelle des juridictions internationales[1362].

[1360] L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *op. cit.*, pp. 809, 813 : « *for a violation to be considered as continuing, in all those cases where the alleged interference with a specific right originates from an instantaneous act, it is necessary that such interference subsists as a result of a continuing operation of the initial act or the maintenance of its effects through relevant involvement or conduct of the State* ». Dans sa reformulation à la page suivante, l'auteur précise toutefois que l'ingérence se perpétue, dans un cas comme dans l'autre, par le truchement de ses effets : « *there is a 'continuing' violation if the complaint is directed against a constant interference (...)* whose effects still subsists *as a result of the prolongation of the operation of the act or its effects through an involvement or conduct of the State* » (*ibid.*, p. 814 ; nous soulignons).

[1361] *Ibid.*, p. 814 (nous soulignons). L'auteur cite, ici, les constatations du Comité rendues le 19 juillet 1995 dans l'affaire *Simunek, Tuzilova et Prochazka c. République tchèque* déjà citée (Comm. No. 516/1992, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 184-195). Voir également *Somers c. Hongrie* (Comm. No. 566/1993, constatations du 23 juillet 1996, *I.L.R.*, vol. 115, pp. 263-276, spéc. pp. 268-269, § 6.3 : « *[a] continuing violation must be interpreted as an affirmation, by act or clear implication, of the previous violations of the State party* »). La formule servirait même encore davantage l'argumentaire du juge Loucaides, quand on sait que le Comité l'a substituée à celle qu'il avait jusque là coutume d'appliquer et conformément à laquelle il ne s'estimait pas compétent pour connaître des infractions antérieures à l'entrée en vigueur du Protocole « à moins qu'elles ne perdurent après cette date ou qu'elles aient des effets qui, en tant que tels, constituent une violation postérieure à celle-ci » : voir par ex. *Carballal c. Uruguay*, Comm. No.8/33, constatations du 27 mars 1981, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 240-246, spéc. p. 245 ; *Lovelace c. Canada*, Comm. No. 24/1977, constatations du 30 juillet 1981, *I.L.R.*, vol. 68, pp. 17-28, spéc. p. 25 ; *Gueye* et al. *c. France*, Comm. No. 196/1985, constatations du 3 avril 1989, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 312-319, spéc. p. 316.

[1362] Voir la section précédente, *supra*, spéc. n° 346 et ss.

– le critère d'identification proposé au titre de la première branche de l'alternative ne semble guère plus convaincant puisque, comme on sera conduit à le vérifier, la manifestation d'une « intention » délictuelle postérieure à la date critique ne suffira pas à établir la compétence temporelle de la juridiction. Le sort des réclamations portées au titre des conséquences juridiques individuelles d'une législation nationale toujours en vigueur en sera pris pour témoin. Si tant est qu'il soit vérifié, le critère proposé par le juge Loucaides ne serait, d'ores et déjà, qu'un des éléments dont il s'agit de tenir compte.

– il sera, par ailleurs, toujours possible de rapporter la preuve d'une intention coupable, y compris lorsque la seule phase d'activité précède la date décisive mais se prolonge par une phase passive au cours de laquelle l'Etat ne prend pas le soin de rétablir la situation initiale. La question avait été débattue en droit interne. Les tenants de la théorie dite de la « double phase » soutenaient, en ce sens, qu'on ne pouvait réduire la période de consommation d'une violation au seul moment de sa commission. Pour ses détracteurs, en revanche, une telle approche revenait à réécrire la règle de droit en cause puisqu'à l'obligation de ne pas faire, succédait une obligation de devoir agir[1363]. Il suffira, pour notre propos, de prendre considération du fait que les juridictions internationales font effectivement application de cette théorie de la double phase, et qu'elles seront, d'une manière ou d'une autre, toujours amenées à sanctionner une conduite postérieure à la date critique.

– la véritable question qu'il s'agirait de résoudre est plutôt de savoir comment discerner l'inactivité coupable, des suites irrémédiables d'un acte appartenant définitivement au passé. Or, rien ne permet justement de dire que le juge international subordonne sa compétence à davantage que la simple négligence de remédier à la situation litigieuse, et rares sont les hypothèses où la preuve d'une intention malveillante influence son verdict[1364]. Dans cette mesure, les faits continus ne forment pas une catégorie particulière d'infractions qui

[1363] Voir A. Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, *op. cit.*, pp. 238-242. Voir également, sur ce point, les thèses françaises et néo-zélandaises dans l'affaire *Rainbow Warrior* (France/Nouvelle-Zélande), sentence arbitrale du 30 avril 1990, *R.S.A.*, vol. XX, pp. 215-284, spéc. pp. 264-266, que commente E. Wyler *in* « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 902-903.

[1364] Voir par ex. l'affaire *Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce* dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme (req. n° 14807/89, décision du 12 février 1992, *D.R.*, vol. 72, pp. 148-168, spéc. p. 163), et dans une moindre mesure la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt du 24 octobre 1995, spéc. § 58), ont pu tirer enseignement des déclarations d'intention des autorités grecques (postérieures à la date critique), la Commission y voyant une preuve supplémentaire de l'actualité de l'ingérence dénoncée par les requérantes. Voir également *Satka et autres c. Grèce*, req. n° 55828/00, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 mars 2003, § 47.

nécessiteraient d'établir l'intention maligne de ceux à qui on les impute[1365]. La formule proposée par M. Loucaides ne facilite donc en rien la tâche puisqu'elle reporte la difficulté sans offrir les moyens de la résoudre.

– le choix des juridictions internationales des droits de l'homme

398. La pratique internationale des droits de l'homme se prononce clairement en faveur du critère des « situations continues ». Si le juge s'attache effectivement à recenser une occurrence postérieure du comportement défaillant, c'est uniquement pour s'assurer de la persistance d'« effets » supposés contraires à ce que dicte la règle de droit. Sans doute la preuve d'une « activité » postérieure à la date critique s'est-elle vue accorder une certaine importance, selon la juridiction et l'époque, mais ce n'est qu'au travers de ses répercussions sur la situation de ceux qui s'en réclament victimes que la recherche *ratione temporis* du fait générateur ne fait véritablement sens. La jurisprudence internationale des droits de l'homme établit ainsi le caractère continu des violations par référence à la condition de la continuité de la situation (A). Cependant, une lecture critique de cette même jurisprudence permet de faire observer que c'est, en vérité, par le caractère prolongé de l'entrave à l'exercice du droit que la qualification de violation continue peut être retenue (B).

A. Exposé : des « situations continues »

399. Rendre compte de ce à quoi est associée la « continuité » dans le contentieux des droits de l'homme suppose de confronter les solutions que chaque juridiction retient au titre des mêmes situations. Cette façon de procéder a toutefois pour inconvénient de ne pas suffisamment faire état des différentes évolutions qui ont marqué, jusqu'à une période très récente, la jurisprudence relative aux violations continues des droits. A cet égard, il s'agira plutôt de se pencher sur la pratique, un temps insaisissable, des organes de la Convention

[1365] Voir au sujet des conditions d'imputation du fait internationalement illicite, et sur le principe d'une responsabilité dite « objective », J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 97-103. L'auteur explique que la terminologie « fait internationalement illicite » a été préférée dans le projet de la C.D.I. à celle d'« acte internationalement illicite » parce que cette dernière semblait « impliquer que les conséquences juridiques so[ient] voulues par l'auteur de l'acte » (*ibid.*, p. 97). L'auteur souligne, par ailleurs, que l'imputation du fait pourrait, dans certains cas, supposer qu'on établisse l'intention des organes de l'Etat ou la simple connaissance qu'elles en ont, mais que tout dépendrait « des circonstances et surtout du contenu de l'obligation primaire » (*ibid.*, p. 99). Il donne pour exemple, la définition du crime de génocide qui suppose « l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel…» (Art. II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide), et conclut en affirmant qu'en l'absence d'une telle exigence, « seul importe le fait de l'Etat, indépendamment de toute intention » (*ibid.*, p. 102).

européenne (1) avant d'envisager les solutions retenues par les organes onusiens et américains de protection des droits de l'homme (2).

1. Les situations continues dans la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme

400. Actes continus ou postérieurs et effets persistants sont présentés, dans les premières années d'activité des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, selon un modèle alternatif. Dans son discours prononcé à Bruxelles en l'honneur du cinquième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention, le président Waldock évoque déjà la possibilité pour une situation « d'échapper à l'application de la règle *ratione temporis par la répétition ou la permanence de ses conséquences* »[1366]. Force est pourtant de constater qu'il faudra un certain temps avant que les organes ne dissocient effectivement répétition ou continuité de l'acte, de la situation proprement dite, c'est-à-dire de ses conséquences. Encore était-il, d'ailleurs, rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Posti et Rahko c. Finlande* de 2002 que « la situation continue désigne un état de choses résultant d'*actions continues* accomplies par l'Etat ou en son nom, dont les requérants sont victimes »[1367]. Cette formule reflète finalement davantage la première génération de violations continues identifiées par la Commission européenne (a) que les critères actuellement mis en œuvre en vue de faire le départ entre faits continus et faits instantanés à effets continus (b).

a. Première génération. *Des faits continus à « effets instantanés » ?*

401. *Toutes les situations continues dérivent d'un fait continu mais tous les faits continus ne créent pas de situations continues*. Telle pourrait être la formule qui caractérise les premiers développements de la Commission européenne. L'affaire De Becker en constitue la part la plus essentielle[1368]. Elle soulevait la compatibilité avec l'article 10 de la Convention d'une série de déchéances prévues par l'article 123 sexies du Code pénal belge, dont le requérant avait été frappé à perpétuité pour cause d'incivisme. Devant la Commission, le requérant ne contestait pas la validité de l'arrêt de condamnation qui avait déclenché, avant

[1366] Extrait reproduit *in* F. Monconduit, *La Commission européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 206 (nous soulignons).
[1367] Req. n° 27824/95, arrêt de la Cour du 24 septembre 2002, § 39, la Cour reprenant la formule de la Commission dans l'affaire *Mc Daid et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 25681/94, décision de la Commission du 9 avril 1996, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 134-140, spéc. p. 140.
[1368] *De Becker c.* Belgique, req. n° 214/56, décision de la Commission du 9 juin 1958, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255.

l'entrée en vigueur de la Convention, l'application de la disposition légale, mais uniquement la régularité desdites déchéances qui l'empêchaient d'exercer sa profession de journaliste et qui créaient, selon lui, un « état dans lequel la liberté d'expression est violée d'une manière constante et perpétuelle »[1369]. Pour le gouvernement défendeur, en revanche, la prescription légale n'était simplement pas dissociable de l'application qui en avait été faite par les juridictions internes et se trouvait, du même coup, hors d'atteinte. La Commission devait toutefois rejeter ce dernier argument et poser la question de savoir si des faits, « quoique antérieurs par leur origine » à la date critique, étaient « susceptibles de constituer une violation continue de la Convention se prolongeant après cette date ». Elle y répondait par l'affirmative, estimant que le réclamant « se vo[yait] continuellement privé de droits énumérés à l'article 123 et cour[ai]t, en cas d'infraction aux prescriptions dudit article, le risque d'une nouvelle condamnation »[1370].

La Commission ajoutait même, au titre des délais de recours, que la plainte n'était pas dirigée contre un acte instantané, ni même contre ses effets permanents, mais contre « une disposition légale génératrice d'une situation (…) qui se prolonge en ce moment et, en l'état actuel de la législation belge, durera en principe aussi longtemps que vivra le requérant sans qu'aucun recours ne s'offre à celui-ci ». Dans cette hypothèse, « tout se passe comme si la violation alléguée se répétait chaque jour, empêchant le délai de courir »[1371]. Cette dernière remarque manifeste une certaine filiation à l'égard de la conception pénaliste des délits continus[1372]. Elle va d'ailleurs considérablement influencer la réflexion doctrinale de droit international. On retrouve effectivement trace de cette fiction légale selon laquelle le fait continu est réputé se renouveler, jour après jour, dans la plupart des études qui lui ont été consacrées depuis lors[1373]. De cette affaire *De Becker*, on doit surtout retenir qu'elle marque

---

[1369] *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 231-233.
[1370] *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, p. 233-235.
[1371] *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, p. 245.
[1372] R. Ago évoquait dans son cours sur « le délit international », cette catégorie d'infractions « qui, même après le premier accomplissement, sont de nature à se continuer, identiques à elles-mêmes, pendant un temps plus ou moins long », et les dissociait de celles qui, « une fois accomplies, cessent *ipso facto* d'exister, sans pouvoir se prolonger dans le temps (…), l'élément essentiel de la distinction se trouv[ant] dans l'instantanéité ou la permanence de l'action » (*R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, pp. 415-554, spéc. p. 519). La formule était empruntée au pénaliste Ortolan (*Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 5ème éd., 1886, t.1, p. 326). Ago avait pu également considérer, en tant que Rapporteur à la C.D.I., qu'à la base des différentes décisions de la Commission européenne se trouve « la conviction qu'un fait internationalement illicite 'continu' est un fait dont l'existence se prolonge inchangée dans le temps » (Septième rapport, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 43).
[1373] Voir notamment L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *op. cit.*, pp. 808, 812-813. J. Pauwelyn y voit, avec le contenu de l'obligation et la question de la réparation, l'un des trois facteurs permettant d'identifier les violations continues : « *one should assess whether as a legal fiction the act complained of can be said to be repeated, in its entirety, each date since it has been passed (and therefore is a continuing act), or whether only the effects or consequences of the act, which as such has only been passed once (and thus is an instantaneous act), remain intact* » (« The Concept of a 'Continuing Violation' of an

le point de départ d'une première vague de décisions dans lesquelles la Commission refuse d'appliquer la Convention à des situations déclenchées avant son entrée en vigueur, à moins que les faits qui s'en trouvent à l'origine aient perduré. La Commission va ainsi pouvoir déduire sa compétence du maintien en vigueur d'une législation dont la situation mise en cause est indissociable[1374]. D'une décision prononcée avant la date critique, elle dira, à l'inverse, qu'elle ne peut connaître de ses effets circonstanciés dans le temps[1375] ou qui, bien que durables, « n'en constituent pas moins de simples effets »[1376]. Rien ne semble alors séparer la durée de l'acte reproché à l'Etat, de celle des situations réputées contraires à la Convention. La Commission examine d'ailleurs avec une rigueur particulière l'objet du grief, quitte à identifier d'elle-même la conduite qui en constitue la « cause réelle ». Ainsi voit-elle dans une détention prolongée après la date fatidique, la seule incompatibilité *ratione temporis* de la décision qui l'avait imposée[1377]. De la même manière, elle refuse d'adjuger plusieurs réclamations mettant en cause la prescription légale dont étaient dénoncés les effets dans l'affaire *De Becker*, pour la seule raison que ces requêtes n'étaient, cette fois, pas

---

International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, pp. 421, 423). A. Nissel fait, pour sa part, mention de cette approche avant d'en retenir une autre pour l'identification des crimes continus (« Continuing Crimes in the Rome Statute », *op. cit.*, pp. 667-668). Elle est également discutée par A. Buyse *in* « A Lifeline in Time – Non Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *op. cit.*, pp. 76-78.

[1374] Voir, par ex., *X. c. Belgique*, req. n° 8701/79, décision du 3 décembre 1979, *D.R.*, vol. 18, pp. 250-252, spéc. p. 251 : reproduisant le raisonnement mené dans l'affaire *De Becker*, la Commission constate que « le requérant se trouve toujours privé du droit de vote et [que] la décision de la Cour militaire de Bruxelles (…) n'a fait que déclencher de plein droit l'application d'une prescription légale génératrice d'une situation continue. Par conséquent, ce n'est pas la compatibilité de cette décision [exclue *ratione temporis*] mais bien de celle de la dite prescription légale que la Commission se trouve saisie en l'espèce ». Voir également, au titre de la suspension du délai de six mois, la décision du 26 juillet 1963 rendue dans les affaires linguistiques (*Habitants d'Alsemberg et de Beersel c. Belgique*, req. n° 1474/62, *Rec. Déc.*, vol. 11, pp. 50-58, spéc. p. 57 ; *Charlent et consorts c. Belgique*, req. n° 1769/63, *Rec. Déc.*, vol. 11, pp. 59-68, spéc. p. 67), et la décision rendue dans les affaires grecques dans lesquelles étaient directement en cause deux dispositions législatives (voir les griefs tirés de l'article 3 et visant l'Acte constitutionnel « G », décision du 31 mai 1968 sur la recevabilité de *certaines allégations nouvelles soumises par les gouvernements du Danemark, de la Norvège et de la Suède*, Danemark c. Grèce, req. n° 3321/67, Norvège c. Grèce, req. n° 3322/67 ; Suède c. Grèce, 3323/67 ; Pays-Bas c. Grèce, 3344/67, *Ann.* , vol. 11, 1968, pp. 731-781, spéc. p. 779).

[1375] Voir par ex. *X. et Y. c. Portugal*, req. 8560/79 et 8613/79, décision du 3 juillet 1979, *D.R.*, vol. 16, pp. 209-211, spéc. p. 210.

[1376] *X. c. Belgique*, req. n° 996/61, décision de la Commission du 16 décembre 1961, non publiée. Voir, sur ce point, F. Monconduit, *La Commission européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 211-212 ; N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 35-36 ; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 98-99. Certains auteurs ont également contesté le bien-fondé de la distinction en relevant qu'une disposition législative est, elle aussi, prise à un certain moment et peut déployer des effets non moins limités dans le temps : voir L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *op. cit.*, p. 809 ; J. Pauwelyn, « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, p. 423 ; M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 315.

[1377] *X. c. Belgique*, req. n° 369/59, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 376-382, spéc. p. 382. La Commission retient la même solution au sujet d'une ordonnance d'internement prononcée avant l'entrée en vigueur de la Convention : *X. c. Belgique*, req. n° 996/61, décision de la Commission déjà citée du 16 décembre 1961, non publiée ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 3151/67, *Rec. Déc.*, vol. 27, pp. 128-135, et spéc. p. 133.

directement dirigées contre la loi belge mais contre la sentence judiciaire qui en avait déclenché l'application[1378]. Dans sa décision du 18 septembre 1961, elle ira même jusqu'à tenir compte du pouvoir d'appréciation du juge interne qui avait maintenu les déchéances à l'encontre du réclamant, alors même qu'il n'y était pas tenu, pour conclure que le grief s'enracinait aussi, et surtout, dans la décision judiciaire[1379].

402. Sous couvert du fait qu'elles ne pouvaient être menées « à la lumière d'un principe général », mais uniquement en fonction des circonstances d'espèce[1380], de telles appréciations n'en évitaient pas moins les incohérences et les contradictions[1381]. Qui plus est, si la Commission estimait que la continuité était avant tout affaire de « situations », elle n'en tirait pas systématiquement la nécessité de se placer du point de vue des réclamants pour qualifier les faits à l'origine de l'atteinte aux droits. Sans doute était-il pourtant déjà question d'« effets continus » dans l'affaire *De Becker*[1382] ; la situation litigieuse était effectivement caractérisée par le maintien en force de la loi, tout autant que par l'actualité de ses répercussions, compte tenu du fait que le requérant se trouvait dans l'incapacité de faire usage d'un droit qu'il détenait de la Convention. C'est, en vérité, dans des affaires intéressant le droit de propriété que la Commission va, au détriment des requérants, se détacher de la durée des faits litigieux pour ne plus s'intéresser qu'à celle de leurs effets. Dans une décision *X. c. Belgique* du 29 août 1959, l'irrecevabilité *ratione temporis* de la réclamation sera ainsi

---

[1378] Voir par ex. *X. c. Belgique*, req. n° 2568/65, décision du 6 février 1968, *Rec. Déc.*, vol. 26, pp. 10-17, spéc. p. 17.

[1379] *X. c. Belgique*, req. n° 1028/61, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 69-78, spéc. pp. 75-76.

[1380] Voir *De Becker* (*Ann.*, vol. 2, 1958-1959, p. 233) ; *X. c. Belgique*, req. n° 369/59, décision du 6 juillet 1959, *Rec. Déc.*, vol. 1 : « l'existence d'une situation continue, susceptible de constituer une violation de la Convention, ne peut s'apprécier à la lumière d'un principal général (…), il s'agit là d'une question d'espèce que la Commission doit trancher, au besoin même d'office, en fonction des circonstances particulières à chaque affaire » (p. 6).

[1381] Voir, par ex. *Société X, W et Z c. R.F.A.*, req. n° 2717/66, décision des 14 et 15 juillet 1970, *Rec. Déc.*, vol. 35, pp. 1-25 : dans son raisonnement, la Commission ne tenait pas compte de la nature instantanée des mesures financières prises en vertu de la loi sur la péréquation des charges et qui constituaient « la base de la requête » pour simplement considérer leur incidence sur la situation des contribuables (*Rec. Déc.*, vol. 35, p. 20 ; voir également le commentaire de T. Zwart in *The Admissibility of Human Rights Petitions* : *The Case of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, *op. cit.*, pp. 128-129). Au sujet d'une décision antérieure de mise en détention, voir l'affaire *Nielsen c. Danemark* (req. n° 343/57, décision du 2 septembre 1959, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 413-473, spéc. p. 455) dans laquelle la Commission dit qu'elle peut connaître de l'acte par lequel les autorités danoises ont maintenu le requérant en détention préventive une fois la Convention en vigueur à l'égard du Danemark (voir sur cette question, *infra*, note n° 1393).

[1382] Rares sont les auteurs qui voient d'abord dans la solution retenue par la Commission, dans l'affaire *de Becker*, la prise en considération des répercussions de la décision sur la situation du requérant dans la mesure où celles-ci se confondaient avec l'application de la législation litigieuse, acte continu « par nature ». C'est toutefois le cas de P. Van Dijk et F. Van Hoff qui font mention de l'affaire *De Becker* pour illustrer de quoi sont faites les violations continues, c'est-à-dire des infractions « causées par un acte commis à un moment donné mais qui persistent en raison des *conséquences* de l'acte initial » : *Theory and Practice of the ECHR*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, 4ème éd., p. 23 (nous soulignons). Voir également Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, p. 733 ; E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 898, note n° 57.

considérée dériver de la date de la perte du bien qui remontait à une époque antérieure à la Convention, plus précisément au jour de l'entrée en vigueur d'une loi prononçant la liquidation générale des titres placés sous séquestre. Le transfert de propriété au profit du Trésor public s'étant opéré avant la période couverte par sa compétence, la Commission avait logiquement admis que le réclamant ne pouvait pas s'en plaindre nonobstant la question de savoir si la législation litigieuse s'était maintenue par la suite[1383]. A la question de l'identification du fait à l'origine du grief, se substituait donc celle de l'appréciation de la survenance de la privation du bien.

403. On retrouve un raisonnement identique dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*[1384]. Etait de nouveau en cause une disposition législative qui avait eu pour effet de déposséder le requérant d'un terrain régulièrement acquis sous l'empire d'une législation précédente. Arguant du fait qu'il n'avait pu disposer d'un recours interne contre la violation, le requérant invoquait le bénéfice d'une situation continue pour faire échec à l'application de la règle du délai de six mois. La Commission n'allait toutefois pas le lui concéder. Elle relevait que la promulgation de la loi avait eu pour *effet immédiat* d'abolir son droit, et que le grief ne visait rien d'autre que sa « suppression, une fois pour toutes, à une certaine date ». N'ayant, par ailleurs, subi aucun autre préjudice, l'intéressé ne pouvait, selon la Commission, s'estimer victime d'une restriction continue de ses droits, et se devait donc d'avoir introduit sa réclamation dans le délai prévu par la Convention à compter de la mesure litigieuse. Or, reconnaître qu'une loi toujours en vigueur ait pu instantanément atteindre la situation du justiciable revenait à admettre que la seule durée dont il s'agissait de tenir compte, aux fins de la compétence temporelle, n'était finalement pas celle de l'acte, en tant que tel, mais bien celle de ses effets. Pareille solution avait pour autre mérite de mettre en évidence le fait qu'à l'origine de chaque violation continue se trouve un acte lui-même instantané[1385]. Les

---

[1383] *X. c. Belgique*, req. n° 347/58, décision du 29 août 1959, *Rec. Déc.*, vol. 1, spéc. pp. 7-8. Voir également *De Napoles Pacheco c. Belgique*, req. n° 7775/77, décision du 5 octobre 1978, *D.R.*, vol. 15, pp. 143-151, spéc. p. 150, la Commission s'estimant incompétente *ratione temporis* pour connaître des griefs relatifs à l'application d'un arrêté-loi qui avait obligé le requérant à déposer ses titres en main de l'Etat, avant la date critique. Ces solutions ont été invoquées par le gouvernement défendeur dans des affaires ultérieures. Voir, par exemple, les arguments du gouvernement autrichien dans l'affaire *Hudetz* et *Haiek et von Beringe*, pour qui les droits des requérantes à des redevances étaient « périmés » avant la date à laquelle avait été ratifiée la Convention en raison de la caducité des ordonnances sur lesquelles ils étaient fondés (req. n° 1821/63 et 1822/63, décision du 9 février 1966, *Ann.*, vol. 9, 1966, pp. 215-239, pp. 227 et 229).

[1384] Voir la décision du 10 décembre 1976 (req. n° 7379/76, *D.R.*, vol. 8, pp. 211-215, spéc. p. 214) et surtout celle rendue le 10 juillet 1981 (req. n° 8206/78, *D.R.*, vol. 25, pp. 147-156, spéc. pp. 155-156) dont sont issus les passages pertinents.

[1385] Voir sur ce point l'opinion du juge Jambrek dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt de la Cour (G.C.) sur le fond du 18 décembre 1996 : « [l]e concept de 'violation continue' suppose un début de violation, c'est-à-dire un événement critique constituant la violation première, et sa continuation ». Voir également sur ce point les remarques du juge Loucaides (« The Concept of 'Continuing' Violations of Human

conséquences que la Commission tirait, ici, de l'acte de promulgation de la prescription légale étaient d'ailleurs strictement identiques à celles envisagées dans d'autres espèces, au sujet de mesures confiscatoires prononcées avant la date critique[1386].

404. Au vu de ces différentes affaires, il peut être conclu que l'effet d'une législation censé se répéter, jour après jour, identique à lui-même, ne diffère pas nécessairement des répercussions qu'un autre acte, instantané, déploierait en même temps qu'il s'épuise. En complément à ce premier constat, il va désormais s'agir de vérifier qu'un événement peut, derrière son apparente fugacité, affecter durablement la situation individuelle et fonder la compétence des organes de la Convention.

b. Deuxième génération. *Les effets continus*

405. De son propre chef, puis sous l'impulsion de la Cour, la Commission va progressivement se détacher de la teneur des actes par lesquels les situations se perpétuent, pour ne plus qu'en mesurer l'impact sur l'exercice des droits (i). Le discours tenu au sujet de la compétence est, dans cette mesure, révélateur de la façon dont se conçoit la portée du bénéfice que chaque individu doit pouvoir tirer de la Convention. D'autres solutions ne peuvent cependant être comprises sans qu'il ne soit tenu compte de la nature du reproche adressé à l'Etat, et ainsi de l'objet de l'obligation que le juge européen des droits de l'homme a progressivement étendu (ii).

i. Indifférence du mode de constitution des situations

406. *Si tous les faits continus ne sont pas à l'origine de situations continues, toutes les situations continues ne dérivent plus nécessairement de faits continus*. La solution que la Commission retient dans sa décision *X. c. Suisse* en est l'illustration : après avoir perdu son emploi, un ressortissant allemand régulièrement établi en Suisse, fait l'objet d'un arrêté d'expulsion et se trouve contraint de quitter le territoire sur lequel réside toujours son épouse.

Rights », *op. cit.*, p. 807) et du juge Sørensen (« Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 312 et ss.).

[1386] Voir *X. c. Danemark*, req. n° 323/57, décision du 19 décembre 1957, *Ann*., vol. 1, pp. 241-248, spéc. p. 247 : le Protocole n° 1 ne peut s'appliquer à des décisions ayant prononcé la confiscation d'une partie des biens du requérant, avant la date de son entrée en vigueur ; s'agissant d'actes de spoliation ou d'accaparement, voir *A et consorts c. R.F.A.*, req. n° 899/60, décision du 9 mars 1962, *Rec. Déc.*, vol. 9, pp. 4-10, spéc. p. 8 ; *X. c. Pays-Bas*, req. n° 1449/62, décision du 16 janvier 1963, *Rec. Déc*., vol. 10, pp. 1-4, et spéc. p. 2 ; *X. c. R.F.A.*, req. n° 2213/64, décision du 12 juillet 1966, *Rec. Déc.*, vol. 20, pp. 61-67, et spéc. p. 66 ; s'agissant d'une saisie de produits alimentaires : *X. c. Norvège*, req. n° 2385/64, décision du 10 février 1967, *Rec. Déc.*, vol. 22, pp. 85-88, et spéc. p. 87.

A l'occasion d'une brève visite en Suisse, il est, par la suite, arrêté puis condamné à une peine d'emprisonnement pour rupture de ban. N'ayant pas obtenu gain de cause en appel puis en cassation, il saisit la Commission européenne des droits de l'homme d'une réclamation fondée, pour l'essentiel, sur l'article 8 de la Convention, dans laquelle il se prétend victime d'une entrave à sa vie conjugale. Après avoir relevé que l'ensemble des faits pertinents remontent à une date qui ne lui permet pas d'en connaître, la Commission estime néanmoins ne pas devoir se déclarer incompétente, dans la mesure où le requérant s'est, du fait de l'arrêté litigieux, trouvé confronté à une situation durable : celle de ne pouvoir pénétrer en Suisse pour y rendre visite à son épouse[1387].

407. Cette décision n'offre qu'un exemple parmi d'autres de situations continues dont la Cour établit une typologie, dans son arrêt *Varnava* du 10 janvier 2008 : « il existe différents types de 'situations continues' : celles dans lesquelles le réclamant subit une violation continue comme c'est, par exemple, le cas d'une disposition législative qui s'immiscerait continuellement dans sa vie privée ; et celles qui dérivent d'un fait identifié dans le temps »[1388]. A titre d'exemple, la tenue d'élections organisées sur la base d'une loi qui ne concourrait pas à la libre expression du peuple[1389], ou la menace de se voir appliquer une législation à raison de ses pratiques sexuelles[1390] accompagneraient le cas *De Becker* et les situations du premier type, même si l'on sait qu'une disposition législative pourrait, dans d'autres hypothèses, être associée à la date de sa promulgation plutôt qu'à l'ensemble de la période durant laquelle cette disposition aurait vocation à s'appliquer. Relèvent, en revanche,

---

[1387] *X. c. Suisse*, req. n° 7031/75, décision du 12 juillet 1976, *D.R.*, vol. 6, pp. 124-125.

[1388] *Varnava et autres c. Turquie*, req. n° 16064/90 à 16066/90 et 16068/90 à 16073/90, arrêt de la Cour européenne du 10 janvier 2008, § 117 : « *[t]he Court would observe that there are differing types of "continuing situations"; there are cases where an applicant is subject to an ongoing violation, due for example, to a legislative provision which intrudes, continuously, on his private life (...) and there are cases (...) where the continuing situation flows from a factual situation arising at a particular point in time* ». Il convient de faire remarquer que l'expression « *ongoing violation* », utilisée en de très rares occasions par la Cour n'a pas fait l'objet d'une traduction officielle puisque les quelques décisions dans lesquelles elle figure n'ont pas été reproduites en français. Le problème vient du fait qu'en l'utilisant, elle peut vouloir signifier le seul fait que la violation se soit étalée dans le temps, ou qu'elle soit *toujours en cours*. Certaines décisions de la Commission déjà mentionnées étaient d'ailleurs de nature à entretenir le doute (voir notamment les affaires *De Becker c. Belgique*, et *X. c. Belgique* (req. n° 1028/61) citées *supra*, n° 401) puisqu'elle y différenciait les effets susceptibles de prendre fin, de ceux qui avaient vocation à durer sans limite. La Cour a, depuis, eu l'occasion de dissocier continuité et perpétuité dans des affaires où le trouble avait effectivement pris fin après la date critique mais avant le jour où elle était appelée à statuer : voir par ex., au sujet d'un retard dans le versement d'une indemnisation que le titulaire avait finalement perçue : voir *Jorge Nina Jorge et autres c. Portugal*, req. n° 52662/99, arrêt du 19 février 2004, spéc. §§ 16-18, 43 et 57, ainsi que l'affaire *Smirnova c. Russie* citée *infra*, note n° 1405. Voir également, en ce sens, J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 163, § 5.

[1389] Voir *Tête c. France*, req. n° 11123/84, décision de la Commission du 9 décembre 1987, *D.R.*, vol. 54, pp. 52-61, et spéc. p. 58 portée au titre de la loi 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants français au Parlement européen.

[1390] *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, arrêt du 22 octobre 1981, § 41.

de la seconde catégorie de situations identifiée par la Cour dans l'affaire *Varnava*, les conséquences d'un arrêté d'expulsion ou d'une assignation à résidence[1391], celles de la non restitution d'un passeport[1392], une mise en détention provisoire[1393] ou encore l'attente de l'exécution d'une condamnation à la peine de mort[1394]. On pourrait également y associer l'entrave au libre usage des biens sous ses formes les plus variées[1395], puisque toutes ces situations ont pour trait commun de pouvoir être détachées des faits dont elles tirent leur origine[1396].

[1391] *Kafkasli c. Turquie*, req. 21106/92, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 22 mai 1995 non publiée.

[1392] *Smirnova c. Russie*, req. n° 46133/99 et 48183/99, arrêt de la Cour du 24 juillet 2003 déjà cité, §§ 96-97.

[1393] La Commission a ainsi su distinguer, dans l'affaire *Lynas c. Suisse*, la réclamation tirée de l'irrégularité de l'arrestation de la seule demande à laquelle elle pouvait accéder, qui portait sur la durée de détention : *William Posnett Lynas c. Suisse*, req. n° 7317/75, décision du 6 octobre 1976, *D.R.*, vol. 6, pp. 141-155, spéc. p. 152-153. La détention préventive est effectivement considérée comme constitutive d'une situation continue de privation de liberté (*X. c. Pays-Bas*, req. n° 6852/74, décision du 5 décembre 1978, *D.R.*, vol. 15, pp. 5-14, et spéc. p. 14) et la Commission va, après plusieurs décisions contradictoires, finalement opter pour la solution retenue dans l'affaire *Nielsen* (voir *supra*, note n° 1381). La Convention sera ainsi applicable à l'acte à l'origine du prolongement de la détention après sa date d'entrée en vigueur, même si un tel acte a lui-même été adopté antérieurement : *Loukanov c. Bulgarie*, req. n° 21915/93, décision de la Commission du 12 janvier 1995, *D.R.*, vol. 80 (série B), pp. 108-131, spéc. p. 126, et arrêt de la Cour en date du 20 mars 1997, § 40 ; *Čistiakov c. Lettonie*, req. n° 67275/01, arrêt de la Cour du 8 février 2007, §§ 48-50. Par analogie, la Commission considère également que le grief tiré de la durée d'une procédure judiciaire n'est pas « dirigé contre une décision en tant que telle ou contre tout autre événement précis », mais « se réfère à une situation qui se prolonge dans le temps » : voir, par exemple, *Macedo c. Portugal*, req. n° 11660/85, décision du 19 janvier 1989, *D.R.*, vol. 59, pp. 85-90, et spéc. p. 90 ; *Gama da Costa c. Portugal*, req. n° 12659/87, décision du 5 mars 1990, *D.R.*, vol. 65, pp. 136-143, et spéc. p. 142. Cette décision s'explique par le fait que l'appréciation de la durée des procédures nécessite un examen d'ensemble, et non des seules parties dans lesquelles des retards se seraient produits : voir sur ce point, *infra*, note n° 1406.

[1394] *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 48787/99, arrêt de la Cour (G.C.) du 8 juillet 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-VII, pp. 15-134, spéc. pp. 110-111, §§ 406-408 : présumant que le requérant a dû souffrir de sa condamnation à la peine de mort autant que de la détention qu'il avait continué d'endurer sous la menace de son exécution, la Cour s'estime fondée à examiner les griefs tirés des articles 2 et 3 de la Convention dans la mesure où « la sentence n'avait, au moment de la ratification par les Etats défendeurs, toujours pas été annulée et qu'elle continu[ait] dès lors à produire ses effets ». Voir également *Çinar c. Turquie*, req. n° 17864/91, décision de la Commission du 5 septembre 1994, *D.R.*, vol. 79, pp. 5-10, spéc. p. 7 : l'attente de l'exécution d'une peine capitale est une situation continue ; *Lucien Léger c. France*, req. n° 19324/02, décision de la Cour sur la recevabilité du 21 septembre 2004, s'agissant d'une peine prononcée contre le requérant en 1966 et continuant à produire ses effets au jour de la ratification de la Convention dans la mesure où ce dernier n'a toujours pas obtenu révision de son procès. En matière de jugement de condamnation, la Commission avait déjà pu envisager la question du « refus persistant » de suspendre l'exécution d'une peine de détention sous l'angle de l'article 3 de la Convention, et avait conlu qu'un tel refus était constitutif d'une situation continue : *X. c. R.F.A.*, req. n° 6181/73, décision du 5 octobre 1974, *Rec. Déc.*, vol. 46, pp. 188-201, spéc. p. 196.

[1395] Voir par ex. *Papamichalopoulos c. Grèce*, req. n° 14556/89, arrêt du 24 juin 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72, spéc. pp. 69-70, §§ 40-45, que confirme une décision *Karagiannis c. Grèce* du 11 octobre 2001 (req. n° 51354/99) ; *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, décision de la Commission du 4 mars 1991, D.R., vol. 68, pp. 216-289, spéc. pp. 286-289 ; arrêt de la Cour (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 310, pp. 7-34, spéc. pp. 32-34, §§ 99-105, et du 18 décembre 1996 (fond), §§ 41-64.

[1396] Voir pour la situation née de la délivrance de permis autorisant l'expropriation, et éventuellement assortis d'une interdiction de construire : *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n° 7151/75 & 7152/75, décision de la Commission du 5 mars 1979, *D.R.*, vol. 15, pp. 15-34, spéc. pp. 29-30 ; *Uskela c. Suède*, req. n° 10537/83, décision du 10 octobre 1985, *D.R.*, vol. 44, pp. 98-112, spéc. pp. 109-110 ; pour la situation qui dérive de l'occupation des parcelles en litige : *Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce*, req. n° 14807/89, *D.R.*, vol. 72, pp. 148-168, et spéc. p. 163. Voir également, pour l'occupation d'un domaine privé équivalant à une

408. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme vont également connaître des situations continues nées de la répétition ou de l'enchaînement des faits litigieux. Il a déjà été fait mention de la série de mesures constitutives d'un processus étalé dans le temps, qui avait abouti à la condamnation du gouvernement ukrainien dans l'affaire *Sovtransavto Holding*[1397]. Il est également question de violations continues des droits lorsque l'Etat se voit reprocher la « rétention permanente » d'informations sur la vie privée du requérant[1398], ou encore le déni total du droit des personnes déplacées au respect de leur domicile ou de leurs biens, comme en témoignent plusieurs affaires relatives aux événements survenus en 1974 sur l'île de Chypre[1399]. Il en irait, à vrai dire, ainsi de beaucoup d'autres cas où le comportement mis en cause se sera répété au moins autant de fois que ne l'exige le respect de l'épuisement des voies de recours internes, même s'il serait, on le sait, plutôt ici question de maintien que de création d'effets. Bien que ces situations ne s'apparentent à aucune des hypothèses envisagées par la Cour dans l'affaire *Varnava*, elles demeurent conformes à l'idée générale qui sous-tend la typologie proposée au terme de laquelle la structure de la conduite génératrice de la situation est dépourvue d'une quelconque influence. Le juge ne prendra d'ailleurs pas le soin de rattacher chaque espèce à sa catégorie d'origine. Et pour cause, de la même façon que les organes de la Convention estiment, dans certaines affaires, qu'une législation a immédiatement épuisé ses effets de sorte que les réclamants ne puissent tirer de son maintien en force, après la date critique, un argument valable pour fonder

---

expropriation de fait : *Papamichalopoulos c. Grèce*, req. n° 14556/89, arrêt de la Cour du 24 juin 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72, spéc. pp. 69-70, §§ 40-45, que reprend une décision plus récente *Karagiannis c. Grèce*, req. n° 51354/99, du 11 octobre 2001.

[1397] Voir au sujet de cette affaire, *supra*, n° 370. Voir également *Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce*, décision de la Commission déjà citée du 12 février 1992, *D.R.*, vol. 72, p. 163, et l'arrêt de la Cour du 24 octobre 1995, § 58.

[1398] Voir les deux affaires *Gaskin*, req. n° 10454/83, décision du 23 janvier 1986, *D.R.*, vol. 45, pp. 91-112, spéc. p. 108) et *Hilton* (6 juillet 1988, req. n° 12015/86), décision du 6 juillet 1988, *D.R.*, vol. 57, pp. 108-130, et spéc. p. 124) impliquant l'administration britannique. *A contrario*, le grief tiré de l'illégalité d'une saisie de documents ordonnée, dans le cadre d'une enquête de police, avant l'entrée en vigueur de la Convention est irrecevable *ratione temporis* : *Veeber c. Estonie* (n° 1), req. n° 37571/97, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 7 novembre 2002, §§ 54-55 ; voir également, en ce sens, *Cantos c. Argentine*, arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur les exceptions préliminaires du 7 septembre 2001, Série C, n° 85, spéc. §§ 2, 38.

[1399] *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt de la Cour du 10 mai 2001, § 174 : « la violation en cause fait l'objet d'une politique qui perdure depuis 1974, et doit donc être qualifiée de continue » ; voir déjà *Chypre c. Turquie*, req. n° 8007/77, rapport de la Commission du 4 octobre 1983, D.R., vol. 72, pp. 5-117, spéc. p. 41. Voir également l'affaire *Loizidou c. Turquie* dans laquelle la thèse du déni continu d'accès aux biens et de la perte de leur maîtrise par leur propriétaire légal a été accueillie par la Cour et a permis d'établir la responsabilité du gouvernement défendeur (req. n° 15318/89, arrêt (G.C.) sur le fond du 18 décembre 1996, §§ 48-57, et cité *infra*, n° 423).

la compétence temporelle[1400], ils ne disqualifieraient plus nécessairement le grief sous prétexte que ce sur quoi il porte n'a demeuré que par l'effet d'une décision qui leur échappe *ratione temporis*.

409. Ils ont d'ailleurs eu l'occasion de l'affirmer dans des affaires où leur compétence était limitée aux seuls « faits et jugements fondés sur des faits intervenus postérieurement » à la date critique. Dans les affaires *Mansur* et *Yagci et Sargin*, la Turquie contestait la recevabilité des plaintes relatives à la durée des détentions et des procédures puisqu'elle avait, par sa déclaration, entendu exclure non seulement les événements antérieurs à la date de son dépôt, mais également ceux qui, par nature, n'en constituaient que les prolongements. Sa thèse revenait ainsi à faire admettre qu'il importait peu de connaître la date à laquelle la détention préventive ou les procédures judiciaire mises en cause s'étaient achevées, puisque seul comptait le jour où elles avaient été entamées. Commission puis Cour allaient, toutefois, se borner à rappeler qu'à partir de la date critique, « tous les actes et omissions de l'Etat doivent non seulement se conformer à la Convention mais aussi s'exposent au contrôle des organes de la Convention », et qu'il n'y a donc pas lieu de tenir compte du fait que ces actes et omissions s'analysent en la simple perpétuation d'une *situation préexistante*[1401].

410. On peut ainsi raisonnablement affirmer que le juge européen ne conclura pas à l'irrecevabilité d'une demande au motif qu'elle porte sur des événements particuliers, survenus à des dates précises, sans s'être préalablement assuré que leurs répercussions ne constituaient pas une situation susceptible de tomber sous le coup de la Convention. Toutes ces solutions *ratione temporis* sont, en définitive, indissociables de la portée du bénéfice que chaque Etat consent à accorder aux sujets soumis à sa juridiction en ratifiant le texte. Les droits qui s'y trouvent proclamés sont « concrets et effectifs »[1402] ; tel est le résultat que les parties contractantes s'engagent à assurer, quitte à devoir tenir compte des situations déjà amorcées à la date d'entrée en vigueur de la Convention.

[1400] *Potocka et autres c. Pologne*, req. n° 33776/96, arrêt de la Cour du 4 octobre 2001, §§ 36-42, au titre de l'impossibilité de disposer d'un recours devant les juridictions internes en vue d'obtenir un titre de propriété temporaire sur des biens immobiliers.

[1401] *Yagci et Sargin c. Turquie*, req. n° 16419/90 et 16426/90, arrêt du 8 juin 1995, §§ 37-40, et spéc. § 40 ; *Mansur c. Turquie*, req. n° 16026/90, arrêt du 8 juin 1995, § 44 que confirme l'arrêt du 11 janvier 2000 *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal*, req. n° 29813/96 et 30229/96, § 43. Voir également, sur ce point, l'appréciation de R. Higgins pour qui la Cour a « peut-être, ici, été au-delà de ce que la logique dictait » (« Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, p. 506 ; notre traduction).

[1402] Voir ici *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, arrêt de la Cour européenne du 9 octobre 1979, § 24.

ii. Pertinence de l'objet de l'obligation

411. N'avoir pas fait cesser l'ingérence est, dans le cas des violations continues, l'unique reproche que le juge serait en mesure de formuler à l'encontre de l'autorité défaillante. Il ne sera effectivement jamais question de condamner un Etat partie pour avoir déclenché une situation à une époque où elle n'était pas proscrite, mais seulement pour l'avoir, d'une manière ou d'une autre, laisser perdurer. Le découpage du temps a ainsi pour effet de transformer l'obligation qui, de prohibitive, en devient « positive »[1403]. Dans le cadre de la protection des droits de l'homme, l'obligation vise toujours un certain résultat, sans prescrire avec exactitude les moyens qui permettront de l'atteindre[1404]. Elle va toutefois trouver une résonance différente selon le type de réaction qu'appelait la situation mise en cause. Si elle n'apparaît pas d'emblée essentielle, la question peut effectivement avoir son importance concernant l'établissement de la compétence temporelle. A cet égard, il convient d'abord de distinguer les situations qu'une conduite respectueuse de la Convention ordonnait simplement de faire cesser, de celles qui supposent une véritable intervention de l'Etat en vue de *rétablir* les conditions d'exercice des droits. Dans le premier cas, c'est par le non retrait ou le renouvellement de l'acte faisant grief que la situation litigieuse trouve les causes de sa prolongation. Il s'agit, à vrai dire, de toutes les hypothèses dans lesquelles l'Etat prétend avoir usé de la faculté qui lui est donnée de restreindre l'exercice des droits, en maintenant une mesure individuelle ou une réglementation qu'il juge compatible avec la Convention. L'ingérence dans les droits n'est, certes, pas proscrite mais suppose de son auteur qu'il ait agi en poursuivant un but légitime et dans le respect de sa propre législation. Il aura dû également s'en tenir à ce que lui dictait la stricte nécessité et, ce faisant, ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts du requérant. Dans ce contexte, le juge s'assurera que la restriction initiale demeurait justifiée et proportionnée à l'objectif affiché. Ainsi la Cour accepte-t-elle, par exemple, d'apprécier la légitimité de la réglementation sur la base de laquelle a été ouverte une procédure d'expropriation, en se contentant de relever que les

[1403] La question avait justement été débattue en droit pénal interne au titre de la double phase d'exécution des infractions continues (voir A. Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, *op. cit.*, pp. 238-242). C'est justement en s'inspirant de la thèse défendue par Ortolan, qui dissocie les « véritables » délits continus de ceux constitués par une première phase de commission prolongée par une simple phase d'omission, que certains auteurs vont s'efforcer de démontrer que le processus d'exécution d'une infraction continue peut être divisé en deux phases : une première phase, antérieure au moment où la commission de l'infraction débute, et une seconde qui continue la consommation de l'infraction. Il s'agirait donc, ni plus ni moins, d'une infraction de caractère « mixte » résultant tout à la fois d'une phase d'activité directe et d'une autre d'activité indirecte. L'indifférence dont font preuve Cour et Commission européennes à l'égard de la consistance de la conduite étatique semble accréditer cette thèse, puisque qu'elles ne subordonnent pas la satisfaction de leur compétence *ratione temporis* à davantage qu'une simple omission.

[1404] Voir, en ce sens, J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, *op. cit.*, § 84.

restrictions à l'usage des biens sont toujours actuelles[1405]. Le fait qu'une détention provisoire se soit poursuivie après la date à laquelle débutait sa compétence lui permet, de la même façon, d'envisager la nécessité du maintien en détention, pour la durée écoulée à compter de cette date[1406].

[1405] Voir notamment les affaires référencées *supra*, note n° 1396. Voir également, au titre de la prise en compte des circonstances ayant entouré l'adoption de la législation litigieuse, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt de la Cour (G.C.) du 22 juin 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-V, pp. 93-169, spéc. p. 151, § 158 ; *Mora do Vale et autres c. Portugal*, req. n° 53468/99, arrêt de la Cour du 29 juillet 2004, § 42 ; *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n° 35014/97, arrêt de la Cour (G.C.) du 19 juin 2006, § 178 ; au titre du caractère excessif de la charge supportée par le requérant, voir notamment *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99, arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, §§ 97-98 ; *Mora do Vale* déjà citée, arrêt du 29 juillet 2004, § 45. Le juge s'attache également à déterminer l'existence de la base légale de la mesure litigieuse, dans le cas par exemple d'une décision juridictionnelle de mise en détention (*Absandze c. Géorgie*, req. n° 57861/00, décision de la Cour sur la recevabilité du 15 octobre 2002, En droit, C., et *Moisejevs c. Lettonie*, req. n° 64846/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 21 octobre 2004, En droit, A.) ou encore au titre d'une mesure administrative : *Smirnova c. Russie*, req. n° 46133/99, arrêt de la Cour 24 juillet 2003, §§ 96-97. Cette affaire *Smirnova* devait également permettre de faire observer que la compétence *ratione temporis* ne serait, en tout état de cause, nullement subordonnée à l'*actualité* de la situation au jour où le juge statue. Dans cette affaire, la Cour ne tirait ainsi aucune signification particulière de la remise du passeport à son propriétaire avant même qu'il n'ait introduit sa réclamation, suggérant par là qu'elle ne serait disposée à tenir compte que d'efforts entrepris en temps utile.

[1406] Les organes de la Convention européenne, s'ils ne peuvent examiner « comme telle » la durée antérieure de détention (*Mitap et Müftüoglu c. Turquie*, req. n° 15531/89, décision de la Commission du 10 octobre 1991, *D.R.*, vol. 72, pp. 169-183, spéc. p. 176 ; *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00, arrêt de la Cour du 28 novembre 2002, § 65 ; voir également, au titre de l'exclusion d'une première période de détention en raison de l'application de la règle du délai de recours de six mois, *Ringeisen c.* Autriche, req. n° 2614/65, arrêt du 16 juillet 1971, *Ann*., vol. 14, pp. 857-867, spéc. p. 855), ont toujours considéré pouvoir « tenir compte de l'état où se trouvait la procédure » à la date critique (*Ventura c. Italie*, req. n° 7438/76, décision de la Commission du 9 mars 1978, *Ann*., vol. 22, pp. 149-157, spéc. p. 155 ; *Mitap et Müftüoglu c. Turquie*, décision précitée du 10 octobre 1991, *D.R.*, vol. 72, p. 176 ; *Kalachnikov c. Russie*, req. n° 47095/99, arrêt de la Cour du 15 juillet 2002, §§ 111, 124). L'écoulement du temps se révèle être une indication utile pour évaluer la « pertinence » et le caractère suffisant des motifs de la décision des autorités nationales de maintenir l'accusé en détention préventive, malgré ses demandes de libération provisoire. La conduite étatique sera ainsi jugée conforme à la règle internationale, dans la mesure où la privation de liberté n'apparaît pas, *au fil du temps*, « disproportionnée », eu égard notamment au décompte de la durée de détention sur la peine d'emprisonnement prévisible (*Neumeister c. Autriche*, req. n° 1936/63, arrêt de la Cour du 27 juin 1968, « En droit », § 6 ; *N. c R.F.A.*, req. n° 9132/80, décision de la Commission du 16 décembre 1982, *D.R.*, vol. 31, pp. 154-193, spéc. p. 192, § 11 ; *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, arrêt de la Cour du 26 octobre 2000, § 114). Le prolongement d'une détention imposée au titre des mêmes chefs d'accusation invite le juge national à renouveler les raisons qui commandent son refus de libération provisoire (*I. A. c. France*, req. n° 28213/95, arrêt de la Cour du 23 septembre 1998, § 102). On conçoit donc que cette manière d'apprécier l'opportunité du maintien en détention aboutit nécessairement à qualifier d'injustifiés des maintiens en détention, alors même que la seule durée écoulée depuis la date critique n'aurait manifestement pas conduit à une telle appréciation (voir par ex. *Yagci et Sargin*, req. n° 16419/90 et 16426/90, arrêt du 8 juin 1995, § 40, pour une durée de trois mois et douze jours à compter à compter de la prise d'effet de la déclaration turque) – même si le juge européen a désormais tendance à identifier, d'emblée, la durée totale de détention soumise à son appréciation pour déterminer si elle peut, comme telle, constituer une cause de réclamation (par ex. *Klamecki c. Pologne*, req. n° 25415/94, arrêt de la Cour du 28 mars 2002, § 76 ; *Kornakovs c. Lettonie*, req. n° 61005/00, arrêt du 15 juin 2006, § 103 ; sans que la question de la compétence temporelle ne soit posée : *Vogins c. Lettonie*, req. n° 3992/02, arrêt du 1er février 2007, § 40). On ne saurait toutefois expliquer pourquoi les organes ont cru bon d'étendre cette solution au titre de l'article 6 § 1 et du droit à être jugé dans un délai raisonnable (*Ventura c. Italie*, req. n° 7438/76, décision de la Commission du 9 mars 1978, *Ann*., vol. 22, pp. 149-157, spéc. p. 157 ; *Rodolfo Pretto c. Italie*, req. n° 7984/77, décision du 11 juillet 1979, *D.R.*, vol. 16, pp. 92-96, et spéc. p. 94 ; *B. Foti, F. Lentini, et D. Cenerini c. Italie*, req. n° 7604/76, 7719/76, 7781/77, décision du 11 mai 1978, *D.R.*, vol. 14, pp. 133-139, et spéc. pp. 138-139 et son commentaire à la Chronique de l'activité de la Commission in *A.F.D.I.*, 1981, pp. 256-257 ; *Prisca, Pierluigi and Enrico De Santis c. Italie*, req. n° 14660/89, décision du 10 octobre 1991, *D.R.*, vol. 72, pp. 141-144, spéc. p. 144 ; pour la Cour, voir *Foti et autres c. Italie*, req. n° 7604/76, 7719/76, 7781/77, arrêt du 10 décembre 1982, § 53), même s'ils seraient, au

412. Différentes sont les situations qui appelaient de véritables mesures de rétablissement. Il est désormais admis qu'une protection effective des droits appelle, si les circonstances l'exigent, des mesures dites « positives »[1407]. Par cette charge, l'Etat est notamment tenu d'adapter sa législation et d'adopter les mesures permettant de prévenir des atteintes susceptibles d'intervenir dans les relations entre individus[1408] et de manière plus générale, de rétablir les conditions dans lesquelles les victimes d'un acte contraire au prescrit conventionnel ont été, par la suite, appelées à exercer leurs droits. Le juge exigerait, dans cette mesure, que l'Etat ait tenu compte des répercussions de tout événement survenu par le passé et qui serait susceptible d'avoir privé la Convention de son effet utile, et s'estimerait compétent *ratione temporis* sur le seul fondement de la réaction étatique qu'il était en droit

---

bout du compte, disposés à sanctionner uniquement les retards, ou temps morts, intervenus après la date critique (*Moreira de Azevedo c. Portugal*, req. n° 11296/84, arrêt de la Cour du 23 octobre 1990, § 73 ; *Mansur c. Turquie*, req. n° 16026/90, arrêt de la Cour du 8 juin 1995, § 69 ; *Yagci et Sargin c. Turquie* req. n° 16419/90 et 16426/90, arrêt de la Cour du même jour, §§ 63, 69 ; *Philis c. Grèce*, req. n° 19773/92, arrêt du 27 juin 1997, § 47 ; *Zana c. Turquie*, req. n° 18954/91, arrêt de la Cour (G.C.) du 25 novembre 1997, §§ 80-82 ; *Piron c. France*, req. n° 36436/97, arrêt du 14 novembre 2000, § 56 ; *C. c. Pologne*, req. n° 27918/95, arrêt de la Cour du 3 mai 2001, spéc. §§ 11-15, 53-56 ; *Ivanov c. Bulgarie*, req. n° 67189/01, arrêt de la Cour du 24 mai 2007, §§ 42-43). La Cour interaméricaine a retenu une solution identique dans son arrêt *Caesar c. Trinité-et-Tobago* du 11 mars 2005, Série C, n° 123, §§ 106-112. Il reste toutefois que la durée écoulée avant la date critique ne pourrait, en toute hypothèse, être prise en compte au titre de la réparation à accorder, s'agissant notamment du montant de la somme allouée au titre de la satisfaction équitable. Il est, en effet, convenu que l'indemnisation ne couvrira que la perte subie pendant la période pour laquelle la compétence est établie : voir pour le préjudice moral subi en raison de la durée de détention provisoire, *Yagci et Sargin c. Turquie* déjà citée, arrêt du 8 juin 1995, § 75 ; au titre de la durée des procédures judiciaires, voir *Mitap et Müftüoglu c. Turquie* déjà citée, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1996, § 41 ; *Kudla c. Pologne* déjà citée, §§ 164-165 ; voir par ailleurs, au titre d'une durée d'exposition à la pollution industrielle chevauchant la date de prise d'effet de la déclaration de compétence, *Fadeïeva c. Russie*, req. n° 55723/00, arrêt de la Cour du 9 juin 2005, § 138. La solution se vérifie tout autant s'agissant des préjudices matériels, y compris pour le manque à gagner : voir notamment *Loizidou c. Turquie* déjà citée, arrêt du 28 juillet 1998 (satisfaction équitable), §§ 31-33 ; *Almeida Garrett et autres c. Portugal* déjà citée, arrêt du 10 avril 2001 (satisfaction équitable), § 22. Cette solution est reprise par les autres juridictions internationales (pour la jurisprudence CIRDI, voir *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 93, dont des extraits sont restitués *supra*, note n° 1126 ; voir encore *Léontios et Nicolas Arakas c. Etat bulgare*, tribunal arbitral mixte gréco-bulgare, 31 janvier 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 37-39, spéc. p. 38), la seule décision dans laquelle il avait été explicitement décidé de tenir compte de la période de détention exclue de la sphère de compétence, en l'absence de contestation des parties sur ce point, étant l'affaire *Chevreau*, (France/Royaume-Uni, sentence arbitrale du 9 juin 1931, *R.S.A.*, vol II, pp. 1115-1143, spéc. pp. 1137-1143, déjà évoquée *supra*, note n° 906).

[1407] La Cour désigne par là les « mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits » : voir, par ex. *Lopez-Ostra c. Espagne*, req. n° 16798/90, arrêt du 9 décembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 303-C, pp. 41-59, spéc. pp. 54-55, § 51. Il semble qu'elle y ait, pour la première fois, fait référence dans l'affaire *linguistique belge* (req. n° 1474/62, 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, arrêt du 23 juillet 1968). Elle en justifie également le recours dans son arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 (req. n° 6833/74, § 31) s'agissant du droit au respect de la vie familiale : « l'article 8 (…) a 'essentiellement' pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il ne se contente pas pourtant d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale ». Sur la notion d'obligation positive, voir F. Sudre, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 1359-1376, spéc. pp. 1372-1373.

[1408] Pour une affaire intéressant la compétence *ratione temporis*, voir par ex. *Novosseletski c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005 déjà cité, spéc. § 68.

d'attendre. Cette solution n'était toutefois, jusqu'à une période très récente, valable que dans les cas où le respect de la Convention supposait une initiative d'ordre *matériel* et pas simplement *procédural*. On distingue effectivement des obligations substantielles ou matérielles qui « impliquent l'adoption de mesures propres à permettre la réalisation effective du droit garanti », les obligations procédurales qui n'en constituent que le pendant, et dont l'exécution supposerait de « mettre en place et de rendre effectives des procédures permettant (…) de revendiquer au niveau national le droit en cause et de contester les mesures y portant atteinte » [1409].

L'Etat roumain a ainsi vu sa responsabilité engagée au titre de ses obligations matérielles, dans l'affaire *Moldovan*, pour n'avoir pas pris toutes les dispositions nécessaires au rétablissement des situations qu'enduraient plusieurs familles. Victimes d'un pogrom, celles-ci avaient été contraintes de fuir leur village et s'étaient trouvées en proie à des conditions de vie guère compatibles avec ce que prévoit l'article 8 de la Convention. Ne pouvant connaître des incidents qui avaient conduit à une telle situation, la Cour n'allait toutefois pas rejeter sa compétence et voir dans le sort des victimes le reflet d'une possible défaillance des autorités. Au fond, la Cour allait prendre appui sur le retard pris dans l'indemnisation des victimes pour caractériser l'incapacité des autorités à mettre fin aux « violations graves et continues » du droit au respect de la vie privée et familiale[1410]. Dans

---

[1409] F. Sudre, *Droit européen et international des droits de* l'homme, Paris, P.U.F., 2010, 10ème éd., pp. 257-258. L'appréciation juridictionnelle du respect des obligations positives dites « matérielles » ne diffère plus vraiment de celle menée au titre des obligations prohibitives. Le professeur Sudre regrettait, il y a encore quelques années, que « l'unification du contrôle des ingérences – actives et passives – n'[ait] pas été totalement effectuée », ce dernier « donn[ant] (…) le sentiment d'un contrôle effectué 'à la sauvette' » (F. Sudre, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 1359-1376, spéc. p. 1373). Pareille impression tenait au fait que les deux premières étapes de l'examen que concernent la légalité de la mesure et la légitimité du but poursuivi, étaient jusqu'à une période récente purement et simplement ignorées. La normalisation du contrôle que l'auteur appelait de ses vœux est désormais en bonne voie. La Cour n'hésite plus à qualifier une omission d'« ingérence » et ne fait guère davantage l'économie de vérifier l'existence d'une justification légitime à l'inaction. Elle indique même dans plusieurs affaires que « les critères à appliquer ne sont pas différents en substance » : voir par ex. *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt de la Cour (G.C.) du 22 juin 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-V, pp. 93-169, spéc. p. 145, § 144 ; *Fadeïeva c. Russie*, req. n° 55723/00, arrêt de la Cour du 9 juin 2005, § 94. Ce qui compte est de veiller, dans chaque cas, à ménager un « juste équilibre » entre les intérêts en présence : *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, arrêt de la Cour du 11 juillet 2002, § 72.

[1410] *Moldovan et autres c. Roumanie*, req. n° 41138/98, 64320/01, arrêt de la Cour du 12 juillet 2005, spécialement §§ 102-114. Voir également *Novosseletski c. Ukraine*, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005, §§ 73-78, au titre des conséquences de la violation du domicile du requérant à la suite de laquelle il avait perdu une partie de ses biens, et s'était retrouvé dans l'impossibilité d'y vivre avec son épouse pendant une période de plus de cinq ans. La Cour juge que le simple constat juridictionnel de sa qualité de propriétaire légal qu'il avait obtenu des tribunaux ukrainiens, qui plus est dans des délais excessifs, n'équivaut pas à rétablissement du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale ; voir encore *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt de la Cour (G.C.) déjà cité du 22 juin 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-V, pp. 93-169, spéc. pp. 138-139, §§ 122-123, au titre de la négligence avec laquelle l'Etat avait cru remplir son devoir législatif consistant à instaurer les conditions permettant de compenser la perte des personnes expropriées. Voir encore *L. C. B.*

cette même affaire, la Cour avait néanmoins préalablement conclu à l'irrecevabilité *ratione temporis* de la demande fondée sur l'insuffisance des moyens mis en œuvre pour appréhender et punir les auteurs des crimes commis avant que la Convention n'entre en vigueur à l'égard de la Roumanie[1411]. Dégagées, à l'origine, du devoir général de « reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention » aux seules fins de garantir une protection effective du droit à la vie[1412], les obligations procédurales constituent aujourd'hui le pendant de plusieurs obligations substantielles, à commencer par celle qui prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants[1413]. Il est, par ailleurs, admis qu'une telle exigence fait l'objet d'une appréciation autonome de celle menée au titre de l'obligation matérielle dont elle est tirée[1414], à tel point que sa méconnaissance serait, en soi, susceptible d'engager la responsabilité des autorités défaillantes[1415]. Tel que le jugeait la Cour dans l'affaire *Moldovan*, la prétendue violation des obligations procédurales n'était, malgré tout, pas en mesure de fonder sa compétence, étant donné que les faits qui imposaient l'ouverture d'une enquête se trouvaient eux-mêmes soustraits *ratione temporis* de son examen. De la même façon qu'un Etat n'est pas tenu de redresser les torts du passé, rien ne

---

c. Royaume-Uni, req. n° 23413/94, décision du 28 novembre 1995, *D.R.*, vol. 83 (série B), pp. 31-47, spéc. p. 41, au titre du prétendu défaut de prévention et de conseil des parents au sujet des risques de pathologie qu'encourait leur fille en raison de l'exposition préalable du père à des radiations nucléaires.

[1411] *Moldovan et Rostaş c. Roumanie*, req. n° 41138/98, 64320/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 13 mars 2001, En droit, § 1: la Cour ne fait que reprendre la solution qu'elle avait déjà retenue dans l'affaire *Yagiz* dans laquelle la plainte avait toutefois été formée au seul titre des mauvais traitements subis avant la prise d'effet de la déclaration turque (req. n° 19092/91, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 7 août 1996, §§ 21, 28 ; voir également, en ce sens, *B. A. c. Turquie*, req. n° 15505/89, décision de la Commission du 12 mars 1990 non publiée). Il faut noter en revanche que la Cour allait faire du défaut d'investigation une circonstance aggravante de l'inaptitude caractérisée des autorités à prendre l'ensemble des mesures qu'imposait le rétablissement des conditions de vie des requérants pour lequel elle s'est reconnue compétente (arrêt du 12 juillet 2005 précité, § 107, a).

[1412] Voir l'affaire *McCann c. Royaume-Uni* (req. n° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995) dans laquelle la Cour a, pour la première fois, considéré que le droit à la vie qu'impose l'article 2, combiné au devoir général établi à l'article premier de la Convention, « implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme (§ 161).

[1413] Le respect de l'article 3 requiert désormais une enquête officielle effective, chaque fois qu'un individu affirme, de manière défendable, avoir subi pareils traitements aux mains d'agents de l'Etat. Ce dont va s'assurer la Cour, c'est que tous les moyens ont bien été mis en œuvre pour identifier et punir les responsables. L'extension d'une telle garantie s'est, dans un premier temps, limitée à l'article 3 de la Convention avant que les Etats parties n'en aient été tenus aux mêmes exigences aux fins des articles 8, 10 et 14. Voir, sur ce point, E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 397-425, et surtout pp. 400 et 404-408. Cette obligation d'enquête peut également accompagner les mesures de rétablissement du droit au respect des biens reconnu à l'article premier du Protocole n° 1 comme la Cour a pu en juger dans son arrêt *Novosseletski c. Ukraine* du 22 février 2005 (req. n° 47148/99, § 103).

[1414] Pour l'article 2, voir par ex. *A. K. et V. K. c. Turquie*, req. n° 38418/97, arrêt de la Cour du 30 novembre 2004, §§ 49 et ss. Pour l'article 3, voir notamment *Labita c.* Italie, req. n° 26772/95, arrêt de la Cour (G.C.) du 6 avril 2000, §§ 130-136. Voir également l'arrêt *Teren Aksakal c. Turquie* du 11 septembre 2007 dans lequel la Cour considère que « l'existence de portées autonomes des obligations matérielles et procédurales de l'Etat ne prête pas à discussion s'agissant de l'examen au fond de ces obligations sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention » (req. n° 51967/99, §§ 69, 77).

[1415] Voir par ex. *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, arrêt de la Cour (G.C.) du 10 mai 2001, §§ 130-131.

l'obligerait, en somme, à identifier et punir les auteurs d'une infraction commise avant l'entrée en vigueur de la Convention[1416]. La Cour a réitéré cette solution dans plusieurs affaires, envisageant à chaque occasion la question de savoir si les actes litigieux avaient été commis avant la date critique ou avaient continué d'être perpétrés par la suite comme dans le cas de la *disparition* de personnes détenues par les autorités[1417], situation que l'on associe à un moment déterminé – celui au cours duquel la personne disparue a été vue pour la dernière fois –, mais qui se caractérise par une incertitude permanente s'agissant du sort de la victime[1418].

[1416] Voir, en ce sens, S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 139. *A contrario*, K. Altiparmak, « The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law », *Turkish Yearbook of Human Rights*, 1999-2003, pp. 3-50 et *infra*, note n° 112.

[1417] Voir l'arrêt *Chypre c. Turquie* déjà cité du 10 mai 2001 (§§ 129-130) et l'arrêt *Varnava et autres c. Turquie* du 10 janvier 2008 (§§ 109-111). Détention ou disparition, on pouvait, à l'origine, légitimement se poser la question de savoir laquelle de ces deux situations fondait la compétence temporelle de la Cour puisque la seconde n'est pas *per se* envisagée par la Convention. La Cour subordonnait ainsi la recevabilité *ratione materiae* des réclamations à la captivité de l'individu au jour où il avait été vu pour la dernière fois (voir *Çakici c. Turquie*, req. n° 23657/94, arrêt du 8 juillet 1999, § 87 ; *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, § 132). Si c'est toujours le cas aujourd'hui, on comprend toutefois que la Cour ne s'assure du respect d'une telle condition que pour présumer l'implication des autorités dans la disparition, et n'y voit en aucune façon le fondement de sa compétence temporelle. C'est ce qu'on peut déduire de l'arrêt *Chypre c. Turquie* au terme duquel la Cour a conclu à la violation des obligations procédurales des articles 2 (10 mai 2001, §§ 131-136, et spéc. § 132 : « l'obligation procédurale vaut également lorsqu'il existe (…) un grief défendable qu'un individu (…) a disparu dans des circonstances pouvant être considérées comme mettant sa vie en danger ») et 5 de la Convention (§§ 147-151, et surtout § 147 : « [l]es autorités qui ont mis la main sur un individu sont tenues de révéler l'endroit où il se trouve. C'est pourquoi il faut considérer que l'article 5 leur fait obligation de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition et de mener une enquête rapide et efficace (…) ») malgré l'absence de preuves attestant de la prolongation, pendant la période litigieuse, de la détention initiale (§§ 150-151).

[1418] Arrêt déjà cité *Varnava et autres c. Turquie* du 10 janvier 2008 ; voir également l'arrêt rendu par la Grande Chambre le 18 septembre 2009, spéc. §§ 147-150. La situation de disparition concerne évidemment celui dont on ignore le sort mais ce sont les sentiments que cette disparition est susceptible d'inspirer à ses proches que la Cour en déduit la continuité : « *the phenomenon of disappearances which, although linked to a specific point of time when the missing person was last seen and the surrounding circumstances, may be distinguished from conventional cases of use of lethal force or unlawful killings (...). In the latter cases, the fate of the victim is known; the former are characterised by* an ongoing situation of uncertainty and, not infrequently, callous inaction, obfuscation and concealment » (arrêt du 10 janvier 2008, §§ 112-113 ; nous soulignons). Pareille définition s'inspire de celle des « disparitions forcées » retenue à l'article 7 § 2 i) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale que reprend le Comité des droits de l'homme (*Boucherf c. Algérie*, Comm. No. 1196/2003, constatations du 30 mars 2006, § 9.2), et qui insiste sur le fait que l'« Etat ou [l'] organisation politique (…) refuse d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée ». Pour la Cour interaméricaine, voir *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, Série C, n° 4, § 155 ; *Blake c. Guatemala*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 juillet 1996, Série C, n° 27, § 24 : *l'effet continu* de la disparition est illustré par la dissimulation des restes du corps de M. Blake, la totale indifférence des autorités et le manque de transparence s'agissant des événements ; voir plus récemment, *Radilla-Pacheco c. Mexique*, arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 23 novembre 2009, Série C, n° 209, §§ 15-41. Le caractère continu de la disparition n'a, pour le reste, jamais été contesté, et les rédacteurs de la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées en ont pris acte au titre des délais de prescription (article 8 § 1 de la Convention ; texte de la Convention consulté le 10 mars 2011 sur le site http://legifrance.gouv.fr/).

413. Ce n'est qu'au cours d'une période plus récente que la Cour européenne des droits de l'homme a consenti à assouplir les conditions d'établissement de sa compétence temporelle. Parce que les exigences procédurales s'étendent au-delà du stade de l'instruction préliminaire et que leur méconnaissance est, par elle-même, susceptible de violer les droits de l'intéressé, la Cour a d'abord pu admettre sa compétence dans des affaires où une procédure judiciaire introduite par le réclamant, et au terme de laquelle les autorités avaient eu la possibilité de redresser les violations alléguées, s'était achevée après la date critique. En juger autrement aboutissait, selon la Cour, à faire de l'antériorité des faits de la cause un prétexte pour ne pas tenir compte de l'entrée en vigueur de la Convention dans les affaires pendantes. C'est sur ce fondement qu'elle a examiné, dans les affaires *Balasoiu* et *Teren Aksakal*[1419], la manière par laquelle avaient été conduites les investigations au titre du respect des articles 2 et 3[1420]. En l'absence d'une procédure au moins pour partie étalée après la date cruciale, le juge européen n'était toutefois, jusqu'à ce point, toujours pas en mesure de sanctionner l'inertie étatique[1421]. Un cap supplémentaire sera franchi dans l'affaire *Šilih c. Slovénie*, dans laquelle la Cour juge que l'obligation découlant de l'article 2 de la Convention de mener une enquête effective s'impose à l'Etat, y compris dans le cas où le décès est survenu avant la date critique. Dans cette affaire, la Cour précise toutefois, s'agissant de l'applicabilité *ratione temporis* de l'obligation procédurale, qu'il doit

[1419] C'est dans sa décision *Balasoiu c. Turquie* (req. n° 37424/97, En droit, § 1) du 2 septembre 2003 que la Cour a, pour la première fois, retenu pareil fondement et dissocié de la plainte dirigée contre les traitements subis par la requérante celle qui concernait le suivi des poursuites à l'encontre de leurs prétendus auteurs. C'est seulement dans son arrêt *Aksakal c. Turquie* du 11 septembre 2007 qu'elle en expose clairement les raisons (req. n° 51967/99, § 76). Elle avait, entre temps, appliqué la même solution dans l'affaire *Novosseletski c. Ukraine* et examiné l'attention portée par les tribunaux, dans les affaires pendantes, à la question de la légalité d'une ingérence commise avant la période couverte par sa compétence (req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005 précité, §§ 104 et ss., spéc. § 112). Le Comité des droits de l'homme retiendra la même solution au titre de la prolongation et du non aboutissement de la procédure qu'avait engagée les requérants dans le but de remédier au défaut d'enquête et de poursuite des coupables (*Sankara* et al. *c. Burkina-Faso*, Comm. No. 1159/2003, constatations du 28 mars 2006, § 6.3 ; extraits des constatations du Comité cités *infra*, note n° 1441).

[1420] C'est sur la base de l'article 6 § 1 que la Cour avait pu envisager dans l'affaire *Moldovan* précitée la conduite des investigations. Certains requérants avaient effectivement invoqué la répercussion des retards pris dans l'enquête sur la durée de la procédure civile et la Cour va considérer, après avoir tenu compte desdits retards dans son calcul, que le délai de jugement n'était effectivement pas compatible avec les exigences de l'article 6 (§§ 123-131, et spéc. § 126). L'assouplissement jurisprudentiel constitue donc, à cet égard, une étape supplémentaire dans le processus d'autonomisation des obligations procédurales puisqu'en admettant qu'elle puisse connaître du volet procédural d'une obligation substantielle nonobstant la date des faits susceptibles d'y contrevenir, la Cour peut envisager la même question au titre cette fois de ladite disposition et non plus sur le seul fondement de l'article 6.

[1421] En l'absence d'une procédure au moins pour partie postérieure à la date cruciale, le juge européen ne s'estimait pas compétent *ratione temporis* : voir par ex. *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, req. n° 46477/99, arrêt de la Cour du 14 mars 2002, § 69. Cette solution revenait ainsi à affaiblir l'obligation faite aux autorités d'agir d'office, la solution appliquée aux obligations procédurales étant effectivement la même que celle envisagée au titre de l'article 13 et du droit à un recours effectif (voir, à ce sujet, les affaires citées *supra*, note n° 1327).

> « exister un lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat défendeur. Ainsi, il doit être établi qu'une part importante des mesures procédurales requises par cette disposition – non seulement une enquête effective sur le décès de la personne concernée, mais aussi le déclenchement d'une procédure adéquate visant à déterminer la cause du décès et à obliger les responsables à répondre de leurs actes (…) – ont été ou auraient dû être mises en œuvre après la date critique » [1422].

La Cour juge cette dernière condition remplie au vu des faits d'espèce, observant que le décès du fils des requérants s'est produit un an seulement avant l'entrée en vigueur de la Convention européenne à l'égard de la Slovénie, et que l'ensemble des procédures pénales et civiles avaient été engagées et menées après cette date[1423]. Les mêmes considérations la conduiront à retenir une solution identique dans l'arrêt *Lyubov Efimenko c. Ukraine* du 25 novembre 2010[1424], et plus récemment encore, dans l'arrêt *Lăpuşan et autres c. Roumanie* du 8 mars 2011[1425]. Il reste que la distinction entre la nature matérielle ou procédurale de l'obligation étatique mise en cause a encore son importance, s'agissant des conditions d'établissement de la compétence *ratione temporis*. A supposer effectivement qu'aucune procédure n'ait été engagée et/ou menée après la date critique, la Cour sera logiquement conduite, en conformité à la règle dégagée dans l'affaire *Šilih*, à tenir compte de la date de survenance des faits qui justifiaient l'ouverture d'une enquête, et le cas échéant, à s'estimer incompétente en raison de la trop longue durée séparant cette date de celle d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat mis en cause. A l'inverse, cette durée ne fera, en rien, obstacle à ce que la Cour examine le bien-fondé des griefs relatifs à la prétendue inobservation continue par l'Etat des obligations positives matérielles qui étaient à sa charge.

2. Les situations continues dans la pratique du Comité des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

414. A l'image de l'étude de la jurisprudence européenne, celle de la pratique des organes américain et onusien de protection des droits fait affleurer l'idée que derrière chaque violation continue se cache une situation non moins durable. Il est effectivement possible de parler d'une véritable doctrine des « effets persistants » pour restituer l'esprit dans lequel les premières violations continues ont été caractérisées par le Comité des droits de l'homme et la

[1422] Req. n° 71463/01, arrêt (G.C.) du 9 avril 2009, § 163.
[1423] Arrêt du 9 avril 2009 précité, §§ 164-167.
[1424] Req. n° 75726/01, arrêt du 25 novembre 2010, §§ 62-66.
[1425] Req. n° 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06, 39067/06, arrêt du 8 mars 2011, §§ 58-61.

Cour interaméricaine de San José (a). Ce n'est que plus récemment que les organes ont vu leur tâche compliquée par des considérations qui les détournent de la question de la durée des situations litigieuses (b).

a. La doctrine des « effets persistants »

415. On ne peut convenablement introduire la pratique du Comité des droits de l'homme sans faire état de sa volonté de ne pas se départir de la situation individuelle du requérant. De son propre aveu, le Comité a vocation à connaître autant « des faits qui se sont produits après le jour d'entrée en vigueur du Protocole [que] de ceux qui, bien que survenus avant l'entrée en vigueur du Pacte, ont perduré ou ont continué d'avoir des effets qui, en eux-mêmes, constitueraient une violation du Pacte après cette date »[1426]. Après l'avoir affirmé dans plusieurs affaires, le Comité s'est lancé, avec une certaine réussite, à la poursuite d'« effets persistants » sans, par ailleurs, accorder d'attention particulière au libellé des déclarations établissant sa compétence. Dans son Observation n° 24, le Comité indique, à ce sujet, que :

> « des réserves ont été faites dans le but de limiter la compétence du Comité aux faits et événements survenus après l'entrée en vigueur du premier Protocole facultatif pour les Etats intéressés. De l'avis du Comité, il s'agit là non pas d'une réserve, mais le plus souvent d'une déclaration conforme à sa compétence

[1426] Traduction du *dictum* repris dans plusieurs affaires : « *facts, in so far as they have occured on or after (...) or continued or had effects which themselves constitute a violation after that date* ». Voir, par exemple, à propos d'une détention pour partie postérieure à l'entrée en vigueur du Pacte, *Carballal c. Uruguay*, Comm. No. R. 8/33, constatations du 27 mars 1981, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 240-246, spéc. p. 245, § 13 ; et encore, parmi beaucoup d'autres : *Altesor c. Uruguay*, Comm. No. R. 10/1977, constatations du 29 mars 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 248-258, spéc. p. 258 ; *Teti c. Uruguay*, Comm. No. R. 18/73, constatations du 1er avril 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 287-296, et spéc. p. 296 ; *Luyeye Magana c. Zaïre*, Comm. No. R. 22/90, constatations du 21 juillet 1983, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 187-192, et spéc. p. 191 ; *Viana Acosta c. Uruguay*, Comm. No. R. 25/110, constatations du 29 mars 1984, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 225-233, et spéc. pp. 231-232 ; *Manera Lluberas c. Uruguay*, Comm. No. R. 26/123, constatations du 6 avril 1984, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 233-241, spéc. pp. 239-240. Voir, également, pour une audition antérieure à l'entrée en vigueur du Pacte mais à l'origine d'un internement continu au titre de la loi sur la santé mentale : *A. c. Nouvelle-Zélande*, Comm. No. 754/1997, constatations du 15 juillet 1999, § 6.2. La formule est maladroitement traduite dans l'affaire *M.T. c. Espagne* (Comm. No. 310/1988, décision sur la recevabilité du 11 avril 1991) pour faire obstacle *ratione temporis* à une réclamation visant des actes de torture et de contrainte subis avant la date critique : « le Comité n'a pas compétence *ratione temporis* pour examiner les allégations concernant les actes (…) sauf si lesdits actes continuent de produire des effets après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif et continueraient de violer le Pacte ou avaient des effets qui constituaient une violation du Pacte » (*sic*, § 5.2). Dans sa version anglaise, il apparaît avec clarté que le Comité peut tout autant connaître des « faits continus » que d'événements instantanés à effets continus. Le Comité contre la torture applique la même solution : voir, par ex., *A. A. c. Azerbaïdjan*, Comm. No. 247/2004, 8 décembre 2005, § 6.4 : « [l]e Comité (…) peut examiner des griefs portant sur des violations constituées par des faits qui se sont produits avant que l'Etat partie ne déclare reconnaître la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications individuelles faisant état de violations de la Convention *si les effets de ces violations continuaient de se faire sentir après l'entrée en vigueur de la déclaration* (…) et constituait en soi une violation de la Convention » (nous soulignons).

normale *ratione temporis*. Dans le même temps, le Comité a soutenu qu'il était compétent, même en cas de déclarations ou observations de cette nature, lorsque des événements ou actes intervenus avant la date de l'entrée en vigueur du premier Protocole facultatif ont continué, au-delà de cette date, d'avoir un effet sur les droits d'une victime »[1427].

416. Le Comité avait déjà abouti à cette conclusion dans l'affaire *Gueye*, dans laquelle il avait effectivement considéré que les termes de la déclaration interprétative du gouvernement français qui mettaient à l'écart non seulement les « actes, omissions (…) et événements » survenus avant le jour de son dépôt, mais aussi les décisions dont lesdits actes, omissions et évènements auraient pu faire l'objet après cette date, ne l'empêchaient pas de connaître des « conséquences d'actes ou d'omissions liés à l'application continue de lois ou de décisions concernant les droits des réclamants ». Dans cette affaire, le Comité des droits de l'homme jugeait d'ailleurs sa compétence établie en considération du maintien en vigueur de la législation par laquelle l'Etat français avait cristallisé le régime des pensions militaires, et dont certains ayants droit invoquaient le caractère discriminatoire[1428].

C'est finalement dans un esprit proche de celui qui guide la pratique des organes européens que le Comité déniera voir dans la confiscation d'une propriété, une situation susceptible de mettre en cause l'Etat législateur[1429] – encore que le refus discriminatoire de se voir restituer le bien puisse dégager l'apparence d'une violation du Pacte[1430] –, ou qu'il

[1427] Observation générale n° 24 (52) du 4 novembre 1994 déjà citée, § 14. Le raisonnement mené dans les affaires *Kankanamge c. Sri* Lanka (Comm. No. 909/2000, constatations du 27 juillet 2004, notamment § 6.2 : l'édiction et le maintien en vigueur d'actes d'accusation est une violation persistante faisant échec à l'invocation par le gouvernement défendeur de la réserve *ratione temporis* qu'il a incluse dans sa déclaration d'acceptation de la compétence du Comité), *K. V. & C. V. c. Allemagne* (Comm. No. 568/1993, décision sur la recevabilité du 8 avril 1994, § 4.2), *Paraga c. Croatie* (Comm. No. 727/1996, constatations du 4 avril 2001, §§ 5.2-5.4) et *Norma Yurich c. Chili* (Comm. No. 1078/2002, décision sur la recevabilité du 2 novembre 2005, §§ 6.3-6.4) n'en est que pure application.

[1428] Il était effectivement question de la poursuite des négociations que les requérants avaient entreprises en vue d'obtenir revalorisation de leur traitement, ainsi, et surtout, que du refus que leur avait opposé le Ministre de l'Economie et des Finances après la date fatidique : *Gueye* et al. *c. France* (Comm. No. 196/1985, constatations du 3 avril 1989, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 312-319, spéc. p. 316). Pour un commentaire de cette affaire, voir P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, *op. cit.*, pp. 150-151 ; R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », pp. 504-505. Voir également l'affaire *Simalae Toala* et al. *c. Nouvelle-Zélande* (Comm. No. 675/1995, constatations du 2 novembre 2000, § 6.3) dans laquelle le Comité des droits de l'homme ne va pas davantage distinguer les effets persistants d'une loi réputée avoir privé les requérants de leur nationalité, du refus d'octroi du permis de résidence et de l'arrêté d'expulsion qui leur avaient, par la suite, été opposés.

[1429] Voir ici *Abel da Silva Queiroz* et al. *c. Portugal*, Comm. No. 969/2001, décision sur la recevabilité du 26 juillet 2005, § 6.4. : la question ne se posait pas, dans cette affaire, au titre de la privation du bien – puisque le droit de propriété n'est pas garanti par le Pacte (voir déjà en ce sens, *Könye et Könye c. Hongrie*, Comm. No. 520/1992, décision sur la recevabilité du 7 avril 1994, § 6.2) –, mais au titre du caractère prétendument discriminatoire du régime d'indemnisation que le Comité jugeait indissociable de la promulgation de la législation mise en cause.

[1430] Voir l'affaire *Joseph Frank Adam c. République tchèque* (Comm. No. 586/1994, constatations du 23 juillet 1996), dans laquelle la confiscation s'était produite avant la date critique mais où le Comité va tout de même

s'estimera compétent pour connaître de la situation qu'avait fait naître une décision antérieure à l'entrée en vigueur du Protocole facultatif. Dans l'affaire *J. L. c. Australie*, le Comité s'est ainsi jugé apte à connaître des conditions dans lesquelles avaient été rendues les décisions litigieuses qui, bien que formellement exclues du domaine de compétence *ratione temporis*, avaient eu pour effet de priver le requérant de la possibilité d'exercer sa fonction en le radiant de l'ordre des avocats et en ne lui offrant aucune perspective de réinscription[1431]. On pourrait également rapprocher des circonstances de l'affaire *De Becker* portées à l'attention de la Commission européenne des droits de l'homme, celles dont le Comité avait eu à connaître dans l'affaire *Lovelace c. Canada,* et au sujet desquelles il avait, d'office, soulevé la question de sa compétence *ratione temporis*[1432]. Toute la série d'événements portés à son attention semblait, ici, dériver de la perte du statut d'indien que l'union de la requérante à une personne n'appartenant pas à sa communauté avait déclenchée, conformément à l'*Indian Act of Canada*. La requérante n'attaquait pas l'effet immédiat de cette législation mais plutôt l'impossibilité dans laquelle elle s'était trouvée, après son divorce, de réintégrer la réserve dont elle était issue, et d'y vivre en toute légalité[1433]. Le Comité allait s'estimer compétent pour connaître de tels « effets persistants », sans toutefois clairement en attribuer la paternité à l'Acte ou au mariage de la réclamante[1434].

417. La parenté avec la jurisprudence européenne ne s'arrête pas là et il serait toujours possible de multiplier les points de rencontre[1435]. Quant aux divergences, elles

---

s'estimer compétent en considération de la persistance des « effets de la nouvelle loi, qui ne s'applique pas aux demandeurs qui ne sont pas des citoyens tchèques (…) après l'entrée en vigueur du Protocole (…) [et] qui pourrai[ent] entraîner une discrimination en violation de l'article 26 du Pacte » (6 § 3). Dans le même sens, *Drobek c. Slovaquie*, Comm. No. 643/1995, décision sur la recevabilité du 14 juillet 1997, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 235-240, et spéc. p. 238.

[1431] *J. L. c. Australie*, Comm. No. 491/1992, décision sur la recevabilité du 28 juillet 1992, spéc. § 4.2 : « même si les débats pertinents de la Cour se sont déroulés avant le 25 septembre 1991, les effets des décisions de la Cour suprême persistent actuellement ».

[1432] *Lovelace c. Canada*, *Comm*. No. 24/1977, constatations du 30 juillet 1981, *I.L.R.*, vol. 68, pp. 17-28. Voir également S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on civil and political rights. Cases, materials and commentary*, New York, Oxford University Press, 2004, 2ème éd., pp. 58-59 (extraits commentés). Les circonstances de cette affaire sont commentées par P. R. Ghandhi, in *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, *op. cit.*, pp. 143-144.

[1433] Se greffait à cette plainte celle relative au caractère discriminatoire de l'Acte qui n'aurait pas, au titre des mêmes circonstances, privé un homme de son statut d'indien.

[1434] Le Comité évoque tantôt les effets de l'Indian Act (*I.L.R.*, vol. 68, pp. 18 et 26, § 13.1 : « *continuing effect of the Indian Act* »), tantôt ceux du mariage (*ibid.*, p. 21, § 7.3 : « *[i]t is relevant for the Committee to know whether the marriage of Mrs. Lovelace in 1970 has had any such effects* ») pour établir sa compétence. Voir sur ce point l'opinion individuelle du juge N. Bouziri, qui fondait la compétence du Comité sur le seul maintien de la disposition législative (*ibid.*, p. 28 : « *[t]he Act is* still in force *and, even though the case arose before the date (…), Mrs Lovelace is* still suffering *from the discriminatory effects of the Act* » (nous soulignons).

[1435] On se contentera d'en rapporter deux nouveaux exemples : les circonstances de l'affaire *Toonen c. Australie* (Comm. No. 488/1992, constatations du 31 mars 1994, *I.L.R.*, vol. 112, pp. 328-344), qui rappellent celles de l'affaire *Dudgeon* (voir *supra*, n° 407 et note n° 1390) puisque étaient en cause des dispositions légales issues du Code criminel de Tasmanie de 1924 incriminant l'homosexualité, et dont le requérant considérait qu'elles

semblent ne tenir à rien d'autre qu'à la variété et à l'étendue des droits protégés par les textes[1436]. Le constat est d'ailleurs tout aussi valable s'agissant des solutions retenues par la

---

constituaient une menace permanente à sa vie privée. Le Comité jugera, comme la Cour, que le maintien en vigueur de cette loi affectait actuellement et de façon permanente les droits du requérant (*ibid.*, p. 340 : « *Mr Toonen is actually and currently affected by the continued existence of the Tasmanian laws* »). L'autre exemple est celui des condamnations prononcées avant la période couverte par la compétence, et qui seront le plus souvent considérées comme n'emportant pas de « conséquences contraires » au Pacte (voir *M.A c. France*, Comm. No. 117/1981, décision sur la recevabilité du 10 avril 1984, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 242-250 et spéc. p. 249, § 13.2 ; *a contrario J. L. c. Australie*, Comm. No. 491/1992, décision sur la recevabilité du 28 juillet 1992, spéc. § 4.2) ni, la plupart du temps, à la Convention européenne (voir *infra*, note n° 1490), les requérants pouvant toutefois, dans les deux cas, utilement invoquer les conditions dans lesquelles ils ont été incarcérés pour fonder la compétence *ratione temporis* de l'organe : pour le Comité, voir *Almirati Nieto c. Uruguay*, Comm. No. R. 23/92, constatations du 21 juillet 1983, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 200-210, et spéc. pp. 205-206 ; pour les organes européens, *Mc Feeley* et al. *c. Royaume-Uni*, req. n° 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, § 24. S'agissant des durées de détention et de jugement, il y a par ailleurs lieu de faire remarquer la similitude d'approche retenue par les organes européens et onusiens de protection des droits de l'homme, le Comité distinguant tout autant la durée de détention provisoire ou de jugement qui seule relève de son domaine de compétence et la durée antérieure à l'entrée en vigueur du Protocole qui pourrait éventuellement être prise en compte au fond pour juger du caractère raisonnable de la première : *Altesor c. Uruguay*, Comm. No. R. 10/1977, constatations du 29 mars 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 248-258, spéc. pp. 254 et ss. ; *Teti c. Uruguay*, Comm. No. R. 18/73, constatations du 1er avril 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 287-296, et spéc. p. 296 ; *Cámpora c. Uruguay*, Comm. No. 66/1980, constatations du 12 octobre 1982, *I.L.R.*, vol. 71, pp. 345-353, et spéc. pp. 350-353 ; *Almirati Nieto c. Uruguay*, Comm. No. R. 23/92, constatations du 21 juillet 1983, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 200-210, et spéc. pp. 208-209 ; *Manera Lluberas c. Uruguay*, Comm. No. R. 26/123, constatations du 6 avril 1984, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 233-241, spéc. pp. 235 et ss. ; *Solorzano c. Venezuela*, Comm. No. 156/1983, constatations du 26 mars 1986, *I.L.R.*, vol. 94, pp. 400-410, et spéc. pp. 406-410.

[1436] Les solutions du Comité sont tout autant révélatrices de la portée *ratione materiae* des dispositions qu'il a vocation à appliquer. On peut citer à cet égard le refus du Comité de connaître des disparitions débutées avant la date critique. Si les disparitions ne relèvent pas *per se* du champ d'application du Pacte de 1966, ni d'ailleurs de la Convention européenne des droits de l'homme, le Comité n'a pas, contrairement à la Cour, trouvé le moyen de s'en saisir par le truchement du droit à la vie dont elle ne connaît que des atteintes instantanées. Ainsi, la disparition suivra effectivement le sort de sa « cause » et sera ainsi réputée consommée au jour où l'assassinat auquel on impute la disparition a eu lieu : *R. A. V. N. c. Argentine* (Comm. No. 343, 344 & 345/1988, décision sur la recevabilité du 26 mars 1990, § 5.3) ; la disparition pourra, en revanche, intégrer la sphère de compétence s'il s'avère que la détention de la personne s'est poursuivie après la date cruciale : *Bleier c. Uruguay* (Comm. No. 30/1978, constatations du 29 mars 1982) et *Quinteros c. Uruguay* (Comm. No. 107/1981, constatations du 21 juillet 1983 ; voir *infra*, note n° 1441) ; *Norma Yurich* (Comm. No. 1078/2002, décision sur la recevabilité du 2 novembre 2005, § 6.4 : « l'auteur ne se réfère à aucun acte de l'Etat partie (…) constituant une *confirmation* de la disparition forcée »). Autre exemple, la mise en cause des effets d'une condamnation n'entrera pas davantage dans la catégorie de demandes auxquelles le Comité pourrait faire droit (*M.A. c. Italie*, Comm. No. 117/1981, décision sur la recevabilité du 10 avril 1984, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 242-250 et spéc. p. 249, § 13.2) et ce, même si le requérant prétend encore en porter les stigmates (*J. K. c. Canada*, Comm. No. 174/1984, décision sur la recevabilité du 26 octobre 1984, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 277-279, et spéc. p. 279 : « *in the circumstances referred to (..) the consequences as described by the author do not themselves raise issues under the International Covenant* »). Voir également *Vladimir S. Zhurin c. Russie* (Comm. No. 851/1999, décision sur la recevabilité du 2 novembre 2004, § 6.5.) dans laquelle le Comité rappelle qu'« en l'absence de facteurs additionnels, une peine d'emprisonnement ne constitue pas un 'effet continu' (en violation du Pacte) suffisant pour que les circonstances qui ont conduit à l'emprisonnement de l'auteur soient de la compétence *ratione temporis* du Comité » ; déjà, en ce sens, *Baulin c. Russie*, Comm. No. 771/1997, décision sur la recevabilité du 31 octobre 2002, § 6.2 ; *Yong-Joo Kang c. République de Corée*, Comm. No. 878/1999, constatations du 15 juillet 2003, § 6.3. Il en irait différemment toutefois d'une peine imposée à la suite d'une condamnation pénale qui a, ensuite, été annulée et qui peut produire des effets aussi longtemps que la personne condamnée à cette peine n'a pas été indemnisée conformément à la loi : *Fongum Gorji-Dinka c. Cameroun*, Comm. No. 1134/2002, constatations du 17 mars 2005, § 4.5 ; voir également *Adimayo, Aduayom, Diasso & Dobou c. Togo*, Comm. No. 422/1990, constatations du 12 juillet 1996, avec, comme circonstance aggravante, le refus de réintégrer les ex-détenus dans leurs fonctions (§ 6.2). Constitueront également des « incidents à effets persistants » l'impossibilité pour le requérant d'introduire une action en dommages et intérêts pour sa détention réputée arbitraire ainsi que les poursuites engagées contre lui pour calomnie et qui n'avaient, jusqu'alors,

Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cette dernière est tout autant partisane de la « doctrine des effets persistants »[1437] mais ne lui donne, selon les circonstances, pas nécessairement la même tournure[1438]. L'affaire dite de la *Communauté de Moiwana* a permis de l'illustrer. Les rescapés d'un massacre perpétré par les forces armées surinamiennes avaient saisi la Cour d'une réclamation concernant la situation dans laquelle ils se voyaient toujours contraints de vivre à l'écart de leurs terres ancestrales sans, par ailleurs, avoir connaissance de l'identité des criminels. En se fondant sur le fait qu'elle pouvait, « dans l'hypothèse d'une violation continue ou permanente (…), connaître des actes et omissions survenant après la reconnaissance de sa juridiction, y compris de leurs effets respectifs »[1439], la Cour de San José partageait les vues du Comité des droits de l'homme exprimées dans son

---

toujours pas été abandonnées : *Paraga c. Croatie*, Comm. No. 727/1996, constatations du 4 avril 2001, § 5.3 ; voir également, en ce sens, *Majuwana Kankanamge c. Sri Lanka*, Comm. No. 909/2000, constatations du 27 juillet 2004, § 6.2.

[1437] Voir l'alternative rappelée dans l'affaire *Girls Yean and Bosico c. République Dominicaine* (arrêt déjà cité du 8 septembre 2005, Série C, n° 130, § 106) au terme de laquelle « *the Court has jurisdiction to hear and declare violations to the Convention in two different situations: when the facts that produced a violation are subsequent to the date of acceptance of its jurisdiction, or in the case of a continuing or permanent violation that persists after the acceptance, even though it began before it* » (nous soulignons), à rapprocher de la formule utilisée dans l'affaire *Blake c. Guatemala* (arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 juillet 1996, Série C, n° 27, § 40) : « *[t]he Court is therefore competent to examine the possible violations which the Commission imputes to the Government in connection with those effects and actions insofar as it relates to effects and actions subsequent to its acceptance* ». La Cour semble d'ailleurs justifier l'approche en vertu du même impératif d'effectivité : « *[t]he States Parties to the Convention must guarantee compliance with its provisions and its effects* (effet utile) *within their own domestic laws. This principle applies not only to the substantive provisions of human right treaties (in other words, the clauses on the protected rights*), but also to the procedural provisions, such as the one concerning recognition of the Tribunal's contentious jurisdiction » (*Nogueira de Carvalho* et al. *c. Brésil*, arrêt de la Cour du 28 novembre 2006, Série C, n° 161, spéc. § 42 ; nous soulignons) ; voir également l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade jointe à l'arrêt de la Cour du 23 novembre 2004 rendu dans l'affaire *Sœurs Serrano Cruz c. El Salvador,* spéc. §§ 7-10. Pour une vue d'ensemble des violations continues dans la pratique de la Cour, voir J. M. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2003, pp. 110-113 ; du même auteur : « Preliminary Objections Before the Inter-American Court of Human Rights : Legitimate Issues and Illegitimate Tactics », *Virginia Jl. I.L.*, 1999, pp. 1-114.

[1438] Pour bon nombre d'hypothèses, les justiciables seront *ratione temporis* logés à la même enseigne : la privation de propriété constituera un acte instantané à effet continu : *Cantos c. Argentine*, arrêt du 7 septembre 2001, § 38 ; voir, de même, pour la torture dont les organes ne sauraient connaître sans appliquer rétroactivement la Convention ou le Pacte : pour la Cour interaméricaine, voir *Alfonso Martín del Campo-Dodd c. Mexique*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004, Série C, n° 113, § 79 ; pour le Comité, voir par ex. *Kouidis c. Grèce*, Comm. No. 1070/2002, constatations du 28 mars 2006, § 6.4. La prolongation d'une détention permettra, en revanche, à la Cour – comme au Comité et aux organes européens – de se déclarer compétente : *Caesar c. Trinité-et-Tobago*, arrêt du 11 mars 2005, Série C, n° 123, §§ 107 et ss. Une disparition forcée sera, par ailleurs, systématiquement qualifiée de violation continue par la Cour de San José : voir *Blake c. Guatemala*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 juillet 1996, Série C, n° 27, §§ 35-40, et l'opinion séparée du juge Cançado Trindade, spéc. § 9 ; *Sœurs Serrano Cruz c. El Salvador*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 23 novembre 2004, Série C, n° 118, spéc. §§ 100-106. L'absence de mesures positives matérielles sera également réputée placer les requérants dans une situation contraire à ce qu'exige la Convention : voir, par exemple, pour le droit à la nationalité et la protection de l'enfance, *Girls Yean and Bosico c. République Dominicaine*, arrêt de la Cour du 8 septembre 2005, Série C, n° 130, §§ 132-135.

[1439] *Communauté de Moiwana c. Suriname*, arrêt de la Cour du 15 juin 2005, Série C, n° 124, § 39. Voir déjà en ce sens *Soeurs Serrano Cruz c. El Salvador*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 23 novembre 2004, Série C, n° 118, § 67 ; *Alfonso Martín del Campo-Dodd c. Mexique*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004, Série C, n° 113, § 79.

Observation générale n° 27 pour opposer au gouvernement défendeur l'obligation qui lui était faite d'« établir les conditions pour permettre aux personnes déplacées de retourner volontairement chez eux, dans la sécurité et la dignité »[1440]. Mais là où la date de survenance du massacre aurait immanquablement invité le Comité[1441], ainsi d'ailleurs que la Cour européenne des droits de l'homme jusqu'à une période récente, à ne pas y faire droit, la Cour de San José allait recevoir la seconde demande relative à l'identité des criminels, et même considérer que les autorités avaient engagé leur responsabilité en s'abstenant de prendre les mesures procédurales qu'imposait le respect de la Convention[1442]. On doit donc en conclure qu'en adhérant à la Convention interaméricaine, l'Etat assume l'obligation de faire, le cas

[1440] Elle citait ici les extraits pertinents de l'Observation générale n° 27 (67) du Comité des droits de l'homme avant d'aboutir à cette solution : arrêt précité du 15 juin 2005, § 111. Voir par ailleurs sur ce point les observations de P. A. Ormachea, « *Moiwana Village* : the Inter-American Court and the 'Continuing Violation' Doctrine », *Harvard Human Rights Law Journal*, 2006, pp. 283-288, spéc. p. 285 et ss., ainsi que celles de T. Russell Gibson qui considère que la Cour fait ici usage d'une fiction pour établir sa compétence temporelle : « *[t]he legal fiction here is that when the Court writes that Suriname has not made conditions satisfactory for the villagers' return, it implies the conditions are bad. The conditions are bad because of the massacre, which created a condition unacceptable to the international community. Furthermore, this recognition of unacceptable conditions inherently condemns Suriname for maintaining the conditions it created. This inherent condemnation is a judgement against Suriname for its actions prior to becoming a Member State* » (« True Fiction : Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court's Battle with *Ratione Temporis* », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2006-2007, pp. 153-166, spéc. p. 162).

[1441] Voir, à ce titre, l'affaire *R. A. V. N. c. Argentine* (Comm. No. 343, 344 & 345/1988, 26 mars 1990) dans laquelle le Comité des droits de l'homme explique sans ambages qu'« il n'y a droit à recours qu'après que la violation d'un droit stipulé dans le Pacte a été établie » (§ 5.3). Voir également l'opinion individuelle du juge Wennergren qui revient sur la pratique du Comité en la matière et la synthétise ainsi : « ce n'est que lorsqu'il n'y a aucune raison de penser qu'un acte, un fait ou une situation qui constituerait une violation du Pacte puisse encore perdurer ou se soit produit après la 'date critique' que cette obligation [de mener une enquête approfondie] n'a pas à être remplie ». Il cite, à cet égard, les affaires *Bleier c. Uruguay* (Comm. No. 30/1978, constatations du 29 mars 1982) et *Quinteros c. Uruguay* (Comm. No. 107/1981, constatations du 21 juillet 1983) dans laquelle la preuve de la détention postérieure du disparu au jour où l'Etat défendeur avait reconnu la compétence du Comité lui avait permis d'examiner la réclamation. On pourra également citer l'affaire *Sankara* et al. *c. Burkina-Faso* dans laquelle le Comité voit dans les causes de la prolongation de la procédure qui résulte « non d'une erreur (…) imputable aux auteurs, mais d'un conflit de compétence entre autorités », un moyen d'apprécier leur conduite, étant donné que « les violations qui résulteraient du défaut d'enquête et de poursuite des coupables les avaient affectés après l'entrée en vigueur du Protocole (…) en raison du non aboutissement de la procédure » qu'ils avaient engagée (Comm. No. 1159/2003, constatations du 28 mars 2006, § 6.3). A l'inverse, le Comité ne considérera pas qu'il ait pu y avoir « déni de justice » quand les faits en cause échappent à sa compétence à raison de leur date de survenance : *S. E. c. Argentine*, Comm. No. 275/88, décision sur la recevabilité du 26 mars 1990, §§ 5.3-5.4, et les observations de S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on civil and political rights. Cases, materials and commentary*, *op. cit.*, p. 60 ; *Paraga c. Croatie*, Comm. No. 727/1996, constatations du 4 avril 2001, §§ 4.1, 5.2 ; *Norma Yurich*, Comm. No. 1078/2002, décision sur la recevabilité du 2 novembre 2005, §§ 5, 6.3. Le Comité contre la torture retient la même solution : voir *O. R. c. Argentine*, 1-3/1988, 23 décembre 1989 (non publié), §§ 7.3-7.5, cité *in* K. Altiparmak, « The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law », *op. cit.*, pp. 41-42. Il faut toutefois souligner que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a retenu la solution inverse à propos d'un incident ayant eu lieu avant la date critique mais pour lequel il peut connaître de « la carence de l'enquête et l'absence d'efforts déployés par l'Etat partie pour garantir un recours utile au requérant » : *Dragan Durmic c. Serbie-et-Monténégro*, Comm. No. 29/2003, 8 mars 2006, § 6.4.

[1442] Arrêt *Communauté de Moiwana* précité, Série C, n° 124, §§ 43, 148-164. La Cour faisait également référence aux observations du Comité des droits de l'homme sur la situation au Suriname mais pour laquelle celui-ci n'aurait, dans les mêmes conditions, pu tenir aucune constatation, faute de compétence *ratione temporis* (arrêt précité, § 156).

échéant, la lumière sur les exactions du régime précédent[1443] ; cette solution, maintes fois confirmée par la Cour[1444], ne fait que refléter l'importance qu'elle alloue au droit à un recours effectif.

b. La récente reformulation des conditions d'établissement de la compétence temporelle

418. Comité des droits de l'homme et Cour interaméricaine ont, pour des raisons qui leur sont propres, été plus récemment conduits à substituer à la recherche des violations continues, celle d'un acte postérieur à la date critique en vue d'établir leur compétence. Pour le Comité, le glissement apparaît dans l'affaire *Könye et Könye c. Hongrie*. Il était reproché au gouvernement de la nouvelle République de Hongrie de n'avoir pas pris les mesures propres à donner effet aux droits protégés par le Pacte. Les auteurs de la plainte visaient principalement les mesures adoptées pendant la période communiste. Ils invoquaient, pour ne citer qu'elles, la confiscation sans compensation de leur domicile et de leurs biens, les ingérences arbitraires dans leur vie professionnelle, ou encore la saisie des passeports de leurs enfants. Interrogé sur la question de la recevabilité de la plainte *ratione temporis*, le Comité allait simplement faire remarquer que les passeports avaient été rendus à leurs propriétaires, que le harcèlement dont ils avaient pu faire l'objet avait cessé et que, par conséquent, rien n'indiquait que les autorités hongroises avaient persisté dans les actes commis par l'ancien régime. Un tel comportement n'était donc en soi susceptible de constituer « une violation persistante [qui] s'entend de la prolongation, par des actes ou de manière implicite après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, de violations commises antérieurement par l'Etat partie »[1445]. Au vu de ces considérations, le Comité ne semble, dès lors, plus s'en tenir à une analyse centrée sur la conformité de la situation litigieuse à celles garanties par le Pacte. Tout porte à croire qu'il souhaite, auparavant, s'assurer que l'Etat a, quelque part, approuvé les méthodes du régime précédent pour qu'elles puissent lui être imputées. On comprend, au vu

[1443] Sur la portée des mesures positives à prendre pour le rétablissement des conditions d'exercice des droits, voir l'arrêt de la Cour *García-Prieto c. El Salvador* du 20 novembre 2007, Série C, n° 168, § 99.

[1444] Il n'y a effectivement, conformément à cette solution, pas lieu de dater les faits pour lesquels l'Etat est tenu d'enquêter : pour un viol commis avant la date critique, voir ainsi la réclamation *M. Z. c. Bolivie*, décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 10 octobre 2001, § 22 ; pour un meurtre : *Nogueira de Carvalho* et al. *c.. Brésil*, arrêt de la Cour du 28 novembre 2006, Série C, n° 161, spéc. §§ 44-45 ; pour des actes de torture : *Cantoral-Huamaní et García-Santa Cruz c. Perou*, arrêt de la Cour du 10 juillet 2007, Série C, n° 167, §§ 14-19. Pour une disparition forcée, voir par ex. *Blake c. Guatemala*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 juillet 1996, Série C, n° 27, § 40.

[1445] *Könye et Könye c. Hongrie*, Comm. No. 520/1992, décision sur la recevabilité du 7 avril 1994, § 6.4. Voir pour une autre formulation, *Anderson c. Australie*, Comm. No. 1367/2005, décision sur la recevabilité du 31 octobre 2006, § 4.1 : « la poursuite de la violation doit être une affirmation, après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif, par un acte clair ou par implication manifeste, de la violation précédente équivalant à une violation nouvelle et distincte, indépendante de la violation initiale ».

du contexte politique de la Hongrie, et plus généralement de celui des Etats d'Europe centrale et orientale, les considérations qui le poussent à tempérer la charge que chaque nouvel adhérent s'oblige à supporter[1446]. Il faut toutefois prendre conscience du fait qu'il va désormais s'agir, pour établir la compétence du Comité, de recenser une « confirmation » chaque fois que la situation litigieuse aura débuté avant la période couverte par sa compétence.

419. Ce que certains voient comme une nouvelle mise à l'épreuve de la continuité des faits[1447] a ainsi conduit le Comité à ne pas s'estimer compétent pour examiner les réclamations d'anciens combattants qui avaient été internés dans les camps japonais durant la deuxième guerre mondiale. Les requérants invoquaient la responsabilité de l'Etat canadien au titre de la conclusion du Traité de Paix conclu en 1952 avec le Japon qui ne prévoyait aucune compensation pour les anciens prisonniers de guerre. Le Comité considérait toutefois qu'il ne pouvait connaître de cette plainte dans la mesure où les requérants n'avaient pas démontré en quoi leur préjudice actuel tenait aux dispositions prises en application dudit traité, après la date critique[1448]. Constituerait, en revanche, une exacerbation des confiscations survenues au cours de la période communiste, le fait de réhabiliter les seuls propriétaires qui n'avaient pas quitté le territoire à l'époque de leur dépossession, à partir du moment où il s'avère que l'Etat lui-même était responsable du départ des réclamants[1449]. Il en irait de même d'un régime d'indemnisation qui exclut de son champ d'application les victimes de persécutions politiques et dont le caractère discriminatoire est réputé reposer sur des actes postérieurs à l'entrée en

---

[1446] La solution du Comité n'est toutefois guère défendable pour Madame la Présidente Christine Chanet qui considère, dans son opinion individuelle jointe aux constatations du Comité dans l'affaire *Könye et Könye c. Hongrie*, que « lorsqu'il examine une communication au titre du Protocole facultatif, seuls des principes juridiques trouvant leur source dans les dispositions du Pacte doivent conduire le Comité à prendre ses décisions et non des considérations de politique même générale ou la crainte de voir un afflux de communications émanant de pays qui ont changé de système de gouvernement ». Voir également, en ce sens, P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, *op. cit.*, p. 147 et l'opinion de Madame Wedgwood annexée à la décision du Comité rendue dans l'affaire *Anton c. Algérie* (Comm. No. 1424/2005, décision sur la recevabilité du 1er novembre 2006).

[1447] Voir ici S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on civil and political rights. Cases, materials and commentary*, *op. cit.*, pp. 61-62 ; P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, *op. cit.*, pp. 147-150 dont il faut préférer la présentation à celle de K. Altiparmak qui parle de deux façons de caractériser les violations continues sans préciser que la seconde s'est substituée à la première (« The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law », *op. cit.*, pp. 11-13).

[1448] *Atkinson, Stroud & Cyr c. Canada*, Comm. No. 573/1994, constatations du 31 octobre 1995, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 210-222, spéc. p. 221, § 8.2. Voir également, en ce sens, *Julian & Drake c. Nouvelle-Zélande*, Comm. No. 601/1994, décision sur la recevabilité du 3 avril 1997, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 223-235, spéc. p. 233.

[1449] *Simunek, Tuzilova & Prochazka c. République tchèque*, Comm. No. 516/1992, constatations du 19 juillet 1995, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 184-195, spéc. pp. 189-190, 193-195. Voir également, sur cette affaire, R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, pp. 505-506.

vigueur du Protocole facultatif[1450]. Le Comité avait d'ailleurs été jusqu'à admettre qu'il importerait peu que la loi faisant grief ait été promulguée avant cette date, si elle avait effectivement continué d'être appliquée ensuite[1451], avant de récemment se désavouer dans une affaire *Abel da Silva Queiroz c. Portugal*[1452]. On aurait pourtant cru comprendre que le fait de ne pas retirer un acte contraire au Pacte revienne à prolonger « de manière implicite » la violation dont il serait constitutif, pour reprendre la formule utilisée dans l'affaire *Könye et Könye*. Le Comité en avait d'ailleurs, semble-t-il, déjà jugé ainsi dans l'affaire *Kankanamge c. Sri Lanka*, dans laquelle le maintien d'actes d'accusation après l'entrée en vigueur du Protocole avait été considéré satisfaire la condition de compétence temporelle[1453].

420. Ce n'est pas de sa propre initiative si la Cour interaméricaine a dû, à son tour, se résoudre à modifier les conditions d'établissement de sa compétence. Cette modification est à mettre au compte de la précaution prise par quelques Etats qui, non contents de limiter la compétence aux événements, faits ou actes *survenus* après le jour du dépôt de leur déclaration, l'ont encore réduite à ceux *débutés* après cette date[1454]. Chose curieuse, la Cour avait déjà dégagé cette même distinction dans l'affaire *Cantos* en appliquant une formule qui

---

[1450] *Somers c. Hongrie*, Comm. No. 566/1993, constatations du 23 juillet 1996, *I.L.R.*, vol. 115, pp. 263-276, spéc. pp. 268-269. Voir, en revanche, *Anton c. Algérie* (Comm. No. 1424/2005, décision sur la recevabilité du 1er novembre 2006, § 8.3) où il était question d'un dispositif de restitution ne bénéficiant qu'aux nationaux algériens mais qui, pour le Comité, ne permettait pas de dégager un semblant de discrimination ; voir par ailleurs l'opinion de Madame Ruth Wedgwood jointe aux constatations qui fustige l'incohérence de la jurisprudence du Comité sur ce point.

[1451] Voir par ex. *Drobek c. Slovaquie*, Comm. No. 643/1995, décision sur la recevabilité du 14 juillet 1997, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 235-240, et spéc. p. 238, § 6.2.

[1452] *Abel da Silva Queiroz* et al. *c. Portugal*, Comm. No. 969/2001, décision sur la recevabilité du 26 juillet 2005, § 6.4.

[1453] Comm. No. 909/2000, constatations du 27 juillet 2004, notamment § 6.2, déjà citées *supra*, note n° 1427. Voir également au sujet de l'absence de réparation pour une arrestation arbitraire et antérieure à la date critique : *Adimayo, Aduayom, Diasso & Dobou c. Togo*, Comm. No. 422/1990, constatations du 12 juillet 1996, § 6.2 ; *Fongum Gorji-Dinka c. Cameroun*, Comm. No. 1134/2002, constatations du 17 mars 2005, § 4.5. L'ensemble de ces moyens est repris et accueilli par le Comité dans l'affaire *Paraga c. Croatie*, Comm. No. 727/1996, constatations du 4 avril 2001, § 5.3 : « l'allégation de l'auteur selon laquelle il ne pouvait introduire une action en dommages et intérêts pour son arrestation et sa détention présumées arbitraires du 22 novembre 1991 du fait que l'action qui lui avait été intentée n'avait jamais été officiellement menée à terme, et (…) l'allégation selon laquelle les poursuites engagées contre lui le 21 avril 1992 pour calomnie n'avaient jamais été abandonnées, se rappor[tent] à des incidents qui avaient des effets persistants pouvant constituer *en eux-mêmes* une violation du Pacte ».

[1454] L'affaire *Genie Lacayo c. Nicaragua* était la première dans laquelle la Commission interaméricaine avait eu à l'appliquer. Le libellé de la déclaration nicaraguayenne (« *this recognition of competence applies only to cases arising solely out of events subsequent to, and out of acts which began to be committed after, the date of deposit of this declaration* ») n'était, pour la Commission, pas en mesure de faire échec à la responsabilité de son auteur pour les mesures positives qu'il était tenu de prendre après le décès du proche des requérants. La Commission était d'avis que la Cour se déclare compétente pour examiner le manque de diligence dont avaient fait preuve les autorités compétentes dans les investigations et la punition des responsables. La Cour n'allait toutefois pas estimer nécessaire de se prononcer à son tour, au vu de la déclaration du gouvernement défendeur par laquelle il lui attribuait compétence à l'instance pour l'ensemble des faits dégagés par la Commission (arrêt sur les exceptions préliminaires du 27 janvier 1995, Série C, n° 21, §§ 21-26, spéc. §§ 21-22).

se contentait d'exclure les faits antérieurs[1455]. Prenant justement acte du jour de survenance des événements mis en cause, elle se bornait à faire remarquer qu'elle ne pouvait en connaître et qu'il importait finalement peu de savoir s'ils avaient continué puisqu'ils n'en demeureraient, le cas échéant, pas moins « antérieurs ». Elle se contentait ici d'un bref renvoi à l'opinion du juge Cheng rendue dans l'affaire des *Phosphates*, lequel discernait déjà au titre de la déclaration facultative française « les situations ou faits postérieurs à [sa] ratification » des « situations ou des faits *créés* postérieurement à cette ratification »[1456]. La Cour de San José ne faisait finalement que montrer la voie que certains Etats allaient emprunter pour se débarrasser de tout antécédent gênant[1457].

Violation continue s'il en est, la disparition forcée des deux jeunes sœurs *Serrano Cruz* allait ainsi échapper à l'examen de la Cour parce que débutée avant le jour où le Nicaragua avait déposé sa déclaration[1458]. Tout autre était, cependant, la question de savoir si la Cour devait aboutir à la même conclusion s'agissant des mesures qui aurait dû être prises en vue de mener efficacement les investigations pour faire la lumière sur cette affaire et révéler le sort des disparues. C'est alors uniquement au sujet des « faits » – et non plus de leurs « effets » – que la compétence de la Cour allait être discutée : le fait initial, d'abord, auquel le gouvernement défendeur cherchait à rattacher à peu près tous les événements qui s'étaient succédé par la suite, à commencer par le défaut d'enquête[1459]; les faits subséquents, encore, qu'il s'agissait justement pour les demandeurs de désolidariser de la prétendue disparition forcée en montrant qu'ils « demeuraient », qu'ils « s'étaient répétés », qu'ils

---

[1455] *Cantos c. Argentine*, arrêt de la Cour du 7 septembre 2001, § 39. Voir, sur ce point, J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 112. Peut-être trouvait-on alors dans la solution de la Cour une reconnaissance du bien-fondé de la thèse soutenue par le gouvernement guatémaltèque, quelques années plus tôt, dans l'affaire *Blake*, conformément à laquelle il convenait de se fixer sur la date de survenance des faits et non de leurs effets (*Blake c. Guatemala*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 juillet 1996, Série C, n° 27, § 31). La Cour avait pourtant désavoué cette thèse sur le moment, se bornant à relever que la déclaration n'excluait que les faits antérieurs et non les faits débutés avant le jour de son dépôt (arrêt précité, §§ 39-40). Il n'en demeure pas moins que la solution, ou plutôt la façon de l'expliquer, demeure isolée et d'autant plus incompréhensible que la Cour rappelait plus récemment, et avec insistance, l'effet des violations continues sur sa compétence temporelle lorsque celle-ci est simplement limitée aux événements postérieurs : arrêt *Alfonso Martín del Campo-Dodd c. Mexique* déjà cité du 3 septembre 2004, Série C, n° 113, § 79 : « *[i]t is necessary for the Court to point out with total clarity on this matter that, if the alleged offence was continuous or permanent, the Court would have jurisdiction to decide concerning acts or events that occurred after recognition of the Court's jurisdiction* ».

[1456] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, No. 74, p. 37.

[1457] Voir notamment, au sujet de la declaration facultative nicaraguayenne, J. L. Tillson, « The Role of Reservations and Declarations before the Inter-American Court of Human rights : The Las Hermanas Serrano Cruz Case and the Future of Inter-American Justice », *op. cit.*, pp. 21-23.

[1458] *Soeurs Serrano Cruz c. El Salvador*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 23 novembre 2004, voir §§ 57-96.

[1459] Arrêt précité, § 83.

« avaient commencé », ou encore qu'ils « furent exécutés » après la date cruciale[1460]. La Cour de San José allait faire droit à cette thèse, mais estimer sa compétence établie uniquement pour les actes qui constitueraient une cause autonome de réclamation, à l'image des procédures judiciaires introduites et achevées après la date critique[1461]. La Cour reconduisait la même solution et en disait davantage dans les affaires *Almonacid-Arellano* [1462] et *García-Prieto*, dans lesquelles le demandeur s'était également attaché à décortiquer l'enchaînement des faits pour dégager ceux qui, ne s'agrégeant pas au processus persistant, seraient *per se* susceptibles d'emporter la responsabilité de l'Etat[1463]. C'est dans ces deux affaires évoquées précédemment, que la Cour allait précisément considérer qu'au cours des procédures judiciaires peuvent effectivement survenir des « faits autonomes », comme celui de refuser à la défense d'être représentée au procès, d'infliger aux accusés torture et mauvais traitements pour obtenir d'eux des aveux, de ne pas informer les détenus étrangers de leur droit d'assistance consulaire, autant de situations qu'elle serait en mesure de confronter aux exigences du droit à un procès équitable[1464].

Ces différentes affaires illustrent le fait que de telles formules *ratione temporis*, qu'on les juge conformes ou non à l'esprit dans lequel la Cour devrait être invitée à faire application des droits garantis par la Convention[1465], déjouent, à la faveur de leur concepteur, l'effet des situations continues sur la compétence et obligeraient désormais les requérants à invoquer l'existence d'un fait nouveau, dépourvu de liens avec les événements survenus par le passé, à l'image de ce qui a été dit précédemment au titre des faits dispersés.

[1460] Arrêt précité, § 80. La Commission n'invoquait pas moins de sept articles pour inciter la Cour à se déclarer compétente (§§ 80-81, 87-92).

[1461] Arrêt précité, §§ 84, 95-96.

[1462] Voir sur cette affaire, *supra*, n° 362.

[1463] *Almonacid-Arellano* et al *c. Chili*, arrêt de la Cour du 26 septembre 2006, Série C, n° 154 ; *García-Prieto c. El Salvador*, arrêt de la Cour du 20 novembre 2007, Série C, n° 168, et arrêt du 24 novembre 2008 en interprétation de l'arrêt du 20 novembre 2007, spéc. §§ 8-12.

[1464] Arrêt *Almonacid-Arellano* précité, spéc. § 48 ; voir également aux §§ 82 (11) à 82 (23) pour l'énumération de l'ensemble des faits « nouveaux » survenus au cours de la procédure ; *García-Prieto c. El Salvador*, arrêt de la Cour du 20 novembre 2007, Série C, n° 168, §§ 34-45, spéc. §§ 43, 45.

[1465] Dans l'ensemble des affaires où elle était invitée à en faire application, la Cour a jugé le libellé de la déclaration conforme à l'article 62 de la Convention interaméricaine qui permet aux Etats de limiter la durée de leur déclaration (voir par ex. l'affaire des *Sœurs Serrano Cruz c. El Salvador*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 23 novembre 2004, § 73 ; *Almonacid-Arellano* et al *c. Chili*, arrêt du 26 septembre 2006, Série C, n° 154, §§ 43-44). Le président Cançado Trindade le déplore dans son opinion dissidente rendue dans l'affaire des *Sœurs Serrano Cruz* (arrêt précité du 23 novembre 2004, voir §§ 13-17 de l'opinion) et considère que la condition temporelle dépasse le cadre autorisé parce qu'elle porte sur une « période indéterminée, [susceptible] de continuer indéfiniment » alors que le paragraphe 2 de l'article 62 ne fait mention que de la possibilité de reconnaître la compétence de la Cour « inconditionnellement (…) ou pour une durée limitée » (§ 14 de l'opinion).

B. Appréciation critique : la nécessité de caractériser une entrave continue à l'exercice des droits

421. Après avoir restitué les solutions de la pratique, il convient d'en faire une lecture critique, dans le but de dégager des critères permettant de distinguer les situations continues des autres situations qui ne s'étalent pas dans le temps. Des différentes critiques qui ont pu être formulées à l'égard de la méthode employée par les juridictions internationales des droits de l'homme pour distinguer entre les faits continus et les faits instantanés à effets continus, la plus récurrente consiste à dire que la prise en considération de la situation individuelle du requérant est l'assurance quasi systématique de caractériser une violation durable des droits[1466]. Cette méthode conduirait à étendre le domaine de compétence à des situations qui n'en relèvent pas nécessairement. C'est oublier, cependant, que les juridictions ne peuvent, en tout état de cause, connaître que des situations justiciables de la règle dont est réclamée l'application. Il est, à ce sujet, utile de rappeler les mots du juge Sørensen pour expliquer que c'est uniquement « si la disposition garantit la jouissance d'une certaine situation, et si le requérant allègue qu'il a été privé de ce bénéfice pendant une période qui se prolonge après l'entrée en vigueur de la Convention » que le juge serait disposé à considérer sa plainte. Il en irait autrement de la réclamation visant une décision qui l'a placé « dans une situation défavorable mais contre laquelle la Convention ne le protège pas »[1467]. Pour s'en tenir à la question qui nous retient, c'est-à-dire pour les hypothèses où l'irrecevabilité de la plainte dérive de l'inapplicabilité temporelle de la règle de droit, il s'agit de comprendre de quoi sont faits ces événements qui, tout en affectant durablement la situation du réclamant, le privent du droit de s'en réclamer victime. Car il faut bien admettre que c'est de l'examen de sa situation juridique subjective que dépendra une fois de plus sa faculté de demander l'application de la règle, et que le juge international n'envisage rien d'autre lorsqu'il évoque et qualifie *ratione temporis* les répercussions du fait litigieux. Seules les prétentions des requérants qui ont aptitude à compter parmi les destinataires de la règle de fond seront déclarées admissibles. Il

---

[1466] E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 54-55 ; « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, spéc. pp. 898-899. Voir également J. Pauwelyn qui sans le regretter, constate également que les droits et libertés sont, conformément à l'approche retenue, tous susceptibles d'être violés de façon continue : « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, pp. 421, 424. Le reproche inverse avait toutefois été formulé par certains auteurs au titre des premières années de pratique de la Commission européenne des droits de l'homme : voir N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 36, déjà cité *supra*, note n° 1356, et dans une certaine mesure, L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *op. cit.*, pp. 809-810.

[1467] M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 315 et *supra*, n° 396.

ne saurait d'abord s'agir que de titulaires d'un droit que la règle protège au jour où elle entre en vigueur, ou à la date à laquelle débute la compétence (1). Il ne saurait encore, parmi ces requérants, s'agir que de ceux qui établissent qu'il est vraisemblablement *toujours* porté atteinte à leur droit (2).

1. Existence de la situation juridique individuelle

422. La compétence *ratione temporis* des organes juridictionnels de protection des droits de l'homme tient d'abord à l'existence d'un *droit*, qui justifie l'application de la règle pour laquelle a été attribué le pouvoir juridictionnel. Il faut, à ce titre, tenir compte d'une distinction qui n'a pas été abordée à l'occasion des précédents développements concernant la dispersion des faits litigieux dans le temps, dans la mesure où elle se trouve dépourvue de toute influence sur le moment d'apparition de l'illicite[1468]. Cette distinction concerne l'*origine* des droits dont est alléguée la violation. Il convient effectivement, du point de vue de la durée de l'infraction, d'établir si la règle internationale s'applique à des situations juridiques préconstituées dans l'ordre juridique interne, ou si elle les crée d'elle-même, sans finalement laisser d'autre choix à l'Etat que de les réputer acquises. Comme l'indique le juge Morelli dans son opinion individuelle rendue dans l'affaire de la *Barcelona Traction*,

> « il y a, en premier lieu, des règles internationales (…) qui déterminent directement les intérêts qu'elles visent à protéger, indépendamment de ce que pourrait être l'attitude actuelle de l'ordre juridique interne à cet égard (…). Les règles dont il s'agit envisagent toujours des intérêts ayant une importance fondamentale, tel que l'intérêt à la vie ou à la liberté (…). Il ne s'agit pas de la protection de droits subjectifs qui seraient déjà conférés par l'ordre juridique interne, mais il s'agit de l'attribution même (obligatoire pour l'Etat) de droits subjectifs dans l'ordre interne. Les règles (…) [de la] deuxième catégorie [qui] visent plutôt à la protection d'autres intérêts plus nombreux ayant le plus souvent un caractère économique (…), se réfèrent au même ordre juridique pour accomplir une tâche préalable, consistant à déterminer les intérêts qui forment l'objet de la protection envisagée. C'est que la règle internationale suppose une certaine attitude de l'ordre juridique étatique, dans le sens qu'elle a égard uniquement à des intérêts qui, dans cet ordre, ont déjà reçu une certaine protection moyennant l'attribution de droits subjectifs ou d'autres situations juridiques subjectives favorables (…). C'est en supposant cette donnée, résultant de l'ordre juridique interne que la règle internationale oblige l'Etat à un certain comportement par rapport (…) aux droits subjectifs par lesquels les intérêts en question sont protégés dans l'ordre juridique interne »[1469].

[1468] Voir, en ce sens, E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, P.U.F., 1990, pp. 71-73.
[1469] *Rec*. 1970, pp. 232-233.

423. Les cas dans lesquels la disposition conventionnelle invoquée *attribue* le droit subjectif doivent ainsi être distingués des hypothèses qui font obligation au juge de se tourner vers le droit interne pour apprécier si le réclamant a qualité pour se prévaloir des garanties conventionnelles. Une première série d'irrecevabilités *ratione temporis* trouve ici son explication. L'*effet immédiat* de la mesure litigieuse signifierait simplement que le réclamant ne disposait plus, dans l'ordre juridique interne, du droit subjectif en cause à la date d'entrée en vigueur du traité, et qu'il ne serait, par conséquent, plus qualifié pour en réclamer l'application. On a déjà pu s'apercevoir, en matière d'atteintes à la propriété, qu'une mesure peut, dès sa prise d'effet, créer « une nouvelle situation juridique » dans laquelle le requérant se trouve dépossédé de ses droits[1470]. Il est par ailleurs admis, comme le rappelait la Cour dans l'affaire *Malhous c. République tchèque*, qu'aucune disposition de la Convention européenne ni de ses Protocoles ne consacre le droit au rétablissement de la propriété, l'atteinte initiale n'étant pas réputée créer une « situation continue de privation de droit »[1471]. C'est précisément ce que le gouvernement turque tentait de faire admettre dans la célèbre affaire *Loizidou*, lorsqu'il mettait en exergue la perte définitive du titre de propriété de la requérante, au jour de l'entrée en force de la Constitution nord chypriote, c'est-à-dire à une époque antérieure à celle de la prise d'effet de sa déclaration d'acceptation de juridiction de la Cour. La Cour allait, d'ailleurs, effectivement subordonner la continuité des violations dont la requérante faisait état au maintien de sa qualité de propriétaire légale. La Cour reprenait là une méthode bien éprouvée pour juger de l'actualité d'une situation qui suppose que soient tenues pour établies l'acquisition et la conservation du titre juridique dans l'ordre interne. Elle considérait cependant, contrairement aux allégations du gouvernement défendeur, que le processus de dépossession enclenché à compter de l'intervention turque à Chypre, n'avait précisément pas abouti à une expropriation *de jure*, de sorte que la requérante était toujours autorisée à se plaindre du déni continu d'accès à ses biens[1472]. Une solution analogue sera

---

[1470] *X. c. Royaume-Uni* déjà cité, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 10 décembre 1976, req. n° 7379/76, *D.R.*, vol. 8, pp. 211-215, spéc. p. 214, § 5.

[1471] *Malhous c. République tchèque*, req. n° 33071/96, décision de la Cour (G.C.) sur la recevabilité du 13 décembre 2000. La jurisprudence est constante sur ce point : voir les décisions que cite la Cour dans l'affaire *Malhous*, notamment celle de la Commission du 4 mars 1996, *Mayer et autres c. Allemagne*, req. n° 18890/91, 19048/91, 19342/92, 19549/92. Voir encore *Lupulet c. Roumanie*, req. n° 25497/94, décision de la Commission du 17 mai 1996, *D.R.*, vol. 85 (série A), pp. 126-133, spéc. p. 132 ; *Brauerei Feldschlössen Ferdinand Geidel c. Allemagne*, req. n° 19918/92, décision de la Commission du 24 février 1997, *D.R.*, vol. 88 (série B), pp. 12-16, spéc. p. 16 ; *Mosteanu c. Roumanie*, req. n° 33176/96, arrêt du 26 novembre 2002, §§ 55-56 ; *Blečić c. Croatie*, *op. cit.*, arrêt de la Cour (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006, §§ 86-87 ; *Preussische Treuhard GMBH & Co. KG A.A. c. Pologne*, req. n° 47550/06, décision de la Cour sur la recevabilité du 7 octobre 2008, §§ 57-61.

[1472] *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89, arrêt (G.C.) du 18 décembre 1996 sur le fond, §§ 35-47. Dans cette affaire, la Cour a refusé d'attribuer des effets juridiques internationaux à la perte du statut de propriétaire en droit

retenue dans l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce* où l'occupation des terrains litigieux, la perte de disponibilité qui s'en était suivie et l'échec des tentatives menées pour remédier à la situation équivalaient, selon la Cour, à une expropriation *de facto* qui ôtait des prérogatives attachées à la qualité de propriétaire à peu près tout bénéfice si ce n'est celui de pouvoir s'en plaindre devant elle[1473]. Il en aurait assurément été autrement si les autorités avaient, de surcroît, privé les requérants d'une telle faculté en détruisant leur titre de propriété avant de conférer compétence à la Cour[1474].

424. Dans ce type de situations où la perte du droit de propriété précède la date critique, il reste encore, cependant, à s'assurer que l'abolition du droit n'a pas débouché sur

---

interne. Elle jugeait que la requérante n'avait pu perdre ses droits du fait de la Constitution de 1985 de la « République turque de Chypre du Nord », parce qu'aucune validité juridique ne pouvait être attribuée aux fins de la Convention à des expropriations fondées sur cette Constitution. C'est donc en privant d'efficacité internationale la norme interne pertinente que la Cour s'est estimée compétente *ratione temporis*. La discordance des solutions internes et internationales tient, dans cette affaire, aux circonstances exceptionnelles de la situation chypriote et des résolutions onusiennes et européennes exhortant l'ensemble des membres de la Communauté internationale à ne pas reconnaître la République nord chypriote (arrêt précité, §§ 42-46).

[1473] *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, req. n° 14556/89, arrêt du 24 juin 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72, spéc. pp. 69-70, §§ 40-45 : dans la situation qui subsistait encore au jour où ils la dénonçaient devant le juge, les propriétaires se voyaient dans l'impossibilité d'user de leurs biens ou de les vendre, les léguer, les donner ou les hypothéquer. Voir également *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n° 7151/75 & 7152/75, arrêt du 23 septembre 1982 dans lequel la Cour relève que le droit réel n'a pas disparu, malgré le fait qu'il ait perdu de sa substance, et que les effets de la mesure litigieuse ne peuvent être assimilés à une privation de propriété (§ 63) ; voir encore *Satka c. Grèce*, req. n° 55828/00, arrêt (fond) de la Cour du 27 mars 2003, §§ 47-49. On peut rapprocher cette situation de la « confiscation de fait », incompatible avec le droit au respect des biens, et qui, bien que débutée avant la date critique, permettra de fonder la compétence de la Cour s'il s'avère que celui qui réclame restitution du bien en est propriétaire : voir par ex. *Vasilescu c.* Roumanie, req. n° 27053/95, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 22 mai 1998, §§ 48-53.

[1474] Voir *Cantos c. Argentine*, arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur les exceptions préliminaires du 7 septembre 2001 déjà cité, § 38. Pour la jurisprudence européenne, voir l'affaire *Ferdinand Geidel* déjà citée dans laquelle les requérants n'avaient conservé aucun droit sur leurs biens et où « il n'y avait donc pu y avoir aucune ingérence contraire » aux dispositions de la Convention qui n'était alors toujours pas en vigueur (*D.R.*, vol. 88 (série B), pp. 12-16, spéc. p. 16) ; *Miholapa c. Lettonie*, req. n° 61655/00, décision partielle de la Cour sur la recevabilité du 6 juin 2002 (§ 4) ; *Bitsinas c. Grèce*, req. n° 33076/02, décision de la Cour sur la recevabilité du 23 novembre 2004, § 3 ; *Freiherr Von Maltzan et autres c. Allemagne*, req. n° 71916/01, 71917/01, 10260/02, décision de la Cour (G.C.) du 2 mars 2005, §§ 79-83. On comprendra toutefois qu'une procédure d'expropriation toujours en cours au jour où l'Etat ratifie le Protocole ne privera pas ceux qu'elle concerne de la possibilité de la contester devant le juge européen : voir par ex. *Uskela c. Suède*, req. n° 10537/83 déjà citée, *D.R.*, vol. 44, pp. 98-112, p. 110 ; *I. R. S. et autres c. Turquie*, req. n° 26338/95, décision de la Cour du 28 janvier 2003, En droit, § 1. La jurisprudence relative à la compétence temporelle conduit ainsi à établir une distinction entre expropriation *de jure* et *de facto* que certains jugent regrettable : J. Pauwelyn propose de voir aussi bien dans l'une que dans l'autre une violation continue des droits de propriété en vue de tenir compte de la situation dans laquelle se trouve le particulier : « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, p. 424. L'auteur reprenait à cette occasion la solution déjà proposée par le Rapporteur spécial à la C.D.I., M. Arangio-Ruiz, qui dans son « Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale de l'Etat », avait jugé que « le fait illicite de l'Etat [ne] prend [pas] fin avec l'acte législatif portant confiscation [et qu'il] dure aussi longtemps que la mesure n'est pas rapportée » : *An. C.D.I.* 1988, II-1, p. 14, § 37. Voir également L. G. Loucaides, qui invoque le principe *ex injuria jus non oritur* pour rappeler que les fruits de l'illégalité ne doivent pas être reconnus, concluant que « *if the original act of 'deprivation' of a possession has been illegal, the keeping of the property by the State by virtue of such act cannot but amount to a continuing interference with such property* » (« The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *op. cit.*, pp. 811 et 812).

une situation justiciable de la Convention, comme pourrait l'être la non-exécution d'une créance que les particuliers se seraient vu reconnaître à l'époque de leur dépossession[1475] ou qu'ils avaient l'espoir légitime d'obtenir[1476]. Certains tribunaux ont eu l'occasion d'appliquer les mêmes solutions dans le cadre du contentieux arbitral de l'investissement ; ce n'est, effectivement, qu'en l'absence d'un quelconque droit à compensation ou à restitution, qu'ils se sont résolus à tirer les conséquences de la non-rétroactivité de l'instrument qu'ils avaient pour charge d'appliquer[1477]. Le « saucissonnage » du temps aboutit ainsi à ce paradoxe que

---

[1475] Tel qu'il ressort de la jurisprudence européenne, l'Etat est tenu d'honorer les créances qu'il a reconnues avant l'entrée en vigueur de la Convention : voir sur ce point, le contentieux né de la réforme agraire au Portugal : *inter alia*, *A. A. G. c. Portugal*, req. n° 29813/96, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 8 septembre 1997, *D.R.*, vol. 90, pp. 120-127, spéc. p. 126 : « [l]a Commission souligne d'emblée que le gouvernement portugais a, dès la date des expropriations, reconnu le droit des intéressés à une indemnisation (…). De son côté, le requérant se plaint non pas de la privation de propriété, laquelle est sans conteste un acte instantané, mais de l'absence d'indemnisation définitive, situation qui subsiste à l'heure actuelle. Force est donc de constater qu'il se trouve confronté à une situation continue ». Voir également l'arrêt du 11 janvier 2000 *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal* (req. n° 29813/96 et 30229/96, spéc. § 43) très fréquemment cité dans les décisions de la Cour, et encore repris dans l'arrêt *Campos Costa et autres c. Portugal* (req. n° 10172/04, 30 octobre 2007, § 19) : la Cour s'estime compétente pour examiner le retard dans la détermination et le versement des indemnisations définitives, pour peu que les requérants fassent valoir une créance toujours exigible au jour de l'entrée en vigueur du Protocole. Voir également *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, décision de la Cour (G.C.) sur la recevabilité du 19 décembre 2002, § 76 : la Cour peut connaître des « doléances du requérant [concernant] la mise en œuvre d'un droit à une mesure compensatoire que lui confère le droit polonais, droit qui a subsisté [après la date critique] et qui existe encore aujourd'hui » ; *Czerwinska et autres c. Pologne*, req. n° 33828/96, décision de la Cour sur la recevabilité du 30 septembre 2003 : distinction est faite « selon que le grief porte sur la privation du droit à être augmenté et le mode de calcul de la pension, d'une part [*acte instantané* et antérieur à la date critique], et sur le défaut de paiement des 'certificats de compensation', d'autre part » (§ 2). Voir encore, plus récemment, *Klaus et Iouri Kiladze c. Géorgie*, req. n° 7975/06, arrêt de la Cour du 2 février 2010, §§ 42-44. Le Comité des droits homme a pu également se saisir de la question des atteintes au droit de propriété qui n'est pas consacré par le Pacte sous l'angle du caractère prétendument discriminatoire des conditions auxquelles étaient soumis le droit à restitution ou à compensation : voir notamment *Drobek c. Slovaquie*, Comm. No. 643/1995, décision sur la recevabilité du 14 juillet 1997, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 235-240, et spéc. pp. 238-239, §§ 6.2-6.5.

[1476] Le juge accepte tout autant de connaître des atteintes aux « droits réels » que de celles qui visent des « droits personnels ». La notion de « biens » telle que définie notamment dans l'affaire du tableau du *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* (req. n° 42527/98, arrêt de la Cour (G.C.) du 12 juillet 2001 déjà cité) recouvre les « biens actuels » ainsi que les valeurs patrimoniales, y compris des créances par lesquelles les réclamants « peuvent prétendre avoir au moins une espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété ». Il ne sera, toutefois, pas toujours aisé de distinguer cette expectative de l'espoir de « voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de propriété qu'il est depuis longtemps impossible d'exercer effectivement (…) [ou] d'une créance conditionnelle s'éteignant du fait de la non réalisation de la condition », l'un comme l'autre ne permettant pas d'établir la compétence temporelle (arrêt du 12 juillet 2001 précité, § 83 ; voir dans le même sens, *Panikian c. Bulgarie*, req. n° 29853/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, *D.R.*, vol. 90, pp. 109-119, spéc. p. 116). Le juge européen exigera une « base juridique » permettant d'établir « l'espérance légitime » (*Saints Monastères c. Grèce*, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 301-A, pp. 8-42, spéc. p. 32, § 58, la seule action ouverte aux fins de l'obtention de la restitution du bien n'étant, à cet effet, pas jugée suffisante (voir, par ex. *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, arrêt du 28 octobre 1999, § 70 ; *Malhous c. République tchèque*, req. n° 33071/96, décision de la Cour (G.C.) sur la recevabilité du 13 décembre 2000, En droit, B. 2, c) et d)).

[1477] Voir par ex. *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, §§ 601-610, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, pp. 487-490. Egalement, *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICSID Case No.ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. pp. 305-306, §§ 312-313 : le tribunal arbitral considère que les circonstances d'espèce diffèrent de celles de l'affaire *SGS c. Philippines* dans laquelle le défendeur contestait le montant des sommes qu'il était encore tenu de verser au

les juridictions internationales ne sauraient connaître des dépossessions illégales accomplies avant la date critique, mais uniquement d'expropriations qui s'étaient accompagnées d'une compensation et qui seraient réputées se prolonger tant que cette dernière n'a pas été remise à son bénéficiaire.

425. La question de l'existence du titre juridique à la date d'applicabilité des règles ne devrait, pour le reste, pas se poser s'agissant des autres droits. Si l'on s'en tient effectivement au propos du juge Morelli, le bénéfice d'une liberté fondamentale n'est pas subordonné à sa reconnaissance dans l'ordre interne. L'entrée en vigueur de la règle internationale suffit, dans ce type de cas, pour créer la situation juridique et donner à son titulaire les moyens de la faire respecter. Parce que les textes attribuent des droits « réels » et « effectifs » et ont vocation à couvrir des situations non moins concrètes, il s'agirait malgré tout pour le juge de s'assurer, dès la phase préliminaire, que les conditions factuelles de la violation de la règle se trouvaient encore réunies à la date critique. Telle est la raison qui fait que la possession du titre de propriété des terrains était jugée tout aussi nécessaire, dans l'affaire *Loizidou*, pour que la requérante puisse se plaindre d'une prétendue atteinte durable au droit au respect de son domicile[1478]. Pour en donner une autre illustration, l'effectivité – et, donc, le maintien – des liens familiaux serait jugée nécessaire pour la revendication du droit de mener une vie familiale normale[1479].

---

réclamant au jour où débutait la compétence temporelle de l'arbitre (*SGS Société générale de surveillance S.A. c. République des Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, decision sur les exceptions préliminaires du 29 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567, spéc. p. 564, §§ 167-168: *« it is clear that [the treaty] applies to breaches which are continuing at that date, and the failure to pay sums due under a contract is an example of a continuing breach* ». Voir également *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2, sentence du Tribunal institué conformément au mécanisme supplémentaire CIRDI en date du 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 209-210, §§ 71-73 : le respect de l'article 1110-1 (d) de la Convention ALENA suppose la prompte reconnaissance d'une promesse de compensation et il s'agira ici de la distinguer des indemnités que l'exproprié pourrait, par la suite, réclamer et obtenir devant les juridictions internes pour rupture de l'engagement contractuel (§ 71). Dans ce dernier cas, le tribunal considère que l'expropriation a lieu au jour – ou guère après le jour – de la saisie du bien, plus exactement au moment où l'espoir d'obtenir une créance s'éteint et où les droits sont définitivement perdus (§§ 72-73). Sur cette affaire, voir notamment G. A. Alvarez, W. W. Park, « The new face of investment arbitration : NAFTA Chapter 11 », *Yale Journal of International Law*, 2003, pp. 365-407, spéc. pp. 378-379 ; D. Krueger, « The combat zone : *Mondev international, Ltd. v. United States* and the backlash against NAFTA Chapter 11 », *Boston international law journal*, 2003, vol. 21, pp. 399-426, spéc. pp. 409-411.

[1478] Après avoir considéré le critère satisfait au stade préliminaire, la Cour allait revenir sur son appréciation à l'occasion de l'examen du bien-fondé de la réclamation et considérer que la requérante n'avait pas été victime d'une ingérence dans son droit à son domicile parce qu'« elle n'avait pas son domicile sur les terres en question. Ce terme ne peut pas s'interpréter comme couvrant la région d'un Etat ou l'on a grandi et où la famille a ses racines *mais où l'on ne vit plus* » (arrêt (G.C.) du 18 décembre 1996 précité, § 66 ; nous soulignons). Voir, s'agissant du même examen mené aux fins de la détermination de la compétence temporelle, *Ostojić c. Croatie*, req. n° 16837/02, décision de la Cour sur la recevabilité du 26 septembre 2002, En droit, § 3 ; *Todorescu c. Roumanie*, req. n° 40670/98, décision de la Cour sur la recevabilité du 30 septembre 2003, § 30 ; *Blečić c.* Croatie, req. n° 59532/00, arrêt de la Cour (G.C.) du 8 mars 2006 sur les exceptions préliminaires, § 86.

[1479] La discontinuité des liens ne serait toutefois que rarement en mesure de faire échec à la compétence temporelle, le juge ayant tendance à considérer le lien définitivement établi, une fois celui-ci formé. Pour la

426. Ces différents exemples jurisprudentiels permettent d'aboutir à la conclusion que la recherche de *continuité* n'impose pas, à ce stade, une démarche foncièrement différente de celle menée pour identifier le *fait principal* dans l'hypothèse de la dispersion des faits litigieux. Etablir que le fait illicite ne s'est pas consommé au moment où il a débuté ne suffirait pas cependant à caractériser l'existence d'une violation continue des droits. Encore faudrait-il démontrer qu'il n'a pas cessé d'affecter la situation juridique du réclamant.

2. Atteinte à la situation juridique individuelle

427. Parce que le droit subjectif mis en cause doit toujours être détenu au jour où la règle entre en vigueur, le juge ne saurait connaître de rien d'autre que d'entrave à son *exercice*. Interrogé sur l'applicabilité *ratione temporis* du texte, il sera naturellement conduit à s'assurer de l'actualité du trouble porté à sa connaissance. On aurait peine à distinguer cette étape de la précédente s'agissant des atteintes à la propriété, puisque la réduction du droit constituerait la preuve de sa conservation autant que de sa lésion. La très large portée *ratione materiae* que les organes européens attribuent au droit au libre usage des biens explique, pour le reste, qu'ils aient à peu près connu de toutes les situations dans lesquelles était en cause le *libre usage des biens*[1480].

428. La nécessité de déterminer si les faits survenus avant l'entrée en vigueur de la règle perturbent *encore* les conditions d'exercice des droits, ne se trouve ainsi véritablement posée qu'au titre de ceux qui sont insusceptibles d'abolition. Certains auteurs verraient pourtant dans un tel examen, une précaution superflue. Le criminaliste italien P. Campus évoquait dans son *Studio sul reato permanente* le cas des attaques contre la liberté personnelle pour illustrer l'idée qu'il se faisait des infractions continues, allant même jusqu'à faire de la

---

jurisprudence européenne, voir la décision de la Commission déjà citée *X. c. Suisse*, req. n° 7031/75, *D.R.*, vol. 6, p. 125 ; *Hokkanen c. Finlande*, req. n° 19823/92, arrêt de la Cour du 23 septembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 299-A, pp. 7-29, spéc. pp. 19-20, § 54. La question avait également été débattue devant le Comité, au titre de l'espoir légitime de poursuivre une vie familiale sur un territoire dont les requérants n'avaient pas la nationalité : *Winata et Li c. Australie*, Comm. No. 930/2000, constatations du 26 juillet 2001 (pour les prétentions et observations des auteurs : §§ 3.2., 3.5, 5.4 ; pour les observations du gouvernement australien, §§ 4.7, 4.14-4.16 et les délibérations § 6.3, le Comité n'y voyant pas une condition d'applicabilité du Pacte).

[1480] Constitueraient « un processus étalé dans le temps » la dévalorisation de la participation de la requérante au capital social ainsi que la perte du contrôle de l'activité de l'entreprise : *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99, décision de la Cour sur la recevabilité du 27 septembre 2001 ; voir, au sujet de l'impossibilité absolue de faire valoir son droit de propriété : *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, arrêt de la Cour du 28 octobre 1999, §§ 71-74 ; voir également, au sujet de l'« accumulation de retards dans l'expropriation assortis d'une interdiction de construire affectant les requérants en tant que propriétaires », l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, req. n° 7151/75 et 7152/75, décision du 5 mars 1979, *D.R.*, vol. 15, p. 30. Voir encore *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, req. n° 14556/89, arrêt du 24 juin 1993, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72, spéc. p. 70, § 43.

« nature » du droit violé, le seul critère susceptible de les dissocier des infractions instantanées[1481]. C'est plutôt sous l'angle de la permanence de la relation qui unit le droit à son titulaire qu'une telle distinction est réapparue dans la doctrine internationaliste[1482]. La question mérite d'être posée : certaines offenses seraient-elles continues « par destination » parce que portées à l'exercice d'un droit – d'expression, de religion, à une vie privée et familiale – indissociable de la personne qui entend l'exercer ? Assurément non. Dire que toute atteinte aux *libertés* s'inscrit, par définition, dans la durée, c'est, confondant existence et lésion, oublier que celui qui a *qualité* pour agir doit nécessairement rapporter la preuve qu'il trouve un *intérêt* à le faire. La pratique regorge ainsi d'hypothèses où le réclamant n'est pas en mesure de contester la régularité d'une sanction qu'il s'était vu infliger à un moment donné, parce qu'il n'a pas apporté la preuve qu'il n'avait pas recouvré l'usage normal de son droit[1483]. En ce sens, peu importe que le licenciement[1484] ou le blâme[1485] aient été motivés par

---

[1481] P. Campus, *Studio sul reato permanente*, Sassari, 1902, pp. 25-26, tel que le rapporte A. Tsarpalas, in *Le moment et la durée des infractions pénales*, *op. cit.*, pp. 246-247.

[1482] La seule étude qui, à notre connaissance, fait référence à la nature du lien qu'entretient le titulaire avec son droit est celle de K. Altiparmak, « The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law », *op. cit.*, pp. 15-19. L'auteur considère qu'il est possible de donner sens à la jurisprudence européenne en tenant compte d'une « relation directe et actuelle entre la réclamation et l'un des droits protégés par la Convention » (*ibid.*, p. 15). Il est ainsi amené à tenir compte de la nature du droit invoqué, distinguant les droits qui ne peuvent être durablement « séparés » de leurs titulaires, de ceux qui sont susceptibles de l'être : « *[t]he right that is alleged to have been affected by an act occurred before the critical date should be of character that cannot be permanently separated from the applicant (…). The nature of the right that is violated and the duty that is not discharged should be taken into account in determining this feature of the violation. In line with this criterion, permanent restrictions on the right to free speech, privacy or religion always lead to continuing situations because these rights cannote be separated from a person constantly, even though they can be restricted. However an individual's right to a property can be taken from him/her instantly and this act does not cause a continuing breach in terms of human rights law* » (*ibid.*, pp. 18-19). L'auteur n'en dit toutefois pas davantage sur ce qu'il entend par « *permanent restrictions* » qui semble pourtant constituer le nœud du problème. Certains auteurs ne trouveraient dans ces considérations qu'une façon détournée d'envisager le problème de la détermination des violations continues quand elle n'aboutit pas à des résultats inconséquents. Voir notamment J. Pauwelyn, qui fait remarquer que le meurtre affecte instantanément la situation individuelle tandis qu'une atteinte à la propriété est, à l'inverse, susceptible de s'inscrire dans la durée : « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, p. 424.

[1483] Voir par ex. *Kadikis c. Lettonie*, req. n° 47634/99, décision de la Cour européenne sur la recevabilité du 29 juin 2000, au titre d'une prétendue violation de l'article 10 ayant pour origine le refus opposé au requérant de le laisser signer une pétition sans avoir à dévoiler ses sympathies politiques, par l'apposition d'un cachet sur sa pièce d'identité ; *Litovchenko c. Russie*, req. n° 69580/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 18 avril 2002, s'agissant d'une transfusion sanguine imposée à une témoin de Jéhovah ; *Kim c. Corée*, Comm. No. 574/94, constatations du Comité des droits de l'homme du 3 novembre 1998, spéc. § 6.2., s'agissant d'une condamnation prétendument contraire à la liberté d'expression du réclamant (art. 19 § 2 du Pacte). On devrait également y ranger les hypothèses dans lesquelles l'individu a été détenu puis libéré avant la date critique : voir par ex., pour la Cour interaméricaine, *Cantos c. Argentine*, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 7 septembre 2001, Série C, n° 85, §§ 2, 38.

[1484] Pour le Comité des droits de l'homme, voir *Love et consorts c. Australie*, Comm. No. 983/2001, constatations du 25 mars 2003, § 7.3 ; pour la jurisprudence européenne, *Jovanović c. Croatie*, req. n° 59109/00, décision de la Cour sur la recevabilité du 28 février 2002.

[1485] *G. D. c. Turquie*, req. n° 13623/88, décision de la Commission du 13 avril 1989.

des opinions politiques ou des croyances religieuses, s'ils n'en affectent désormais plus la libre expression ou la manifestation.

Dire d'un événement qu'il déploie des *effets continus*, c'est, bien au contraire, rendre compte du fait qu'il prive le requérant d'un des avantages que la règle de droit lui accorde : celui, par exemple, de pouvoir accéder à l'endroit où réside son entourage en vue d'y mener une vie privée et familiale normale[1486] ou même simplement de ne pas voir celle-ci constamment perturbée[1487]. On comprend ainsi qu'une disposition législative qui dissuaderait un individu de tirer bénéfice d'un droit ou d'une liberté en en assortissant l'usage d'une probable sanction, est assurément constitutive d'une situation continue[1488]. Certaines hypothèses ne peuvent toutefois être comprises sans y voir la manifestation des limites dans lesquelles le texte a vocation à s'appliquer *ratione materiae*[1489]. Il n'est ainsi plus question de « compétence temporelle » lorsque le juge estime pouvoir connaître d'une détention provisoire imposée de façon arbitraire, mais non de la purge d'une peine privative de liberté prononcée dans des conditions manifestement contraires aux règles du procès équitable[1490]. On pourrait encore donner en exemple de ces situations durables qui ne justifient pas

[1486] Voir par ex. *Kafkasli c. Turquie*, req. 21106/92, décision de la Commission du 22 mai 1995 non publiée ; *X. c. Suisse*, req. n° 7031/75, décision de la Commission du 12 juillet 1976, *D.R.*, vol. 6, pp. 124-125 ; voir encore *Lovelace c.* Canada, Comm. No. 24/1977, constatations du Comité des droits de l'homme du 30 juillet 1981, *I.L.R.*, vol. 68, pp. 17-28, spéc. pp. 21, 26.

[1487] On retrouve ici la gamme variée des faits à l'origine de troubles incessants comme peut l'être la confiscation d'un passeport (voir l'affaire *Smirnova c. Russie* jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, déjà citée *supra*, note n° 1292) ou l'entrée en vigueur d'une loi menaçant les individus à raison de leurs mœurs sexuelles (voir par ex. l'affaire *Toonen c. Australie* portée à la connaissance du Comité, déjà citée *supra*, note n° 1435).

[1488] Voir l'affaire *De Becker c. Belgique* déjà citée en ce sens, *supra*, n° 401).

[1489] Pour rester dans un scénario proche de l'affaire *De Becker*, on peut évoquer l'irrecevabilité des réclamations introduites à raison d'une condition légale de résidence permanente sur le territoire imposée à une catégorie identifiée de créanciers mais qui pour la Commission européenne, n'est pas contraire à leur droit à la libre circulation ni à celui de choisir librement leur résidence : *Brezny et Brezny c. République slovaque*, req. n° 23131/93, *D.R.*, vol. 85 (série A), pp. 65-83, spéc. p. 81. Pour en résumer la teneur, « [l]a responsabilité d'un Etat peut se voir engager en raison d'actes qui ont des répercussions suffisamment proches sur les droits garantis par la Convention » : *Moldovan et consorts c. Roumanie*, req. n° 41138/98, 64320/01, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 juillet 2005, § 95. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme renseigne tout autant sur les situations qui réunissent les conditions objectives d'une discrimination : voir ici les affaires *Simunek*, *Somers* et *Anton* référencées *supra*, notes n° 1450-1451.

[1490] Les organes de la Convention européenne refuseront à coup sûr d'apprécier l'existence d'une violation de l'article 6 lorsque la décision de condamnation a été prononcée avant la date fatidique : voir, parmi beaucoup d'autres, *Asociación de Aviadores de la República, Mata et autres c. Espagne*, req. n° 10733/84, décision du 11 mars 1985, *D.R.*, vol. 41, pp. 211-219, spéc. p. 218 ; *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* (req. n° 48787/99, arrêt (G.C.) du 8 juillet 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-VII, pp. 15-134, spéc. pp. 109-110, § 400). En l'absence de circonstances particulières, la Cour retiendra la même solution sur le versant de l'article 5 § 1-a) : voir par ex. *Iosséliani c. Géorgie*, req. n° 64803/01, décision de la Cour sur la recevabilité du 6 septembre 2005, III. A & B. La Cour a toutefois accepté d'apprécier la légalité ainsi que la régularité de la détention des requérants dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* précitée (arrêt (G.C.) du 8 juillet 2004, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-VII, p. 122, § 459) bien que la décision de condamnation précédait l'entrée en vigueur de la Convention. Pour le Comité, voir les affaires *M. A. c. Italie*, *Vladimir S. Zhurin c. Russie*, *Yong-Joo Kang c. République de Corée* ou encore *Baulin c. Russie* évoquées *supra*, note n° 1436.

l'application du texte, les séquelles d'actes de torture[1491] ou de mauvais traitements subis en garde à vue[1492]. Considérer que de telles situations ne relèvent pas de la sphère de compétence juridictionnelle à raison du caractère instantané de l'acte initial – la décision de condamnation, les actes de torture ou de mauvais traitement – n'est qu'une façon détournée d'avouer que ses suites n'ont *ratione materiae* pu le « repêcher » *ratione temporis*.

429. Il en va d'ailleurs de même s'agissant des événements qui imposaient de prendre des mesures pour *rétablir* les conditions dans lesquelles les particuliers étaient appelés à faire usage de leurs droits, à la suite d'un événement donné. Pour ne prendre que ces exemples, le droit à l'instruction ne ferait aucunement obligation de permettre à une étudiante de se réinscrire à la faculté alors que celle-ci en a été exclue pour avoir porté le foulard islamique durant les cours[1493]. De la même manière, celui qui conteste son licenciement avant la période contentieuse ne verra sa réclamation taxée d'irrecevabilité que parce que les textes n'offrent pas la garantie d'un droit au travail[1494]. Il n'est, en revanche, pas garanti que l'Etat bénéficie de la même clémence, dès lors qu'il s'agissait de faire la lumière sur les circonstances dans lesquelles un proche du réclamant avait perdu la vie[1495].

Mises bout à bout, ces solutions établissent ainsi ce que l'Etat partie s'engageait à *ne pas faire* autant qu'à *faire* en adhérant au régime conventionnel. La durée des situations se trouve donc, dans une très large mesure, tributaire de la façon dont le juge se représente la portée des garanties offertes par le texte. Ceci explique sans doute le scepticisme de ceux qui, n'y voyant qu'une simple représentation du temps, ont pu remettre en cause la pertinence de

---

[1491] *B.A. c. Turquie*, req. n° 15505/89, décision du 12 mars 1990, non publiée ; voir également, pour des lésions entraînées par un usage abusif de menottes, *Gennadi Naoumenko c. Ukraine*, req. n° 42023/98, arrêt de la Cour du 10 février 2004, §§ 117-118.

[1492] *Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne*, req. n° 10588/83 à 10590/83, décision de la Commission du 11 octobre 1985, *D.R.*, vol. 44, pp. 142-149, et spéc. p. 147 ; *Yagiz c. Turquie*, req. n° 19092/91, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 7 août 1996, § 28 ; *Balasoiu c. Turquie*, req. n° 37424/97, décision de la Cour sur la recevabilité du 2 septembre 2003, En droit, § 1. Il en irait différemment si de tels traitements ont été administrés à l'occasion d'une détention qui serait toujours en cours à la date de prise d'effet de la déclaration d'acceptation de la compétence, puisque la Cour n'hésiterait pas à considérer qu'ils ont été continuellement subis par les victimes, pour peu que les conditions d'incarcération n'aient pas changé : voir par exemple *Kalachnikov c. Russie*, req. n° 47095/99, arrêt de la Cour du 15 juillet 2002, *op. cit.*, § 96.

[1493] *G. D. c. Turquie*, req. n° 13623/88, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 avril 1989 déjà citée. Les faits ont été volontairement simplifiés : l'étudiante avait, en réalité, d'abord fait l'objet d'un avertissement puis d'un blâme mais, n'obtempérant toujours pas, se vit infligée une sanction disciplinaire de suspension d'une durée de 10 jours assortie d'une autre qui l'excluait de l'université pour le semestre entier. C'est en raison de ces deux sanctions qu'elle s'était, par la suite, vue rayée des listes d'inscription.

[1494] Voir pour le Comité des droits de l'homme, l'affaire *Love et consorts c. Australie*, et pour la Cour européenne des droits de l'homme, la décision *Jovanović c. Croatie*, déjà citées *supra*, note n° 1282. Voir également la vieille décision de la Commission européenne du 18 septembre 1961 dans laquelle celle-ci avait déjà eu l'occasion de retenir ce même chef d'irrecevabilité *ratione materiae* (req. n° 1028/61, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 69-78, spéc. pp. 76-77).

[1495] Tout dépendra, comme on a pu s'en rendre compte, de la juridiction devant laquelle est introduite la réclamation : voir *supra*, n° 412-413, 417.

la distinction des « faits continus » et « instantanés à effets continus ». Cette distinction pourrait en effet, dans certains cas, n'être que le reflet des variations du domaine de validité matériel de la règle.

§ 2 - FAITS, SITUATIONS ET VIOLATIONS CONTINUS DANS LA PRATIQUE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

430. Le reproche adressé aux juridictions des droits de l'homme du fait d'une conception jugée trop extensive des situations relevant de leur domaine de compétence temporel, n'a jamais été formulé à l'endroit de la Cour mondiale. Et pour cause, à en croire la Présidente Rosalyn Higgins,

> « *the European Court of Human Rights and the Committee on Human Rights have been more liberal than the International Court of Justice in assuming that acts occurring prior to the jurisdictionnal starting date may sometimes have a continuing life of their own after that date, sufficient to found a cause of action* »[1496].

S'il peut être souscrit à une telle analyse, il est nécessaire d'en restituer les fondements. Les solutions retenues dans les différentes affaires dépendent effectivement, pour une très large mesure, des termes dans lesquels les Etats ont défini la sphère de compétence. La Cour s'est, en effet, montrée incontestablement plus respectueuse, pour ne pas dire révérencieuse, du choix des Etats d'exclure certains « faits et situations » de son champ de compétence. A ce sujet, la détermination du *tempus commissi delicti* a justement permis une mise au point sur le degré de parenté des faits générateurs de responsabilité et de ceux au sujet desquels le litige s'était élevé. Les principes encadrant la détermination de la compétence avaient, jusque là, conduit à ne voir dans les faits et situations générateurs de différends qu'une autre façon de désigner les faits par lesquels l'Etat défendeur aurait violé le droit international. En ce sens, la Cour ne s'y prendrait pas différemment suivant que sa compétence est déterminée en référence à la date des faits et situations à l'origine du différend, ou en référence à la date des faits et situations se rapportant au texte qu'elle a pour charge d'appliquer. L'analogie ne se vérifie toutefois que tant que l'analyse se limite à des faits instantanés ; les « faits et situations » à l'origine du différend sont, comme on va le voir, insusceptibles de justifier, par

[1496] R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, p. 507. Voir également, en ce sens L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *op. cit.*, p. 815 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 175, § 307.

leur prolongement, l'exercice de la compétence juridictionnelle. Pour le reste, c'est-à-dire s'agissant des affaires dans lesquelles la Cour serait effectivement conduite à tenir compte de la durée des faits portés à sa connaissance, rien n'indique qu'elle retienne des solutions différentes de celles des juridictions des droits de l'homme. C'est l'enseignement qui peut être retenu de sa jurisprudence relative aux atteintes aux droits individuels (A). La haute juridiction n'a, par ailleurs, jamais été conduite à se prononcer sur la question des atteintes continues aux situations juridiques étatiques pour déterminer sa compétence. Les quelques exemples que sa jurisprudence a fournis à d'autres égards semblent néanmoins indiquer qu'elle ne pourrait, le cas échéant, raisonner sur les mêmes bases (B).

A. Les atteintes continues aux situations juridiques individuelles

431. Parce que l'action en protection diplomatique est, seule, susceptible de mettre en scène la défense d'un droit particulier[1497], c'est dans les affaires où cette protection avait été engagée que la Cour a pu livrer ses vues sur les atteintes continues aux situations juridiques individuelles. On recense deux cas d'espèce qui, pour des raisons qui ne tiennent qu'à la façon dont la compétence avait été limitée *ratione temporis*, apportent un éclairage bien inégal sur la question[1498]. Dans la mesure de ce que la Cour a effectivement pu en juger, c'est encore en raison du maintien des droits subjectifs à la date critique qu'elle pourrait connaître de leur prétendue atteinte continue.

432. Dans l'affaire *Mavrommatis*, les droits en cause étaient ceux nés de contrats de concession de travaux publics conclus, avant la première guerre mondiale, par un entrepreneur grec avec les autorités ottomanes, en vue d'équiper la municipalité de Jérusalem d'un réseau de tramways électriques et de distribution de lumière et d'eau potable. Le concessionnaire était tenu d'engager et d'achever les travaux dans un délai imparti, lesquels furent toutefois ajournés d'un commun accord en raison de la survenance du conflit. Au sortir de la guerre, les travaux furent confiés à un nouveau prestataire. Selon le gouvernement grec,

[1497] Voir *supra*, n° 351. Voir par ailleurs Ch. Dominicé, « Regard actuel sur la protection diplomatique » in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, pp. 73-81, spéc. p. 77 ; S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 53 et ss. ; J. Verhoeven, *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 618.

[1498] L'hypothèse d'un fait continu avait également été envisagée par le gouvernement estonien dans l'affaire du *Chemin de fer de Panevezys-Saludtiskis* pour contrer l'exception préliminaire tirée du défaut de continuité de la nationalité de la réclamation (*Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 86, observations et conclusions estoniennes, pp. 182-185). Cette question n'avait toutefois pas été abordée par la Cour qui avait jugé l'exception irrecevable sur un autre fondement (Estonie c. Lituanie, arrêt du 28 février 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 76, pp. 3-23).

la modification du statut du territoire palestinien qui, après les événements, avait cessé d'être une province ottomane pour être érigé en Etat sous mandat britannique, n'était toutefois pas de nature à modifier la situation juridique de son ressortissant, et c'est à tort que la reconnaissance des droits, acquis avant la guerre, lui avait été refusée. L'octroi des concessions à un autre entrepreneur était ainsi, selon le gouvernement grec, contraire au traitement international qui donnait, à son protégé, droit à juste réparation, traitement dont celui-ci aurait dû et devait toujours bénéficier.

La juridiction obligatoire de la Cour était toutefois stipulée pour la seule application du régime du Mandat pour la Palestine qui, sur ces entrefaites, n'était pas encore en vigueur. La Cour permanente n'allait cependant pas juger nécessaire de discuter de sa portée rétroactive[1499], puisque la prétendue « violation, quel que soit le moment auquel elle avait commencé, subsisterait encore et tomberait, de ce fait sous le coup du Mandat »[1500]. En confiant la réalisation des travaux dont Mavrommatis était déjà concessionnaire sans dans le même temps lui offrir d'indemnités, l'Administration de la Palestine pouvait ainsi avoir durablement méconnu les obligations internationales du mandataire. De telles obligations exigeaient qu'à défaut de maintenir les bénéficiaires de concessions dans l'intégralité de leurs droits dûment acquis, leur soient proposés la modification ou le rachat moyennant une équitable compensation. C'était donc sur le fondement de l'inexécution continue de la créance dont Mavrommatis pouvait, à ce stade, raisonnablement être considéré comme titulaire, que la condition d'applicabilité temporelle de la règle était remplie[1501].

433. Invitée par le gouvernement italien à adopter la même approche dans l'affaire des *Phosphates*, la Cour n'allait trouver rien de comparable dans le sort réservé à la Société dont avait été endossée la réclamation. Parmi les différents agissements mis en cause, s'en trouvait un qui, selon l'Italie, avait durablement enfreint l'obligation internationale incombant au Maroc et à la France de respecter les droits acquis. Les droits en cause étaient ceux des

---

[1499] Dans son contre-mémoire préliminaire sur la compétence de la Cour, le gouvernement britannique invoquait le fait que le Mandat n'avait pas vocation à couvrir les réclamations s'élevant au sujet d'actes intervenus à un moment où ses dispositions n'avaient même pas encore été écrites, ce à quoi il était répondu qu'un tel raisonnement ne pouvait que se retourner contre son auteur en ce qu'il posait la question de savoir à quel titre celui-ci aurait bien pu agir en Palestine avant la date d'entrée en vigueur du Mandat, et ainsi octroyer les concessions Mavrommatis à une autre prestataire : *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 5, pp. 445, 459-460.

[1500] *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 36.

[1501] L'examen des opinions jointes à l'arrêt de la Cour le confirme. Des cinq membres dissidents, seul le juge Bustamante semblait finalement remettre en cause le bien-fondé de la solution retenue par la Cour au titre de l'applicabilité temporelle du Mandat. L'impossibilité d'exécuter les concessions n'avait, pour le juge, pas d'autre origine que la décision de les attribuer au nouveau prestataire. Puisque cette décision devançait l'entrée en vigueur d'un texte dépourvu de toute rétroactivité, rien ne justifiait qu'elle puisse justifier son application. Contrairement à la Cour, il avait cependant préalablement abouti à la conclusion que le Mandat n'emportait aucune obligation d'indemniser : *Série A*, n° 2, pp. 76-84, spéc. pp. 79-81.

explorateurs de gîte de phosphates, dont la situation juridique avait été placée sous la sauvegarde d'une législation qui faisait de chaque inventeur le titulaire d'un droit à redevance. Un ressortissant italien s'était adressé au Service des mines afin d'obtenir son dû, mais vit sa demande définitivement rejetée par une décision du 8 janvier 1925, soit avant la date qu'indiquait la déclaration française. Ce refus aurait, toujours selon le gouvernement demandeur, suffi pour créer un « état de spoliation » illicite et permanent[1502]. Bien que cette situation ait été, à l'origine, soigneusement distinguée de la rafale des autres arguments visant à établir la compétence de la Cour permanente, elle allait, au fil de la plaidoirie du conseil Ago, trouvé dans l'existence du prétendu « fait complexe », une raison supplémentaire de s'être maintenue après la date critique, l'idée étant qu'une telle situation n'ait pu s'achever avant le moment où il était devenu clair et définitif que l'injustice commise ne serait pas réparée[1503].

Pour la partie adverse, le différend ne pouvait avoir directement trait qu'à la décision du Service de Mines qui, à bon droit ou non, avait, de façon immédiate et définitive, réglé la situation du ressortissant italien[1504] . La thèse du déni de justice devait, par ailleurs, être dépourvue de toute efficacité, car sans influence sur la date de la décision litigieuse. Celle-ci constituait, à coup sûr, le véritable « fait générateur » du différend, et avait pour conséquence inévitable de le faire échapper à l'application *ratione temporis* de la clause de juridiction obligatoire[1505].

En rejetant la thèse italienne, la Cour permanente n'allait, semble-t-il, pas distinguer les différents arguments, puisqu'elle considérait ne pouvoir établir la réalité de ces prétendues violations, *complexe* comme *continue*, sans s'être au préalable assurée de la réalité des droits de la victime, et sans donc « étendre [sa] juridiction (…) à un fait qui, en raison de sa date, n'y est pas soumis »[1506]. Certains ont pu voir une confirmation de l'effet immédiat d'une mesure

---

[1502] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 28.

[1503] Le glissement apparaît, en réalité, dans la duplique de l'agent italien Montagna, au cours de la séance du 16 mai 1938 (*Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, p. 1309), puis dans l'argumentation développée par R. Ago au cours de la même séance (*Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, p. 1334). Le Rapporteur Ago concèdera d'ailleurs le manque de clarté de l'argumentation dû à l'entremêlement des deux thèses (*An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 39). Voir sur cette argumentation, l'article de R. Montagna paru quelques mois après l'adoption de l'arrêt (« La limitazione « ratione temporis » della giurisdizione internazionale obbligatoria », *op. cit.*, p. 144).

[1504] *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, p. 726 (duplique française) et pp. 1029-1031 (séances orales).

[1505] L'agent français Basdevant avait effectivement défendu l'idée selon laquelle « le déni de justice ne peut être discuté sans que la décision de 1925 le soit, et il ne peut conduire à aucune satisfaction ou aucune réparation que le caractère illicite de la décision de 1925 ne doive déjà par lui-même comporter. Donc, si la décision de 1925 disparaît, le grief de déni de justice n'a plus d'objet ; si la décision de 1925 est mauvaise selon le droit international, le grief de déni de justice est superflu, il ne vous intéresse plus. Il n'apporte en somme rien de nouveau au différend qui peut résulter de la décision de 1925 ». Dans ce contexte, seul le différend initial subsistait sans qu'aucun différend nouveau ne s'y soit substitué (*Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, pp. 1043-1044).

[1506] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 29.

de spoliation[1507] que l'absence de recours postérieur ne saurait différer[1508]. Ago lui-même, concèdera, avec le recul, que « la violation du droit international, pour autant qu'il y ait eu violation, était représentée [dans cette affaire] par la décision du Service des mines (…) même si ses conséquences fâcheuses s'étaient maintenues jusqu'à la date critique et au-delà »[1509].

434. Quoique la solution de la Cour demeure conforme à celles qu'il a déjà été permis de relever au titre de l'expropriation *de jure* dans la jurisprudence des juridictions des droits de l'homme[1510], rien ne permet pourtant de souscrire à de telles analyses, et de conclure que la Cour a vu dans la décision du Service des Mines, un « fait instantané à effet continu ». Pareille qualification participe précisément d'une opération que la haute juridiction refuse catégoriquement d'entreprendre. Autant avait-elle préalablement considéré la thèse du déni de justice et refusé de lui accorder une quelconque influence sur la durée de consommation de la violation du droit international, autant se borne-t-elle à faire remarquer, au sujet de l'état de spoliation, qu'il ne peut constituer une raison valable pour connaître de la réclamation italienne car il l'obligerait, ce faisant, à prendre considération d'un événement qui ne relève pas de son domaine de compétence. Tout porte ainsi à croire que la déclaration française empêche la haute juridiction de tenir compte des situations *débutées* antérieurement à la date critique[1511], contrairement à ce qu'il avait pu être décidé dans l'affaire *Mavrommatis* au sujet des faits reprochés au gouvernement britannique. Il ne serait ainsi pas question de distinguer ces différentes affaires du point de vue de la durée des agissements mis en cause, mais uniquement de la portée que la Cour permanente a jugé bon d'attribuer au libellé de la formule de double exclusion qui, selon ses dires, « exclu[t] la possibilité de voir déférer (…) des situations ou des faits qui *remontent* à une époque où l'Etat mis en cause ne serait pas à

[1507] Voir par ex. E. Wyler pour qui « la Cour (…), considér[a] que le fait illicite s'était réalisé avec la première décision, c'est-à-dire, implicitement, qu'il s'agissait d'un fait illicite 'instantané à effets continus' » (« Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 900). Voir également, en ce sens, J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 239 ; G. Staedtler, « L'affaire des Phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) », *R.D.I.L.C.*, 1939, pp. 323-338.

[1508] Voir ainsi l'opinion individuelle du juge Cheng Tien-Hsi jointe à l'arrêt de la Cour permanente, déjà citée, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 36 : « il est juste de dire que le différend s'est élevé au sujet d'un fait antérieur à la date critique car cette décision (…) subsiste (…) simplement à l'état de préjudice auquel il n'a pas été porté remède ».

[1509] *An. C.D.I.* 1978, II-2, p. 100, § 10 ; voir également, le septième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1978, II-1, pp. 39-40, spéc. §§ 27, 30.

[1510] Sur l'effet immédiat de la privation de droit, voir les affaires citées *supra*, notes n° 1470-1471, 1474 ; au titre de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, voir l'affaire relative à *Certains Biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec.* 2005, pp. 6-28, spéc. pp. 26-27, § 52.

[1511] B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 142, § 100. L'auteur considère que la Cour a appliqué dans cette affaire la réserve *ratione temporis* à « une situation établie antérieurement à la date critique ».

même de prévoir le recours dont [ils] pourraient faire l'objet »[1512]. La distinction qui semble ainsi devoir être établie entre le régime des « faits et situations » générateurs de différends et celui des faits internationalement illicites se confirme au vu des solutions retenues par la Cour au titre des droits étatiques.

B. Les atteintes continues aux situations juridiques étatiques

435. La jurisprudence relative aux atteintes continues aux situations étatiques conforte l'idée avancée selon laquelle la signification accordée à la durée des faits dépend des termes dans lesquels l'étendue de compétence *ratione temporis* a été définie. La portée attribuée par la haute juridiction à la formule de double exclusion aboutit à ne pas distinguer entre les « faits et situations » continus, et les « faits et situations » instantanés à effet continu (1). Seuls de « véritables » faits générateurs de responsabilité sont, en effet, susceptibles de s'étaler dans le temps, et c'est sur le terrain des *violations continues* des droits étatiques qu'il va, par conséquent, s'agir d'engager la réflexion sur d'éventuels critères d'identification (2).

1. Les « faits et situations » à l'origine du différend

436. Des différentes manœuvres dénoncées dans l'affaire des *Phosphates*, une autre devait permettre à la Cour permanente de livrer ses vues sur la durée des violations dont l'Etat réclamait, cette fois, la qualité de victime immédiate. L'objet principal de la requête italienne visait la politique française d'« accaparement » des phosphates, dont l'éviction du ressortissant italien n'était précisément qu'une des étapes ; son volet législatif consistait en l'établissement, par deux dahirs, du monopole d'exploitation du minerai jugé incompatible au régime de la « porte ouverte » que les Conventions liant la France et l'Italie avaient instauré. La législation litigieuse, sur la base de laquelle avait d'ailleurs été rendue la décision du Service des mines, était toujours en vigueur au jour où la Cour devait se prononcer sur sa compétence et le gouvernement italien croyait tenir là une raison suffisante pour obtenir une décision sur le bien-fondé de sa réclamation. La Cour n'entendait pas, cependant, attribuer pertinence à la seule « confirmation ou [au] simple développement de situations ou de faits antérieurs »[1513]. Dans cette mesure, elle n'était pas davantage disposée à dissocier la situation litigieuse, des dahirs qui l'avaient instituée et qui, par leur date, la faisait échapper à sa compétence :

[1512] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 24 (nous soulignons).
[1513] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 24.

> « la situation dénoncée (…) est un état de droit qui est né de la législation de 1920. Elle ne peut, au point de vue de la critique qui en est faite, être isolée de la législation dont elle est issue. L'incompatibilité prétendue du régime du monopole avec les obligations internationales du Maroc et de la France est un grief qui s'adresse avant tout aux dahirs qui l'ont institué. Si, en l'établissant, le Maroc et la France ont violé le régime conventionnel de l'Acte général d'Algésiras du 7 avril 1906 et de la Convention franco-allemande du 4 novembre 1911, cette violation procède des dahirs de 1920. C'est dans ces dahirs qu'il faut voir les faits essentiels constitutifs du prétendu accaparement et, par conséquent, les véritables faits générateurs du différend relatif à cet accaparement »[1514].

Faire, de cette manière, application de la formule de double exclusion, c'est arrêter le temps à l'époque de déclenchement de la situation, alors qu'il s'agissait aussi de répercuter les conséquences de sa prolongation sur la compétence temporelle[1515]. Certains ont fort justement fait remarquer que la Cour avait introduit dans la déclaration quelque chose qui ne s'y trouvait pas. Cette déclaration attribue effectivement juridiction pour tous les différends qui s'élèveraient au sujet de faits ou situations postérieurs à sa ratification, et non pour ceux qui s'élèveraient au sujet de faits *débutés* ou de situations *créées* après cette date[1516]. On pourrait même considérer que la Cour y enlève autre chose lorsqu'elle fait observer qu'« étant placés sur la même ligne, la limitation *ratione temporis* est commune » aux deux termes employés par la déclaration, c'est-à-dire les *faits*, d'une part, et les *situations* d'autre part, et que « de l'emploi de l'un ou de l'autre ne saurait résulter une extension de la juridiction obligatoire »[1517]. Ne pas faire la nuance entre les faits et les situations, c'est ni plus ni moins réduire celles-ci à ceux-là. En n'attachant d'importance qu'aux circonstances qui ont donné

[1514] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 25-26.

[1515] L'approche de la Cour est, ainsi, diamétralement opposée à celle des juridictions chargées des droits de l'homme. Dans l'affaire *Yagci et Sargin* déjà citée, la Cour européenne avait, pour repousser l'effet de la réserve turque excluant non seulement les événements antérieurs mais aussi les jugements dont ils avaient pu faire l'objet par la suite, considérer que « tous les actes et omissions de l'Etat doivent non seulement se conformer à la Convention, mais aussi s'exposer au contrôle des organes de la Convention [alors même qu'ils ne constitueraient que] les prolongements d'une situation préexistante » (req. n° 16419/90 et 16426/90, arrêt du 8 juin 1995, spéc. § 40). Voir sur cette affaire, *supra*, n° 409. Pour le Comité des droits de l'homme, voir également en ce sens *Gueye* et al. *c. France* (Comm. No. 196/1985, constatations du 3 avril 1989, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 312-319, spéc. p. 316) déjà évoquée *supra*, n° 416.

[1516] Voir les opinions dissidentes du juge Van Eysinga (*Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 31-35, spéc. p. 35) et du juge Cheng Tien-Hsi (*ibid.*, p. 37). Une telle nuance est d'ailleurs perceptible à la lecture des déclarations actuellement vigueur, certaines excluant spécifiquement la compétence de la Cour internationale de Justice pour les différends relatifs à des faits et situations qui auraient débuté avant la date critique : voir, par exemple, la déclaration espagnole du 20 octobre 1990 qui exclut du domaine de compétence de la Cour les « différends nés avant la date de la remise de la présente Déclaration (…) ou relatifs à des faits ou des situations survenus avant cette date, *quand bien même lesdits faits ou situations continueraient à exister ou à produire des effets après cette date* » (nous soulignons). Voir encore la déclaration indienne du 18 septembre 1974 qui exclut « les différends antérieurs à la date de la présente déclaration, y compris les différends dont les fondements, les motifs, les faits, les causes, les origines, les définitions, les raisons ou les bases existaient avant cette date, quand bien même la Cour en serait saisie ou avisée à une date ultérieure ».

[1517] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, p. 24.

lieu à la situation litigieuse, la durée de celle-ci ne pourrait ainsi jamais être utilement invoquée aux fins d'établir la compétence, puisque comme il a déjà été indiqué, *à l'origine de toute situation continue se trouve un fait instantané*[1518].

437. Toujours est-il que, parce qu'il ne dispose pas de toutes les qualités du fait générateur de responsabilité – à commencer par celle de pouvoir *durer* –, le dahir n'est, pas plus que la décision du Service des Mines, ce « fait créé en un instant », « qui ne saurait retenir sa juridiction sous prétexte que ses effets n'ont pas disparu », comme s'était employé à le décrire l'agent français Basdevant[1519]. Du moins, n'est-ce pas la raison que la Cour permanente a retenue pour admettre le bien-fondé de l'exception d'incompétence française. La question de la compétence temporelle de la haute juridiction ne s'est, depuis, jamais plus posée en des termes équivalents, si ce n'est dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* où la Cour avait, toutefois, estimé que le différend s'était lui-même élevé avant la date critique[1520].

2. Les violations continues

438. C'est, en vérité, dans des espèces où sa compétence temporelle n'était pas mise en cause que la Cour a pu tirer enseignement du temps de perpétration des violations du droit international portées à sa connaissance. Les quelques illustrations qu'offre la jurisprudence (a) permettent d'anticiper la façon dont la haute juridiction pourrait, à l'avenir, en faire usage au stade préliminaire (b).

[1518] La « situation » est généralement perçue comme « don[nant] plus facilement l'idée de permanence » : voir les observations du gouvernement italien dans l'affaire des *Phosphates*, *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 84, p. 857. Voir également G. Staedtler, « L'affaire des Phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) », *op. cit.*, p. 330 qui considère que la situation comporte « un état de chose qui, tout en ayant un point de départ, est de nature à se prolonger ». Voir encore A. Buyse, « A Lifeline in Time – Non Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *op. cit.*, p. 72 ; J. Fischer Williams, « The Optional Clause », *op. cit.*, pp. 74-75. L'impression ressortait ainsi des échanges devant la Cour permanente et c'est sans doute la raison pour laquelle elle a cru devoir préciser que l'usage de l'expression dans la déclaration ne saurait influencer la façon dont il convenait de l'appliquer. Du reste, la signification à attribuer au terme de « situation » avait également été discutée dans le cadre de l'élaboration de l'article 28 de la Convention de Vienne sur la non-rétroactivité des traités, certains Etats considérant l'expression trop « lâche » pour qu'elle ne puisse éviter la rétroactivité ou, au contraire, efficace car susceptible d'englober l'ensemble des cas de figure (voir notamment les réactions américaines et uruguayennes *in* I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, pp. 85-86). Toujours est-il que le Rapporteur spécial Humphrey Waldock estimait ne pas devoir en dire davantage sur l'application du traité aux actes ou situations en cours, étant donné que la rédaction d'une disposition traitant spécialement de la question « se heurte[rait] à des difficultés analogues à celles que la Cour internationale a rencontrées lorsqu'elle a interprété les clauses limitant sa juridiction *ratione temporis* » (*An. C.D.I.* 1966, II, p. 68, § 3 et note n° 32). La rédaction définitive de l'article 28 fait quoi qu'il en soit aussi bien mention de l'« acte [ou du] fait antérieur », que de la « situation qui avait cessé d'exister » à la date d'entrée en vigueur du traité.

[1519] *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 85, pp. 725, 856, 1030.

[1520] Voir *infra*, n° 478.

a. Illustrations pratiques

439. Si la continuité de la violation n'apparaît pas au chapitre de la compétence, elle constitue, à n'en pas douter, un développement non négligeable de celui qu'il s'agirait de consacrer aux réactions à l'illicite. Réaction de l'Etat lésé, d'abord, qui, dénonçant une situation en cours, solliciterait des mesures dont seules l'actualité ou l'aggravation justifient l'octroi[1521]. Réaction de l'Etat auteur, ensuite, qui se devra de rectifier sa conduite et de mettre un terme au fait internationalement illicite[1522]. Les exemples ne manquent pas ; l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* est certainement l'une des plus symptomatiques[1523]. Il était reproché aux autorités iraniennes de ne pas s'être opposées avec la diligence requise à la prise par des manifestants des locaux de la mission américaine et à la capture de son personnel, mais encore, de s'être abstenues de mettre un terme à leur détention et à l'occupation des lieux. Telle qu'elle se présentait ici, la durée extériorisait l'approbation d'un état de fait et le souhait de le voir se maintenir. La Cour jugeait d'ailleurs dans son arrêt du 24 mai 1980 que

> « la décision des autorités iraniennes de continuer à soumettre les locaux de l'ambassade des Etats-Unis à occupation par des militants et à détenir son personnel en otage a manifestement entraîné des manquements répétés et multiples aux dispositions applicables des conventions de Vienne, manquements encore plus graves que le fait, pour ces mêmes autorités, de n'avoir pris aucune mesure en vue de prévenir les atteintes à l'inviolabilité des locaux et du personnel de l'ambassade »[1524].

[1521] Il ne sera pas fait référence aux contre-mesures compte tenu du fait que la question des violations continues n'y a pas été associée dans la jurisprudence de la Cour. Le mécanisme n'y est pourtant pas étranger puisque son intérêt, autant que sa licéité, résident dans la cessation d'une situation irrégulière. Les auteurs qui se sont penchés sur la question ont pu mettre en exergue le lien entre la persistance du manquement et la faculté de prendre des mesures de représailles, les Etats privilégiant notamment au titre de celle-ci la cessation de l'illicite : voir D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international, Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, p. 255, § 188. Voir également J. Combacau et D. Alland, « 'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *op. cit.*, p. 102 ; Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », Cours et Travaux de l'I.H.E.I. (1981/1982), Paris, Pedone, 1982, pp. 1-70, spéc. pp. 40-41 ; J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, op. cit.*, p. 341. Ce n'est pas dire toutefois qu'une situation justifiant la prise de contre-mesures soit nécessairement continue. Cette situation pourrait très bien être consécutive d'un fait illicite instantané. Sur le plan du *tempus commissi delicti*, seule alors la date de la violation à la survenance de laquelle est assortie l'obligation de réparer serait prise en compte sans que la période pendant laquelle l'Etat s'obstine à refuser d'accéder à la demande de réparation ne soit en mesure de modifier les choses.

[1522] Voir l'article 30 du projet d'articles adopté en lecture définitive par la Commission du droit international : « [l]'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation (…) d'y mettre fin si ce fait continue », *in* J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, op. cit.*, pp. 235-241. Voir également sur l'obligation de faire cesser l'illicite, n° 444 et ss.

[1523] Etats-Unis c. Iran, ordonnance de la Cour du 15 décembre 1979 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1979, pp. 7-21, spéc. pp. 20-21, §§ 42 et 47, et arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, pp. 3-46.

[1524] Arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, pp. 35-36, § 76.

Cette gradation sur l'échelle de la culpabilité avait surtout le mérite d'opérer un tri entre les manquements liés à la création de cette situation illicite et ceux qui, associés à sa prolongation, violaient de manière persistante certaines des obligations incombant à l'Iran, comme la rétention en captivité des membres du personnel de l'ambassade et l'entrave à leur liberté de déplacement et de communication, ou encore l'occupation des locaux et la détention des biens de la mission[1525].

440. La Cour donnera d'autres exemples de violations continues, au gré des situations portées à son attention. Ainsi justifiera-t-elle l'octroi de mesures conservatoires par le risque d'amplification ou d'intensification des activités américaines au Nicaragua et contre celui-ci. Les Etats-Unis avaient, à cette occasion, été priés de mettre immédiatement fin à toute action ayant pour effet de restreindre, de bloquer ou rendre périlleuse l'entrée ou la sortie des ports nicaraguayens. La prolongation de cette situation comme celle de l'embargo commercial décrété quelque temps après, avait d'ailleurs conduit la Cour à réitérer son injonction dans son jugement au fond[1526]. Autre exemple de situation antijuridique durable, celle identifiée dans l'*Avis sur les conséquences de l'édification du mur* qui résultait de la construction de l'ouvrage et du régime qui lui était associé, lesquels constituaient un « 'fait accompli' qui pourrait fort bien devenir permanent » et, le cas échéant, « équiva[loir] à une annexion *de facto* »[1527]. Ces différents exemples ne doivent pas toutefois signifier que la nécessité de faire cesser la violation est réduite au risque de la voir s'aggraver. La recherche des hypothèses dans lesquelles la cessation a pu être ordonnée fait apparaître des situations assurément stables, telle la diffusion d'un mandat d'arrêt international émis contre un agent de l'Etat[1528], ou encore l'« octroi d'asile » qui n'est « pas un acte instantané qui prendrait fin avec l'accueil fait, à un moment donné, à un réfugié dans une ambassade » mais dure aussi longtemps que la présence continue du réfugié dans l'ambassade prolonge la protection dont il bénéficie, et fait

---

[1525] *Rec.* 1980, p. 36, § 77.

[1526] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui*-ci, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, ordonnance de la Cour du 10 mai 1984 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1984, pp. 169-188, spéc. p. 187 et arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, pp. 14-150, spéc. p. 149.

[1527] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif de la Cour du 9 juillet 2004, *Rec.* 2004, pp. 136-203, spéc. p. 184, § 121.

[1528] L'exemple est tiré de l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dans laquelle était en jeu l'immunité de juridiction du ministre des affaires étrangères congolais qui, selon la Cour, bénéficiait d'une protection équivalente à celle des agents diplomatiques et consulaires (République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt du 14 février 2002, *Rec.* 2002, pp. 3-34, pp. 20-21, § 51). La Cour avait toutefois, dans cette affaire, prononcé l'obligation de faire cesser le mandat d'arrêt belge au titre de la restitution, et non aux fins de la cessation du fait illicite et du respect des immunités, dans la mesure où le Ministre n'était plus en exercice au jour où la Cour statuait (*Rec.* 2002, pp. 31-32).

ainsi obligation à celui qui l'a irrégulièrement attribué de le retirer[1529]. On en trouve encore une nouvelle illustration dans la présence illégale de l'Afrique du Sud en Namibie, qui lui faisait encourir des « responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale »[1530].

Telles qu'elles apparaissent dans la jurisprudence de la Cour, les violations continues ne semblent finalement guère s'éloigner de celles qu'avait vainement invoqué le gouvernement italien dans l'affaire des *Phosphates* pour faire admettre l'idée qu'une situation n'appartient pas au passé, pour la seule raison qu'elle y trouve son origine[1531]. L'exemple de l'occupation sans titre juridique d'un territoire figurait, du reste, en bonne place dans l'argumentation italienne, au côté de la création d'une loi contraire au droit international, étant donné qu'on aurait affaire, dans un cas comme dans l'autre, à un état de contrariété qui ne cesse au moment même où il débute et qui, parce qu'il serait toujours possible d'en exiger la cessation, supposerait que « le droit lésé n'[a] pas été détruit mais seulement comprimé » [1532].

Reste à établir par quels critères il pourrait, pour chaque situation, être conclu au caractère instantané ou continu de la violation du droit international.

b. Analyse théorique

441. La distinction des violations instantanées et continues est traditionnellement recherchée sur le terrain de la structure des énoncés normatifs et des circonstances d'espèce [1533]. Sørensen recommandait déjà, dans ses travaux pour l'Institut de droit

---

[1529] *Droit d'Asile*, Colombie c. Pérou, arrêt de la Cour du 20 novembre 1950, *Rec.* 1950, pp. 266-389, spéc. pp. 281, 287-288 et *Haya de la Torre*, Colombie c. Pérou, arrêt du 13 juin 1951, *Rec.* 1951, pp. 71-84, spéc. p. 82.

[1530] *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif de la Cour du 21 juin 1971, *Rec.* 1971, pp. 16-66, spéc. pp. 54, §§ 117-118.

[1531] L'argument était en vérité emprunté à John Fischer Williams qui, dans ses observations sur la formule de double exclusion énoncée dans la déclaration britannique d'acceptation de la juridiction de la Cour, avait établi un parallèle avec la formule employée dans la Convention d'arbitrage entre l'Allemagne et la France signée à Locarno qui excluait « les contestations nées de faits qui sont antérieurs à la présente Convention et qui appartiennent au passé ». S'interrogeant ainsi sur ce à quoi pouvait correspondre une controverse appartenant au passé, il prenait l'exemple d'un litige qui concernerait la souveraineté sur un territoire encore occupé par l'une des parties en litige et qui, selon lui, ne serait visé par la formule même si l'événement originaire ayant donné lieu à la controverse, c'est-à-dire la prise de possession, était antérieur à la date de la ratification : « The Optional Clause », *op. cit.*, p. 75 ; voir les observations et conclusions italiennes, *Rec. C.P.J.I. Série C*, 84, pp. 496-497.

[1532] Observations et conclusions italiennes, *Rec. C.P.J.I. Série C*, 84, p. 858.

[1533] La question de la durée du comportement est envisagée dans la typologie d'obligations internationales dressée par les professeurs Combacau et Alland, pour qui « *[t]he content of the rule* (…) *which refers to [its] substance [would be] the type of behaviour, in abstract terms, which the rule imposes on the State (…). Does the rule require the State to act or to abstain from acting, to perform a single act* or to act in a continuous manner over a period of time, *to act in a precisely determined manner or to achieve a certain result by whatever means ?* » («'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International

international, de tenir compte de la façon dont la norme envisage le « phénomène » qu'elle prétend régir pour établir sa dimension temporelle, l'opération se résumant le plus souvent à déterminer si elle vise un acte instantané – comme par exemple la prise de possession d'un objet, d'un territoire – ou plutôt la situation que cet acte pourrait créer – la détention de l'objet, l'occupation, *etc*… [1534]. Des différentes typologies proposées pour disséquer ce qu'Ago dénommait « mode d'existence » de l'obligation, c'est-à-dire la manière qu'elle a d'imposer ses exigences, aucune ne semble, cependant, être taillée à la mesure du propos. Celle qui avait justement permis au Rapporteur de classer les obligations, selon que leur respect suppose de ne pas s'écarter d'un comportement spécifiquement déterminé ou d'aboutir à un certain résultat, ne rend qu'imparfaitement compte du problème ; tel n'était d'ailleurs pas son objet puisqu'elle avait été élaborée aux fins d'identifier le *moment* de la violation du droit[1535]. Si cette façon de décrire le contenu de l'obligation va tout de même permettre d'identifier différents cas de figure et d'ordonner logiquement leur solution, elle est, surtout, révélatrice de la démarche que l'on va adopter.

Pour n'en rappeler que l'essentiel, le premier type d'obligation, que l'on retrouve dans la nomenclature du Rapporteur Ago, serait finalement celui qui soulève le moins de difficulté puisqu'il y aurait violation immédiate dès que l'action ou l'omission relevée dans les faits s'écarte de celle prescrite. Quant au second type, la question serait plutôt de savoir si l'inefficacité du premier moyen mis en œuvre par l'Etat lui laisse encore la faculté de se « racheter » en en choisissant un autre susceptible d'aboutir à l'objectif initialement fixé. La distinction tourne donc ainsi autour de la méthode qui permet d'établir l'illicite : dans le premier cas, la lecture de l'énoncé normatif suffit ; dans l'autre, on doit s'en remettre à des circonstances extérieures, notamment celle de savoir si le résultat n'est pas, dans les faits, devenu irréalisable pour conclure que l'Etat a définitivement engagé sa responsabilité. La recherche de la durée du fait illicite peut prendre la même direction puisqu'on va s'apercevoir qu'elle est, dans un certain nombre de cas, susceptible d'être directement déduite de l'objet de l'obligation, c'est-à-dire du comportement qu'elle impose (i), tandis que le juge sera, dans

---

Obligations », *op. cit.*, p. 89, nous soulignons). Voir également J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 162-163, 234 ; A. Nissel, « Continuing Crimes in the Rome Statute », *op. cit.*, pp. 661-662, 680 : « *a continuing crime is a violation of a primary obligation targeting a potentially ongoing situation that has been committed and then maintained* » ; J. Pauwelyn, « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, p. 420 ; E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 894.

[1534] « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », rapport provisoire déjà cité, *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, pp. 32-47 (spéc. §§ 38-48) et pp. 56-59.

[1535] Sixième rapport de R. Ago, *An. C.D.I.* 1977, II-1, pp. 4-22, spéc. §§ 6, 10, 45.

d'autres cas, conduit à s'écarter de l'énoncé pour établir s'il y a toujours intérêt à ce que cesse la violation, envisageant, par là, la « durée » de l'obligation (ii).

i. Objet de l'obligation

442. La lecture de l'énoncé normatif devrait, dans toute une série d'hypothèses, suffire à identifier le *tempus commissi delicti*. On ne sera pas surpris de retrouver ici les obligations qui prennent le soin de déterminer de manière spécifique la conduite de l'Etat et qui, pour la majorité d'entre elles, prohibent ou restreignent plutôt qu'elles ne permettent de faire. Il s'agira donc, en règle générale, de déterminer si la conduite incriminée est, dans les termes choisis pour la désigner, susceptible de s'étaler dans le temps. A cet effet, l'« aspect » duratif de l'action, ou, pour reprendre le terme des linguistes, du « procès » que le verbe envisage, pourrait être déterminant[1536]. Il va de soi que l'obligation de ne pas *détenir* un représentant de l'Etat qui bénéficie de l'inviolabilité personnelle ne pourra, à l'inverse de celle de ne pas l'*arrêter*, qu'être durablement enfreinte. L'emploi de verbes « statifs »[1537] qui indiquent un état de stabilité et de permanence – comme celui auquel le Traité de Versailles contraint l'armée allemande en lui interdisant de *posséder* un certain armement d'ici l'époque où l'Allemagne pourra être admise comme membre de la Société des Nations[1538] – ou « imperfectifs », comme celui d'*occuper*, qui envisagent le « procès » dans sa totalité et non dans son achèvement, fera de l'écart de conduite, une violation continue.

[1536] Voir sur ce point J. Combacau, « L'écoulement du temps », *op. cit.*, pp. 78-79. On distingue l'« aspect » (« *tempus de ratione* ») du « mode » (« *tempus de dicto* ») et du « temps » (« *tempus de re* »), le premier désignant la catégorie grammaticale relative au temps inhérent au procès et qui le saisit dans son développement, son achèvement ou sa répétition. Encore faut-il distinguer l'*aspect sémantique* qui caractérise l'élément verbal dans sa nature objective – les verbes statifs qui excluent toute progression ; les verbes imperfectifs qui envisagent l'action dans son déroulement ; enfin les verbes perfectifs qui envisagent le procès dans son terme – de l'*aspect lexical* qui isole un moment du procès ou précise la place dudit procès dans une chaîne d'événements – l'aspect inchoatif qui indique le déclenchement ou la progression actuelle d'une action et qui est d'ailleurs utilisé par les pénalistes pour désigner « l'infraction qui consiste dans une conduite constituant une étape vers la perpétration de l'infraction, l'adjectif [marquant ainsi] le caractère inachevé de l'exécution du dessein criminel poursuivi par l'agent » (J. Fortin, L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 311), aspect progressif encore, continuatif, itératif, *etc*…Sur ces questions, voir M. Wilmet, « Aspect grammatical, aspect sémantique, aspect lexical » in *La notion d'aspect*, Actes du colloque organisé par le Centre d'analyse syntaxique de l'Université de Metz, 18-20 mai 1978, Collection Recherches linguistiques, Metz, Publication du centre d'analyse syntaxique, pp. 51-68, spéc. pp. 61-64 ; J. M. Zemb, « L'aspect, le mode et le temps » in *La notion d'aspect*, Actes du colloque organisé par le Centre d'analyse syntaxique de l'Université de Metz, 18-20 mai 1978, *op. cit.*, pp. 83-110 ; voir également Z. Vendler, *Linguistics in Philosophy*, Cornell University Press, New York, 1967, pp. 97-122, spéc. p. 103 : l'auteur distingue dans son « *time schemata of verbs* » les « *state terms* » (statif) des « *achievement terms* », des « *accomplishments terms* » et encore des « *activities terms* ».

[1537] Voir ici Z. Vendler, *Linguistics in Philosophy*, *op. cit.*, pp. 103, 106.

[1538] Article 164 du Traité de Versailles : « [j]usqu'à l'époque où l'Allemagne pourra être admise comme membre de la Société des Nations, l'armée allemande ne devra pas posséder un armement supérieur aux chiffres fixés dans le tableau n° II, annexé à la présente section, sauf un complément facultatif qui pourra atteindre, au maximum un vingt-cinquième ».

443. Les choses n'apparaîtront pas toujours avec autant de facilité. Ainsi, parmi les interdictions que l'Etat iranien avait durablement bravées dans l'affaire du *Personnel diplomatique* se trouvait celle faite à ses agents de *pénétrer* sans autorisation dans les locaux de la mission[1539]. On aurait pourtant cru trouver là un fait qui, une fois accompli, ne serait en tant que tel pas susceptible de s'étendre dans le temps. La violation du droit de l'Etat aurait effectivement, ici, vocation à se consommer en un trait de temps, sans qu'une occupation prolongée des lieux ne soit requise pour engager la responsabilité. On peut d'ailleurs établir un parallèle avec la façon dont le tribunal arbitral a appliqué, dans l'affaire *Rainbow Warrior*, l'obligation faite aux agents français de ne pas *quitter* l'île du Pacifique sur laquelle il devait être soumis à un régime d'isolement, et jugé que cette obligation avait pour corollaire, le devoir de les y *maintenir*. Si l'Etat français avait ainsi méconnu ses obligations internationales en rapatriant l'un de ses agents en métropole, il ne s'y était pas davantage conformé pour toute la période durant laquelle il n'avait pas assuré son retour et sa présence sur l'île[1540].

Ces exemples attestent en réalité du caractère « réversible » de certaines obligations qui, une fois violées, imposeraient une conduite différente de celle initialement requise, et sur la base desquelles pourrait ainsi être caractérisée une (nouvelle) violation continue par l'Etat du droit international[1541]. Aussi peut-il d'ores et déjà être conclu que certains mêmes des énoncés qui qualifient le comportement requis de l'Etat témoignent de la nécessité de ne pas uniquement s'en remettre à une analyse structurale de la règle de droit, pour établir le temps de réalisation de l'illicite.

[1539] *Rec.* 1980, p. 36, § 77.

[1540] Sentence arbitrale du 30 avril 1990 déjà citée, *R.S.A.*, vol. XX, p. 263, § 100 ; Voir les observations de E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 902-903.

[1541] A l'aspect sémantique « perfectif » se substitue l'aspect lexical « inchoatif » du procès qui désigne le déclenchement ou la progression d'une action en cours (voir *supra*, note n° 1536). Il y a ainsi, pour la Cour, une pluralité de violations – la violation durable et celle qui, avant elle, a enfreint l'obligation initiale de ne pas pénétrer dans les locaux de l'ambassade – d'une seule et même disposition de la Convention de Vienne. Comme le souligne plusieurs auteurs, il ne pourrait toutefois s'agir que d'obligations distinctes : voir Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 27-28 ; E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *op. cit.*, pp. 902-903. Voir également le septième rapport de Roberto Ago sur la responsabilité des Etats, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 44, note n° 68, cité *infra*, note n° 1560. Le caractère réversible de l'obligation est envisagé par les professeurs Combacau et Alland dans la classification qu'ils dressent des différentes catégories d'obligations primaires. Les auteurs considèrent les hypothèses dans lesquelles la violation conduit à la substitution de l'obligation primaire, expliquant à travers l'exemple de l'obligation de prévention, que la survenance de l'événement ou de la situation redoutée aura pour conséquence le fait que l'Etat sera désormais tenu de se conformer à une obligation de contenu différent : «'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *op. cit.*, pp. 97-98). Voir sur ces obligations de prévention, *infra*, n° 447.

ii. « Durée » de l'obligation

444. Fixer les contours temporels de l'illicéité lorsqu'ils n'ont pu être déduits du *comportement* visé par la règle de droit nécessite, dans tous les autres cas, de se reporter à l'ensemble des éléments qui permettent de déterminer si l'objectif fixé par la règle pouvait être durablement compromis ou s'il n'a, à l'inverse, pas survécu à l'adoption du comportement litigieux[1542]. Un tel examen conduit à établir une distinction fondée sur la « durée » des obligations[1543], c'est-à-dire entre les obligations dites « continues »[1544] qui imposent à l'Etat de faire cesser l'illicite[1545] ou la situation dont il avait l'obligation d'éviter qu'elle se produise, et les autres.

[1542] Une telle analyse a déjà pu être proposée. Voici notamment ce que recommande M. Pauwelyn pour identifier les violations continues : « *reference should be made to the problem of reparation and, specially, the question whether after the act first occured the remedy of cessation is still of any use or the only possible reparation, or whether restitution in kind or compensation suffices to provide reparation both for the past and the future. Only in the former case should a continuing violation be established* » (« The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *op. cit.*, p. 420). Il reste que l'appréciation portée par les tribunaux au titre de la cessation de l'illicite ne devrait pas toujours être considérée comme pertinente pour la compétence temporelle, dans la mesure où ils exigeraient, en plus de son caractère continu, l'*actualité* de la violation du droit international au jour où ils statuent : voir notamment en ce sens la sentence arbitrale *Rainbow Warrior* déjà citée du 30 avril 1990, *R.S.A.*, vol. XX, p. 270, § 114. La référence à l'obligation de faire cesser le comportement, en tant que critère d'identification de l'acte continu, fait d'ailleurs poser au professeur Salmon la question de savoir s'il ne conviendrait pas de préferer à la distinction entre actes continus et instantanés, celle opposant les actes continus aux actes *achevés* : J. Salmon, « Duration of the Breach », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (éd.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 383-395, spéc. p. 389.

[1543] L'expression ne saurait désigner, ici, la durée de validité temporelle de la règle. Cette dernière n'est effectivement pas davantage liée à la durée qu'à la survenance de sa violation puisque l'Etat à qui on l'attribue ne sera pas libéré du devoir de se conformer à ses obligations. Par ailleurs, même à la supposer établie, l'extinction de l'obligation ne constituerait qu'une cause exogène de cessation de l'illicite, incapable de renseigner les raisons qui feraient que le rapport de contrariété d'un comportement donné à celui prescrit par le droit s'inscrive ou non dans la durée.

[1544] L'expression d'« obligation continue » était déjà utilisée par certains juristes de la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle comme nous le rapporte le gouvernement estonien dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*. Savigny y voit des obligations qui « prennent toujours dans la durée une période complète, en sorte qu'il est dans leur essence de remplir l'espace de temps qu'elle renferme » alors que Von Gierke considère que l'obligation continue « est destinée à exercer une action constante. Une force vitale inépuisable lui appartient dans les limites de sa destination » (*Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 86, p. 183).

[1545] Il convient d'envisager la cessation du fait internationalement illicite comme une mesure requise aux fins de l'application de l'obligation primaire. La question a pu faire débat ; les conditions auxquelles sont subordonnées cessation et réparation – qui supposent toutes deux le même constat de l'illicite – ainsi que leur participation commune au rétablissement de la situation initiale a pu constituer une source de confusion. La position majoritaire est aujourd'hui celle qu'expose M. Arangio-Ruiz dans son Rapport préliminaire sur la responsabilité de l'Etat du 18 mai 1988 : « la cessation doit être en fait considérée – en tant qu'obligation et en tant que remède à une violation du droit international – comme relevant non pas de la règle 'secondaire', qui ne devient applicable qu'après la survenance du fait illicite, mais de l'application permanente et normale de la règle 'primaire' dont le comportement illicite antérieur constituait une violation » (*An. C.D.I.* 1988, II-1, p. 13, § 31) ; voir également, déjà en ce sens, le deuxième rapport de M. Riphagen du 1er mai 1981 sur le contenu, les formes, et les degrés de responsabilité internationale, *An. C.D.I.* 1981, II-1, pp. 90 et ss. Voir encore sur ce point, le commentaire de l'article 30 du projet C.D.I. (J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 236), ainsi que les observations du tribunal arbitral dans l'affaire *Rainbow Warrior*, sentence arbitrale du 30 avril 1990 déjà citée, *R.S.A.*, vol. XX, pp. 269-270, § 113.

445. Déterminer la période durant laquelle il y aurait encore un intérêt à ce que cesse la violation du droit international peut d'abord s'avérer utile lorsque pèse sur l'Etat un devoir d'agir, hypothèse la plus souvent associée à celle des violations continues[1546]. On citera, sans grande originalité, l'exemple de l'obligation qui consiste à harmoniser le droit interne avec les engagements internationaux, l'idée étant que l'Etat commet un fait illicite aussi longtemps qu'il n'abroge pas les dispositions qui devaient l'être[1547]. Si le fait d'avoir maintenu des dispositions contraires au droit international est assurément continu, que doit-on maintenant dire du fait de n'avoir pas introduit la réglementation qui s'imposait ?[1548] Triepel fait de l'hypothèse un cas d'école : ainsi écrit-il dans *Volkerrecht und Landesrecht* que « si à un moment donné les Etats sont internationalement obligés d'avoir des règles de droit d'une teneur déterminée, l'Etat qui les a déjà viole son devoir s'il les abolit et néglige de les introduire à nouveau, tandis que l'Etat qui ne les a pas encore viole son devoir seulement par le fait de ne pas les introduire : tous les deux commettent d'ailleurs un (…) délit permanent international »[1549]. Mais arrive-t-il à cette conclusion parce que la législation – qu'on a justement omis d'édicter – aurait eu vocation à s'appliquer durablement ? La durée de l'obligation est-elle ainsi réductible à la durée de la prestation qu'elle implique ?[1550] Le cas de figure fait, en vérité, clairement apparaître que le *tempus commissi delicti* ne dépend plus ici de la durée de l'activité sollicitée aux fins du respect du droit, mais du moment, ou de la période, durant laquelle elle était requise. Partant, il n'y aurait *a priori* aucune différence dans le fait de n'avoir pas promulgué une loi, de ne s'être pas conformé à une décision de justice

---

[1546] Pour les professeurs Combacau et Alland, la question des violations continues s'illustre le plus souvent à cette occasion, lorsque l'obligation requiert une action positive de l'Etat : voir «'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *op. cit.*, p. 102.

[1547] L'exemple était donné par R. Ago dans son cours sur « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, p. 520 et dans son septième rapport sur la responsabilité des Etats remis à la Commission, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 39, § 28. Voir également sur ce point, G. Di Stefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *op. cit.*, p. 5 et note n° 22.

[1548] Voir, parmi d'autres, l'article premier de la Convention de la Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels de la Haye sur la vente des biens, *R.T.N.U.*, vol. 834, p. 107 : « [c]haque Etat contractant s'engage à introduire dans sa législation, selon sa procédure constitutionnelle, au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels ».

[1549] H. Triepel, *Droit international et droit interne*, *op. cit.*, pp. 287-288. Cet extrait est repris dans les observations et conclusions italiennes dans l'affaire des *Phosphates*, *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 84, p. 494.

[1550] L'idée a, semble-t-il, été défendue par le gouvernement estonien dans l'affaire du *Chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis* qui, reprenant Pacifici-Mazzoni (*Istituzioni di diritto civile italiano*, 5ème éd. per cura dell'Avv. Giulio Venzi, Florence, 1920, § 32) considère que les obligations sont instantanées « quand la prestation s'exécute dans un instant ou dans un temps si bref qu'il ne mérite pas d'être considéré, comme, par exemple, l'obligation de payer une somme d'argent, de livrer une chose vendue. Dans les obligations continues, les prestations sont effectuées successivement pendant une durée plus ou moins longue ou même illimitée : telles sont, par exemple, les obligations du bailleur de donner la jouissance, du débiteur d'une rente viagère ou perpétuelle de la payer (…). Il est naturel qu'une violation d'une obligation continue peut également avoir un caractère continu » : observations et conclusions estoniennes, *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 86, p. 184.

enjoignant de mesures de réparation ou, pour reprendre les exemples d'Ago, de n'avoir pas « livrer des armements (…), couler des navires [ou] démanteler des ouvrages fortifiés » comme l'exigent certains traités de paix[1551]. Chacune de ces omissions transgressent une obligation continue qui, tant qu'elle demeure en vigueur, ne laisse pas d'autres choix à celui qui veut s'en libérer que de l'exécuter.

446. Cette solution qui se dégage logiquement pour le comportement « négatif » de l'Etat a d'ailleurs vocation à régler toute une série d'hypothèses, à première vue moins évidentes, où c'est en agissant qu'il ne se serait pas conformé à ses devoirs. Que l'Etat ait ainsi irrégulièrement *suspendu* ou même *dénoncé* l'application d'une convention à laquelle il est partie, le fait illicite n'aurait, dans les deux cas, pas l'effet escompté et ne ferait pas échec à l'obligation continue d'exécuter la convention de bonne foi[1552]. L'établissement de la compétence temporelle ne ferait, dans ce contexte, pas de difficulté particulière, à considérer même que la décision de suspendre ou de dénoncer le traité ait précédé la date critique.

447. Il reste, en dernier lieu, à envisager la durée des manquements aux obligations dites de « prévention », dont le propre est de ne pas déterminer la conduite attendue de l'Etat, si ce n'est d'exiger de lui qu'il « mette tout en œuvre » ou « prenne les mesures appropriées », bref qu'il déploie une diligence suffisante pour assurer l'objectif considéré[1553]. Le critère de la

---

[1551] Sixième rapport sur la responsabilité des Etats, *An. C.D.I.* 1977, II-1, p. 5. On citera, à l'appui de cet exemple, l'article 180 du Traité de Versailles : « [t]ous les ouvrages fortifiés, forteresses et places fortes terrestres, qui seront situés en territoire allemand à l'ouest d'une ligne tracée à 50 kilomètres à l'est du Rhin, seront désarmés et démantelés ». On aurait également pu reprendre l'article 78 § 6 du Traité de paix du 10 février 1947 faisant obligation aux autorités italiennes de rembourser les sommes perçues au titre des impôts extraordinaires dont elles étaient tenues d'exempter les ressortissants des Nations Unies et leurs biens. Dans l'affaire *Società Anonima Michelin Italiana*, la Commission de conciliation France/Italie a eu l'occasion de dire que cette obligation de remboursement dont l'inobservation conditionne sa compétence « *n'est pas limitée dans le temps*, ni à des paiements effectués durant une période déterminée » (décisions n° 175 du 15 novembre 1954 et n° 192 du 15 septembre 1955, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 612-625, et spéc. pp. 622 ; nous soulignons).

[1552] L'article 29 du projet de la Commission sur la responsabilité prévoit que « [l]es conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite (…) n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée » (J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 233). La Cour de La Haye a retenu la même solution en cas de manquements réciproques des parties à un traité dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros*, Hongrie c. Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, pp. 7-84, spéc. § 114 : « la Cour estime que [les] comportements illicites réciproques n'ont pas mis fin au traité ni justifié qu'il y fût mis fin. La Cour établirait un précédent aux effets perturbateurs pour les relations conventionnelles et l'intégrité de la règle *pacta sunt servanda* si elle devait conclure qu'il peut être unilatéralement mis fin, au motif de manquements réciproques, à un traité en vigueur entre Etats (…). Il en serait à l'évidence autrement si les parties décidaient de mettre fin au traité d'un commun accord ». Voir également, pour la jurisprudence arbitrale, *Interprétation de l'accord sur les services de transport aérien, signé à Paris le 27 mars 1946* (Etats-Unis/France), sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 454-487, où la situation justifiant la mesure de rétorsion était née du refus français d'interpréter l'Accord aérien comme garantissant les droits revendiqués par la partie américaine (voir l'exposé des faits, pp. 456 et ss., ainsi que la position française sur le fond de l'affaire, pp. 463-464, 482, §§ 14, 77).

[1553] Comme le fait ainsi observer le professeur Poirat, la différence avec les obligations dites de résultat est de ce point de vue « sensible », dans la mesure où « l'échec du résultat visé ne suffit pas à engager la responsabilité du débiteur puisque l'obligation de prévention fait du comportement étatique une condition même de sa violation » (F. Poirat, *Le traité, acte juridique international*, *op. cit.*, p. 289). « Si le but de l'obligation consiste à prévenir la

durée de l'obligation devrait, encore une fois, permettre de faire le départ entre les violations instantanées et continues. Lorsqu'on sait effectivement que « les archives et les documents d['une] mission [diplomatique] sont inviolables à tout moment », et que « l'Etat accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que (…) la paix de la mission [ne] soit troublée ou sa dignité amoindrie »[1554], il ne fait effectivement guère de doute que pèse, sur cet Etat, le devoir permanent d'y veiller et, le cas échéant, de sauvegarder ce qui est encore en mesure de l'être. L'Etat accréditaire serait, en cas de troubles, notamment tenu de rétablir les conditions garantissant la « liberté de déplacement et de circulation [de] ses membres (…) sur son territoire » et plus généralement l'ensemble de celles qui permettent l'« accomplissement des fonctions de la mission »[1555]. L'objet de la protection requise étant de permettre aux agents de s'acquitter de leurs fonctions, on comprend qu'elle ne perde pas toute raison d'être au moment même où survient la situation redoutée. Quant aux dispositions de la Convention de Vienne qui font interdiction à ce que « la valise diplomatique soit ouverte » ou les locaux, « endommagés »[1556], on comprend, à l'inverse des autres exemples que l'on vient de citer, qu'elles se trouvent dépourvues de tout objet à compter du moment où le résultat affiché est devenu irréalisable. L'Etat lésé n'aurait d'ailleurs, dans ce type d'hypothèses, pas d'autre choix que de réclamer une réparation par équivalent, à supposer qu'il ait démontré que le débiteur de l'obligation n'avait pas fait preuve de toute la diligence requise.

Certains de ces exemples sont restitués dans les commentaires de l'article 14 § 3 du projet C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Le Rapporteur Crawford voit dans le risque d'aggravation du préjudice, une preuve de l'intérêt qu'il y aurait encore d'exiger du débiteur de l'obligation qu'il s'y conforme. D'autres situations le feraient encore plus clairement apparaître, le Rapporteur opposant ainsi l'obligation qui vise à éviter les dommages transfrontières causés à l'environnement, et qui serait susceptible d'être enfreinte aussi longtemps que la pollution se déverse[1557], à celle qu'avait l'Etat d'empêcher la publication de

---

survenance d'une situation, son objet s'analyse en termes de vigilance » (*ibid.*, p. 284). Certains ne verraient d'ailleurs dans certaines obligations de prévention, qu'une obligation de comportement : voir J. Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, *op. cit.*, § 86, au titre de l'article 22 § 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques cité *supra*, n° 321.

[1554] Voir respectivement les articles 24 et 22 § 2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.

[1555] Voir en ce sens l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *Rec.* 1980, *op. cit.*, p. 36, § 77 et, respectivement les articles 24, 22, 26, 27, 25 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.

[1556] Voir les articles 27 et 22 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.

[1557] J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 168. A titre d'illustration, l'auteur cite la sentence arbitrale *Fonderie de trail* dans laquelle le tribunal arbitral avait effectivement tenu

certaines informations et qui ne pourrait donner lieu à une violation continue « étant donné qu'une fois l'information publiée, l'obligation n'a plus de raison d'être »[1558]. Aussi James Crawford recommande-t-il de tenir compte de la durée des situations que ces obligations visaient précisément à éviter, aux fins d'identifier le *tempus commissi delicti*. C'est effectivement la solution que prévoit l'article 14 § 3 adopté en lecture définitive par la Commission : « la violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat qu'il prévienne un événement donné (…) s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation »[1559]. A l'analyse, cependant, le comportement dont on établirait le caractère continu en considération de l'aggravation du dommage causé à l'Etat, n'est pas celui qui viole l'obligation de prévention. Comme Ago l'avait fait remarquer s'agissant des obligations qui requièrent de l'Etat de prévenir un événement donné, « le 'moment' du fait internationalement illicite (…) n'est que celui où l'événement en question se produit car c'est à ce moment même que l'obligation d'en empêcher la survenance est violée par l'Etat »[1560]. Qu'en tirer comme conclusion ? Que les obligations de prévention représentent l'exemple type d'obligations « réversibles » évoquées précédemment, qui une fois transgressées, donnent lieu à une nouvelle obligation – et, le cas échéant, à un nouveau fait internationalement illicite[1561]. De la conduite initialement prescrite, l'obligation nouvelle n'envisagerait plus que la situation que l'Etat n'a pu empêcher, situation sur la base de laquelle serait désormais évaluée sa responsabilité au titre des mesures qu'il aurait dû prendre pour y mettre un terme.

---

compte de toute la période pendant laquelle les fumées s'étaient échappées de l'usine pour chiffrer le montant de l'indemnité à accorder : *Fonderie de Trail* (Etats-Unis/Canada), sentences arbitrales des 16 avril 1938 et 11 mars 1941 déjà citées, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1907-1982, spéc. p. 1933.

[1558] J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 168, note n° 270. Voir également le *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* déjà cité, dans lequel le Rapporteur cite encore l'exemple d'« une obligation d'aviser un autre Etat de l'intention de faire une chose avant de la faire » (§ 112, note n° 223).

[1559] Voir J. Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 161 ; W. Karl, « The Time Factor in the Law of State Responsability », *op. cit.*, p. 106.

[1560] Septième rapport sur la responsabilité de l'Etat, *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 44, § 37. L'observation était faite à titre principal pour ne pas faire remonter à une époque antérieure à la survenance de la situation redoutée, le moment du délit d'événement. Le Rapporteur considérait effectivement que la violation du droit en serait remise à la réalisation de deux conditions distinctes mais complémentaires : « l'événement à prévenir doit s'être produit, rendu possible par un défaut de vigilance de la part d'organes étatiques » : (*ibid.*, p. 43, § 36). Ago abordait également, à cette occasion, la question de la durée de perpétration dudit délit lorsqu'il estimait que le fait de savoir si l'événement en cause est amené à perdurer, serait « vraisemblablement dépourvu de conséquences pratiques (*ibid.*, p. 44, § 37). Le Rapporteur spécial n'allait toutefois, par la suite, pas dissocier les différentes obligations mises en jeu – celle de prévenir une situation, et celle d'y mettre un terme – dans le projet d'article 26, considérant que « le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle l'événement continue » (*An. C.D.I.* 1978, II-2, pp. 109-110).

[1561] Voir, sur ce point, l'analyse des professeurs Alland et Combacau, *supra*, note n° 1541.

448. Ces dernières remarques permettent d'établir un rapprochement avec ce qui a été dit précédemment, au sujet des mesures positives que l'Etat serait tenu d'adopter en application des instruments de protection des droits de l'homme. D'une manière plus générale, elles confortent l'idée qu'on ne restituerait qu'imparfaitement les solutions de la Cour de La Haye en ne retenant que ce qui les distingue de celles envisagées au titre des manquements continus aux droits et libertés fondamentales. Toute analyse menée exclusivement en termes de confrontation avec les solutions des juridictions des droits de l'homme ne fait effectivement guère de sens, tant les termes de l'équation à résoudre diffèrent d'un prétoire à l'autre. Si les règles que ces juridictions spécialisées ont pour charge d'appliquer visent toujours l'obtention d'un certain résultat, la gamme de celles que la Cour pourrait être appelée à manipuler forme, en revanche, un ensemble composite. A côté des règles destinées à garantir un traitement convenable aux personnes et aux biens étrangers s'en trouvent d'autres qui nécessitent, pour établir le *tempus commissi delicti*, de tenir compte de la dimension temporelle du *comportement* qu'elles imposent aux Etats, ainsi que de la période durant laquelle ce comportement aura dû être mis en œuvre.

Conclusion Chapitre 1

449. L'étude des questions de dispersion et de durée des faits litigieux a permis de dresser un tableau relativement homogène des principes mis en œuvre et des solutions retenues par les juridictions internationales à l'occasion de la détermination de leur compétence temporelle. D'une manière générale, celles-ci n'abordent pas différemment les problèmes de droit intertemporel suivant qu'ils concernent l'applicabilité de l'engagement juridictionnel ou l'applicabilité de la règle de fond à laquelle cet engagement renvoie. On a pu le vérifier sur le plan des règles de conflit pertinentes. Les règles de compétence n'instituent pas un temps qui leur est propre. Les juridictions internationales feront ainsi application des principes de droit commun relatifs à la succession des règles substantielles dans le temps. De la même façon, il a pu être rendu compte de la cohérence des solutions jurisprudentielles lorsqu'il s'est agi d'identifier la méthode par laquelle les tribunaux règleraient concrètement le problème de dispersion des faits litigieux, ou encore lorsqu'il s'est agi de déterminer la technique par laquelle ils distinguent les situations continues des faits instantanés à effets

continus. C'est, en effet, le plus souvent en référence à la date et à la durée des atteintes aux situations juridiques individuelles et étatiques, qu'ont pu être comprises les solutions d'espèce. La pratique ne permet pas, dans cette mesure, d'établir une distinction suivant la manière dont le champ de compétence a été limité. Que l'engagement juridictionnel cantonne la compétence à l'application d'une ou plusieurs règles de fond, ou qu'il fasse directement référence à la date de survenance des faits litigieux, les solutions retenues par les juridictions internationales sont identiques. La seule nuance qui pourrait être apportée à ce propos concerne la portée accordée aux formules de double exclusion qui, comme avait pu le juger en son temps la Cour permanente de Justice internationale, feraient obstacle à l'examen de l'ensemble des situations débutées avant la date d'acceptation de la compétence. Occasion n'a, jusque là, pas été donnée à la Cour internationale de Justice de se prononcer sur l'opportunité d'une telle solution. Quoi qu'il en soit, celle-ci ne saurait, à elle seule, remettre en cause l'idée que la « compétence temporelle », telle qu'on l'associe à l'étendue temporelle de compétence, désigne un corps de règles homogènes, et fait ainsi figure de notion fonctionnelle en tant qu'elle permet au juge de résoudre les différents problèmes de droit intertemporel qui se présentent à lui lors de la phase préliminaire.

Chapitre 2. Détermination de la compétence à raison de la date du différend

450. La date à laquelle a surgi le différend est, après celle de ses faits générateurs, l'autre condition en référence à laquelle peut avoir été limitée la sphère de compétence juridictionnelle. L'exigence de postériorité – ou d'antériorité – du différend, à l'égard de la date fixée dans l'engagement juridictionnel, peut venir s'ajouter à celle relative à la date des faits et situations litigieuses. Elle peut, dans d'autres cas, déterminer, seule, la compétence du tribunal pour connaître de la demande portée à sa connaissance. Même dans une telle situation, l'examen de la date à laquelle a surgi un différend ne serait jamais mené sans la prise en compte des faits qui en sont la source. Les enseignements que les juridictions internationales tirent, dans ce contexte, des circonstances à l'origine du litige, permettent toutefois de conclure que le choix des parties à l'engagement juridictionnel de s'en remettre à la date du litige, plutôt qu'à celle des faits litigieux, pour limiter le domaine de compétence a toute son importance, et ce pour deux raisons principales. La plus évidente tient au fait que la date du litige renvoie nécessairement à une situation postérieure à celle des faits qui en sont à la source (Section 1). L'autre raison de distinguer entre les deux manières de limiter la sphère de compétence *ratione temporis*, concerne l'hypothèse de la succession de litiges dans le temps, et plus précisément la situation dans laquelle un différend est né avant la date critique, et où l'établissement de la compétence temporelle nécessiterait d'apporter la preuve de l'existence d'un autre différend, survenu entre les mêmes parties, après cette date. C'est alors, encore une fois, en tenant compte des circonstances factuelles qui en seraient à l'origine, que le juge international procèdera en vue de *dénombrer* les litiges en présence. Le fait qu'une telle recherche soit menée uniquement aux fins d'identifier la date de cristallisation du ou des différends va, cependant, conduire à donner une signification différente à la dispersion et à la durée des faits litigieux (Section 2).

SECTION 1 / SITUATION TEMPORELLE DU DIFFEREND

451. La détermination de la compétence temporelle en fonction de la date de constitution du différend repose sur des lignes de partage bien établies entre le différend, les faits qui s'en trouvent à l'origine et ceux qui, enfin, serviraient à déterminer sa date d'apparition. C'est le constat qui ressort de l'étude de la pratique internationale qui, jusqu'à une époque récente, était quasi exclusivement celle de la Cour de La Haye avant que la question ne trouve à se poser avec une régularité certaine dans le cadre de l'arbitrage relatif aux investissements[1562]. La nécessité de tenir compte de l'attitude des parties à l'égard de ce qui les oppose pour dater le litige implique que ce dernier n'a pu naître qu'après la survenance des faits litigieux. Cette conclusion logique va d'ailleurs, dans bien des cas, suffire à régler le différend relatif à la compétence temporelle (§ 1). Les juridictions ne s'attachent à déterminer le moment précis au cours duquel l'opposition de vues s'est élevée que lorsque les circonstances d'espèce les y obligent, même si elles peuvent encore, à cette occasion, compter sur d'autres repères temporels en vue de faciliter leur recherche (§ 2).

§ 1 - SITUATION DU DIFFEREND A L'EGARD DES FAITS LITIGIEUX

452. Il est fréquemment fait référence à la date des faits sur lesquels porte le litige pour identifier la période au cours de laquelle ce dernier a pu se cristalliser. C'est que la connaissance de la date de survenance des faits générateurs du conflit suffirait dans bien des cas à faire justice de l'exception d'incompétence temporelle (A). D'autres affaires ont malgré tout rendu nécessaire l'identification des événements venant s'intercaler entre le différend et les faits d'où il tire ses origines (B).

[1562] Les juridictions CIRDI ont repris la définition du différend donnée par la Cour permanente et complétée par la Cour internationale de Justice : voir, sur ce point, le constat et la synthèse établis par le tribunal arbitral dans l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili* (ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, §§ 441-443), ainsi que les affaires *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou* (ICSID Case No.ARB/03/4, sentence arbitrale précitée du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 236, § 48) et *Maffezini c. Espagne* (ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 417, § 94). Voir plus récemment, *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, § 99. Voir par ailleurs sur la jurisprudence arbitrale relative à la date du litige, J. P. Gaffney, « The Jurisdiction *Ratione Temporis* of ICSID Tribunals », *Mealey's International Arbitral Report*, 2007, pp. 24-35 ; S. Manciaux, « Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes », *op. cit.*, pp. 789-802 ; E. Savarese, « BIT Clauses Bearing on the *Ratione Temporis* Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs », *The Journal of World Investment and Trade*, 2009, vol. 10, pp. 601-616.

A. La localisation du différend en référence à la date des faits litigieux

453. C'est finalement moins par la distinction cardinale entre « le moment où survient le différend et celui où se produisent les faits litigieux qui en sont la source »[1563], que par la façon dont les juridictions articulent ces deux moments en vue de déterminer leur compétence temporelle, que se manifeste le plus clairement la postériorité du différend à l'égard des faits et situations qui en sont générateurs. Si toutes les controverses ne s'élèvent pas nécessairement à propos d'un fait qui constituerait un manquement à une obligation internationale[1564], il va sans dire dans le cas où l'objet de la procédure est l'établissement de la responsabilité internationale du défendeur, que « l'existence du différend suppose une réclamation trouvant son origine dans un comportement (…) de l'une des parties »[1565]. Ce présupposé permet d'établir la postériorité du différend à l'égard de la date critique lorsqu'il n'était pas contesté, ou établi par le tribunal, que le comportement litigieux avait lui-même été adopté après cette date[1566]. Il est ainsi fréquemment fait référence à la date d'apparition[1567] ou

---

[1563] *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du 22 avril 2008, §§ 446-447 (*in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, pp. 484-485), ainsi que le constat établi par le tribunal suivant lequel l'aptitude à connaître du différend à raison de sa date ne saurait préjuger de la date à laquelle les faits litigieux se sont produits (sentence précitée, § 425 ; voir déjà en ce sens, Ch. Schreuer, « Consent to arbitration », *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, n° 2 – article mis à jour le 27 février 2007 et consulté le 10 mars 2011, disponible à l'adresse http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf, p. 33). Voir également *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur la compétence du 1er février 2006, § 148 : « *[w]hat is decisive of the Tribunal's jurisdiction ratione temporis is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place* » ; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, ICSID Case No.ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008, § 156 et l'opinion dissidente de l'arbitre Wijnen dans l'affaire *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L., c. République démocratique du Congo*, § 8.

[1564] Comme l'indique le juge Weeramantry dans son opinion dissidente jointe à l'ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, deux types de différends peuvent être distingués : le différend « qui se situe à un niveau abstrait quand une partie allègue qu'elle est dotée d'un certain droit et que l'autre le conteste », et celui qui revêt, à l'inverse, une forme concrète « quand une partie cause des dommages à l'autre partie sous l'effet d'un acte illicite et cette autre partie affirme alors que ses droits ont été violés et elle demande réparation. Il existe alors un différend sur le point de savoir s'il a été commis un acte illicite (…) » : *Rec.* 1999, pp. 181-204, spéc. p. 186.

[1565] *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif de la Cour du 26 avril 1988, *Rec.* 1988, pp. 12-35, spéc. p. 30, § 42.

[1566] Cette nécessité logique avait déjà été évoquée au sujet d'affaires dans lesquelles les réclamants invoquaient l'antériorité du litige vis-à-vis de la date d'entrée en vigueur de la règle de droit applicable pour déduire l'antériorité des événements desquels dérivait ce litige. L'argument conduisait toutefois à des résultats inconséquents, ne tenant pas compte de la circonstance que les faits générateurs du litige aient pu se prolonger et, ainsi, tomber sous le coup de l'application de la règle en cause : voir *supra*, n° 288, à propos de l'affaire *MCI c. Equateur*.

[1567] *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/05/19, décision sur les exceptions préliminaires du 17 octobre 2006, §§ 46-47, spéc. § 46, au sujet d'une clause excluant les

même éventuellement à celle de prise de connaissance[1568] des faits litigieux dans l'argumentaire des requérants, et il n'est pas rare que les juridictions internationales entendent en tenir compte. La date de survenance des faits litigieux a ainsi permis aux juridictions arbitrales de repousser l'exception *ratione temporis* soulevée par le gouvernement défendeur dans les affaires *Duke c. Pérou* et *Jan de Nul c. Egypte*. Dans la première affaire, notamment, il avait été tenu compte du fait que l'imposition à laquelle était assujettie la société réclamante et qui constituait l'objet du différend l'opposant au gouvernement péruvien, avait été fixée quelques onze mois après l'entrée en vigueur du traité bilatéral de protection des investissements[1569]. Le même raisonnement avait, par ailleurs, permis au tribunal d'établir sa compétence pour trancher le litige se rapportant à un prétendu déni de justice consommé après la date critique[1570].

454. Le contentieux interétatique a pu également donner lieu à de telles déductions[1571]. Comme l'affirme le professeur Salmon, « lorsque les Etats interviennent diplomatiquement, ce n'est pas 'pour empêcher qu'un fait internationalement illicite ne se produise' mais parce qu'ils ont la conviction que ce fait illicite s'est déjà produit. De même une instance judiciaire qui ne viserait qu'à un jugement purement déclaratoire peut avoir pour but de voir prononcer le caractère illicite de la conduite »[1572]. La postériorité du différend à

---

divergences antérieures : « *the relevancy of the facts to the outburst of the dispute is to be taken into account when interpreting and applying the* ratione temporis *limitation* » (§ 46). Voir également *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/4, sentence arbitrale précitée du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 236, § 47, et *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou (Empresas Lucchetti SA and Lucchetti Perú, SA c. République du Pérou)*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, § 41.

[1568] Voir par ex. *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, § 448.

[1569] *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd, c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur les exceptions préliminaires du 1er février 2006, § 149.

[1570] *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte* précitée, ICSID Case No.ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006, §§ 119-121. Voir également pour une autre illustration, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. (« Duke ») c. République d'Equateur*, ICSID Case No.ARB/04/19, sentence arbitrale du 18 août 2008, § 168. Il va sans dire que de telles déductions ne sont possibles que dans la mesure où la date de survenance des faits litigieux n'est en elle-même pas sujette à controverse. Les tribunaux arbitraux qui évacuent de la phase préliminaire les questions d'applicabilité temporelle des dispositions substantielles des traités, ne tiendront à l'évidence pas compte de la date des faits litigieux dans la détermination du jour de survenance du litige : voir par ex. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, ICSID Case No.ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008, §§ 153-155.

[1571] Voir notamment *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 6-46, spéc. pp. 33-34.

[1572] J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *op. cit.*, p. 736. Voir encore en ce sens, R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *op. cit.*, p. 502 : « *a dispute may crystallise at a time different from that at which the precipitating facts or situations occured* ». Pour Mme Bindschedler-Robert, le conflit peut « être né postérieurement sinon à l'acte prétendument illicite, du moins aux faits qui conditionnent le caractère de cet acte » : « De la rétroactivité en droit international public », *op. cit.*, pp. 188-189.

l'égard des faits qui en constituent l'objet, n'a finalement trouvé de véritable remise en cause que dans les thèses de ceux qui attribuent une dimension substantielle à la règle d'épuisement des voies de recours internes et qui, retardant jusqu'à la date du rejet du dernier recours disponible le moment de la violation du droit, doivent composer avec l'ensemble des solutions jurisprudentielles [1573] qui situent la date du différend après celle du fait dommageable, mais avant que l'ensemble des recours n'aient été épuisés[1574]. La date à laquelle les décisions des juridictions internes pourraient avoir été rendues conduit d'ailleurs à apporter une précision sur la nature du rapport unissant *faits litigieux* et *différend* : si l'on peut, en effet, considérer qu'un différend n'a pu se produire avant les événements qui en font l'objet, cette nécessité logique ne vaut que pour les faits qui en seraient véritablement « *constitutifs* », pour reprendre le terme employé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Droit de Passage*[1575]. Rien n'exclut pour le reste, que des éléments *se rapportant* au conflit apparaissent après la date à laquelle il s'est élevé, et qu'ils ne soient ainsi en mesure d'influencer la solution à donner à l'exception d'incompétence temporelle – sauf, éventuellement, à prétendre qu'ils aient donné lieu à un nouveau litige constitué après la date référence[1576]. Il en irait assurément ainsi des recours internes lorsqu'ils ne participent pas de la conduite litigieuse, et plus généralement de l'ensemble des circonstances dont l'apparition n'avait pas été nécessaire pour que l'opposition de vues se concrétise[1577].

[1573] Pour n'en donner qu'un exemple, l'affaire *Interhandel* dans laquelle le litige était survenu après l'entrée en vigueur de l'acceptation américaine de juridiction obligatoire de la Cour, mais avant l'épuisement de l'ensemble des recours laissés à la disposition de la société suisse, raison pour laquelle la Cour avait d'ailleurs qualifié la réclamation d'irrecevable : *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. pp. 22-29.

[1574] Voir notamment R. Ago, qui faisait observer que « quelle que soit la notion de 'différend international' que l'on veuille adopter, *il ressort clairement de la pratique internationale que les différends – et nous ne parlons que des différends juridiques – peuvent très bien naître avant la perpétration définitive d'un fait internationalement illicite, et même sans qu'un tel fait ne se soit produit.* Lier la question de la naissance du différend à celle de l'existence d'une responsabilité internationale déjà parfaitement établie, et donc tirer du fait que des différends naissent avant tout épuisement des recours internes la conclusion que cet épuisement n'a rien à faire avec la naissance de la responsabilité est, à notre avis, un procédé purement arbitraire » : sixième rapport sur la responsabilité de l'Etat, *An. C.D.I.* 1977, II-1, p. 34 (nous soulignons). Cette position se trouve toutefois en porte-à-faux avec celle qu'Ago avait défendu dans l'affaire des *Phosphates*. Telle qu'elle avait été plaidée, la prolongation, après la date critique, de la conduite litigieuse du gouvernement français devait, en effet, non seulement faire apparaître le différend comme survenant au titre de faits et situations *postérieurs*, mais également repousser la date à laquelle il était lui-même survenu : voir les « Nouvelles observations du Gouvernement italien », 21 février 1938, *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 84, p. 850 et repris in *An. C.D.I.* 1978, II-1, p. 47.

[1575] *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 6-46, spéc. p. 34.

[1576] Voir *infra*, n° 469 et ss.

[1577] Comme il a pu être dit à ce sujet, « les 'éléments constitutifs' (…) ne sauraient englober la totalité des diverses phases et divers développements d'un différend évolutif depuis sa naissance jusqu'à sa conclusion finale (…). Un différend unique ne peut naître de nouveau, surgir encore et encore, à chaque nouvelle phase de son développement continu » : « exceptions préliminaires du Canada » concernant la compétence de la Cour au sujet de l'arrêt du 15 décembre 2004 dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* (document

B. La notion d'« antécédents » du litige

455. La notion d'« antécédents »[1578] du litige affleure des affaires où la date des faits litigieux n'apporte pas la certitude que le conflit n'a pu survenir qu'après la date indiquée dans l'engagement juridictionnel. C'est précisément dans ce type d'hypothèses que les juridictions internationales ont dû se résoudre à déterminer de quoi se constitue l'épaisseur de temps qui sépare le moment de survenance des faits litigieux, de la naissance de la controverse. A ce sujet, il est admis qu'un différend n'est réputé naître « qu'avec l'expression et la confrontation des points de vue des parties »[1579]. Tel qu'il apparaît cependant dans les clauses juridictionnelles limitant le champ temporel de compétence, le différend ne saurait désigner l'ensemble des échanges ayant conduit à une opposition définitive entre les parties. La Cour internationale de Justice avait ainsi jugé, dans l'affaire de l'*Interhandel*, que « les faits et situations qui ont mené à un différend ne sauraient être confondus avec le différend même », désignant par les premiers non pas tant la conduite litigieuse imputée à la partie défenderesse que les opinions qu'autorités suisses et américaines avaient échangées avant la date critique[1580]. Cette distinction est également établie par le juge Badawi dans l'affaire du *Droit de Passage*, lorsqu'il oppose les « *faits du différend* (…), récents et concentrés dans un espace de temps relativement bref », aux *faits et situations à l'origine du différend* qui, pour leur part, peuvent remonter à une époque plus ancienne[1581]. Il faut néanmoins attendre la

---

consulté le 10 mars 2011 sur le site de la Cour, www.icj-cij.org/, 5 juillet 2000, § 85). Voir par ailleurs sur cette affaire, *infra*, n° 478.

[1578] Pour l'utilisation de l'expression d'« antécédents » du litige, voir notamment les « exceptions préliminaires du Royaume de Belgique » concernant la compétence de la Cour dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* (texte des exceptions préliminaires consulté le 10 mars 2011 sur le site de la Cour, www.icj-cij.org/, 5 juillet 2000, § 277). Il a également été fait mention des « éléments préparatoires du litige » : voir notamment la plaidoirie de M. Galvão Teles dans cette même affaire (arrêt sur les exceptions préliminaires du 15 décembre 2004, audience du 19 avril 2004, CR 2004/9, § 2.9 ; document consulté sur le site de la Cour internationale de justice le 10 mars 2011). Voir par ailleurs Ch. Debbasch, qui envisage la question des « précédents temporels du différend » sans toutefois les distinguer des faits et situations à l'origine du litige (« La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 236). Le juge Erich évoque pour sa part, à côté des faits et situations à l'origine du différend, « ceux qui [l']ont occasionné » : opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour du 4 avril 1939 dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, p. 143.

[1579] *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, § 443.

[1580] *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. p. 22.

[1581] Opinion dissidente du juge Badawi jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 69-75, spéc. pp. 71-72. L'existence de ce niveau intermédiaire de faits que l'on associe aux antécédents du litige, explique également ce paradoxe plus récemment relevé dans les commentaires de la jurisprudence internationale (voir H. Barati, *La date critique en droit international*, *op. cit.*, pp. 363-365 ; A. Toublanc, « Affaire relative à *Certains biens* », *op. cit.*, p. 387, au sujet de l'affaire des *Phosphates marocains*) que les éléments ayant véritablement cristallisé le différend ne correspondent pas à ceux dont il serait réputé tirer son « origine » ou auxquels il se « rapporterait », aux fins de l'application des formules de double exclusion.

sentence *Maffezini* pour prendre connaissance de la séquence d'événements qui vont permettre d'établir la date à laquelle le litige est survenu. Leur identification était rendue nécessaire, dans cette affaire, dans la mesure où les faits litigieux étaient disséminés de part et d'autre de la date critique, et ne permettaient ainsi pas d'établir à coup sûr la postériorité du litige à l'égard de cette même date[1582]. Aussi le tribunal restituait-il les différentes phases précédant la cristallisation d'un litige, à commencer par

> « l'expression de désaccords et l'énonciation de différences de vues. Avec le temps, ces événements acquièrent une signification juridique précise par le biais de la formulation de réclamations juridiques, de leur discussion et de leur éventuel rejet ou du défaut de réponse de l'autre partie. L'opposition de thèses juridiques et d'intérêts n'apparaît qu'à la dernière étape, même si les faits sous-jacents l'ont précédé » [1583].

Cette dernière étape n'étant pas intervenue, dans le cas d'espèce, avant la date d'entrée en vigueur du traité, le tribunal se jugeait apte à connaître du différend[1584]. Le raisonnement tenu par le tribunal, dans cette affaire, est topique de la manière dont les juridictions internationales vont procéder en vue de déterminer leur compétence temporelle, chaque fois que la date de survenance des faits litigieux n'aura pas permis de faire justice de l'exception préliminaire *ratione temporis*. C'est en considération des éléments préparatoires du litige que sa date de cristallisation va pouvoir être identifiée avec précision.

§ 2 – DETERMINATION DE LA DATE DE SURVENANCE DU DIFFEREND

456. De l'aveu même des juridictions, la référence à la date à laquelle le différend a surgi constitue un critère assurément plus précis que celui qui nécessite d'identifier les événements qui en sont à la source, pour déterminer leur compétence temporelle[1585]. Alors

---

[1582] *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No.ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 417-418, § 95.

[1583] Décision précitée, § 96 ; traduction de S. Manciaux, *in* « Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes », *op. cit.*, pp. 796-797. Cette description a été souvent reprise par les tribunaux arbitraux aux fins d'établir la date de naissance du litige, et encore très récemment dans l'affaire *Rairload Development Corporation c. Guatemala*, ICSID Case No.ARB/07/23, seconde décision sur les exceptions préliminaires du 18 mai 2010, § 129.

[1584] Décision *Maffezini* précitée, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 418, § 98.

[1585] Voir notamment en ce sens *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 35. Voir également pour la doctrine, E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 88-89. Pour une position plus nuancée, voir H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *op. cit.*, pp. 292.

que les faits et situations en litige sont susceptibles de s'étaler dans le temps, la cristallisation du différend serait, pour sa part, toujours associée à un moment unique. Encore s'agirait-il, cependant, de situer ce moment parmi les différentes étapes qui jalonnent l'évolution d'un conflit, dont Sir Gerald Fitzmaurice donnait le détail à l'occasion d'un contentieux territorial soumis à la Cour internationale de Justice[1586]. Le juge identifiait, à cet effet, pas moins de six « dates critiques »[1587], à commencer par celle à laquelle le différend débute (i) ; celle (qui n'est pas forcément la même que la précédente) à laquelle l'Etat demandeur a, pour la première fois, formulé une réclamation définitive (ii) ; celle qui encore une fois, pourrait ou non coïncider avec l'une des précédentes dates, à laquelle le litige s'est concrétisé en une opposition de vues sur un problème bien identifié (iii) ; celle à laquelle l'une des parties prend les mesures nécessaires pour entamer une procédure non juridictionnelle du type des négociations, de la conciliation, de la médiation, *etc*…(iv) ; celle à laquelle l'une de ces précédentes procédures est effectivement mise en pratique (v) ; et celle enfin, à laquelle une partie propose ou déclenche une procédure de règlement juridictionnel en raison de l'échec des précédentes tentatives (vi). Il n'est pas rare que les juridictions se réfèrent à plusieurs de ces étapes en vue d'apprécier le bien-fondé des exceptions *ratione temporis*. Les solutions qu'elles retiennent permettent, dans le même temps, de considérer que le « moment critique » est toujours celui du heurt des allégations des parties sur la question qui les oppose, et qui correspond à la troisième étape du processus décrit par Sir Gerald Fitzmaurice (B). Quant aux

---

[1586] G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954. Points of Substantive Law. Part II », *op. cit.*, pp. 23-24.

[1587] La fixation d'une « date critique » constitue une technique juridique propre au contentieux territorial, consistant à « geler » la situation litigieuse en vue notamment de ne pas prendre en compte l'attitude des parties à compter de ce jour et ainsi « éviter la politique du fait accompli » (D. Bardonnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *R.C.A.D.I.*, 1976-V, vol. 153, pp. 17-166, spéc. p. 66). Voir également, du même auteur, « Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 53-78, spéc. pp. 53-62. Voir par ailleurs H. Barati, *La date critique en droit international*, *op. cit.*, pp. 4-6 ; L. F. E. Goldie, « The Critical Date », *I.C.L.Q.*, 1963, pp. 1251-1284, spéc. pp. 1251-1257. Pour la pratique, voir, outre l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* (France c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice du 17 novembre 1953, *Rec.* 1953, pp. 47-73, spéc. pp. 59-60), l'affaire du *Différend frontalier Dubaï/Sharjah* (Emirat de Dubaï/Emirat de Sharjah), sentence arbitrale (C.P.A.) du 19 octobre 1981 (compromis du 30 novembre 1976), *I.L.R.*, vol. 91, pp. 543-686, et spéc. pp. 590-594, où étaient cités des extraits de la plaidoirie du juge Fitzmaurice dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous* (France/Royaume-Uni) tranchée par la Cour internationale de Justice : « *[c]ritical date [is] the date on which the differences of opinion that have arisen between the Parties have cristallized into a concrete issue giving rise to a formal dispute (…). The whole point, the whole* raison d'être, *of the critical date rule is, in effect, that time is deemed to stop at that date. Nothing that happens afterwards can operate to change the situation that there existed (…). One object of the critical date is to prevent one of the parties from unilaterally improving its position by means of some step taken after the issue has been definitely joined* » (§§ 88-89). Voir également l'*Affaire de la frontière Argentine/Chili*, sentence rendue par Sa Majesté la Reine Elizabeth II le 9 décembre 1966, *I.L.R.*, vol. 38, pp. 10-99, et spéc. pp. 79-80 ; *Affaire dite de la Frontière occidentale indo-pakistanaise (Rann of Kutch)*, sentence arbitrale du 19 février 1968, *R.S.A.*, vol. XVII, pp. 10 et ss., et spéc. pp. 431-434, 504, 528 ; *Différend territorial Erythrée/Yemen*, sentence arbitrale du 9 octobre 1998, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 2-141, et spéc. p. 32, § 95.

autres moments clés, ils seraient autant d'indications sur le degré de « maturité » du litige[1588] ; il en va notamment ainsi de la date de présentation de la réclamation en justice, à laquelle le litige *devrait* déjà être constitué, ainsi que de la date d'apparition des premières divergences de vues entre les parties qui, pour sa part, ne saurait être confondue avec la date à laquelle il s'est élevé (A).

A. Les repères temporels

1. Différend et divergences

457. Dans son acception la plus courante, le terme de « divergence » (« *difference* ») désigne une opposition de vues ou d'intérêts entre deux ou plusieurs personnes, et pourrait ainsi être tenu pour synonyme de « différend »[1589]. Pour peu toutefois qu'on s'attache à distinguer les deux notions, il apparaît avec netteté que les divergences se singularisent en tant qu'elles caractérisent un état de fait nécessairement antérieur à l'éclatement d'un conflit. L'apparition de divergences de vues ou d'opinions entre les parties serait rétrospectivement considérée comme le signe annonciateur du différend. Pour preuve, le fait que des divergences se soient manifestées avant la prise d'effet de l'engagement juridictionnel ne ferait pas nécessairement obstacle à l'examen de la demande[1590]. Dans le même ordre d'idées, et à l'image de ce qui avait pu être dit pour les faits litigieux, la circonstance qu'aucune

---

[1588] Voir *a contrario* Sh. Rosenne, qui rejette la pertinence d'une transposition de la classification élaborée par le juge Fitzmaurice en vue de régler les problèmes de compétence temporelle dans la mesure où cette transposition reviendrait à faire application de techniques juridiques élaborées exclusivement au sujet de litiges déjà cristallisés et dont l'objet est bien identifié, dans des hypothèses où la date et la consistance des litiges font précisément problème : *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 47.

[1589] La « divergence » s'entend d'une « différence ou opposition de point de vue, d'attitude entre personnes ou groupe de personnes », *Trésor de la Langue française informatisé*, ATILF (INALF-CNRS et LANDISCO-Nancy II ; http://atilf.atilf.fr/tlf.htm ; consulté le 10 mars 2011). A différentes reprises, la notion de « *differences* » semble avoir été employée et/ou interprétée en lieu et place de celle de litige, sans ainsi renvoyer à un régime différent pour la compétence de la juridiction et la recevabilité des requêtes : voir par ex. l'article 14 de l'Accord de Baden-Baden appliqué dans l'affaire *Pension of officials of the Saar territory*, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1555-1568, spéc. p. 1556 ; voir également l'affaire *Lucchetti* dans laquelle aucune distinction n'avait été faite entre les termes de « divergences » et de « différends » auxquels renvoyait la clause de règlement des différends du T.B.I., et au sujet desquels était en cause la compétence temporelle de l'arbitre : *Empresas Lucchetti, S.A., et Lucchetti Perou, S.A. c. République du Pérou*, No.ARB/03/4, sentence arbitrale du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. pp. 226, 228 et ss., §§ 25, 27 et ss. Pour l'usage qu'en fait la doctrine, voir par exemple, J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *op. cit.*, p. 344. Le terme de « controverse » qui, selon l'expression d'usage, renvoie à une « discussion argumentée et suivie sur une question, une opinion » serait, quant à lui, tenu pour synonyme de « différend » plutôt que de « réclamation » : voir *inter alia Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, §§ 436-447.

[1590] *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 417-418, § 95 ; *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd, c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/28, décision sur les exceptions préliminaires du 1er février 2006, § 148.

différence de vues n'ait été relevée avant la date critique pourrait être portée à la faveur du réclamant et de la compétence du tribunal[1591].

458. Une telle situation n'aurait toutefois vocation à se produire qu'en de rares occasions. L'écart de temps qui sépare l'apparition de divergences et la constitution du différend peut effectivement s'avérer des plus réduits. C'est d'ailleurs uniquement dans la mesure où elles y ont été véritablement contraintes pour déterminer leur compétence temporelle, que les juridictions ont dissocié différend et divergences. Ainsi, dans l'affaire *Helnan*, le gouvernement défendeur avait attiré l'attention sur le libellé de l'article 12 du traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Egypte et le Danemark, qui excluait son application non seulement aux *différends* mais également aux *divergences* survenus avant son entrée en vigueur. Cette exclusion devait, pour le défendeur, conduire le tribunal à disqualifier la réclamation qui se rapportait à un conflit amorcé bien avant la date considérée. L'investisseur ne faisait, pour sa part, pas de véritable distinction entre différend et divergences, insistant plutôt sur la nécessité de ne pas confondre la divergence de vue qui comprenait l'idée de désaccord, et les faits et situations qui en étaient à l'origine[1592]. C'est dans ce contexte que le tribunal allait donner ses vues sur l'interprétation à retenir de la clause de règlement des litiges. Estimant que les termes qui s'y trouvaient utilisés ne pouvaient, à l'évidence, faire redondance, il considérait qu'une divergence de vues devait se différencier d'un différend en tant qu'elle n'impliquerait pas le même « degré d'animosité ». Il poursuivait de cette façon :

> « [e]n fait, en cas de divergence, les parties ont des points de vue différents mais sans nécessairement donner suite d'une manière active à cette différence. Par contre, en cas de différend, la différence de points de vue fait l'objet d'un échange actif entre les parties, dans des conditions qui indiquent que celles-ci souhaitent résoudre cette différence, que ce soit auprès d'une tierce partie ou d'une autre manière. Par conséquent, des points de vue différents des parties à l'égard de certains faits et situations deviennent une 'divergence' lorsqu'elles sont mutuellement conscientes de leur désaccord. Cela se cristallise en 'différend' dès que l'une des parties décide de chercher une résolution, que ce soit ou non auprès d'une tierce partie »[1593].

[1591] *Victor Pey Casado & Presidente Allende Foundation c. République du Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du tribunal CIRDI du 8 mai 2008, § 446, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.*, p. 484 ; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, ICSID Case No.ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008, § 155.

[1592] *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/05/19, décision sur les exceptions préliminaires du 17 octobre 2006, § 41.

[1593] Décision précitée, § 52 (traduit de l'anglais par M. le juge de Witt Wijnen dans son opinion dissidente annexée à la sentence arbitrale *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo* du 23 juillet 2008, § 35).

Aux dires du tribunal, les différentes phases entourant l'apparition du différend se distinguent ainsi par la fréquence et la teneur des communications entre les parties. La période qui fait suite à la survenance du conflit se caractériserait par des échanges laissant présager la volonté d'y mettre un terme. La date à prendre en compte en vue de déterminer la naissance du litige devrait ainsi être déduite de la tournure prise par les discussions à un moment donné, en considération de l'intention de l'une des parties de remédier à la situation. Ce critère qui a été récemment appliqué dans deux sentences arbitrales CIRDI[1594], semble malgré tout bien délicat à mettre en œuvre. Il y a sans doute lieu d'admettre que la phase consécutive à l'apparition du litige peut avoir ses particularismes. Elle se caractérise bien souvent par le déclenchement et la poursuite de la procédure de règlement amiable prévue dans l'engagement juridictionnel, à l'occasion de laquelle les parties vont formuler de nouvelles questions et éventuellement présenter de nouvelles demandes. Cette période ne se distingue toutefois pas nécessairement, de ce point de vue, de la phase précontentieuse qui n'est autre que l'amorce de la discussion et d'une information réciproque, mais qui peut d'ores et déjà revêtir tous les aspects de la négociation diplomatique[1595]. Comme il apparaît nettement dans plusieurs affaires, le fait qu'une partie manifeste son intention de trouver une solution juridictionnelle ou extra juridictionnelle suppose que les démarches entreprises jusque là ont abouti à une impasse, et que l'intention d'aplanir les divergences était ainsi déjà au cœur des premiers échanges[1596]. Aussi conviendrait-il plutôt de retenir de l'appréciation livrée par le tribunal dans l'affaire *Helnan*, que le renvoi à la date à laquelle se sont manifestées les divergences de vues – plutôt que le renvoi à la date à laquelle le litige se serait élevé entre les

[1594] *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Liban*, ICSID Case No.ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 90 ; *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, § 100.

[1595] Sur l'objet des démarches diplomatiques préalables au recours en justice, voir J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : traité pratique*, *op. cit.*, p. 131. Voir également Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, pp. 239-240.

[1596] Voir notamment la décision du 18 février 1952 rendue par le Tribunal des Nations Unies en Libye dans l'affaire relative à *l'Administration de certains biens en Libye*, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 359-362, spéc. p. 360. Il en irait d'ailleurs également de même dans toutes les affaires où le particulier qui s'estimait lésé dans ses droits, aurait non seulement actionné les recours judiciaires internes mais également engagé des négociations avec les organes diplomatiques avant de solliciter l'appui de son Etat de nationalité. Le cas échéant, le juge pourrait tenir compte du fait que des démarches avaient déjà été entamées par le particulier pour établir la date à laquelle le litige interétatique se serait formé : voir, en ce sens, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, Rec. *C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 6-37, spéc. p. 15 : « [l]orsque les pourparlers entre le particulier et les autorités ont déjà – comme en l'espèce – précisé tous les points en discussion entre les deux gouvernements, il serait peu compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales, d'obliger ces gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait et dont ils font état ».

parties – doit être interprété comme une restriction aggravée à l'exercice de la compétence[1597]. Sh. Rosenne livre la même appréciation au titre du contenu de l'accord spécial appliqué par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, l'expression « *difference* » qui s'y trouvait employée renvoyant, selon l'auteur, à « *something broader and perhaps less than a dispute* »[1598]. Le même enseignement peut, par ailleurs, être tiré des solutions de la haute juridiction s'agissant de la « contestation » requise par l'article 60 du Statut pour statuer sur les demandes en interprétation de ses arrêts, condition qui, si elle suppose une « divergence » d'opinion entre les parties sur des points définis[1599], n'impliquerait pas nécessairement le « même degré d'opposition » que celui qui caractérise les différends[1600]. Dans cette mesure, la date de naissance du différend devrait s'apprécier « d'après le degré d'acuité atteint à un moment donné par les discussions entre les parties »[1601], plutôt qu'en référence à la volonté de l'une des parties d'y mettre un terme.

459. Il doit effectivement, à ce sujet, être tenu pour acquis que l'époque d'apparition du différend est précédée d'un laps de temps plus ou moins étendu pendant lequel les premières divergences de vues se seront manifestées[1602], comme l'indiquait déjà le tribunal constitué dans l'affaire *Maffezini*, et comme le confirme la sentence *Helnan*. D'autres décisions en font également état. Dans l'affaire *AMTO*, l'argument du gouvernement défendeur revenait précisément à démontrer que le différend qui l'opposait à l'investisseur n'avait pu intervenir à la suite d'une demande qui n'avait fait qu'initier la communication susceptible d'aboutir à un conflit. Le gouvernement n'allait toutefois pas obtenir gain de

---

[1597] Voir également, en ce sens, l'appréciation du Comité *ad hoc* CIRDI constitué pour connaître de la demande d'annulation dans l'affaire *Lucchetti* : *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou (Empresas Lucchetti SA and Lucchetti Perú, SA c. République du Pérou)*, ICSID Case No.ARB/03/4, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, § 93.

[1598] Sh. Rosenne, *The International Court of Justice : An Essai in Political and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 307. Voir également, dans le même sens l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice jointe à l'arrêt de la Cour du 2 décembre 1963 dans l'affaire du Cameroun septentrional, *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. p. 109 : « [i]l est admis (…) qu'un différend doit comporter quelque chose de plus qu'une simple divergence d'opinion ».

[1599] *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du Droit d'asile*, Colombie c. Pérou, arrêt du 27 novembre 1950, *Rec.* 1950, pp. 395-404, spéc. p. 403.

[1600] *Demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, ordonnance du 16 juillet 2008, § 53. Voir également l'arrêt du 19 janvier 2009 rendu dans cette même affaire, dans lequel la Cour associe l'identification de la contestation entre les parties à la recherche d'une divergence d'opinions (§§ 20, 29 de l'arrêt).

[1601] Ch. De Visscher, « L'affaire de l'Interhandel devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 425. Voir, dans le même sens, l'observation du gouvernement allemand dans l'affaire relative à *Certains biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec.* 2005, pp. 6-28, spéc. p. 18, § 23 : « le fait de débattre de divergences de vues juridiques ne saurait prouver l'existence d'un différend au sens du Statut de la Cour 'avant d'avoir atteint un certain seuil' ».

[1602] Voir en ce sens R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *op. cit.*, p. 231 : « *it frequently happens in the life of states that disputes take a long time to mature and lengthy diplomatic negociations take place before it is finally decided that the conflict has become definite enough and concrete enough to be formulated as claim and couterclaim before an international tribunal* » ; Ch. Schreuer, « What Is a Legal Dispute ? », *op. cit.*, p. 965.

cause, étant donné que la première demande qui lui avait été adressée n'avait fait que relater un ensemble d'événements dont il avait déjà dû prendre connaissance par le passé. Pour le tribunal, cette circonstance avait eu pour effet d'accélérer le processus, le gouvernement ayant été placé dans la même position, après cette première demande, que dans celle où il aurait dû se trouver, en temps normal, après une durée de communication suffisante avec la partie adverse.

Le caractère prématuré de la saisine de la juridiction se trouvait également au cœur de l'exception temporelle soulevée par la France et le Royaume-Uni dans l'affaire *Eurotunnel*. Etait principalement visée une demande au sujet de laquelle aucune démarche préalable n'avait été effectuée, ni aucune plainte formellement adressée aux autorités en vue de parvenir à une solution. Le tribunal relevait simplement une correspondance par laquelle les réclamants avaient manifesté leur « inquiétude » à l'égard du traitement préférentiel réservé à deux sociétés concurrentes mais qui ne suffisait pas, à ce stade, pour caractériser l'existence d'un conflit. La situation allait finalement prendre une nouvelle tournure à l'occasion d'une lettre adressée quelques quatre années après le premier courrier ; elle devait néanmoins, jusqu'à ce point, avoir correspondu à cette période de latence identifiée par le tribunal dans l'affaire *Helnan*[1603].

2. Différend et saisine de la juridiction

460. Les rapports entre saisine et différend affleurent principalement de l'appréciation des conditions générales de recevabilité de l'action. L'existence du litige se trouve effectivement requise au jour du dépôt de l'acte introductif d'instance[1604]. Le déclenchement d'une procédure juridictionnelle ne se conçoit, en d'autres termes, qu'en vue du règlement d'un litige déjà né[1605]. Les juridictions internationales consentent néanmoins à tenir compte des faits qui se sont produits postérieurement au dépôt de la requête, en vue d'établir l'existence d'un litige entre les parties à la procédure. C'est ainsi, en s'appuyant sur « l'introduction même de l'instance par le gouvernement hongrois et [sur] les défenses opposées par le gouvernement yougoslave » que la Cour permanente de justice avait déjà pu

[1603] *Eurotunnel c. France et Royaume-Uni*, sentence arbitrale partielle déjà citée du 30 janvier 2007, §§ 136-143.
[1604] Voir les affaires citées *supra*, note n° 281.
[1605] *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination* raciale, Géorgie c. Russie arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er avril 2011, § 30 : « [e]n principe, le différend doit exister au moment où la requête est transmise à la Cour ».

caractériser l'existence du différend dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy* [1606]. La Cour internationale de Justice aura, à son tour, l'occasion de tenir compte du rejet par la partie défenderesse des allégations du demandeur au cours de la procédure pour identifier une « situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non exécution de certaines obligations découlant d'un [traité, se] sont nettement opposés »[1607].

461. L'ensemble de ces solutions qui s'attachent à l'*existence* du litige sont tout aussi valables lorsque est en cause sa date de *survenance*. La nécessité que le différend visé dans la clause de règlement soit déjà né à la date de la requête a pu être affirmée dans plusieurs affaires [1608] ; dans le même temps, les juridictions s'estimeraient aptes à connaître des différends constitués *pendente lite*, pourvu toutefois que ces derniers relèvent de leur domaine de compétence temporelle[1609]. La date du recours à la juridiction ne saurait, dans cette mesure, servir de *terminus ad quem* pour situer l'époque au cours de laquelle le différend a pu survenir. Tels qu'ils se trouvent envisagés dans la pratique, les rapports entre différend et saisine ne manquent pas moins de donner des indications utiles pour la détermination de la compétence temporelle :

– il ne fait d'abord aucun doute que l'action de saisir la juridiction ne saurait, à elle seule, créer un litige [1610]. Même à considérer que le déclenchement de la procédure

---

[1606] Hongrie c. Yougoslavie, arrêt de la Cour permanente du 16 décembre 1936, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 68, pp. 30-66, spéc. p 61.

[1607] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, pp. 595-624, spéc. pp. 614-615, § 28 : « [s]i la Yougoslavie s'est abstenue de déposer un contre-mémoire et a soulevé des exceptions préliminaires, elle n'en a pas moins globalement rejeté toutes les allégations de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la présente procédure relative auxdites exceptions ». Voir également *Certains biens*, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005, *Rec*. 2005, pp. 6-28 p. 19, § 25. Il est clair par ailleurs que la régularisation apparaît tout aussi justifiée si le défaut de contestation est imputable à la partie demanderesse qui « pourrait à tout moment rempli[r] (…) cette condition » : *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 4-28, spéc. p. 14.

[1608] Voir *Tradex Hellas S.A. c. Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, décision du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. pp. 188-189 : le tribunal arbitral tient compte de l'obligation faite aux parties de s'efforcer d'obtenir un règlement amiable du litige avant de pouvoir déclencher, en dernier recours, la procédure contentieuse, et conclut que la date de survenance du différend doit précéder la phase de négociation préalable sans quoi celle-ci ne ferait sens. Le tribunal ajoute au titre des termes utilisés dans la clause de règlement des litiges qui excluait ceux « survenus » antérieurement que « *the term 'arise' indicates that the beginning of the dispute is relevant and the term 'dispute' is rather general and would usually be understood not to be restricted to a legal procedure* ». Voir également, en ce sens, *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, § 49.

[1609] *Victor Pey Casado & Presidente Allende Foundation c. République du Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence arbitrale du tribunal CIRDI du 8 mai 2008, § 464.

[1610] Voir la sentence arbitrale partielle Eurotunnel précitée, § 142 : « une partie à une procédure internationale ne peut créer un différend du seul fait de sa requête d'arbitrage, et ce même dans les cas où un tel différend, s'il avait existé, aurait été de la compétence du tribunal et serait, par conséquent, susceptible de pouvoir faire l'objet

internationale exprime une *protestation* émise à l'encontre d'une certaine conduite[1611], il ne justifierait pas, sous peine de confondre *différend* et *réclamation*, l'exercice d'une compétence reconnue uniquement pour trancher des « litiges »[1612].

– si la saisine d'une juridiction internationale ne peut en elle-même aboutir à créer un litige, ni d'ailleurs à en révéler l'existence, elle doit malgré tout marquer une étape importante de son évolution. Il était notamment indiqué dans l'affaire *Tradex Hellas* qu'un différend ne saurait être identifié avec la précision nécessaire en vue de son règlement avant la date à laquelle une partie a pu faire état de ses griefs en déposant sa requête[1613]. Cette considération a également été reprise à l'occasion de l'appréciation du caractère justiciable du litige dans l'affaire *L.E.S.I. c. Algérie*, l'opposition entre les parties ayant rétrospectivement été considérée avoir « culminé » dans la procédure ouverte à l'initiative de l'une d'elles[1614]. D'autres affaires illustrent, d'une manière plus générale, l'idée que c'est uniquement au moment de la procédure que le conflit qui décrivait, jusque là, une situation essentiellement factuelle, acquerrait sa dimension juridique[1615]. Dans ces différentes affaires, il était

---

d'une nouvelle requête à la suite de nouveaux échanges entre les parties ». Voir par ailleurs, déjà en ce sens, l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice jointe à l'arrêt de la Cour du 2 décembre 1963 dans l'affaire du Cameroun septentrional, *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. p. 109.

[1611] Voir sur ce point *supra*, n° 248.

[1612] Voir *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Belgique c. Bulgarie, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. p. 83 ; *Di Curzio*, décision n° 184 du 20 janvier 1959 de la Commission de conciliation Italie/Etats-Unis, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 391-393, spéc. p. 392 : est jugée irrecevable la demande portée devant la Commission en l'absence de toute communication préalable au gouvernement défendeur, celui-ci n'ayant été en mesure de se prononcer sur son bien-fondé. Voir également, au titre de la « contestation » requise par l'article 60 du Statut de la Cour internationale de Justice au titre de la recevabilité de l'action en interprétation, *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du Droit d'asile*, Colombie c. Pérou, arrêt du 27 novembre 1950, *Rec.* 1950, pp. 395-404, spéc. p. 403.

[1613] *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, ICSID Case No. ARB/94/2, sentence arbitrale du tribunal CIRDI du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. p. 188.

[1614] *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie*, ICSID Case No.ARB/05/3, décision du 12 juillet 2006, § 66.

[1615] Voir notamment en ce sens *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, ICSID Case No.ARB/05/21, décision sur les exceptions préliminaires du 23 juillet 2008, § 114. L'argument avait été invoqué par le gouvernement serbe dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* en vue de faire remonter l'existence du différend à la date de la saisine. La Serbie prenait appui sur la définition donnée par Sir Jennings pour qui « un 'différend juridique', dans une acception technique et réaliste, est un différend qui a ainsi été formaté, ramené à une forme qui se prête à une décision de justice, autrement dit à une série de questions spécifiques à trancher », en vue d'établir un temps de « maturation » supérieur à celui qui avait conduit la Cour, dans son ordonnance de 1999, à situer le différend avant la date critique (voir le compte rendu de l'audience publique du 21 avril 2004, exposé de M. Brownlie, p. 41, § 55 ; texte consulté le 10 mars 2011 sur le site de la Cour, www.icj-cij.org/). La Cour n'eut finalement pas à juger de la pertinence de l'argument. Tel qu'il avait néanmoins pu être relevé par plusieurs parties défenderesses, convenir du bien-fondé de l'argument yougoslave aurait abouti à vider de toute signification la limitation de compétence *ratione temporis*, étant donné que la date de survenance d'un litige serait toujours celle du déclenchement de la procédure, et partant, toujours postérieure à la date à compter de laquelle débute la compétence.

néanmoins admis que le différend s'était constitué avant le dépôt de la requête introductive d'instance, illustrant ainsi le fait que la connaissance du fondement juridique des prétentions ne serait pas une circonstance déterminante pour la datation du litige et l'établissement de la compétence temporelle[1616]. Cette appréciation semble d'ailleurs tout aussi valable en ce qui concerne le *petitum*. Il ressort effectivement de la pratique que les tribunaux seraient « disposés (…) à reconnaître l'existence d'un différend à partir d'échanges généraux de correspondance montrant une divergence de points de vue, sans pour autant exiger que la demande ait été formulée avec une quelconque spécificité »[1617]. On peut en conclure que la date pertinente pour déterminer la compétence temporelle sera éventuellement antérieure à l'époque au cours de laquelle les demandes ont acquis leur formulation définitive, du moins celle qui serait requise en vue d'identifier le cadre général de l'instance[1618]. En d'autres termes, si la consultation de l'*objet du différend* doit être rendue nécessaire en vue d'isoler la séquence d'événements ayant abouti au désaccord entre les parties, la détermination de la compétence temporelle ne se trouve pas nécessairement réduite à l'étude de l'*objet de la réclamation contentieuse*[1619].

B. Le moment critique : le heurt des allégations

462. Si les indications relevées jusque là suffisent dans certains cas à faire justice de l'exception d'incompétence temporelle, elles ne sont le plus souvent livrées qu'au soutien du critère permettant d'établir le moment auquel a surgi le différend. Pour en donner la formulation la plus ancienne, « une divergence d'opinion [*lato sensu*] se manifeste dès qu'un des gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier »[1620]. La nécessité pour les juridictions de déterminer avec précision la date de cristallisation du différend en vue notamment d'établir leur compétence a permis d'indiquer que c'est au jour du *premier refus opposé à la prétention* que le litige prend

[1616] Voir déjà en ce sens Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 237 ; E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 89.
[1617] Le constat est celui du tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Eurotunnel* précitée, sentence arbitrale du 30 janvier 2007, § 142.
[1618] Voir déjà sur ce point, *supra*, n° 91.
[1619] Voir sur cette distinction, J. Combacau, « L'écoulement du temps », *op. cit.*, p. 90. Voir par ailleurs sur ce point, *infra*, n° 465.
[1620] *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur la compétence du 25 août 1925, *Rec. Série A*, n° 6, pp. 4-28, spéc. p. 14. Voir également *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 30 mars 1950 (première phase), *Rec.* 1950, pp. 65-78, spéc. p. 74, ainsi que les commentaires de Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, pp. 597-598.

naissance[1621]. L'appréciation de la compétence temporelle s'articule ainsi autour de deux étapes que sont l'identification de la prétention, d'une part (1), et celle de sa contestation, d'autre part (2).

1. La prétention

463. La prétention n'est rien d'autre qu'une « réclamation » entendue dans son sens large, c'est-à-dire une déclaration ou demande émise en vue de l'obtention ou de la protection d'un droit[1622]. Cette déclaration ou demande est nécessairement celle d'une partie à la procédure juridictionnelle. Il n'est, en effet, pas exclu que l'une des parties au procès n'ait pas été impliquée dès les premiers développements du conflit. L'exemple le plus remarquable est celui de la protection diplomatique qui donne lieu à une « internationalisation » du litige. Comme la Cour permanente en faisait observation dans l'affaire *Mavrommatis*,

> « le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un Etat, celui de Mavrommatis et de la Grande-Bretagne ; puis, le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains ; le différend est alors entré dans une phase nouvelle : il s'est porté sur le terrain international ; il a mis en présence deux Etats ; dès lors, la possibilité existe qu'il relève désormais de la compétence de la Cour permanente de Justice internationale »[1623].

Ce disant, la Cour admettait que seules les allégations des parties à la procédure juridictionnelle seraient en mesure d'indiquer la date d'apparition du litige[1624]. Pour le reste,

---

[1621] Voir *inter alia*, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, Rec. *C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 6-37, spéc. pp. 14, 35 ; *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, § 52 ; *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 418, § 96 ; *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, § 464. Pour la doctrine, voir notamment J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *op. cit.*, pp. 344-345.

[1622] Voir la définition déjà donnée *supra*, n° 247.

[1623] *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, p. 12.

[1624] Voir, en ce sens, B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 137, l'auteur affirmant que le seul différend dont il faut tenir compte au titre des « réserves » *ratione temporis* est le différend international. Voir également dans cette perspective, Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *op. cit.*, p. 239 ; Ch. De Visscher, « L'affaire de l'Interhandel devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p. 425. Comme indiqué précédemment, la circonstance que le ressortissant ait, de sa propre initiative, entamé les négociations avec l'Etat auteur du fait dommageable serait un facteur à prendre en compte en vue d'établir la date à laquelle le différend interétatique s'est élevé : voir *supra*, note n° 1596. La question ne se posera pas en ces termes dans le cadre du contentieux relatif aux investissements, s'agissant de la contestation de l'Etat. De la même façon que les juridictions arbitrales imputent à l'Etat les actes de ses démembrements, aussi bien pour la compétence *ratione personae* (voir notamment Ch. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, pp. 148 et ss., §§ 142 et ss. ;

ce qui distingue la prétention des prises de position émises jusque là, tient principalement au fait qu'elle énonce un point de vue qui n'est plus fondé sur de simples convictions, mais qui exprime véritablement ce qui « doit être ». Pour peu que le différend soit « juridique », la prétention reflétera l'état du droit[1625], du moins la façon dont son auteur le perçoit. On trouve d'ailleurs ici la raison qui fait que les tribunaux associent la date de présentation de la réclamation, et par extension celle de la naissance du litige, à la formulation du problème juridique qui forme l'« objet du procès »[1626], et dont l'élucidation est nécessaire pour le règlement du litige[1627].

464. La transformation de la simple doléance en véritable prétention [1628] est perceptible dans l'affaire de l'*Interhandel*. Dans le but d'identifier la demande pertinente, la

---

voir également sur ce point, *infra*, note n° 1645) que pour la compétence matérielle et le fond du litige au titre de la responsabilité (voir sur cet aspect *Compañia de Aguas de Aconquija SA et Compagnie générale des eaux c. Argentine*, ICSID Case No.ARB/97/3, sentence arbitrale du 21 novembre 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 296-329, spéc. pp. 314-315, §§ 51-52), elles admettent que les prétentions émises par ses démembrements expriment sa position à l'égard de la situation litigieuse et puissent ainsi lui faire acquérir la qualité de partie au différend (voir très clairement en ce sens, *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, § 52 ; *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000). Il reste que les préalables juridictionnels fréquemment prévus par les clauses juridictionnelles des traités bilatéraux d'investissements qui font obligation à l'auteur de la demande de s'adresser à la juridiction internationale une fois seulement que les moyens d'obtenir un règlement amiable du litige ont été épuisés, auront le plus souvent pour conséquence de faire intervenir les autorités centrales avant le déclenchement de la procédure internationale, l'objet même de ces préalables étant de s'assurer que l'Etat s'est vu notifier l'existence du litige et qu'il a disposé de la faculté d'y porter remède avant son règlement juridictionnel (sentence *AMTO* du 26 mars 2008 précitée, §§ 49-50).

[1625] Voir C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 8.

[1626] L'expression est celle retenue par le juge Morelli qui estime qu'« il serait tout à fait exact de parler d'une question formant l'objet d'un procès [mais qu'il serait] moins correct de dire qu'une question forme l'objet d'un différend : de parler, par exemple, comme le fait le paragraphe 2 de l'article 36, d'un différend ayant pour objet la réalité d'un fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international. Dans l'hypothèse visée par cette formule, l'objet du différend consiste dans la réparation prétendue ; la réalité du fait, constituant éventuellement la violation d'un engagement international, forme l'objet, non pas du différend, mais d'une question dont la solution est nécessaire pour le règlement de celui-ci » : opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour du 21 décembre 1962 sur les exceptions préliminaires rendu dans l'affaire du *Sud Ouest Africain*, *Rec.* 1962, pp. 564-574, spéc. p. 568.

[1627] Dans les différentes affaires où elle avait été utilisée, cette considération semblait effectivement être invoquée au soutien de la prise en compte de la date du heurt des prétentions : voir notamment *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 35 ; *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. p. 21 : « [d]eux autres notes échangées bientôt après (…) confirment que les opinions divergentes des deux Gouvernements ont eu pour objet *un problème de droit nettement défini*, à savoir la restitution des avoirs de l'Interhandel aux Etats-Unis, et que les négociations à ce sujet sont rapidement arrivées à une impasse » (nous soulignons) ; *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur le fond du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 6-46, spéc. p. 34, la Cour faisant référence à « des positions de droit nettement définies et s'opposant l'une l'autre » ; *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No.ARB/97/7, décision du tribunal CIRDI sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 418, § 97.

[1628] Voir en ce sens Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *op. cit.*, p. 337 : « *the dispute must go beyond general grievances and must be susceptible of being stated in terms of a concrete claim* ». En pratique, cette réclamation est le plus souvent qualifiée de « *formal complaint* » (voir par ex. *Link-Trading c. Department for Customs Control of Republic of Moldova*, sentence arbitrale CNUDCI du 6

Cour internationale de Justice avait effectivement tenu compte de l'état d'avancement de la procédure mise en place par les Puissances alliées et la Suisse dans le cadre de l'Accord de Washington en vue de la liquidation de biens allemands. L'Autorité chargée de trancher les désaccords éventuels entre les parties avait été saisie du cas de la société *Interhandel*, et c'est par une décision rendue au début de l'année 1948 qu'avait été définitivement reconnu le caractère non ennemi des avoirs détenus par la société en Suisse et mis fin à leur blocage provisoire. La Cour notait que ce n'est, finalement, qu'après qu'une telle décision avait acquis force de chose jugée aux yeux du gouvernement suisse, que celui-ci adressa pour la première fois sa réclamation en vue d'obtenir la restitution des avoirs de la société. A la différence donc des précédentes correspondances étalées sur les années 1945 à 1947 auxquelles le gouvernement américain faisait référence dans son exception d'incompétence *ratione temporis*, la demande qui avait été adressée dans le courant de l'année 1948 portait en elle la conviction que la non restitution des avoirs était contraire au droit international[1629].

465. Il avait par ailleurs été tenu compte, dans cette affaire, de l'objet de la demande adressée au gouvernement américain. La Cour avait effectivement établi un lien logique entre l'objet de l'instance introduite devant elle en vue de la restitution des biens, et le contenu de la prétention formulée à cet effet dès 1948[1630]. Le fait que les juridictions internationales situent la date du différend au jour du refus de la réclamation primitive pourrait toutefois conduire, dans d'autres cas de figure, à le considérer constitué à une époque où l'objet de la réclamation n'avait toujours pas été révélé. Cette situation n'a guère de chance de se produire en matière économique, la demande d'indemnisation ou de restitution constituant, le plus souvent, la base du désaccord[1631]. Il reste néanmoins que le *petitum* représente simplement l'une des composantes de l'objet du différend dont il pourra être tenu compte. A ce propos, il arrive fréquemment que la prétention réside dans la seule allégation du caractère illicite d'une conduite, et se limite ainsi à désigner les bases sur lesquelles devrait être établie la

---

février 2001 sur la compétence, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 6-13, spéc. p. 9, § 6) ou encore de « *legal pretension* » (*Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, § 52).

[1629] *Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. pp. 20-22.

[1630] *Rec.* 1959, p. 21.

[1631] Voir par ex. *Exercice des droits d'actionnaires des Sociétés Filatures de Schappe et Rhône-Poulenc*, décision n° 41 du 3 avril 1950 de la Commission de conciliation France/Italie, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 143-148, spéc. p. 144. Pour le contentieux arbitral de l'investissement, voir par ex. *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, spéc. §§ 445-446, au sujet du premier différend ; *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008.

responsabilité internationale[1632]. Tel était le cas dans l'affaire de la *Compagnie de Sofia* au sujet du traitement réservé par les autorités judiciaires bulgares à la société belge. Le ministre de Belgique à Sofia s'était initialement plaint de l'attitude des autorités municipales qui invoquaient le caractère définitif de l'arrêt d'appel rendu en leur faveur pour rejeter les demandes formulées par la compagnie, alors que cet arrêt faisait encore l'objet d'un recours en cassation. Le ministre avait ensuite adressé un nouveau courrier au Président du Conseil et Ministre des cultes de Bulgarie dans lequel il estimait que l'arrêt dont il était question « méconnaissait les droits de la société tels qu'ils avaient été définis par le Tribunal arbitral mixte belgo-bulgare »[1633]. C'est cette prétention qui, rétrospectivement, avait été jugée décisive pour déterminer la date à laquelle le différend s'était élevé, alors même que le contenu des revendications belges n'avait été communiqué qu'au moment du dépôt du mémoire en demande[1634]. Illustration était ainsi donnée du fait que l'identification de l'objet du différend pourrait, dans bien des cas, être associée à la découverte de la *causa petendi*[1635], c'est-à-dire aux éléments de fait et de droit invoqués au soutien de la demande, plutôt qu'à la découverte du contenu de cette demande[1636].

[1632] Ce constat n'apparaît pas toujours clairement dans les commentaires de la jurisprudence internationale. Il faut dire que la formule retenue par la haute juridiction dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* a pu entretenir le doute sur l'importance à accorder à l'objet du différend. D'après la haute juridiction, le litige porté à sa connaissance avait « un triple objet » et n'avait donc pu « naître que lorsque tous ses éléments constitutifs [avaient] existé ». Or, parmi les éléments recensés au titre de l'objet du litige figurait la demande d'obtention du redressement de la situation illégale résultant des entraves au droit de passage (Portugal c. Inde, arrêt de la Cour sur le fond du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, pp. 33-34). Le lien logique établi par la Cour entre l'objet du litige et ses éléments constitutifs semblait ainsi pouvoir signifier que la date à laquelle cette demande en réparation avait été, pour la première fois, présentée était susceptible d'avoir retardé le moment à compter duquel le litige s'était constitué : voir en ce sens J.-P. Cot, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Droit de passage sur territoire indien (fond) », *op. cit.*, p. 323, l'auteur regrettant la prise en compte de la demande qui revient à ne tenir compte que de la position du demandeur pour dater le litige, et qui aboutirait à confondre l'objet d'un différend, qui est unique, avec les « éléments qui le composent ». La suite du raisonnement de la Cour laissait toutefois une impression bien différente, dans la mesure où elle était de nouveau conduite à tenir compte des éléments constitutifs du différend qu'elle associait uniquement à la situation des enclaves, et aux entraves au droit de passage survenues après la date critique (affaire précitée, *Rec.* 1960, p. 35).

[1633] *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Belgique c. Bulgarie, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84, spéc. p. 73.

[1634] *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, p. 81.

[1635] Sur la distinction entre *causa petendi* et *petitum*, voir l'opinion individuelle du juge Morelli jointe à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête, deuxième phase), *Rec.* 1970, spéc. pp. 222-242, spéc. pp. 223-224, § 5, ainsi que l'opinion dissidente du juge Tores Bernárdez annexée à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 4 décembre 1998 rendu dans l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries*, *Rec.* 1998, pp. 582-738, spéc. pp. 601-603, §§ 52-58.

[1636] Voir également *Droit de passage sur territoire indien*, Portugal c. Inde, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957, *Rec.* 1957, pp. 125-153, spéc. pp. 148-149 : la Cour considère que les échanges diplomatiques entre les parties ont fait « ressortir l'existence d'un différend entre [elles] à l'égard du principal point de droit actuellement soumis à la Cour ». Ce disant, elle refuse de donner crédit à l'argument selon lequel l'objet de la demande n'avait pas encore été défini à cette même époque.

2. La contestation

466. La date à laquelle le destinataire de la réclamation a opposé sa résistance va s'avérer décisive pour la détermination de l'applicabilité de l'engagement juridictionnel, dans la mesure où c'est à cette date qu'est associée la naissance du litige entre les parties. Dans la pratique, cependant, cette recherche se trouve le plus souvent éclipsée par celle de la prétention. C'est que la contestation s'identifie uniquement par référence à la réclamation avec laquelle elle forme le différend. A cet égard, ce qui compte est le refus de faire droit à la demande principale, et non à la proposition de négocier ou de procéder à un règlement amiable même si les choses n'apparaissent, en pratique, pas toujours aussi clairement. Une lecture attentive des différentes affaires, y compris de celles dans lesquelles le juge avait considéré que c'est l'intention de régler le litige qui devait marquer l'instant décisif, permet néanmoins d'établir que la prise en compte de la demande de règlement amiable ne sert tout au plus qu'à situer la date à laquelle l'Etat a été mis en position de repousser la réclamation contentieuse[1637].

467. Pour le reste, la recherche de la contestation va, dans une large mesure, dépendre de la nature de la prétention. Pour peu que celle-ci ait pris la forme d'une demande, il suffirait d'identifier le premier refus qui lui aura été opposé pour dater le différend. La contestation ne diffère pas nécessairement, dans une telle hypothèse, des positions tenues pendant la phase des négociations, voire même de la conduite litigieuse lorsque celle-ci consiste dans le refus d'exécuter une créance[1638]. La date à laquelle s'est élevé le litige serait, en revanche, moins

---

[1637] Voir, très clairement en ce sens, *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, ICISID Case No.ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307, spéc. p. 305, §§ 306-308. Voir également *Tradex Hellas S.A. c. Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, décision du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, p. 188 ; *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. Chili*, ICSID Case No.ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, §§ 445-446 ; *Eurotunnel c. France et Royaume-Uni*, sentence arbitrale partielle du 30 janvier 2007 précitée, § 138. Il n'est d'ailleurs pas exclu que la présentation de la prétention ait pu coïncider avec l'invitation à *négocier* avec les autorités étatiques, mais c'est bien le refus d'accéder aux prétentions qui permettrait de considérer le différend établi : *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, § 52. La solution serait évidemment différente si la réclamation était portée au titre du non-respect d'un accord conclu pendant la phase des négociations et relatif à l'obligation de soumettre le différend à l'arbitrage : *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342, spéc. pp. 341-342, §§ 172-175.

[1638] Voir par ex. *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, ICSID Case No.ARB/05/21, sentence sur les exceptions préliminaires du 23 juillet 2008, spéc. § 120, et l'opinion dissidente du juge de Witt Wijnen du 14 juillet 2008 jointe à la sentence, spéc. §§ 23-24. Voir également, en ce sens, l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice jointe à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, pp. 97-130, spéc. pp. 109-110 : « il faut au moins que l'une des Parties formule ou ait formulé, à propos d'une action, d'une omission ou d'un comportement présents ou passés de l'autre Partie, un grief, une prétention ou une protestation que ladite Partie *conteste, rejette ou dont elle dénie la validité, soit*

aisée à établir lorsque la prétention revêt la forme d'une simple affirmation, et rend ainsi nécessaire l'examen du contenu des différentes répliques de la partie défenderesse pour identifier celle de laquelle est née la contradiction. L'examen de la demande en interprétation récemment portée par le Mexique au titre de l'arrêt *Avena* a pu témoigner de la difficulté qu'il y aurait à traduire, dans certains cas, les différentes appréciations d'une même obligation internationale en un désaccord[1639].

468. Les juridictions internationales feraient en revanche, peu de cas de l'attitude par laquelle l'Etat a opposé sa résistance, si tant est qu'elle exprime sa position définitive. Comme l'a rappelé la Cour dans l'affaire du *Bureau de l'OLP*, le fait notamment que la partie dont la conduite est l'objet du litige « ne présente aucune argumentation pour [la] justifier (…) au regard du droit international n'empêche pas que les attitudes opposées des parties fassent naître un différend (…) »[1640]. La signification attribuée au silence en est une autre manifestation. Il est effectivement admis que l'absence de réaction vaut rejet de la prétention[1641]. Toute solution inverse aboutirait à ce que le règlement juridictionnel du litige nécessite un nouveau consentement de la part de celui dont est contestée la manière d'agir[1642]. Le fait toutefois que le différend se soit constitué de manière tacite, conduirait à désigner une époque plutôt qu'une date en vue d'apprécier le bien-fondé de l'exception d'incompétence

---

expressément, soit implicitement en persistant dans l'action, l'omission ou le comportement incriminés, ou bien en ne prenant pas la mesure demandée ou encore en n'accordant pas la réparation » (nous soulignons).

[1639] *Demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. Etats-Unis, arrêt de la Cour internationale de Justice déjà cité du 19 janvier 2009, *Rec.* 2009, pp. 10-17, §§ 20-42.

[1640] *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif de la Cour du 26 avril 1988, *Rec.* 1988, pp. 12-35, spéc. p. 28, § 38. La Cour effectue d'ailleurs un parallèle avec la façon dont elle avait établi l'existence du litige dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*Rec.* 1980, pp. 24-25, § 46).

[1641] Pour la jurisprudence récente, voir *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale définitive du 26 mars 2008, § 52. Voir également *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, ICSID Case No.ARB/02/8, décision sur les exceptions préliminaires du 3 août 2004, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 174-217, spéc. p. 211, § 159 : « *[it is considered] sufficient for a dispute to exist that there be a lack of response to a specific demand after a reasonnable time* ». Pour la Cour internationale de Justice, voir *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination* raciale, Géorgie c. Russie arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er avril 2011, § 30 : « l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation, dans des circonstances où une telle réaction s'imposait ». Cette solution était déjà celle des commissions de conciliation instituées après le second conflit mondial : voir par ex. les décisions n° 25, *I.V.E.M.* du 1er mars 1952 (*R.S.A.*, vol. XIII, pp. 326-351, spéc. pp. 339-342, spéc. p. 342) et n° 108, *Société des explosifs et produits chimiques* du 15 septembre 1951 de la Commission de conciliation France/Italie (*ibid.*, pp. 280-288, spéc. p. 283).

[1642] Comme le conclut ainsi Sir G. Fitzmaurice, « *no real obligation at all would been assumed, and the clauses or declarations concerned would be pointless except as indications of policy* » (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, *op. cit.*, p. 742). Sur cette base, il s'agit ainsi de distinguer la simple condition d'existence du litige des cas où l'engagement juridictionnel prévoit spécifiquement la nécessité d'un nouveau consentement à la procédure : voir par ex. le texte appliqué dans l'affaire relative à l'*Interprétation du Traité de commerce conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904* (Italie/Suisse), sentence arbitrale du 27 avril 1911, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 257-262, spéc. p. 259 (article 18 du traité).

temporelle. Pour n'en donner qu'un exemple, c'est en référence à la série de réclamations successivement adressées à l'Albanie pendant près d'une demi-année et auxquelles celle-ci était restée sourde, qu'avait été situé le différend dans l'affaire *Tradex Hellas*[1643]. Aucune affaire n'a, à vrai dire, mis un tribunal en situation de devoir quantifier la mesure de temps nécessaire à l'éclosion d'un litige, dans le cas où l'une des parties avait gardé le silence. Il semble toutefois que la prise en compte de la phase de divergences soit, en l'absence d'autres circonstances pertinentes[1644], rendue nécessaire en vue d'établir la fréquence avec laquelle les communications avaient été, jusque là, maintenues. Cette fréquence permettrait d'indiquer le caractère raisonnable de la période à l'issue de laquelle on pouvait raisonnablement s'attendre à une réaction et considérer, en son absence, que la contestation devait être tenue pour acquise.

SECTION 2 / DENOMBREMENT DE DIFFERENDS

469. S'il est établi que *différend* et *faits générateurs de différends* ne se confondent pas du point de vue de leur situation temporelle, un élément supplémentaire doit être en mesure de remettre en cause le bien-fondé de la thèse qui n'attache qu'une faible importance à la manière dont a été limitée *ratione temporis* la portée du lien juridictionnel. Il concerne la situation dans laquelle un ou plusieurs différends auraient déjà surgi avant la date critique, et où l'établissement de la compétence supposerait d'apporter la preuve de l'existence d'un nouveau conflit. Dans ce cas de figure, importance va être, une nouvelle fois, donnée aux faits générateurs du litige. Le dénombrement de différends nécessite, comme on va le voir, d'évaluer la teneur des échanges de vues successifs. A première vue, la détermination de la compétence temporelle n'apparaît pas, dans un tel contexte, différente de la recherche d'une cause nouvelle de réclamation. Que les faits litigieux soient appréciés aux seules fins d'établir la survenance d'un différend nouveau conduit cependant les juridictions à retenir des solutions spécifiques. Une signification différente de celle restituée précédemment au sujet

[1643] *Tradex Hellas S.A. c. Albanie*, ICSID Case No.ARB/94/2, décision du 24 décembre 1996, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196, spéc. pp. 184, 188-189.

[1644] A cet égard, il pourrait être tenu compte de la date à laquelle d'autres demandes présentées le même jour auraient été expressément admises ou rejetées : voir, en ce sens, la décision n° 47 du 11 mai 1950 de la Commission de conciliation France/Italie, *Società mineraria e metallurgica di Pertusola, R.S.A.*, vol. XIII, pp. 175-179, spéc. p. 178. Il pourrait également, le cas échéant, être fait référence à la durée de la période accordée aux parties en vue du règlement amiable du litige : *Asian Agricultural Products ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, ICSID Case No.ARB/87/3, sentence arbitrale du 27 juin 1990, *ICSID Reports*, vol. 4, p. 251, § 3.

des faits générateurs de litiges va être effectivement attribuée à la continuité ainsi, parfois, qu'à la dispersion des faits litigieux dans le temps. Avant d'en faire état (§ 2), il convient de préciser dans quelle mesure le juge est, une fois de plus, porté à s'intéresser aux faits à l'origine du différend (§ 1).

§ 1 - IDENTIFICATION DU CRITERE DE L'ALTERITE DE LITIGE

470. L'étude du dénombrement des différends nécessite d'identifier la façon dont les juridictions internationales procèdent en vue de les distinguer les uns des autres. Telle que la question se trouve résolue aux fins de la détermination de la compétence temporelle, c'est par ce sur quoi il porte qu'un litige s'individualise. La caractérisation d'un différend « nouveau », c'est-à-dire postérieur à la date retenue dans la clause d'exclusion et distinct de ceux ayant précédemment opposé les mêmes parties[1645], rend nécessaire l'identification des événements qui en sont à l'origine. Les juridictions internationales font, dans cette mesure, principalement référence à la *cause factuelle* du litige (A). L'allégation d'une cause juridique distincte n'apparaît pas toutefois dépourvue de toute influence (B).

A. Pertinence de la cause factuelle du litige

471. Le dénombrement de différends conduit à envisager leurs conditions d'existence en des termes différents de ceux qui ont, jusque là, servi à localiser leur date de cristallisation : prouver qu'un conflit existe entre deux parties est une chose, démontrer qu'une pluralité de litiges les a opposées au cours d'une période de temps donnée en est une autre.

La pratique internationale retient à cet égard, une conception matérielle et non plus formelle, du différend. Le caractère original d'un litige tiendrait au fait qu'il ne porte pas sur

[1645] L'identité de parties serait évidemment requise pour établir l'identité de litige. Cependant, dans le cadre du contentieux des investissements, si l'identité de l'« investisseur » peut aboutir à distinguer les actions portées par la société d'une part, par les actionnaires d'autre part, les différends ne seront jamais dissociés en considération de la personne publique défenderesse, à partir du moment où celle-ci est une entité dont on peut imputer les actes à l'Etat. Cette solution de principe est notamment formulée par le Comité *ad hoc* CIRDI dans l'affaire Lucchetti : « *in so far as Lucchetti argues that the Tribunal disregarded the fact that the [former] dispute (...) was a dispute with the municipal authorities of Lima, whereas [the latest measure] (...) gave rise to a dispute with the Republic of Peru, the* Ad hoc *Committee notes that, while this distinction is one of the elements to be taken into account, it can in no way be conclusive for whether there were two disputes, since it is clear that the Republic of Peru is responsible under the BIT for the acts of all Peruvian public authorities and that, consequently, once the dispute was to be raised to the international level, a claim had to be brought against the Republic of Peru* » : *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, § 96.

des événements ayant déjà, par le passé, donné lieu à un désaccord entre les mêmes parties. Les quelques remarques émises à ce sujet par le juge Spender dans son opinion relative à l'affaire de l'*Interhandel* restituent l'esprit dans lequel va être engagée la recherche d'un différend nouveau :

> « un Etat partie à un différend peut temporairement abandonner ses prétentions, les reprendre ensuite et décider alors de chercher un recours dans une procédure ou une action judiciaire ou d'un autre caractère. Un différend peut demeurer en sommeil pendant des années (…). Un différend peut, comme il advient souvent, prendre une nouvelle tournure. Il peut bien entendu s'élever entre les parties un différend absolument distinct auquel le différend existant n'est que fortuitement lié. Mais si le fond du différend demeure le même, le fait qu'il est entré dans une nouvelle phase (…) ne saurait modifier le problème tel qu'il est présenté devant la Cour. S'il en était autrement, l'ingéniosité juridique serait généralement à même de faire en sorte qu'un différend qui, d'une façon évidente, se trouvait hors de la compétence de la Cour, relève de cette compétence. La Cour doit tenir compte du fond et non de la forme »[1646].

Les juridictions internationales ne sauraient effectivement s'en tenir à la seule attitude manifestée par les parties durant la phase précédant l'introduction de l'affaire, sous peine de priver de toute substance les clauses excluant expressément du champ de compétence les conflits nés avant une certaine date. En ce sens, la circonstance qu'une opposition de vues ait été simplement renouvelée pendant la période soumise à la considération du juge ne serait, en soi, pas jugée suffisante pour satisfaire la condition de compétence temporelle[1647]. Tout au plus l'invocation du renouvellement des actes formalisant une divergence de vues reviendrait à plaquer une présomption réfragable de différend, en vue d'apprécier si son *contenu* est identique, ou non, à celui ou ceux auxquels il succéderait. En vue d'établir leur compétence, les juridictions internationales vont effectivement s'attacher à déterminer si et dans quelle

[1646] Opinion individuelle annexée à l'arrêt de la Cour du 21 mars 1959 précité, *Rec.* 1959, pp. 54-74, spéc. p. 60.
[1647] Voir, *a contrario*, au titre de la condition d'existence du litige, G. Morelli qui, envisageant l'hypothèse d'un différend un temps éteint par l'abandon de la prétention suite à son règlement judiciaire, considère qu'il renaîtrait avec la réitération de la demande et l'opposition d'une résistance identique. Pour l'auteur, cette nouvelle controverse témoignerait du fait que les parties n'ont finalement pas modifié leur attitude respective par rapport au conflit d'intérêts, mais elle n'en constituerait pas moins un différend autonome et correspondant, dans une plus ou moins grande mesure, à celui qui s'est éteint : opinion dissidente rendue dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), *Rec.* 1964, pp. 85-115, spéc. p. 114, spéc. p. 106. Voir également, du même auteur, « Estinzione e soluzione di controversie internazionali », *op. cit.*, p. 95 ; *Studi sul processo internazionale*, *op. cit.*, pp. 131-133, et spéc. p. 132. A ce titre, le juge établit une distinction entre l'extinction du différend, d'une part, et sa résolution judiciaire, d'autre part, la première étant le « résultat d'un comportement donné des parties », la seconde, un facteur psychologique permettant, tout au plus, de favoriser cette extinction : « Estinzione e soluzione di controversie internazionali », *op. cit.*, p. 96. Voir également l'opinion individuelle du juge Morelli rendue dans l'affaire *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, pp. 131-149, spéc. p. 137.

mesure les circonstances à l'origine du différend survenu après la date référence diffèrent de celles ayant donné lieu à de précédentes discordes[1648].

472. La prise en considération des faits litigieux suppose la consultation de l'objet du différend mais, une nouvelle fois, aux seules fins d'identifier la *causa petendi* de chaque prétendu conflit[1649]. La présentation de nouvelles demandes ne serait, en soi, pas jugée déterminante à partir du moment où celles-ci sont formulées au titre des mêmes circonstances factuelles. De la même manière, s'il s'agit de s'intéresser au « fond » et non à la « forme » du litige, les juridictions internationales ne se réfèreront pas davantage à sa « nature », c'est-à-dire au problème juridique qu'elles seraient appelées à résoudre en vue de le trancher. Retenir une telle approche aboutirait à ce qu'il y ait autant de différends que de questions de droit posées[1650]. Or, comme il va être permis de le mesurer, les juridictions auront tendance à regrouper plutôt qu'à diviser les différents aspects du conflit.

[1648] Cette méthode est unanimement suivie, quelle que soit finalement la façon dont les juridictions prennent le soin de la désigner : pour le contentieux CIRDI, voir *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/4, sentence arbitrale du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. pp. 236-237, § 50, et *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, §§ 36-38, 103, le tribunal arbitral ayant fait tout à la fois référence à la notion de « *subject-matter* » (sur la notion, voir *infra*, n° 479) et à celle de « cause réelle » des différends telle que dégagée par la Cour internationale de Justice en vue d'établir l'identité ou l'altérité de causes factuelles ; *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006, §§ 117-120, et spéc. § 119 ; *The Channel Tunnel Group Ltd. Et France-Manche S.A. c. The Secretary of State for transport of the Governement of the United Kingdom and Northern Ireland* et *Le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française*, sentence partielle du 30 janvier 2007, § 136 ; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. République du Chili*, ICSID Case No.ARB/04/7, sentence arbitrale du 21 août 2007, spéc. § 303 ; *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo, S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, ICSID Case No.ARB/05/21, décision sur les exceptions préliminaires du 23 juillet 2008, § 116 ; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, ICSID Case No.ARB/07/23, seconde décision sur les exceptions préliminaires du 18 mai 2010, §§ 131-136 ; *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, § 102. Voir également, au titre des « divergences » : *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/05/19, décision sur les exceptions préliminaires du 17 octobre 2006, §§ 53-54. Pour la Cour internationale de Justice, voir l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, Guinée-Bissau c. Sénégal, arrêt de la Cour internationale de Justice du 12 novembre 1991, *Rec.* 1991, pp. 53-76, spéc. p. 62, § 24 ; *Licéité de l'emploi de la force*, Yougoslavie c. Belgique, ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1999, pp. 124-141, spéc. pp. 134-135, §§ 27-29.

[1649] Voir très clairement, en ce sens, l'ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 précitée rendue dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, *Rec.* 1999, p. 134, § 27.

[1650] Il faut tout de même faire observer, à ce sujet, que le fait pour la haute juridiction d'avoir envisagé, dans l'affaire de l'*Interhandel*, le bien-fondé de l'exception préliminaire *ratione temporis* pour chacune des prétentions du gouvernement suisse devait précisément aboutir à une telle division du litige. En effet, après avoir établi sa compétence pour connaître de la demande principale relative à la restitution des avoirs, la Cour abordait la question du bien-fondé de l'exception *ratione temporis* au titre de la demande subsidiaire qui portait sur l'obligation du gouvernement américain de soumettre le différend concernant les avoirs suisses, à l'arbitrage ou à la conciliation et qui, « malgré son étroite connexité avec la demande principale, constitu[ait] une demande distincte et séparée visant non pas le fond du différend mais la procédure de son règlement » (*Interhandel*, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *Rec.* 1959, pp. 6-32, spéc. p. 22). La Cour se bornait toutefois à faire observer, à ce sujet, que cet aspect du litige n'avait pu s'élever que postérieurement à l'opposition sur la restitution des avoirs, et donc après le jour où débutait sa compétence. Aucun problème de compétence relatif à la succession de litiges dans le temps ne se

Le fait d'accorder pertinence à la substance du litige devrait avoir pour autre conséquence de n'attribuer qu'une signification résiduelle à l'extinction du différend survenu avant la date prise en référence. Cette question n'a effectivement qu'un lien indirect avec celle posée au titre de la compétence temporelle, puisqu'elle revient à déterminer si un différend existe encore, et non à déterminer s'il en existe un nouveau, entre les parties à l'instance[1651]. On perçoit sans doute l'intérêt que le requérant trouverait à démontrer que le litige survenu avant la date critique a pris fin, en vue d'en inférer la conclusion logique que tout ce qui a pu se produire par la suite ne peut que se rapporter à un nouveau conflit. Le fait cependant qu'il n'ait pas été mis fin à un litige ne ferait nullement obstacle à ce qu'un autre se soit constitué par la suite entre les mêmes personnes. Rien n'empêche, en d'autres termes, que plusieurs différends mettant en jeu des circonstances différentes se chevauchent dans le temps. En vérité, le règlement juridictionnel ou extra-juridictionnel du différend initial n'a d'implication sur la solution à donner à l'exception d'incompétence temporelle que si ce différend partage avec le prétendu nouveau conflit une base factuelle commune. S'il est admis que l'épaisseur de temps espaçant différents événements ne constitue pas un facteur susceptible de déterminer s'ils se rattachent à des litiges distincts[1652], les tribunaux ont déjà considéré qu'un différend antérieur à l'entrée en vigueur de l'engagement juridictionnel est susceptible de muter et ainsi d'intégrer leur domaine de compétence[1653]. Le fait que le différend primitif ait donné lieu à une procédure judiciaire nationale serait notamment de nature à influencer la solution à donner à l'exception d'incompétence *ratione temporis*. Comme il a déjà été permis de le vérifier au titre des « faits nouveaux », un différend pourrait effectivement prendre une nouvelle tournure en intégrant un ou plusieurs griefs se rapportant aux conditions dans

---

trouvait ainsi posé. Voir néanmoins pour une critique d'un tel fractionnement du litige, l'opinion du juge Spender précitée, *Rec.* 1959, p. 72, ainsi que les observations de J.-P. Cot *in* « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Droit de passage sur territoire indien (fond) », *op. cit.*, pp. 322-323.

[1651] L'effet d'une décision est effectivement l'« abrog[ation par le tribunal de] la prétention d'une partie qu'elle juge mal fondée » : C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 17. A s'en tenir à une conception purement formelle du différend, on pourrait malgré tout considérer qu'un litige est en mesure de subsister malgré son règlement juridique, la circonstance que la prétention ou que la contestation soit désormais bien ou mal fondée n'étant, pour ainsi dire, pas en mesure d'affecter son existence en tant qu'élément constitutif du différend : voir en ce sens les références aux différents travaux et opinions du juge Morelli citées *supra*, note n° 1647.

[1652] Sentence arbitrale *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou* du 7 février 2005 précitée, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 239, § 56.

[1653] Voir l'opinion individuelle du juge Spender dans l'affaire de l'*Interhandel*, déjà citée en ce sens, *Rec.* 1959, p. 60. Voir par ailleurs, pour la pratique, *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/05/19, décision sur les exceptions préliminaires du 17 octobre 2006, § 53 ; *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 65: « *the Tribunal likewise distinguishes disputes arising prior to the entry into force of the BIT from disputes arising after that date that have the same cause or background with those prior disputes* », et § 66 : « *a prior dispute may evolve into a new dispute, but the fact that this new dispute has arisen does not change the effects of the non-retroactivity of the BIT with respect to the dispute prior to its entry into force* ». Voir également sur ce point, *infra*, n° 490.

lesquelles a été conduite ladite procédure[1654]. De la même manière, l'altération de la cause factuelle pourrait dériver des circonstances postérieures au règlement international du litige, notamment de celles entourant l'exécution de la décision juridictionnelle[1655], ou même encore découler des suites d'un règlement conventionnel, une partie excipant, à titre d'exemple, de la nullité du traité ayant permis la résolution du litige[1656]. Dans tous ces cas de figure, le différend aurait un lien évident avec celui auquel il succède mais s'en détacherait en considération des événements survenus entre temps, lesquels seraient irréductibles à un simple développement du conflit d'origine.

B. Influence de la cause juridique du litige

473. La part d'influence que revêt, en pratique, la cause juridique du différend, c'est-à-dire les éléments de droit invoqués à l'appui des demandes, en vue de caractériser un différend nouveau semble plus délicate à déterminer. Il apparaît cependant, avec certitude, que l'invocation d'une règle de droit nouvellement entrée en vigueur n'aura pas pour effet de transformer un différend déjà constitué. Dans l'affaire *Lucchetti*, le tribunal arbitral a ainsi clairement exclu la possibilité d'attacher une quelconque importance à la prise d'effet du traité de protection des investissements au titre de la recherche d'un différend nouveau ; en convenir autrement reviendrait, selon ce même tribunal, à vider de toute substance la disposition qui excluait du champ d'application du traité les différends déjà nés[1657]. Le Comité *ad hoc* CIRDI constitué dans cette même affaire pour connaître de la demande d'annulation de la sentence en a jugé de même, affirmant que la clause d'exclusion n'avait

---

[1654] Au titre d'un différend nouveau, voir *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, décision précitée du 16 juin 2006, ICSID Case n° 04/13. *Contra* : *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, ICSID Case No.ARB/04/7, sentence arbitrale du 21 août 2007, §§ 266-303.

[1655] Voir l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, Guinée-Bissau c. Sénégal, arrêt de la Cour internationale de Justice du 12 novembre 1991, *Rec.* 1991, pp. 53-76, spéc. p. 62, § 24, dans laquelle la Cour relève que les parties ont distingué entre le différend territorial initial et celui né de son règlement juridictionnel, postérieurement à la date pertinente pour la compétence.

[1656] Voir à ce sujet l'opinion individuelle du juge Abraham jointe à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007 dans l'affaire déjà citée du *Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie, dans laquelle le juge estime que le traité n'a pu, en tout état de cause, régler que « le différend qui existait à l'époque entre les deux Etats » et non « le différend tel qu'il se présente *aujourd'hui* à la Cour, et qu'on ne saurait confondre avec le précédent. Certes, l'*objet* est le même : c'est la souveraineté sur les trois iles. Mais la *cause* n'est pas la même : car le différend actuel est né de ce que l'un des deux Etats parties au traité s'est mis à prétendre – assez tardivement, il est vrai – que son consentement à être lié avait été obtenu, à l'époque, par l'exercice de la contrainte » (*Rec.* 2007, pp. 903-920, p. 919, spéc. § 62).

[1657] *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/4, sentence arbitrale précitée du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 236, § 59 : « *[t]he allegation of a BIT claim, however meritorious it might be on the merits, does not and cannot have the effect of nullifying or depriving of any meaning the* ratione temporis *reservation spelled out in Article 2 of the BIT. Further, a pre-BIT dispute can relate to the same subject matter as a post-BIT dispute and, by that very fact, run afoul of Article 2* ».

pour autre but que d'éviter qu'un investisseur se voit pourvu de nouvelles « munitions » résultant de l'entrée en vigueur du traité dans le cas où le différend qui l'oppose à l'une des parties au traité est survenu avant cette date[1658]. C'est donc dans le but de permettre à la limitation *ratione temporis* de produire ses effets qu'une telle solution, au demeurant propre à la question de compétence temporelle[1659], se trouve admise.

474. Ce n'est pas dire cependant que l'altérité de cause juridique soit dépourvue de toute influence. Il ressort notamment d'un autre arbitrage CIRDI qu'un litige survenu avant l'entrée en vigueur d'un accord international ne porte pas nécessairement sur le prétendu non-respect des prescriptions de droit national, mais éventuellement sur la compatibilité des mesures litigieuses avec les standards internationaux repris par l'accord[1660]. Il pourrait ainsi

---

[1658] *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou (Empresas Lucchetti SA and Lucchetti Perú, SA c. République du Pérou)*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, ARB/03/4, § 80 : « *[t]he purpose of the exception must be assumed to be to prevent that, where a dispute or a difference had arisen at a time when the BIT did not exist, the investor would be provided with new ammunition as a result of the subsequent entry into force of the BIT* ». Voir par ailleurs, sur ce point, les observations de E. Savarese, « BIT Clauses Bearing on the *Ratione Temporis* Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs », *op. cit.*, pp. 613-615.

[1659] Le vocable « différend » tel qu'entendu dans la clause intéressant la compétence temporelle de la juridiction renvoie à une réalité distincte de celle qu'on lui associe au titre de son emploi dans les clauses limitant le cumul des procédures, notamment internes et internationales. Il semble effectivement établi, s'agissant de l'application des clauses *electa une via*, que la simple invocation d'une cause juridique distincte aurait pour effet de *dédoubler* le différend. Il en va notamment ainsi dans le domaine des investissements où il est fait la distinction entre les différends qui s'attachent à la violation du traité de protection (« *treaty claims* »), et ceux qui, tout en mettant en cause les mêmes faits, porteraient sur une prétendue violation du contrat passé entre l'investisseur et l'Etat (« *contract claims* ») : voir sur cette question et sur les difficultés auxquelles elle conduit, R. Rivier, « La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, *op. cit.*, pp. 85-114, spéc. pp. 102 et ss. Pour la pratique, voir *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ICSID Case No.ARB/01/3, sentence du 14 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 11, pp. 269-294, spéc. p. 293, § 97 ; *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 186 : à compter du moment où le traité n'était pas en vigueur à la date de la procédure interne, il ne peut s'agir du même différend. Le bien-fondé d'une telle distinction a toutefois été remis en cause dans la décision du 30 juillet 2009 *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie* (ICSID Case No.ARB/07/21). Dans cette affaire, M. Paulsson, siégeant en tant qu'arbitre unique, avait considéré qu'il était tenu de déterminer si les réclamations portées devant les juridictions internes et internationales disposaient de la « *same normative source* » (décision précitée, § 62). Il a néanmoins, par la suite, refusé de tenir compte de l'altérité des causes juridiques pour conclure à l'existence de deux litiges distincts, jugeant que : « *[y]et there comes a time when it is no longer sufficient merely to assert that a claim is founded on the Treaty. The tribunal must determine whether the claim truly does have an autonomous existence outside the contract* » (§ 64). A cette dernière question, l'arbitre répondait par la négative, se fondant sur l'équivalence des demandes de l'investisseur devant les juridictions nationales et internationales, et sur le fait que la reconnaissance du bien-fondé de la prétention en droit interne aurait, le cas échéant, privé l'action internationale de tout objet (décision précitée, § 67).

[1660] *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006 précitée, §§ 115-116. A l'appui de la solution qu'il retenait dans l'affaire *Jan de Nul*, le tribunal arbitral jugeait, de surcroît, que l'argument du défendeur consistant à dire que « lorsque deux Etats parties à un traité bilatéral d'investissement décident d'en exclure l'application aux litiges nés antérieurement à son entrée en vigueur (…), ils visent nécessairement des litiges ayant d'autres *causae petendi* que la violation du traité, parmi lesquelles la violation alléguée de leur droit interne paraît devoir occuper la première place », était mal fondé car il supposait, *a contrario*, que le traité couvre, en l'absence de clause excluant les litiges antérieurs, toute sorte de différends, y compris ceux ayant trait à la violation du droit interne (décision précitée, §§ 115-116).

être tenu compte du fait qu'un tel litige concerne, lorsque tel est effectivement le cas, le droit interne pour le distinguer d'un conflit qui aurait pu s'élever, par la suite, au titre de la violation des règles internationales. Ainsi, à l'image de ce qu'il a été dit au sujet des « faits nouveaux », la circonstance que les actes litigieux mettent en jeu des droits distincts pourrait constituer un facteur d'autonomisation[1661]. L'influence accordée à la cause juridique du litige dépendra en pratique de la méthode retenue pour établir l'altérité de cause factuelle.

§ 2 - MISE EN ŒUVRE DU CRITERE

475. La pertinence des faits à l'origine du différend ayant été établie, il convient désormais d'apprécier la façon dont les juridictions internationales en font lecture en vue de dénombrer les litiges en présence. Si l'on doit, à cette occasion, retrouver les situations déjà évoquées au titre de la durée (A) et de la dispersion des faits générateurs de litiges (B), la nature de la question posée aux fins de l'établissement de la compétence temporelle aboutit le plus souvent à attribuer une signification différente aux faits continus ou nouveaux.

A. En présence de faits continus

476. Les conséquences attachées au caractère durable des faits litigieux constituent la première manifestation de l'importance qui doit être accordée à la prise en compte de la date du litige pour la détermination de la compétence temporelle. L'identification d'une violation continue devrait effectivement conduire à écarter l'hypothèse d'une succession de différends, et ainsi faire obstacle à l'exercice par le tribunal de sa compétence.

477. Il est parfois fait usage de la notion de « différend continu » (« *ongoing disputes* ») pour désigner un conflit qui bien qu'ayant trait à des faits ou situations qui se seraient prolongés au-delà de la date critique, ne s'en serait pas moins constitué

[1661] Dans l'affaire *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala* déjà citée, le tribunal arbitral s'en est ainsi remis à la triple identité d'objet, de parties et de cause, tel qu'envisagée pour l'appréciation du bien-fondé de l'exception fondée sur la clause *electa una via*, et a tenu compte de l'altérité des causes juridiques entre les deux litiges (ICSID Case No.ARB/07/23, seconde décision sur les exceptions préliminaires du 18 mai 2010, §§ 131-132). Le tribunal raisonnait néanmoins sur la base d'un ensemble de circonstances postérieures à la date critique, et non au titre des faits ayant constitué le différend antérieur porté à la connaissance des juridictions étatiques, considérant ainsi ne pas contrarier l'impératif énoncé dans l'affaire *Lucchetti* d'accorder plein effet aux clauses excluant les différends antérieurs (décision précitée, § 135). Voir par ailleurs, pour la prise en compte de la cause juridique du différend nouveau, *infra*, n° 488-489.

antérieurement[1662]. L'expression aurait toutefois vocation à regrouper l'ensemble des litiges qui portent sur un ensemble factuel unique, continu ou non[1663], et qui, parce que nés avant la date critique, se trouveraient exclus du domaine temporel de compétence[1664]. Le cas des différends relatifs à des situations durables est toutefois particulier, dans la mesure où fait continu et différend nouveau semblent liés par un rapport d'exclusion réciproque. L'immuabilité qui caractérise les faits continus est, en effet, contraire à l'évolution de la situation litigieuse que présuppose la succession de différends distincts[1665]. Il n'y aurait d'ailleurs, à cet égard, pas lieu de distinguer suivant que la situation continue tire ses origines d'un fait unique, apparu avant que n'ait débuté la compétence, ou d'une conjonction d'événements répartis de part et d'autre de cette date, puisque cette situation constituerait, dans tous les cas, l'unique cause de réclamation. L'assemblage de faits dispersés de part et d'autres de la date critique ferait d'autant moins difficulté que les juridictions ne raisonnent plus, dans un tel contexte, au seul titre des événements inclus dans leur sphère de compétence temporelle. L'identification de faits répétitifs ou indissociés, générateurs d'effets durables, conduira ainsi à caractériser l'identité de cause factuelle, le résidu d'événements survenus après la date critique ne pouvant être considéré avoir été à l'origine d'un différend autonome.

478. Telle est précisément la conclusion à laquelle avait abouti la haute juridiction au titre de la campagne de bombardements dans l'affaire la *Licéité de l'emploi de la force*[1666]. Bien que son objet ait été décrit en des termes très généraux, il ne faisait guère de doute, pour la Cour, que la requête était, dans son essence, dirigée contre les attaques aériennes dont le

---

[1662] Sur la notion et ses implications sur la compétence temporelle, voir S. A. Alexandrov, « The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction Ratione Temporis », *op. cit.*, pp. 56-57.

[1663] La notion est ainsi également retenue, dans la pratique internationale, pour les différends relatifs à des faits dispersés dans le temps : voir notamment *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/4, sentence arbitrale du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 239, § 56, et les observations de J. Matringe, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit international public », in *R.A.*, 2007, pp. 891-897, spéc. pp. 896-897.

[1664] Voir notamment *MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur*, ICSID Case No.ARB/03/6, sentence arbitrale du 31 juillet 2007, § 66 : « *[p]rior disputes that continue after the entry into force of the BIT are not covered by the BIT* ». De manière paradoxale, le tribunal énonçait dans cette affaire un principe bien consacré par la pratique internationale mais qui n'était pas pertinent pour la détermination de sa compétence temporelle, celle-ci étant, en l'espèce, uniquement déterminée par la date de survenance des faits litigieux.

[1665] Très clairement en ce sens, *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo, S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, ICSID Case No.ARB/05/21, décision sur les exceptions préliminaires du 23 juillet 2008, § 116 : « même si les événements ont eu lieu avant une date et se sont poursuivis ou étaient exprimés de manière différente après cette date, la décision à prendre est celle de savoir s'il y a un *continuum* entre les deux événements ou ensembles d'événements ou si la nature de l'un et de l'autre est différente et traduit une modification de ces faits ou de son fondement juridique. S'il n'y a qu'une simple continuation, il faudra décliner la compétence. Si les événements sont différents, la compétence est maintenue ».

[1666] *Licéité de l'emploi de la force*, Yougoslavie c. Belgique, ordonnance de la Cour du 2 juin 1999 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1999, pp. 124-141, spéc. pp. 134-135, §§ 28-29.

gouvernement yougoslave exigeait la cessation, et que l'opposition de thèses juridiques sur la licéité de ces attaques s'était cristallisée au cours des débats tenus devant le Conseil de Sécurité, soit antérieurement à la date indiquée dans la déclaration yougoslave de juridiction obligatoire. Ce différend survenait toutefois à une époque où la campagne militaire était encore en cours, tant et si bien que certaines des opérations qui avaient été menées par la suite se situaient à une époque postérieure à cette même date. La thèse plaidée par le gouvernement yougoslave à l'appui de sa demande en indications de mesures conservatoires, consistait précisément à briser l'unité du différend en une salve de « mini différends », chaque acte de l'OTAN devant constituer un délit instantané, et chacun de ces délits donnant, par ailleurs, lieu à un litige spécifique[1667]. La Cour n'allait toutefois pas suivre cette direction. Tenant compte du caractère uniforme et continu de l'activité mise en cause, elle jugeait que « des différends distincts n'[avaient] pu naître par la suite à l'occasion de chaque attaque aérienne »[1668]. Par ailleurs, le fait, selon la Cour, « que les bombardements se soient poursuivis après le 25 avril 1999 et que le différend les concernant ait persisté depuis lors n'[était] pas de nature à modifier la date à laquelle [celui-ci] avait surgi »[1669].

479. Cette solution retenue au titre de la compétence temporelle apparaît, au reste, conforme à la manière dont les juridictions internationales apprécient, dans un tout autre contexte, la question de savoir si des faits survenus en cours d'instance peuvent être considérés comme le simple prolongement du litige dont elles ont été saisies. La question se pose, dans ce type de cas, en vue d'autoriser l'extension de la demande à des faits qui, bien que n'apparaissant pas dans l'acte introductif d'instance, ont été intégrés par la partie réclamante dans ses conclusions. Pour repousser les exceptions préliminaires formulées au titre de ces demandes additionnelles, plusieurs juridictions arbitrales ont relevé que les faits visés par la requête initiale et ceux cités dans les conclusions supplémentaires en demande, se rattachaient à la même cause de réclamation ; elles ont ainsi admis que les nouvelles circonstances alléguées par le demandeur se « rapportaient directement à l'objet (« *subject-matter* ») du différend » initialement porté à leur connaissance[1670]. Dans plusieurs

[1667] Voir notamment la plaidoirie de M. Corten, conseil du gouvernement yougoslave (audience du 12 mai 1999, CR 1999/25, pp. 17 et ss ; document consulté sur le site de la Cour internationale de Justice le 10 mars 2011). Voir également, en ce sens, l'opinion dissidente du Vice-président Weeramantry jointe à l'ordonnance de la Cour, *Rec.* 1999, pp. 181-204, spéc. p. 186, et la déclaration du juge Koroma, *ibid.*, pp. 845-846, spéc. p. 846.
[1668] *Rec.* 1999, p. 134, § 28.
[1669] *Rec.* 1999, pp. 134-135, § 29.
[1670] Les tribunaux CIRDI faisaient ici application de l'article 46 de la Convention de Washington qui prévoit que « [s]auf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet [« *subject-matter* »] du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre ». La Cour de la Haye avait, pour sa part, déjà livré la même analyse au titre

de ces affaires, les faits en cause se rapportaient à une situation litigieuse continue. Pour ne citer que ces exemples, le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *CMS Gas Transmission* a considéré que les faits nouveaux bien qu'émanant d'autorités distinctes, intégraient le processus ayant conduit à la perte de l'investissement de la Société réclamante[1671]. Dans l'affaire *Siemens c. Argentine*, il sera de la même manière tenu compte du fait que les différents actes reprochés au gouvernement défendeur constituaient de simples étapes d'une

---

de l'application de l'article 40 du Statut qui, selon ses dires, lui fait interdiction d'« admettre, en principe, qu'un différend porté par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même » : *Société Commerciale de Belgique*, Belgique c. Grèce, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 15 juin 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 78, pp. 160-179, spéc. p. 173. La Cour ne saurait, dans cette mesure, connaître des éléments nouveaux qui ne découleraient pas directement de la question qui fait l'objet de la requête. Pour la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, voir *inter alia Certaines terres à phosphates à Nauru*, Nauru c. Australie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 juin 1992, *Rec.* 1992, pp. 240-269, spéc. pp. 266-267 ; *Compétence en matière de Pêcheries*, Espagne c. Canada, arrêt de la Cour sur la compétence du 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, pp. 432-469, spéc. pp. 447-448, § 29 ; *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt du 27 juin 2001, *Rec*. 2001, pp. 466-517, spéc. pp. 483-484, § 45 ; voir plus récemment, pour le rappel de cette jurisprudence et des principes qui gouvernent l'appréciation de la Cour au titre des demandes additionnelles, l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, République de Guinée c. République démocratique du Congo, arrêt du 30 novembre 2010, §§ 24-48. La Cour a rappelé dans cette affaire qu'une nouvelle demande peut être recevable, à condition qu'elle soit « implicitement contenue dans la requête » ou qu'elle « découle directement de la question qui fait l'objet de la requête » (§ 41 de l'arrêt précité). La Cour avait également eu l'occasion de s'interroger, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, sur la régularité de l'extension de la demande djiboutienne aux faits postérieurs à la saisine. Dans cette affaire, le consentement de la France, défenderesse à l'action, avait été accordé conformément au mécanisme de l'article 38 § 5 du Règlement pour les seuls événements contenus dans la requête introductive d'instance. Tenant compte du fait que certains éléments survenus après le dépôt de la requête constituaient « une simple répétition » de précédentes mesures qui mettaient en jeu les mêmes chefs de responsabilité, la Cour avait considéré pouvoir procéder à leur examen : affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, Djibouti c. France, arrêt du 4 juin 2008, *Rec.* 2008, pp. 177-247, spéc. pp. 210 et ss, §§ 85-95, spéc. § 91. De tels principes régissent également les rapports entre les mémoires et la requête : voir l'ordonnance du 4 février 1933 de la Cour permanente rendu dans l'affaire relative à l'*Administration du prince Von Pless* (exception préliminaire), dans laquelle elle affirme « qu'aux termes de l'article 40 du Statut, c'est la requête qui indique l'objet du différend (…) [et] que le mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient » (*Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 52, pp. 11-17, spéc. p. 14). Il convient d'ailleurs de relever qu'un tel problème aurait pu trouver à se poser dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Serbie-et-Monténégro ayant modifié sa stratégie et abandonné la théorie des « mini différends » pour envisager le litige comme un processus unitaire qui devait être considéré comme inachevé au jour où il avait été porté devant elle, et qui avait connu de nouveaux développements « cruciaux » depuis le jour de l'adoption de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires. Cette conduite procédurale qualifiée d'« erratique » lors de la procédure orale par l'une des parties à l'instance, tenait précisément à l'impossibilité pour le gouvernement réclamant de plaider l'existence d'un différend nouveau ou du moins distinct de celui décrit dans la requête introductive d'instance. Cette manœuvre avait été dénoncée par plusieurs parties à l'instance comme contrevenant aux exigences de l'article 40 du Règlement de la Cour : voir notamment, dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, les exceptions préliminaires allemandes (vol. 1, 5 juillet 2000, p. 38, §§ 3.63-3.65 ; document disponible sur le site de la Cour), françaises (5 juillet 2000, pp. 29 et ss, §§ 3-14), et portugaises (5 juillet 2000, pp. 33 et ss., §§ 150 et ss.).

[1671] *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, ICSID Case No.ARB/01/8, décision du tribunal arbitral sur les exceptions préliminaires du 17 juillet 2003, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 494-522, spéc. pp. 517-519, §§ 109-120, spéc. §§ 114, 118.

expropriation *de facto*[1672]. L'unique « *measure* » faisant grief emportera la même conviction au titre des évolutions postérieures d'un régime fiscal, dans l'affaire *Pope et Talbot*[1673].

480. L'enseignement qui peut être tiré de l'ensemble de ces affaires tient au fait que le caractère durable des infractions au droit international est envisagé comme un moyen d'établir l'unité de litige[1674]. La signification attachée à la durée des faits litigieux diffère ainsi suivant que la compétence est déterminée en référence à ces mêmes faits, ou en référence à la date du litige : seul dans le premier cas la continuité des faits litigieux permettrait d'établir la compétence *ratione temporis* du tribunal.

B. En présence de faits dispersés

481. La teneur des solutions retenues en présence de faits répartis à différentes époques – et qui ne seraient pas constitutifs d'une situation continue –, est un motif supplémentaire de différenciation du régime de compétence temporelle suivant la date – du différend ou de ses faits générateurs – rendue décisive. La question va, cette fois, consister à déterminer si la survenance de faits postérieurs à la date critique est réductible à une phase nouvelle d'un différend constitué antérieurement, ou si elle apparaît plutôt comme le motif

---

[1672] *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, ICSID Case No.ARB/02/8, décision sur les exceptions préliminaires du 3 août 2004, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 174-217, spéc. p. 213, §§ 166-169 et 171-173.

[1673] *Pope et Talbot Inc. c. Canada*, sentence arbitrale CNUDCI du 7 août 2000 (*award concerning the motion by government of Canada respecting the claim based upon imposition of the « super fee »*), *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 92-98, spéc. pp. 96-98, §§ 22-28, spéc. § 25.

[1674] Il en irait toujours ainsi à moins éventuellement de considérer que l'aggravation des dommages subis, ou même le simple écoulement du temps, est en soi une infraction distincte de celle dont est constitutive l'infraction continue. C'est, en effet, le constat auquel ont déjà pu aboutir les organes de la Convention européenne des droits de l'homme qui attribuent une importance singulière à la durée de l'ingérence étatique : pour n'en donner qu'un exemple, l'affaire *Chypre c. Turquie*, dans laquelle le gouvernement défendeur avait contesté l'intérêt pour agir du réclamant au titre du fait que la requête présentée à la Commission européenne des droits de l'homme était, selon lui, pour l'essentiel une répétition de requêtes antérieures, et constituait à cet égard un abus de procédure et une violation du principe *non bis in idem*. Le défendeur invoquait, à l'appui de cette thèse, le fait que ces réclamations successives concernaient les mêmes parties et mettaient en jeu les mêmes violations de la Convention. Le demandeur contestait, pour sa part, l'irrecevabilité prétendue de la demande et soutenait qu'il était « en droit de se plaindre de violations continues quant à des situations qui ont déjà été examinées dans les rapports précédents de la Commission ». Sur ce dernier point, il considérait que lesdites violations portaient sur une autre période, non visée par les rapports précédents, et qu'elles s'étaient, de surcroît, enrichies de nouveaux éléments ayant contribué à leur intensification et à leur aggravation. Il ne pouvait par ailleurs, pas être question d'autorité de chose jugée puisque les violations étaient continues et que les décisions sur les affaires antérieures ne produisent pas d'effets pour l'avenir. Dans sa décision 1996, la Commission européenne allait faire droit à cette thèse. Elle considérait, en premier lieu, que l'adjonction de circonstances inédites dans la réclamation devait faire échec à l'argumentaire du gouvernement défendeur consistant à nier un quelconque intérêt à agir. Quant à l'argument tenant à la persistance des violations depuis le précédent examen par les organes de Strasbourg, elle rappelait que la durée pouvait en soi être constitutive d'une violation de certains droits garantis par la Convention ou un facteur d'aggravation d'une violation déjà établie. Ainsi la Commission concluait-elle à l'existence d'un intérêt juridique consistant à obtenir une décision établissant la persistance et l'actualité d'une situation déjà jugée contraire à la Convention : req. n° 25781/94, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 28 juin 1996, *D.R.*, vol. 86 (série B), p. 104-142, spéc. pp. 132-134.

d'une nouvelle discorde. La principale différence avec les solutions envisagées précédemment au titre de la recherche d'un fait nouveau, va résider dans le désormais possible regroupement des faits dispersés de part et d'autre de la date critique. Ce regroupement va, selon la méthode retenue par le juge, se manifester de deux façons différentes : certains tribunaux vont, en application d'une première méthode, considérer que la survenance, après la date référence, d'événements susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat ne serait pas nécessairement décisive pour caractériser l'existence d'un différend nouveau. A s'en tenir à l'autre approche retenue par les juridictions internationales, l'invocation de circonstances nouvelles pourra, à l'inverse, avoir l'effet d'enrichir un précédent contentieux et d'en modifier la substance, au point de l'installer tout entier dans la sphère de compétence temporelle. Ces deux manières de régler différemment le même problème seront successivement exposées (1) avant d'être analysées (2).

1. Solutions pratiques

482. Rares sont les affaires ayant, à ce jour, nécessité de dénombrer les litiges constitués au titre de faits répartis de part et d'autre de la date critique de compétence. Bien qu'étant toutes, de surcroît, issues du même contentieux arbitral de l'investissement, ces affaires n'en font pas moins apparaître une césure dans la représentation que les tribunaux se font de la consistance d'un différend nouveau. Les approches retenues dans les affaires *Lucchetti* (a) et *Jan de Nul* (b) permettent d'en rendre compte.

a. L'affaire *Lucchetti*

483. L'affaire *Lucchetti* tire son origine des difficultés auxquelles un investisseur chilien avait dû faire face au titre de son établissement, puis du développement de ses activités, sur le territoire du Pérou. Une série d'arrêtés municipaux adoptés entre 1997 et 1998 avaient tout d'abord annulé, pour des motifs écologiques et sur le fondement d'autres irrégularités de procédure, les permis qu'il avait obtenus en vue de construire une usine dans un périmètre situé à proximité d'une zone naturelle protégée. Une procédure judiciaire fut introduite sur ces entrefaites ; elle permit à l'investisseur d'obtenir gain de cause et de reprendre les travaux dès 1998. Ce n'est que trois ans plus tard, précisément le 16 août 2001, que la municipalité de Lima adopta deux nouveaux décrets, le premier révoquant la licence du

groupe et ordonnant la fermeture et la destruction de l'usine, le second proposant au Parlement national le classement en réserve écologique du site où l'usine avait été implantée.

C'est dans ce contexte qu'une procédure d'arbitrage fut introduite, le traité bilatéral d'investissement conclu entre le Pérou et le Chili étant entré en vigueur le 3 août 2001. Le traité ne devait toutefois pas s'appliquer aux différends et divergences advenus avant cette date. Etait ainsi posée la question de savoir si les deux décrets interrompant l'exploitation de l'usine, pouvaient être considérés à l'origine d'un différend postérieur, c'est-à-dire distinct de celui ayant opposé l'investisseur à la municipalité suite à l'adoption des arrêtés. Telle était la thèse défendue par le réclamant qui voyait dans l'adoption des décrets une cause nouvelle de violation de plusieurs dispositions du traité[1675]. Le gouvernement défendeur excipait, pour sa part, de l'incompétence temporelle du tribunal, estimant que les événements de 2001 devaient être perçus comme une phase nouvelle du litige qui l'avait, dès les premiers temps, opposé à l'investisseur au sujet de la construction de l'usine.

L'existence du premier différend était au demeurant, bien établie ; la procédure introduite devant les juridictions nationales en constituait d'ailleurs la preuve irréfutable. Quant à la question de savoir si les événements survenus après coup devaient être perçus comme autre chose qu'un de ses prolongements, le tribunal estimait devoir s'en remettre à la découverte de la « cause réelle » du prétendu nouveau litige. Il était, pour ce faire, nécessaire d'établir si les faits qui avaient donné lieu au premier différend avaient continué d'occuper une place prédominante dans l'opposition qui se serait soit disant formée par la suite[1676]. Le tribunal relevait à ce propos que le préambule de l'un des deux décrets en cause dressait la liste des motifs ayant conduit à son adoption. Parmi ces motifs figurait notamment l'établissement de l'investisseur sur une zone écologique sensible et en contravention avec la législation environnementale que la municipalité de Lima s'était vainement efforcée d'appliquer depuis 1997. Y figurait également la procédure judiciaire entreprise, par la suite, devant les juridictions péruviennes ainsi que les soupçons de corruption entachant les décisions prises en faveur de l'investisseur. Cet enchaînement d'événements devait suffire à faire apparaître le décret comme une mesure inscrite dans le prolongement direct du conflit né avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement. Un tel conflit n'avait, depuis l'origine, eu pour autre objet que l'application des réglementations environnementales aux

[1675] *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Peru, S.A. c. Pérou*, ICSID Case No.ARB/03/4, sentence arbitrale du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. pp. 226, 234-236, §§ 24, 42, 46-47.
[1676] Sentence précitée, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 236-237, § 50.

différentes opérations entreprises par Lucchetti sur le sol péruvien ; au vu de ses justifications, le décret ne pouvait ainsi être considéré à l'origine d'un nouveau litige[1677].

Avant de se déclarer inapte à connaître de la demande portée à son attention, le tribunal ne devait toutefois négliger aucun des aspects de l'argumentaire du requérant. Ce dernier invoquait notamment le fait que les mesures litigieuses avaient, chacune, remis en cause des titres juridiques bien distincts : la licence habilitant la construction de l'usine à l'occasion du premier différend, et celle permettant son exploitation commerciale en 2001. A cette circonstance s'ajoutait le fait que le litige portant sur la première licence avait, selon le demandeur, nécessairement dû trouver son terme dans le jugement définitif rendu dans le cadre de la procédure interne[1678]. Aucune de ces raisons n'apparaissaient toutefois en mesure d'amender les conclusions auxquelles le tribunal était déjà parvenu au sujet de son incompétence *ratione temporis*. Si effectivement les mesures prises en 1998 ne concernaient que les permis de construire, elles s'inscrivaient déjà dans le cadre d'une politique plus générale de protection de l'environnement dont seraient issus, quelques années plus tard, les décrets litigieux. Quant au deuxième argument, le tribunal considérait que les décisions rendues en faveur de l'investisseur n'avaient, à aucun moment, été en mesure de mettre fin au litige. Les raisons indiquées dans le préambule du décret adopté dès l'achèvement de la procédure judiciaire, faisaient précisément état de l'intention de la municipalité de maintenir sa position initiale et de faire en sorte que les opérations de l'investisseur demeurent compatibles avec les impératifs de la réglementation mise en place[1679].

484. L'affaire allait connaître un nouveau rebondissement avec la demande formée par l'investisseur en vue d'obtenir l'annulation de la sentence arbitrale au titre des motifs d'incompétence *ratione temporis*. Il faut dire, à ce sujet, que la méthode employée par le tribunal arbitral dans cette affaire, est celle qu'avaient déjà mise en œuvre certaines juridictions en vue de déterminer l'admissibilité de demandes fondées sur des faits survenus après le dépôt de la requête d'arbitrage. Le tribunal avait, dans l'affaire *Lucchetti*, notamment fait référence à la sentence *CMS Gas Transmission* dans laquelle le caractère unitaire du différend avait, comme évoqué précédemment, été déduit du regroupement des actes litigieux au sein de la même violation du droit. Si le tribunal se réclamait ainsi de cette façon d'appréhender le « *subject-matter* »[1680] du différend en le rapprochant notamment de la recherche de ses « causes réelles », la référence faite aux motifs ayant déterminé l'adoption

[1677] Sentence précitée, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 237-238, §§ 51-53.
[1678] Sentence précitée, *ICSID Reports*, vol. 12, p. 238, § 54.
[1679] Sentence précitée, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 238-239, §§ 55-57.
[1680] Sentence précitée, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 236-237, § 50.

des décrets litigieux relevait d'une démarche que la juridiction arbitrale avait expressément exclu d'entreprendre dans l'affaire *CMS*[1681]. Ce point précis n'apparaissait pas dans l'argumentaire de la société *Lucchetti* devant le Comité *ad hoc*, mais l'on pouvait néanmoins raisonnablement attendre de ce dernier qu'il relève une telle incohérence[1682]. Rien ne devait toutefois, selon le Comité, justifier l'annulation de la sentence. S'il était d'avis que le contexte duquel avait été extrait le critère du « *subject-matter* » était bien distinct de celui de l'affaire *Lucchetti*, et que d'autres considérations devaient entrer en ligne de compte aux fins du dénombrement de différends[1683], le Comité validait néanmoins l'approche retenue par l'arbitre qui, pour reprendre ses mots, constituait une façon « défendable » d'appliquer la clause de règlement des litiges du traité[1684].

b. L'affaire *Jan de Nul*

485. C'est une réflexion d'une toute autre nature qui va être engagée, quelques mois plus tard, dans l'affaire *Jan de Nul* où il va être tenu compte de la multiplication de violations du droit international et de la réalisation de l'une d'elles après la date d'entrée en force de l'instrument de protection des investissements pour caractériser l'existence d'un différend nouveau.

Le litige opposait deux sociétés de droit belge, la Société Dredging International N.V. et la Société Jan de Nul N.V. à l'Autorité du Canal de Suez, agence publique égyptienne à qui il était reproché diverses manœuvres dolosives au stade de la négociation puis de l'exécution du contrat passé avec les sociétés pour l'élargissement et l'approfondissement de certaines sections du Canal. A l'image de ce qui s'était produit dans l'affaire *Lucchetti*, les sociétés réclamantes avaient initialement porté leur réclamation devant les juridictions étatiques, en vue d'obtenir la condamnation de leur cocontractant et le rétablissement de leur situation financière. A la différence de la précédente affaire, cependant, elles n'avaient pas obtenu gain

[1681] Voir *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, ICSID Case No.ARB/01/8, décision du tribunal arbitral sur les exceptions préliminaires du 17 juillet 2003, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 494-522, spéc. p. 518, § 111 : « *[t]he argument that the background to the so-called two disputes is different is also not a deciding factor as to whether there are one or two disputes. What the Tribunal has to look at is the nature of the dispute or disputes ; their background may be different but again, what counts is whether the rights of the investor have been affected or not and whether the claims arise directly out of the same subject-matter* ».

[1682] La méthode de résolution du problème de compétence temporelle retenue par le tribunal arbitral était contestée devant le Comité *ad hoc*, non seulement au titre de l'excès de pouvoir manifeste, mais également au titre du défaut de motif de la sentence.

[1683] *Industrial Nacional de Alimentos SA and Indalsa Perú, SA c. Pérou*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007, § 105.

[1684] Décision précitée, § 112. Voir néanmoins l'opinion dissidente du juge Berman jointe à la décision du Comité *ad hoc* CIRDI précitée, pour qui le tribunal arbitral a manqué de motiver sa décision au titre de la justification, insuffisante selon lui, de la méthode retenue pour identifier un différend nouveau (§§ 13-14).

de cause, et contestaient désormais la manière par laquelle avait été conduite la procédure administrative égyptienne qu'elles estimaient contraire au traitement juste et équitable garanti par le traité de protection. Pour le tribunal CIRDI, le fait que cette nouvelle cause de réclamation figure dans la requête portée à sa connaissance était une circonstance suffisante pour considérer qu'un nouveau litige s'était élevé entre les parties. L'allégation de déni de justice impliquait en effet, que les faits dont il aurait à connaître n'étaient pas limités à ceux en raison desquels avait été engagée la procédure judiciaire interne[1685].

L'arbitre ne devait toutefois, pour autant, pas s'inscrire en faux contre la manière par laquelle le tribunal avait abouti à une solution différente dans l'affaire *Lucchetti.* Aussi s'assurait-il, à la demande de la partie défenderesse, que la méthode employée à l'occasion de cette affaire conduisait à établir le même diagnostic. A l'argument consistant à dire que les faits ayant donné lieu au premier litige avaient continué d'occuper une place centrale au cours de la procédure interne et que les décisions litigieuses ne pouvaient, pour cette raison, représenter autre chose qu'une « simple péripétie de différends préexistants à l'entrée en vigueur des traités bilatéraux d'investissements », l'arbitre opposait le fait que les motifs ayant inspiré la conduite de l'Autorité du Canal de Suez à l'époque de la conclusion du contrat puis de son exécution ne pouvaient, à l'évidence, coïncider avec ceux qui avaient dicté, pendant la phase post-contractuelle, la conduite des juridictions administratives égyptiennes[1686]. La circonstance que les différents agissements aient été le fait d'autorités distinctes représentait, à ses yeux, un facteur décisif[1687]. L'arbitre envisageait, par ailleurs, l'une des considérations retenues au soutien de l'irrecevabilité de la réclamation dans l'affaire *Lucchetti*, qui tenait au fait que le traité bilatéral d'investissement n'était pas encore entré en vigueur à l'époque où le réclamant avait acquis le site et entamé ses démarches. Dans cette dernière affaire, le tribunal avait conclu que le réclamant ne pouvait ainsi prétendre avoir agi au vu des garanties pourvues par cet instrument, notamment celle de pouvoir s'en remettre à l'arbitrage international en cas de difficultés avec les autorités péruviennes. Au vu des circonstances de l'affaire *Jan de Nul*, l'argument ne devait toutefois avoir aucune influence sur l'admissibilité de la requête des sociétés belges dans la mesure où un traité bilatéral

[1685] *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006, §§ 118-121.
[1686] Décision précitée, §§ 123-127.
[1687] Décision précitée, §§ 128-129.

antérieur à celui sur le fondement duquel cette requête avait été introduite, était bien en vigueur au jour de la conclusion du contrat[1688].

2. Appréciation critique

486. A la question de savoir si les faits postérieurs à la date critique se rapportent à un conflit déjà né, deux approches bien distinctes ont été proposées. La solution retenue dans l'affaire *Lucchetti* revient à affirmer que l'allégation de faits postérieurs à la date critique et susceptibles de constituer une violation du droit international, ne suffit pas à établir l'existence d'un nouveau conflit. De tels faits pourraient, comme on l'a vu, tout aussi bien se rapporter à un litige qui se serait constitué avant la date critique. Une telle conclusion ne peut en soi faire l'objet d'aucune objection de principe. Rien ne fait obstacle à ce qu'une prétention porte sur une pluralité de faits et tout autant de violations. Il en irait toutefois uniquement ainsi s'il s'avère que l'application du droit international était réclamée au titre de cet ensemble de faits[1689], ce qui n'était, semble-t-il, pas le cas dans l'affaire *Lucchetti* où la demande d'indemnisation était précisément fondée sur les seules mesures postérieures à la constitution du litige primitif. A la façon dont il a été mené dans ce cas d'espèce, l'examen de la compétence temporelle revient ainsi à faire abstraction de l'objet de la réclamation pour ne tenir compte que du lien éventuel entre les différents faits litigieux. Le professeur Mathias Audit explique et justifie la solution retenue par le tribunal, dans cette affaire, en retenant que

> « c'est la naissance d'une prétention – la volonté de construire et d'exploiter l'usine en un lieu donné – et sa contestation – la volonté de ne pas laisser s'opérer cette construction pour des raisons environnementales – qui ont donné naissance

[1688] Décision précitée, §§ 130-131. D'une manière plus générale, on pouvait douter de la pertinence de ces deux arguments retenus dans l'affaire *Lucchetti*. Rien n'indique, comme on l'a dit précédemment au titre des expropriations *de facto*, que la participation cumulée d'autorités législatives, administratives et/ou judiciaires doive nécessairement aboutir à identifier une pluralité de différends (voir *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, décision du 17 juillet 2003, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 494-522, spéc. p. 517, § 109, déjà cité *supra*, n° 479). Par ailleurs, il semble curieux de s'en remettre aux intentions de l'investisseur au moment de son établissement à l'étranger, à partir du moment où figure dans le T.B.I. une clause qui étend le bénéfice du régime de protection aux investissements réalisés avant son entrée en vigueur, comme c'était le cas dans l'affaire *Lucchetti* (voir l'article 12 du T.B.I. du 23 mai 2002 conclu entre l'Egypte et la Belgique, cité au § 110 de la sentence).

[1689] Il s'agirait, à cet égard, de tenir compte de l'importance attribuée aux événements ayant donné lieu à un précédent litige, et de déterminer s'ils constituent le simple contexte des agissements qui sont la cause de la nouvelle demande, ou davantage. C'est d'ailleurs l'argument que semblait invoquer le réclamant dans l'affaire *Lucchetti*, lorsqu'il considérait qu'un nouveau différend était né après la date critique même s'il se référait à des faits et événement survenus antérieurement : sentence précitée du 7 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241, spéc. p. 234, § 42.

au différend. Cette *cause originelle* maintient le caractère actif du différend, tant qu'au moins l'un de ses deux éléments constitutifs n'a pas disparu »[1690].

487. Cette conception a, semble-t-il, permis à d'autres tribunaux d'aboutir à des solutions comparables. Dans l'affaire *Vieira c. Chili*, le tribunal s'en est ainsi expressément remis aux considérations retenues dans l'affaire *Lucchetti* pour juger à son tour que les différentes demandes en indemnisation portées par la société requérante devant les juridictions internes trouvaient leur raison d'être dans l'imposition de restrictions à l'exercice de leur activité commerciale survenues avant l'entrée en vigueur du traité de protection[1691]. Ainsi l'arbitre avait-il exclu d'envisager les refus successifs opposés à ces demandes après la date critique comme des éléments nouveaux, étant donné que de telles demandes étaient fondées sur le fait dommageable primitif qui, partant, « continuait d'occuper une position centrale »[1692].

488. Bien différente est l'approche retenue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Jan de Nul*, pour qui l'existence d'une nouvelle cause de réclamation serait, en dernière analyse, le substrat nécessaire mais suffisant à la formation d'un différend distinct. L'option prise par l'arbitre s'écarte principalement de celle retenue dans l'affaire *Lucchetti* en tant qu'elle conduit uniquement à déterminer si les faits survenus après la date critique sont, en raison de leur consistance, susceptibles d'avoir été à l'origine d'un conflit entre les parties. Le rattachement au différend antérieur est ainsi établi négativement, en seule considération du fait que les événements postérieurs à la date référence ne peuvent *per se* constituer la source d'un nouveau litige[1693].

Cette manière de disposer sur une même ligne *différend postérieur* et *fait nouveau* entérine une vision déjà défendue par le Vice-président Weeramantry dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, à l'occasion de laquelle il avait considéré que « manifestement, l'allégation d'actes illicites répondant à diverses descriptions dans la requête et les demandes correspondantes découlant de ces actes sont toutes des 'différends' au sens

---

[1690] M. Audit, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit international public » in *R.A.*, 2007, pp. 898-902, spéc. pp. 901-902. Voir également pour un commentaire de cette affaire J. P. Gaffney, « The Jurisdiction *Ratione Temporis* of ICSID Tribunals », *op. cit.*, spéc. p. 32.

[1691] *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, ICSID Case No.ARB/04/7, sentence arbitrale du 21 août 2007, §§ 300-303. Voir également, en ce sens, la récente sentence du 18 mai 2010, *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, §§ 101-108, le tribunal arbitral reprenant toutefois la solution retenue dans l'affaire *Jan de Nul*, au titre de la violation du droit d'engager une procédure arbitrale (voir *infra*, n° 489).

[1692] Sentence *Vieira* précitée, § 300.

[1693] Pour J. P. Gaffney, le lien établi entre différend et cause de réclamation était justifié par l'utilisation dans la clause d'exclusion du terme « *arose* » qui fait référence au jour de survenance de la violation du traité bilatéral d'investissement : « The Jurisdiction *Ratione Temporis* of ICSID Tribunals », *op. cit.*, p. 32.

que ce terme revêt dans la jurisprudence de la Cour ». Aussi traduisait-il la même idée en concédant qu'« un différend n'est pas divisible à l'infini en une multitude d'événements fragmentaires distincts se ramenant, à la limite, au fait de tirer une balle (…) ». « Les actes fragmentaires de cette nature », poursuivait le juge, « ne peuvent pas équivaloir à des événements qui sont des incidents majeurs en soi, tels le bombardement accidentel d'un train, d'un hôpital ou d'une ambassade »[1694], et qui pourraient *per se* engager la responsabilité de leur auteur, serait-on tenté d'ajouter. On ne sera, par ailleurs, pas surpris de retrouver, à l'appui de cette thèse, la référence aux « différents types de droits et [aux] différentes règles » invoqués par le demandeur, qui devait ainsi conduire le Vice-président Weeramantry à discerner à peu près autant de différends que d'obligations bafouées à l'occasion de la campagne de bombardements[1695]. Si l'on conçoit effectivement que la nature des droits mis en cause n'apparaît pas comme un élément décisif lorsqu'il s'agit de déterminer, suivant la méthode retenue dans l'affaire *Lucchetti*, les *raisons* qui ont guidé l'adoption des différentes mesures litigieuses, il en va autrement dans le cas où la détermination de la compétence est associée à la recherche d'une nouvelle cause de réclamation. A l'image de ce qu'il a pu être dit précédemment, l'invocation d'une situation nouvelle favoriserait l'autonomisation du résidu de faits survenus après la date critique, et donc la possibilité d'y voir la cause d'un litige « postérieur ». Le tribunal avait d'ailleurs clairement fait référence, dans l'affaire *Jan de Nul*, aux fondements juridiques des prétentions pour différencier le litige porté à sa connaissance et qui avait pour objet la prétendue violation des traités bilatéraux d'investissement, du différend initialement soumis à la juridiction nationale et qui mettait en jeu des questions contractuelles de droit national[1696]. Certains tribunaux ont, depuis cette affaire, retenu la même analyse en trouvant dans les droits successivement atteints une façon de caractériser l'altérité des causes factuelles et la pluralité de différends. Il a ainsi été jugé, dans l'affaire *African Holding*, que la rupture du *continuum* entre les événements à l'origine des prétendus litiges successifs serait établie à partir du moment où la nature desdits

[1694] Opinion dissidente du juge Weeramantry jointe à l'ordonnance de la Cour du 2 juin 1999, *Rec.* 1999, pp. 181-204, p. 189. Voir également l'opinion dissidente du juge Vereshchetin dans laquelle il note que chacune des violations flagrantes alléguées dont les Etats membres de l'Otan avaient nié l'existence devait être considérée comme un différend « particulier » : opinion dissidente jointe à l'ordonnance de la Cour précitée du 2 juin 1999, *Rec.* 1999, pp. 209-215, spéc. p. 211.

[1695] Opinion dissidente du juge Weeramantry précitée, *Rec.* 1999, p. 187 : « [q]uand à l'occasion d'une campagne de bombardements, un pont enjambant un cours d'eau international saute, qu'une usine de produits chimiques est détruite, qu'une arme interdite est utilisée ou qu'un hôpital est démoli, chacun de ces actes, s'il est illicite, fera l'objet d'un différend distinct et d'une réclamation également distincte. Ces demandes répondent à la violation de différents types de droits et de différentes règles : des droits intéressant la navigation, des droits intéressant l'environnement, des droits de l'homme, des règles humanitaires (…) ».

[1696] Voir sur ce point *supra*, n° 474.

événements est différente et traduit une modification du fondement juridique de la réclamation[1697]. Dans un autre registre, le tribunal constitué dans l'affaire *Eurotunnel* avait déjà pu estimer que

> « bien que les demandeurs aient soumis la demande relative à Sangatte et la demande relative à SeaFrance dans le cadre d'un seul différend, il s'agit en réalité de deux différends bien distincts [parce qu'] impliqu[ant] différents actes ou carences des Défendeurs, ainsi que différentes stipulations du Contrat de concession et également (dans la mesure où celles-ci peuvent être applicables) différentes règles de droit international »[1698].

489. Ces différentes considérations vont être reprises au soutien de l'établissement de la compétence temporelle dans les affaires *Helnan et Ata Construction*. Dans la première affaire, l'arbitre différenciera les faits à l'origine d'une première divergence de vues de ceux survenus après la date d'entrée en vigueur du traité de protection en tenant compte de la modification de la relation contractuelle des parties intervenue dans l'intervalle[1699]. Dans la récente sentence *Ata Construction c. Jordanie* du 18 mai 2010, il sera cette fois fait la distinction entre l'annulation de la décision rendue en faveur de l'investisseur par la Cour de Cassation jordanienne, qui devait être rattachée à un précédent litige contractuel cristallisé avant la date d'entrée en vigueur du traité, et les effets légaux que cette annulation avait déclenché et qui privaient l'investisseur de son droit, garanti par le traité, de porter sa réclamation devant une instance arbitrale sur le fondement du contrat[1700].

[1697] *African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo, S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, ICSID Case No.ARB/05/21, décision sur les exceptions préliminaires du 23 juillet 2008, § 116. Voir par ailleurs, pour un commentaire de cette affaire sous l'angle de la compétence temporelle des tribunaux CIRDI, E. Savarese, « BIT Clauses Bearing on the *Ratione Temporis* Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs », *op. cit.*, pp. 607-608, 616.

[1698] *Eurotunnel c. France et Royaume-Uni*, sentence arbitrale partielle du 30 janvier 2007, § 136. Voir sur cette affaire M. Audit, « Un arbitrage aux confins du droit international public : observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume-Uni et à la République française », *R.A.*, 2007, pp. 445-455 ; du même auteur, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit international public », *R.A.*, 2007, pp. 898-902, spéc. pp. 899-900. Voir également, au sujet de l'admission de la demande additionnelle présentée par la République de Guinée dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 30 novembre 2010, spéc. § 46 : la Cour tient notamment compte du fait que « le cadre juridique de droit interne » et « les droits garantis par le droit international » ne coïncident pas dans les deux cas pour conclure que la demande additionnelle ne découle pas directement de la question qui fait l'objet de la requête.

[1699] *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, ICSID Case No.ARB/05/19, décision sur les exceptions préliminaires du 17 octobre 2006, §§ 54-55.

[1700] *Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, ICSID Case No.ARB/08/2, sentence arbitrale du 18 mai 2010, §§ 116-120, le tribunal qualifiant le droit à une procédure arbitrale d'« investissement ». Contrairement à l'affaire *Jan de Nul*, le tribunal avait toutefois refusé de connaître du grief fondé sur le prétendu déni de justice, citant à cette occasion la solution retenue dans l'affaire *Lucchetti* (sentence précitée, § 108).

490. Quoiqu'une telle démarche se situe ainsi au plus près de celle observée au titre de l'identification des faits générateurs de différends, il faut toutefois convenir qu'elle ne lui est pas en tout point équivalente. Parce que l'établissement de la compétence temporelle ne tient qu'à l'identification d'un différend survenu au titre de faits au moins pour partie distincts de ceux à l'origine de précédents litiges, rien ne doit, cette fois, faire obstacle à ce que des événements antérieurs à la date critique puissent être valablement portés à l'attention de la juridiction. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'assertion reprise dans plusieurs affaires suivant laquelle « les tribunaux distinguent les différends survenus avant la date critique de ceux qui surviennent après la date critique et qui ont la même cause ou le même contexte que les différends antérieurs »[1701]. Dans l'affaire *Jan de Nul*, le tribunal ira même jusqu'à considérer que la circonstance que la demande soit principalement fondée sur les agissements ayant conduit à la formation du premier différend n'est pas de nature à faire obstacle à son examen[1702].

491. De ce qui précède, il doit être retenu que le dénombrement de différends, s'il nécessite la considération des événements à l'origine de chaque prétendu litige, n'en conduira pas moins à des solutions différentes de celles retenues lorsque l'engagement juridictionnel fait directement référence aux faits litigieux pour définir le domaine de compétence temporel, essentiellement pour deux raisons :

– le fait que les évènements litigieux aient *continué* de se produire après la date critique serait cette fois sans exercer une influence favorable sur la capacité du juge international à en connaître. Cette circonstance aboutirait même à exclure formellement sa compétence, pour peu que les évènements en cause aient déjà constitué l'objet du différend cristallisé avant ladite date.

– le regroupement des faits dispersés de part et d'autre de la date critique sera rendu possible en raison du fait qu'une prétention est susceptible d'être fondée sur une pluralité de violations. Selon la méthode qu'il retient, le juge attribuera alors une signification différente à

[1701] Voir les affaires *Helnan* et *MCI* référencées *supra*, note n° 1653. Voir également *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, ICSID Case No.ARB/07/23, seconde décision sur les exceptions préliminaires du 18 mai 2010, § 134 : « *[t]he disputes submitted to local arbitration are no more part of the dispute before this Tribunal than the dispute before this tribunal is part of them* », le tribunal se rapprochant ainsi de la solution retenue dans l'affaire *Jan de Nul* plutôt que de celle énoncée par le tribunal dans l'affaire *Lucchetti* à laquelle il faisant pourtant explicitement référence.

[1702] Décision précitée du 16 juin 2006, §§ 119, 127. Voir également, en ce sens, *Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. Équateur*, sentence intérimaire CNUDCI du 1er décembre 2008, §§ 269-270.

ce regroupement. Le lien entre les différents actes litigieux pourra d'abord être établi en considération du contenu de la prétention qui avait donné lieu au premier litige ; dans ce cas, le juge ne retiendra pas sa compétence. Une autre approche consisterait à envisager uniquement les faits survenus après la date prise en référence, et à déterminer s'ils peuvent, comme tels, avoir été à l'origine d'un nouveau différend. Dans l'affirmative, ce nouveau litige pourrait intégrer des faits survenus avant la date critique, même dans l'hypothèse où ils avaient déjà donné lieu à un précédent conflit exclu de la sphère temporelle de compétence.

Conclusion Chapitre 2 et Titre 2

492. L'étude des différentes difficultés auxquelles se heurte la détermination de la localisation du différend et de ses faits générateurs dans le temps, a permis d'établir l'importance de la date tenue pour pertinente, aux fins de la compétence temporelle. C'est sur la base des conditions d'application des engagements juridictionnels limitant le domaine de compétence aux litiges nés à compter d'une certaine date, qu'illustration a pu en être donnée. Il faut en convenir, la détermination de la date à laquelle un litige s'est élevé nécessite encore, dans une large mesure, la prise en compte des faits sur lesquels il porte. Parce que la limitation temporelle de la compétence ne vise plus, cependant, les faits litigieux, mais bien uniquement les appréciations antagonistes auxquelles ces faits ont donné lieu, elle soulèvera des difficultés et conduira à des solutions qui lui sont propres. Un différend renvoie d'abord, en tout état de cause, à une situation postérieure à celle des faits qui en sont constitutifs. Au développement du litige correspond une certaine durée, celle nécessaire pour que les points de vue des parties se forment et s'opposent. Un différend naîtra nécessairement après les échanges au cours desquels se sont manifestées les premières divergences de vues, mais éventuellement avant que l'objet de la demande portée à la connaissance du juge n'ait été clairement formulé par le requérant, l'étape décisive étant celle du heurt des prétentions respectives des parties. Quant au problème du dénombrement de litiges, il a, pour sa part, permis d'illustrer que la recherche d'un différend nouveau n'est pas réductible à celle d'une nouvelle cause de réclamation. Les tribunaux internationaux saisis de la question, n'ont pas nécessairement retenu les mêmes critères en vue d'établir si les circonstances litigieuses portées à leur connaissance étaient à l'origine d'un nouveau différend, ou représentaient le simple développement d'un litige déjà né avant la date critique. Aucun de ces tribunaux n'a,

toutefois, pris appui sur les principes de droit intertemporel qui encadrent la détermination de la compétence à raison de la date des faits litigieux, et principalement sur celui qui fait obstacle au regroupement des faits disséminés de part et d'autre de la date critique. On ne saurait donc, pour ces différentes raisons, considérer comme anecdotique le choix des rédacteurs de l'engagement juridictionnel de limiter la sphère de compétence *ratione temporis* en fonction de la date des litiges, plutôt qu'en fonction de la date de leurs faits générateurs, ou inversement. Bien au contraire, seule cette distinction permet de rendre intelligible le traitement, par les juridictions internationales, des exceptions préliminaires *ratione temporis*.

Conclusion de la deuxième Partie

493. De l'analyse qui vient d'être menée peuvent être tirés plusieurs enseignements du point de vue de l'usage qui est fait, dans le discours juridictionnel, de l'expression « compétence temporelle », entendue au sens de domaine temporel d'exercice du pouvoir. La compétence temporelle d'un tribunal ne peut, d'abord, être dissociée de sa sphère de compétence matérielle. Les conditions de compétence temporelle qui ont trait à la date de cristallisation des litiges, ou qui rendent nécessaires l'identification de la date de survenance des faits litigieux, ne sont que des éléments d'identification du contentieux pouvant être soumis à une juridiction. L'expression « compétence temporelle » est ainsi une manière de désigner un aspect de la compétence matérielle du juge. Telle qu'elle apparaît dans les énoncés juridictionnels, cette expression revêt également une autre signification. En examinant sa « compétence temporelle », une juridiction internationale pourrait effectivement s'assurer de la non inapplicabilité manifeste des règles de fond à raison de la date de survenance des faits litigieux. Or, l'examen auquel le juge procède dans un tel cas de figure n'est, en règle générale, pas dicté par les conditions posées dans l'engagement juridictionnel. En d'autres termes, cet examen ne vise pas à régler une question de compétence à proprement parler. La compétence temporelle s'envisage plutôt, dans ce contexte, comme une technique juridictionnelle permettant de disqualifier les requêtes manifestement mal fondées, le juge tirant, dès la phase préliminaire, les conséquences de l'impossibilité de faire droit à la demande portée à sa connaissance.

La compétence temporelle recouvre, dans cette mesure, des questions bien distinctes, que l'on aurait grand mal à rattacher à un même concept. La réunion de ces questions sous la même rubrique « compétence temporelle », n'a d'ailleurs trouvé sa véritable explication que dans l'identité des règles gouvernant la résolution des différents problèmes de droit intertemporel. En effet, la principale distinction à établir sur le plan du régime de la « compétence temporelle » ne tient pas tant à la nature de la question mise en jeu, détermination du champ temporel de compétence matérielle ou appréciation de l'applicabilité temporelle de la règle de fond, qu'à la date retenue comme décisive : celle du différend entre les parties, ou des faits litigieux au sujet desquels est né leur désaccord. La « compétence temporelle » ne peut ainsi, en tant que notion, être envisagée sans la *fonction* qu'on lui

attribue en pratique. Elle désigne uniquement une manière de procéder au règlement d'un certain nombre de problèmes relatifs au temps. Elle n'a pour autre utilité que d'identifier les principes qui permettront à la juridiction de se déterminer sur sa faculté à connaître d'une demande *ratione temporis*.

Conclusion générale

494. Faire la synthèse de l'étude de la compétence temporelle des juridictions internationales constitue l'ultime étape d'un raisonnement qui a eu pour objet de justifier l'utilité du concept de compétence temporelle comme outil d'explication de la jurisprudence internationale, ainsi que de préciser le sens qu'il conviendrait de lui donner. Des deux significations données par le juge à sa « compétence temporelle », seule effectivement la première, c'est-à-dire la durée d'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, est apparue digne d'intérêt pour la compréhension des énoncés juridictionnels. Il a pu être rendu compte de l'utilité du concept de durée de l'habilitation à juger lorsqu'il s'est agi de donner une explication au choix des juridictions internationales d'apprécier leur compétence à la date de l'acte introductif d'instance. La recherche de cette explication a conduit à envisager l'engagement juridictionnel non plus uniquement comme la manifestation de la soumission consentie de l'Etat défendeur à la juridiction, mais également comme le titre sur la base duquel le demandeur exercerait son droit d'agir en justice. Le régime temporel d'application de l'engagement juridictionnel ne se conçoit pas, en effet, sans l'intérêt qu'il représente pour celui qui sollicite l'exercice par le tribunal de son pouvoir juridictionnel. Par la manière dont il apprécie sa compétence *ratione temporis*, le juge international octroie à la partie demanderesse un droit au maintien des effets du titre de compétence concrétisés au jour du dépôt de la requête. Le requérant obtient la garantie que l'applicabilité temporelle du titre de compétence ne pourra être utilement contestée, au jour du jugement, sur la base d'un évènement survenu en cours d'instance. Les solutions relatives à la durée de l'habilitation à juger ne peuvent ainsi être comprises sans faire référence à un concept différent de celui de compétence personnelle par lequel la doctrine envisage l'existence de l'accord des Etats à se soumettre à la juridiction. La durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel, si elle correspond nécessairement à la durée de soumission de l'Etat à la juridiction, sera déterminée en référence au sujet qui agit devant la juridiction.

C'est en ayant recours à ce concept de compétence temporelle qu'il s'est ensuite agi d'analyser les solutions retenues par les juridictions internationales dans les affaires où était en cause l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel. De cette analyse, il ressort deux enseignements majeurs : le principe de détermination de la compétence temporelle qui

désigne pour date critique celle du dépôt de la demande, offre une garantie nécessaire aux justiciables au vu des moyens dont les Etats disposent de se libérer de leur engagement. L'obligation juridictionnelle n'est pas intangible. L'analyse des solutions retenues par les juridictions au sujet de leur compétence temporelle a notamment permis de conclure, à ce propos, que la règle de l'« autonomie de la clause compromissoire » n'est, pour l'essentiel, qu'une manière de justifier le pouvoir dont les organes disposent d'apprécier la validité de l'acte qui leur attribue compétence. Ainsi, l'objet de l'obligation juridictionnelle ne confère pas à celle-ci un statut distinct des autres obligations substantielles ; tout au plus cet objet conduit-il à exclure la pertinence d'un certain nombre de motifs de terminaison aux fins de la contestation de la compétence temporelle. Illustration a notamment pu en être donnée au titre des conséquences attachées à la succession d'engagements juridictionnels dans le temps. A cet égard, la solution retenue par les juridictions internationales n'est que le pendant de celle qui les conduit à apprécier leur compétence à la date du dépôt de la demande : parce que tout engagement juridictionnel a pour objet d'habiliter ses destinataires à agir en justice, la succession d'engagements n'est pas constitutive d'un conflit dont la résolution supposerait de faire primer l'engagement le plus récent. Les règles de compétence n'ont pas vocation à s'exclure mutuellement, et leur multiplicité ne peut s'envisager comme un obstacle à l'exercice du droit d'action.

Le deuxième enseignement qui a pu être tiré de l'étude de la pratique internationale tient au fait que la détermination de la compétence dès la date de l'introduction de l'instance serait, le plus souvent, considérée comme une garantie suffisante pour l'auteur de la requête. L'étude de la jurisprudence internationale n'a effectivement pas permis d'identifier un droit au maintien de l'engagement juridictionnel pour la période précédant le dépôt de la demande, rendant ainsi nécessaire la précaution prise par certains cocontractants d'encadrer les effets de la dénonciation de l'engagement dans le temps. Les solutions retenues par les juridictions internationales au sujet de leur compétence temporelle semblent ainsi guidées par la recherche d'un compromis entre la stabilité des liens juridictionnels, d'une part, et la nécessité de ménager une marge de liberté suffisante à l'Etat à l'égard de son engagement, de l'autre. Les conditions dans lesquelles pourrait être utilement contestée la compétence temporelle vont ainsi varier d'un prétoire à l'autre, en fonction de l'importance respectivement accordée à chacun de ces deux impératifs. La garantie individuelle attachée au principe de détermination de la compétence temporelle fait toutefois figure de constante, les Etats n'étant, en toute hypothèse, autorisés à remettre en cause la portée ou la réalité même de leur consentement à la juridiction pour les affaires déjà engagées.

495. Etablir l'utilité de la notion de compétence temporelle nécessitait également de démontrer qu'il serait justifié d'employer cette notion uniquement pour désigner la durée de l'habilitation à juger. A moins d'être univoque, une notion ne saurait effectivement représenter un quelconque intérêt pour l'analyse de la pratique. La démonstration supposait donc d'envisager l'autre signification attribuée par le juge à sa « compétence temporelle », c'est-à-dire le domaine temporel d'exercice du pouvoir, et de poser la question de savoir si elle pouvait également répondre aux critères d'une notion juridique. L'analyse de la pratique internationale a conduit à y répondre par la négative. L'étendue temporelle de compétence ne renvoie pas, sur le plan théorique, à des questions qui lui sont propres. Elle désigne, en premier lieu, un élément d'identification de la sphère matérielle de compétence, c'est-à-dire des litiges que le juge a vocation à connaître en vertu de son habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel. Elle renvoie, en second lieu, à la condition de non inapplicabilité temporelle des règles de fond pour lesquelles la compétence a été établie. Au titre de cette condition, le juge s'assurerait qu'il ne se trouve pas dans l'impossibilité de faire droit à une demande en considération de la date de survenance des faits et situations auxquels elle se rapporte. La compétence temporelle se présente ainsi, suivant le cas, comme une question de compétence matérielle ou comme une question de fond abordée dès la phase préliminaire. Il a, par ailleurs, été permis de démontrer que la réunion de ces différentes questions sous la même rubrique « compétence temporelle » tient aux règles et principes mis en œuvre par les juridictions internationales en vue de les résoudre. Le juge ne raisonne pas différemment suivant que le problème d'ordre temporel qui lui est soumis concerne sa compétence matérielle ou l'application des règles de fond. C'est l'un des enseignements qui ressort de l'étude du problème de la dispersion dans le temps et de la durée des faits litigieux, laquelle n'a, d'une manière générale, pas nécessité de faire le départ entre les différentes solutions retenues par les juridictions selon qu'elles se rapportent à la compétence ou à l'applicabilité temporelle des règles de fond.

Au vu de ces éléments, la notion d'étendue temporelle de compétence semble ainsi parfaitement répondre à la définition donnée par le doyen Vedel des *notions fonctionnelles*[1703] qui seraient précisément reconnaissables au fait qu'elles ne se laissent pas définir *a priori*, « indépendamment de ce à quoi elles servent »[1704]. Contrairement aux notions conceptuelles,

[1703] G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barenstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *J.C.P.*, 1948.I.682 ; du même auteur, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950.I.851.

[1704] « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *op. cit.*, n° 4.

le contenu de ces notions dépend de l'utilisation qui en est faite, et n'est pas « abstraitement déterminé une fois pour toutes »[1705]. La notion fonctionnelle procède « directement d'une fonction qui [lui] confère seule [sa] véritable unité »[1706] et qui consisterait le plus généralement à indiquer les règles permettant de résoudre des problèmes d'un genre commun[1707]. Si le juge trouve ainsi un intérêt certain à conserver la catégorie juridique « étendue temporelle de compétence », on comprend que cette dernière ne s'avère d'aucune utilité sur le plan théorique puisqu'elle ne permettra pas de déterminer laquelle des deux opérations envisagées précédemment, détermination de l'étendue temporelle de la compétence matérielle ou appréciation de l'applicabilité temporelle de la règle de fond, se trouve mise en jeu.

496. Ces appréciations ont, par ailleurs, trouvé un prolongement tout au long de cette étude dans l'analyse qui a pu être faite des rapports entre compétence et temps. Si la compétence institue un temps qui lui est propre, c'est uniquement au titre de la première signification que lui donne le juge, c'est-à-dire celle de durée de l'habilitation à juger. Le choix de la date du dépôt de la demande pour déterminer la validité du titre de compétence est véritablement en rupture avec les solutions classiquement admises au titre de l'intertemporalité. La principale singularité de ce choix tient au décalage qu'il conduit à établir entre la date d'appréciation et celle de l'exercice de la compétence. Un rapprochement a pu être fait, à ce propos, avec la règle processuelle de droit interne dite *perpetuatio fori*. Cette règle ne saurait toutefois se confondre avec le principe de détermination de la compétence temporelle, dans la mesure où elle se présente comme une simple conséquence de l'établissement du lien d'instance et ne consacre aucun droit individuel au maintien de la compétence.

L'appréciation de la compétence à raison de son étendue *ratione temporis* reprend, à l'inverse, les solutions du droit intertemporel de droit commun. Les juridictions internationales appliquent la règle de compétence aux faits générateurs de litige, de la même façon qu'elles feraient application des règles substantielles de fond, c'est-à-dire aux seuls faits survenus au cours de la période durant laquelle la règle était applicable. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le juge s'autorise à parler de compétence temporelle dans des situations où il ne ferait que s'assurer de l'applicabilité de la règle de fond.

[1705] *Ibid.*
[1706] *Ibid.*
[1707] Voir en ce sens, G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *op. cit.*, pp. 644-645, 654-655.

497. Sur la base de ces différents constats, il y a ainsi lieu de recommander d'une part, l'utilisation de la notion de compétence temporelle pour l'explication du droit positif, d'autre part de recommander cette utilisation aux seules fins de l'analyse de la détermination par les juridictions de leur compétence à raison de la durée pour laquelle elles sont habilitées à exercer leur pouvoir de juger. Quant aux questions relatives au champ temporel d'exercice du pouvoir, il y aurait lieu de parler, selon le cas, d'étendue temporelle de la compétence matérielle ou d'applicabilité temporelle de la règle de fond. Cette option, si elle est suivie, ne sera pas sans introduire un décalage entre les catégories utilisées par le juge et celles retenues pour expliquer ses solutions. Il reste que la doctrine ne saurait mener à bien son rôle d'observation et d'interprétation du droit positif sans bénéficier d'une certaine liberté dans le choix des concepts[1708]. Au surplus, le fait d'attribuer pour seule signification à la compétence temporelle celle de durée de l'habilitation à exercer le pouvoir n'apparaît pas totalement déconnecté de la pratique internationale et des évolutions qui ont pu y être recensées. L'étude du contentieux arbitral relatif à l'investissement a notamment permis de faire état de l'abandon progressif de l'assimilation de l'applicabilité temporelle des règles de fond à une question de compétence temporelle[1709]. Les tribunaux arbitraux feraient désormais le départ entre les conditions qui figurent dans l'engagement juridictionnel et qui déterminent leur faculté à connaître des requêtes, et celles qui se rapportent uniquement au bien-fondé de ces requêtes. Le choix d'entendre par *compétence temporelle* la durée pour laquelle l'organe est investi du pouvoir de juger, s'inscrit ainsi dans le prolongement d'un mouvement déjà amorcé en jurisprudence.

[1708] Voir déjà cité en ce sens, Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, spéc. p. 33. Voir également dans cette perspective, G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *op. cit.*, p. 654 : « [e]n toute hypothèse, la doctrine est totalement libre de bâtir les catégories qu'elle souhaite afin de rendre compte de celles du droit positif. Quand bien même ces diverses catégories seraient nommées par le même terme, elles n'en demeureraient pas moins indépendantes sur le plan logique, puisque relevant de deux niveaux de langage hermétiques. La doctrine n'est jamais, sur le plan conceptuel, subordonnée au langage des acteurs du droit, sinon, sur un plan strictement utilitaire, par la volonté de rendre compte de manière intuitive de son objet ».

[1709] Voir *supra*, n° 289-291.

Index de la jurisprudence citée

N.B. : les numéros renvoient aux paragraphes. Les décisions, jugements, arrêts et sentences suivis d'un astérisque sont ceux à l'occasion desquels avait été soulevé un problème de compétence temporelle.

1. Cour permanente de Justice internationale

1.1. Arrêts et ordonnances

Concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c. Grande-Bretagne, arrêt sur les exceptions préliminaires du 30 août 1924*****, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 2, pp. 6-37 : **24, 42-44, 45, 47, 52-53, 99, 109, 120, 192, 243, 256, 279, 285, 302, 351, 432, 434, 456, 458, 462-463**

Interprétation du paragraphe 4 de l'annexe suivant l'article 179 du Traité de Neuilly, Bulgarie c. Grèce, arrêt du 12 septembre 1924, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 3, pp. 3-10 : **245**

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Allemagne c. Pologne, arrêt sur les exceptions préliminaires du 25 août 1925, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 6, pp. 4-28 : **119, 279, 352, 460, 462**

Usine de Chorzów (demande en indemnité), Allemagne c. Pologne, arrêt sur la compétence du 26 juillet 1927, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 9, pp. 4-35 : **11, 21, 50**

– arrêt sur le fond du 13 septembre 1928, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 17, pp. 4-65 : **49**

Droits de minorités en Haute-Silésie Polonaise (écoles minoritaires), Allemagne c. Pologne, arrêt du 26 avril 1928, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n°15, pp. 4-47 : **19**

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, France c. Suisse, ordonnance du 19 août 1929, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n°22, pp. 5-22 : **171**

Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt du 10 septembre 1929, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n°16, pp. 3-32 : **106, 109**

Affaire relative à l'Administration du prince Von Pless, ordonnance sur les exceptions préliminaires du 4 février 1933, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 52, pp. 11-17 : **479**

Pajzs, Csáky, Esterházy, Hongrie c. Yougoslavie, ordonnance sur les exceptions préliminaires du 23 mai 1936, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n°66, pp. 4-10 : **231**

– arrêt du 16 décembre 1936, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 68, pp. 30-66 : **460**

Phosphates du Maroc, Italie c. France, arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938*****, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 74, pp. 10-30 : **17, 126, 130, 245, 254, 269, 271, 320, 330-332, 351, 366-367, 377-378, 420, 433-434, 436-437, 440, 445**

Chemin de fer de Panevezys-Saludtiskis, Estonie c. Lituanie, arrêt du 28 février 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 76, pp. 3-23 : **431**

Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, Belgique c. Bulgarie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 4 avril 1939*****, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 77, pp. 64-84 : **51, 74, 86, 99, 192-193, 245, 269, 342-343, 348, 383, 461, 465**

Société Commerciale de Belgique, Belgique c. Grèce, arrêt du 15 juin 1939, *Rec. C.P.J.I. Série A/B*, n° 78, pp. 160-179 : **479**

1.2. Avis consultatif

Statut de la Carélie orientale, avis consultatif du 23 juillet 1923, *Rec. C.P.J.I. Série B*, n° 5, pp. 7-29 : **11**

2. Cour internationale de Justice

2.1. Arrêts et ordonnances

Détroit de Corfou, Royaume-Uni c. Albanie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1948, *Rec.* 1948, pp. 15-30 : **49, 120**

Droit d'Asile, Colombie c. Pérou, arrêt de la Cour du 20 novembre 1950, *Rec.* 1950, pp. 266-389 : **440**

Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du Droit d'asile, Colombie c. Pérou, arrêt du 27 novembre 1950, *Rec.* 1950, pp. 395-404 : **458, 461**

Haya de la Torre, Colombie c. Pérou, arrêt du 13 juin 1951, *Rec.* 1951, pp. 71-84 : **440**

Ambatielos, Grèce c. Royaume-Uni, arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er juillet 1952*****, *Rec.* 1952, pp. 28-46 : **153, 296, 304, 309**

– arrêt sur le fond du 19 mai 1953, *Rec.* 1953, pp. 10-23 : **279**

Anglo-Iranian Oil Company, Royaume-Uni c. Iran, arrêt sur les exceptions préliminaires du 22 juillet 1952*****, *Rec.* 1952, pp. 93-115 : **126, 269, 273, 299, 344**

Minquiers et des Ecréhous, France c. Royaume-Uni, arrêt de la Cour internationale de Justice du 17 novembre 1953, *Rec.* 1953, pp. 47-73 : **456, 458**

Nottebohm, Liechtenstein c. Guatemala, arrêt sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 1953*****, *Rec.* 1953, pp. 111-125 : **47, 67, 74, 78, 95, 126, 149, 259**

Or monétaire pris à Rome en 1943, Italie c. Royaume-Uni, arrêt du 15 juin 1954 (question préliminaire), *Rec.* 1954, pp. 19-35 : **74, 78, 90, 120**

Certains emprunts norvégiens, France c. Norvège, arrêt du 6 juillet 1957, *Rec.* 1957, pp. 9-28 : **154, 273**

Droit de passage sur territoire indien, Portugal c. Inde, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1957*****, *Rec.* 1957, pp. 125-153 : **47, 74, 95, 122, 127, 130-135, 144, 201, 211-212, 217-219, 259, 466**

– arrêt sur le fond du 12 avril 1960*****, *Rec.* 1960, pp. 6-46 : **343, 383, 454, 463, 465**

Interhandel, Suisse c. Etats-Unis, arrêt sur les exceptions préliminaires du 21 mars 1959*****, *Rec.* 1959, pp. 5-32 : **269-271, 273, 351, 366, 454-455, 463-464, 471-472**

Incident aérien du 27 juillet 1955, Israël c. Bulgarie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 mai 1959*****, *Rec.* 1959, pp. 127-147 : **149, 178-180, 182, 184, 273**

Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, Honduras c. Nicaragua, arrêt du 18 novembre 1960, *Rec*. 1960, pp. 192-218 : **67, 116**

Temple de Préah Vihéar, Thaïlande c. Cambodge, arrêt sur les exceptions préliminaires du 29 mai 1961*****, *Rec.* 1961, pp. 17-35 : **132, 178, 180-181, 272**

Sud Ouest Africain, Ethiopie c. Afrique du Sud, et Liberia c. Afrique du Sud, arrêt sur les exceptions préliminaires du 21 décembre 1962*****, *Rec.* 1962, pp. 319-348 : **120, 154, 183, 243**

– arrêt sur le fond du 18 juillet 1966, *Rec.* 1966, pp. 6-51 : **153**

Cameroun septentrional, Cameroun c. Royaume-Uni, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 décembre 1963*****, *Rec*. 1963, pp. 6-40 : **74, 89, 153, 189, 248, 283, 330**

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962), Belgique c. Espagne, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 juillet 1964*****, *Rec.* 1964, pp. 6-50 : **149, 178, 184-185**

– arrêt sur le fond du 5 février 1970, *Rec.* 1970, pp. 3-53 : **360, 422**

Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, Inde c. Pakistan, arrêt de la Cour du 18 août 1972*****, *Rec.* 1972, pp. 46-75 : **148, 152, 185, 199, 279**

Compétence en matière de pêcheries, R.F.A. c. Islande, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 février 1973*****, *Rec.* 1973, pp. 49-67 : **78, 120, 149**

Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 février 1973*****, *Rec*. 1973, pp. 3-22 : **155-156, 169, 188, 204, 234**

Essais nucléaires, Australie c. France, ordonnance du 22 juin 1973***** (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1973, pp. 99-110 : **186**

– arrêt sur le fond du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, pp. 253-272 : 89, **215-216, 229**

Essais nucléaires, Nouvelle-Zélande c. France, ordonnance du 22 juin 1973 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec*. 1973, pp. 135-147 : **199**

– arrêt sur le fond du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, pp. 457-478 : **202, 229**

Plateau continental de la Mer Egée, Grèce c. Turquie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 19 décembre 1978*****, *Rec.* 1978, pp. 3-45 : **149, 185, 199**

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Etats-Unis c. Iran, ordonnance du 15 décembre 1979 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1979, pp. 7-21 : **439**

– arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, pp. 3-46 : **151, 439**

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis, ordonnance du 10 mai 1984 (demande en indication de mesures conservatoires)*****, *Rec.* 1984, pp. 169-188 : **440**

– arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 novembre 1984*****, *Rec.* 1984, pp. 392-443 : 86, 95, 120, **126, 128, 131-132, 172, 181-182, 199, 211-217, 219, 223, 244, 269**

– arrêt sur le fond du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, pp. 14-150 : **440**

Actions armées frontalières et transfrontalières, Nicaragua c. Honduras, arrêt sur les exceptions préliminaires du 20 décembre 1988*****, *Rec.* 1988, pp. 69-107 : **11, 21, 99, 128, 153, 208, 211, 234, 272**

Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989, Guinée-Bissau c. Sénégal, arrêt du 12 novembre 1991, *Rec.* 1991, pp. 53-76 : **471-472**

Certaines terres à phosphates à Nauru, Nauru c. Australie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 26 juin 1992, *Rec.* 1992, pp. 240-269 : **18, 199, 479**

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, ordonnance du 8 avril 1993 (première demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 1993, pp. 3-25 : **86, 120**

– ordonnance du 13 septembre 1993 (nouvelle demande en indication de mesures conservatoires)*****, *Rec*. 1993, pp. 325-352 : **95, 153**

– arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996*****, *Rec.* 1996, pp. 595-624 : **99, 110, 235, 280, 305, 460**

Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Barheïn, Qatar c. Barheïn, arrêt sur les exceptions préliminaires du 15 février 1995, *Rec.* 1995, pp. 6-26 : **27, 76**

– arrêt sur le fond du 16 mars 2001, *Rec.* 2001, pp. 40-118 : **27**

Timor oriental, Portugal c. Australie, arrêt du 30 juin 1995, *Rec.* 1995, pp. 90-106 : **11, 243**

Plates-formes pétrolières, République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, arrêt du 12 décembre 1996 sur les exceptions préliminaires, *Rec*. 1996, pp. 803-821 : **279**

– arrêt sur le fond du 6 novembre 2003, *Rec.* 2003, pp. 161-219 : **24**

Projet Gabčíkovo-Nagymaros, Hongrie c. Slovaquie, arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* 1997, pp. 7-84 : **168, 232, 322, 336, 359, 446**

Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt sur les exceptions préliminaires du 27 février 1998*****, *Rec.* 1998, pp. 115-137 : **47, 119, 281**

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, Cameroun c. Nigéria, arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juin 1998*****, *Rec.* 1998, pp. 275-327 : **89, 127, 131-132, 134, 191, 199, 219**

Compétence en matière de Pêcheries, Espagne c. Canada, arrêt sur la compétence du 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, pp. 432-469 : **21, 127, 269, 273, 466, 479**

Licéité de l'emploi de la force, Yougoslavie c. Royaume-Uni et Yougoslavie c. Espagne, ordonnances du 2 juin 1999 (demandes en indication de mesures conservatoires)*****, *Rec*. 1999, pp. 761-774, et pp. 826-841 : **135**

Licéité de l'emploi de la force, Yougoslavie c. Belgique, ordonnance du 2 juin 1999 (demande en indication de mesures conservatoires)*****, *Rec.* 1999, pp. 124-141 : **279, 334, 371, 471, 478**

– arrêt sur les exceptions préliminaires du 15 décembre 2004*****, *Rec.* 2004, pp. 279-329 : **119-120, 132, 199**

Incident aérien du 10 août 1999, Inde c. Pakistan, arrêt sur les exceptions préliminaires du 21 juin 2000*****, *Rec.* 2000, pp. 11-34 : **149, 186, 199, 208, 235, 244, 273**

LaGrand, Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt du 27 juin 2001, *Rec*. 2001, pp. 466-517 : **205, 218, 321, 479**

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt du 14 février 2002, *Rec.* 2002, pp. 3-34 : **47, 89, 353, 440**

Avena et autres ressortissants mexicains, Mexique c. Etats-Unis d'Amérique, arrêt de la Cour du 31 mars 2004, *Rec.* 2004, pp. 12-73 : **199, 205**

Certains Biens, Liechtenstein c. Allemagne, arrêt sur les exceptions préliminaires du 10 février 2005*****, *Rec*. 2005, pp. 6-28 : **243, 245, 331, 378-379, 383, 434, 458, 460**

Activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo c. Rwanda (nouvelle requête), arrêt sur les exceptions préliminaires du 3 février 2006*****, *Rec.* 2006, pp. 6-54 : **99**

Différend territorial et maritime, Nicaragua c. Colombie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007, *Rec.* 2007, pp. 832-876 : **86, 193, 211, 234, 279**

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, Djibouti c. France, arrêt du 4 juin 2008*****, *Rec.* 2008, pp. 177-247 : **260, 479**

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Croatie c. Serbie, arrêt sur les exceptions préliminaires du 18 novembre 2008*****, *Rec.* 2008, pp. 413-467 : **11, 24, 83, 99, 120-121, 149, 235, 283**

Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Géorgie c. Russie, ordonnance du 15 octobre 2008, (demande en indication de mesures conservatoires)*****, *Rec.* 2008, pp. 353-399 : **336**

– arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er avril 2011 : **78, 243, 460, 468**

Demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains, Mexique c. Etats-Unis, ordonnance du 16 juillet 2008 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec.* 2008, pp. 311-332 : **458**

– arrêt du 19 janvier 2009, *Rec.* 2009, pp. 3-29 : **43, 350, 467**

Délimitation maritime en mer noire, Roumanie c. Ukraine, arrêt du 3 février 2009, *Rec.* 2009, pp. 61-134 : **78**

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Argentine c. Uruguay, arrêt du 20 avril 2010 : **302**

Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c. Italie, ordonnance du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle)***** : **342, 379, 383**

Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c. République démocratique du Congo, arrêt du 30 novembre 2010 : **479, 488**

2.2. Avis consultatifs

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis consultatif du 30 mars 1950 (première phase), *Rec.* 1950, pp. 65-78 : **462**

Statut international du Sud Ouest Africain, avis consultatif du 11 juillet 1950, *Rec.* 1950, pp. 128-145 : **177, 183**

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec.* 1951, pp. 15-30 : **305**

Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif du 13 juillet 1954, *Rec.* 1954, pp. 47-63 : **27**

Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif du 23 octobre 1956, *Rec.* 1956, p. 77-102 : **11, 279**

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, *Rec.* 1971, pp. 16-58 : **166, 440**

Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OM.S. et l'Egypte, avis consultatif du 20 décembre 1980, *Rec.* 1980, pp. 73-98 : **172**

Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif du 26 avril 1988, *Rec.* 1988, pp. 12-35 : **353, 453, 468**

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Rec.* 2004, pp. 136-203 : **440**

3. Tribunal international du droit de la mer :

Les arrêts et ordonnances peuvent être consultés sur le site du tribunal (www.itlos.org/).

« *Monte Confurco* », Seychelles c. France, prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2000 : **108**

Usine Mox, Irlande c. Royaume-Uni, ordonnance n° 3 du 24 juin 2003, *I.L.R.*, vol. 126, pp. 314-331 : **302**

« *Juno Trader* », Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau, prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004 : **107**

4. Tribunaux administratifs internationaux

4.1. Tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail

Les jugements du tribunal peuvent être consultés sur le site de l'O.I.T. (www.oit.org/dyn/triblex/triblex_browse.search?p_lang=fr).

Tranter c. FAO, jugement n° 14 du 29 septembre 1958, *I.L.R.*, vol. 27, pp. 295-298 : **7**

Reda, jugement n° 280 du 4 octobre 1976 : **250**

Connolly-Battisti (n° 5), jugement n° 323 du 21 novembre 1977 : **376**

Zhu, jugement n° 1509 du 11 juillet 1996 : **250**

Palma (n° 5), jugement n° 1845 du 8 juillet 1999 : **250**

Toa Ba, jugement n° 2017 du 31 janvier 2001 : **250**

A.I.E.A., jugement n° 2553 du 12 juillet 2006 : **371**

4.2. Tribunal administratif de la Banque interaméricaine de développement

Les jugements du tribunal peuvent être consultés sur le site de la Banque interaméricaine de développement (http://www.iadb.org/).

Andrew James Burey c. IDB, jugement n° 4 du 18 avril 1985 : **396**

Alfredo del Rio v. IDB, jugement n° 13 du 2 avril 1987 : **199**

Stephen L. Abrahams et al. *c. IDB*, jugement n° 31 du 12 février 1993 : **199**

Jose Luis Vega v. IDB, jugement n° 35 du 17 septembre 1993 : **199**

4.3. Tribunal administratif de la banque mondiale

Les jugements du tribunal peuvent être consultés sur le site de la Banque mondiale (http://lnweb90.worldbank.org/crn/wbt/wbtwebsite.nsf).

George Kavoukas, Earnest Parham c. BIRD, jugement n° 3 du 5 juin 1981***** : **250, 349**

Jacqueline Smith Scott c. BIRD, jugement n° 4 du 5 juin 1981 : **250**

George J. Novak c. BIRD, jugement n° 8 du 25 mai 1982***** : **349**

Mendaro c. BIRD, jugement n° 26 du 4 septembre 1985*****, *I.L.R.*, vol. 85, pp. 646-656 : **250, 349**

4.4. Tribunal administratif de l'Organisation des états américains

Les jugements du tribunal peuvent être consultés sur le site de l'Organisation des états américains (http://www.oas.org/tribadm/default_en.asp).

Jorge Almada Morrison c. Secrétaire général de l'O.E.A., jugement n° 1 du 31 octobre 1972***** : **387**

César Cisneros c. Secrétaire général de l'O.E.A., jugement n° 18 du 7 novembre 1975***** : **250, 387**

Jorge A. Thevenet c. Secrétaire général de l'O.E.A., jugement n° 43 du 1er juin 1979***** : **250, 387**

5.1. Commission européenne des droits de l'homme

Les décisions et rapports non publiés peuvent être consultés sur la base de données HUDOC (http://www.echr.coe.int/echr/).

X. c. Suède, req. n° 33/55, décision du 23 septembre 1955*****, *Ann.*, vol. 1, 1955-1957, pp. 154-155 : **282**

X. c. R.F.A., req. n° 115/55, décision du 30 mai 1956*****, *Ann.*, vol. 1, 1955-1957, pp. 137-138 : **282**

X. c. R.F.A., req. n° 165/56, décision du 29 septembre 1956, *I.L.R.*, vol. 24 (1957), pp. 326-327 : **293**

X. c. France, req. n° 276/57, décision du 29 août 1957*****, *Ann.*, vol. 1, pp. 171-174 : **109**

X. c. Autriche, req. n° 188/56, décision du 17 décembre 1957*****, *Ann.*, vol. 1, pp. 174-179 : **109**

X. c. Danemark, req. n° 323/57, décision du 19 décembre 1957*****, *Ann.*, vol. 1, pp. 241-248 : **282, 370, 393, 403**

De Becker c. Belgique, req. n° 214/56, décision du 9 juin 1958*****, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 215-255 : **18, 25, 282, 304, 348, 393, 401, 407**

X. c. Belgique, req. n° 369/59, décision du 6 juillet 1959*****, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 376-382, *Rec. Déc.* vol. 1 : **401-402**

X. c. Autriche, req. n° 462/59, décision du 7 juillet 1959*****, *Rec. Déc.*, vol. 1 : **362**

X. c. Belgique, req. n° 347/58, décision du 29 août 1959*****, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 407-412, *Rec. Déc.*, vol. 1 : **349, 390, 396, 402**

Nielsen c. Danemark, req. n° 343/57, décision du 2 septembre 1959*****, *Ann.*, vol. 2, 1958-1959, pp. 413-473 : **20, 366, 402**

Autriche c. Italie, req. n° 788/60, décision du 11 janvier 1961*****, *Ann.*, vol. 4, 1961, pp. 117-183, *Rec. Déc.*, vol. 7, pp. 23-74 : **305, 354**

X. c. R.F.A., req. n° 892/60, décision du 13 avril 1961*****, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 17-28 : **390**

X. c. Belgique, req. n° 996/61, décision du 16 décembre 1961***** : **401**

X. c. Belgique, req. n° 1028/61, décision du 18 septembre 1961*****, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 69-78 : **296, 401, 407, 429**

X. c. Pays-Bas, req. n° 846/60, décision du 18 septembre 1961, *Rec. Déc.*, vol. 6, pp. 63-65 : **105**

A. et consorts c. R.F.A., req. n° 899/60, décision du 9 mars 1962*****, *Rec. Déc.*, vol. 9, pp. 4-10 : **403**

X. c. Pays-Bas, req. n° 1449/62, décision du 16 janvier 1963*****, *Rec. Déc.*, vol. 10, pp. 1-4 : **403**

Charlent et consorts c. Belgique, req. n° 1769/63, décision du 26 juillet 1963, *Rec. Déc.*, vol. 11, pp. 59-68 : **401, 412**

Habitants d'Alsemberg et de Beersel c. Belgique, req. n° 1474/62, décision du 26 juillet 1963, *Rec. Déc.*, vol. 11, pp. 50-58 : **401, 412**

Hudetz et *Haiek et von Beringe c. Autriche*, req. n° 1821/63 et 1822/63, décision du 9 février 1966*****, *Ann.*, vol. 9, 1966, pp. 215-239 : **402**

X. c. R.F.A., req. n° 2213/64, décision du 12 juillet 1966*****, *Rec. Déc.*, vol. 20, pp. 61-67 : **403**

Kenneth Hugh de Courcy c. Royaume-Uni, req. n° 2749/66, décision du 7 octobre 1966*****, *Ann.*, vol. 10, 1967, pp. 369-381, *Rec. Déc.*, vol. 24, pp. 85-92 : **250, 256**

X. c. Norvège, req. n° 2385/64, décision du 10 février 1967*****, *Rec. Déc.*, vol. 22, pp. 85-88 : **403**

X. c. R.F.A., req. n° 2113/64, décision du 3 avril 1967*****, *Rec. Déc.*, vol. 23, pp. 15-20 : **367**

X. c. R.F.A., req. n° 2942/66, décision du 8 avril 1967*****, *Rec. Déc.*, vol. 23, pp. 51-65 : **367**

X. c. R.F.A., req. n° 2457/65, décision du 10 juillet 1967*****, *Rec. Déc.*, vol. 24, pp. 43-46 : **367**

Roy & Alice Fletcher c. Royaume Uni, req. n° 3034/67, décision du 19 décembre 1967*****, *Rec. Déc.*, vol. 25, pp. 76-87 : **256**

X. c. Belgique, req. n° 2568/65, décision du 6 février 1968*****, *Rec. Déc.*, vol. 26, pp. 10-17 : **401**

X. c. Pays-Bas, req. n° 2648/65, décision du 6 février 1968, *Ann*. vol. 11, 1968, pp. 355-365 : **25**

Danemark, Norvège, Suède, Pays-Bas c. Grèce, req. n° 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, décision du 31 mai 1968, *Ann.* , vol. 11, 1968, pp. 731-781 : **401**

X. c. R.F.A., req. n° 3151/67, décision du 2 octobre 1968*****, *Rec. Déc.*, vol. 27, pp. 128-135 : **401**

X. c. Royaume-Uni, req. n° 3505/68, décision du 4 octobre 1968, *Ann*. vol. 12, 1969, pp. 299-307 : **105**

Danemark, Norvège et Suède c. Grèce, req. n° 4448/70, décision partielle du 26 mai 1970*****, *Ann.*, vol. 13, 1970, pp. 109-123, *Rec. Déc.*, vol. 34, pp. 64-69 : **222, 309**

– décision finale du 16 juillet 1970*****, *Ann.*, vol. 13, 1970, pp. 123-137, *Rec. Déc.*, vol. 34, pp. 70-75 : **67**

X., W. et Z. c. R.F.A., req. n° 2717/66, décisions des 14 et 15 juillet 1970*****, *Rec. Déc.*, vol. 35, pp. 1-25 : **347, 402**

X. c. Royaume Uni, req. n° 4430/70, décision du 14 décembre 1970*****, *Rec. Déc.*, vol. 37, pp. 112-115 : **336**

X. c. R.F.A., req. n° 4505/70, décision du 2 octobre 1971*****, *Rec. Déc.*, vol. 39, pp. 51-57 : **367**

X. c. R.F.A., req. n° 5713/72, décision du 9 juillet 1973*****, *Rec. Déc.*, vol. 44, pp. 77-80 : **367**

X. c. R.F.A., req. n° 6181/73, décision du 5 octobre 1974*****, *Rec. Déc.*, vol. 46, pp. 188-201 : **407**

X. c. Italie, req. n° 6323/73, décision du 4 mars 1976, *D.R.*, vol. 3, pp. 80-81 : **18, 264**

X. c. Suisse, req. n° 7031/75, décision du 12 juillet 1976*****, *D.R.*, vol. 6, pp. 124-125 : **406, 425, 428**

William Posnett Lynas c. Suisse, req. n° 7317/75, décision du 6 octobre 1976*****, *D.R.*, vol. 6, pp. 141-155 : **407**

X. c. Suisse, req. n° 7211/75, décision du 6 octobre 1976*****, *D.R.*, vol. 7, pp. 104-106 : **362**

X., Y. et Z. c. Suisse, req. n° 6916/75, décision du 8 octobre 1976*****, *D.R.*, vol. 6, pp. 107-110 : **362**

X. c. Royaume-Uni, req. n° 7379/76, décision du 10 décembre 1976*****, *D.R.*, vol. 8, pp. 211-215 : **393, 403, 423**

X. c. Royaume-Uni, req. n° 7444/76, décision du 4 octobre 1977*****, *D.R.*, vol. 11, pp. 111-113 : **231**

X., Y. et Z. c. R.F.A., req. n° 7694/76, décision du 14 octobre 1977*****, *D.R.*, vol. 12, pp. 131-139 : **367, 383**

Giovanni Ventura c. Italie, req. n° 7438/76, décision du 9 mars 1978, *Ann.*, vol. 22, pp. 149-157 : **99, 411**

B. Foti, F. Lentini, et D. Cenerini c. Italie, req. n° 7604/76, 7719/76, 7781/77, décision du 11 mai 1978*****, *D.R.*, vol. 14, pp. 133-139 : **411**

A. B. et Société A. S. c. R.F.A., req. n° 7742/76, décision du 4 juillet 1978*****, *D.R.*, vol. 14, pp. 146-159 : **295, 368**

De Napoles Pacheco c. Belgique, req. n° 7775/77, décision du 5 octobre 1978*****, *D.R.*, vol. 15, pp. 143-151 : **402**

X. c. Pays-Bas, req. n° 6852/74, décision du 5 décembre 1978, *D.R.*, vol. 15, pp. 5-14 : **407**

Sporrong & Lönnroth c. Suède, req. n° 7151/75 et 7152/75, décision du 5 mars 1979, *D.R.*, vol. 15, pp. 15-34 : **370, 407, 423, 427**

Rodolfo Pretto c. Italie, req. n° 7984/77, décision du 11 juillet 1979*****, *D.R.*, vol. 16, pp. 92-96 : **411**

X. c. Italie, req. n° 8261/78, décision du 11 octobre 1979*****, *D.R.*, vol. 18, pp. 150-153 : **362**

X. c. Belgique, req. n° 8701/79, décision du 3 décembre 1979*****, *D.R.*, vol. 18, pp. 250-252 : **401**

Mc Feeley et al. c. Royaume-Uni, req. n° 8317/78, décision du 15 mai 1980 : **417**

X. c. Royaume-Uni, req. n° 8206/78, décision du 10 juillet 1981, *D.R.*, vol. 25, pp. 147-156 : **403**

Temeltasch c. Suisse, req. n° 9116/80, rapport du 5 mai 1982 : **244**

X. c. France, req. 9587/81, décision du 13 décembre 1982*****, *D.R.*, vol. 29, pp. 228-234 : **25, 256, 264**

X. c. Portugal, req. n° 9453/81, décision du 13 décembre 1982, *D.R.*, vol. 31, pp. 204-207 : **362**

N. c. R.F.A., req. n° 9132/80, décision du 16 décembre 1982, *D.R.*, vol. 31, pp. 154-193 : **411**

Pierre De Varga-Hirsch c. France, req. n° 9559/81, décision du 9 mai 1983*****, *D.R.*, vol. 33, pp. 158-187 : **256, 264**

H. c. Royaume-Uni, req. n° 10000/82, décision du 4 juillet 1983, *D.R.*, vol. 33, pp. 247-269 : **362**

Chypre c. Turquie, req. n° 8007/77, rapport du 4 octobre 1983, *D.R.*, vol. 72, pp. 5-117 : **408**

Lorenzo Bozano c. France, req. n° 9990/82, décision du 15 mai 1984, *D.R.*, vol. 39, pp. 119-133 : **25**

Asociación de Aviadores de la República, Mata et autres c. Espagne, req. n° 10733/84, décision du 11 mars 1985*****, *D.R.*, vol. 41, pp. 211-219 : **428**

Uskela c. Suède, req. n° 10537/83, décision du 10 octobre 1985, *D.R.*, vol. 44, pp. 98-112 : **407, 423**

Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne, req. n° 10588/83 à 10590/83, décision du 11 octobre 1985*****, *D.R.*, vol. 44, pp. 142-149 : **428**

Graham Gaskin c. Royaume-Uni, req. n° 10454/83, décision du 23 janvier 1986, *D.R.*, vol. 45, pp. 91-112 : **408**

P. c. Suède, req. n° 11306/84, décision du 16 octobre 1986*****, *D.R.*, vol. 50, pp. 162-167 : **362**

Chater c. Royaume-Uni, req. n° 11723/85, décision du 7 mai 1987, *D.R.*, vol. 52, pp. 250-265 : **362**

Tête c. France, req. n° 11123/84, décision du 9 décembre 1987, *D.R.*, vol. 54, pp. 52-61 : **407**

Isabel Hilton c. Royaume-Uni, req. n° 12015/86, décision du 6 juillet 1988, *D.R.*, vol. 57, pp. 108-130 : **408**

Macedo c. Portugal, req. n° 11660/85, décision du 19 janvier 1989, *D.R.*, vol. 59, pp. 85-90 : **407**

G. D. c. Turquie, req. n° 13623/88, décision du 13 avril 1989***** : **428-429**

K. c. Turquie, req. n° 14206/88, décision du 11 juillet 1989*****, *D.R.*, vol. 62, pp. 303-305 : **349**

M. c. France, req. n° 11940/86, rapport du 3 octobre 1989*****, *D.R.*, vol. 67, pp. 62-75 : **264**

Alfred Barany c. France, req. n° 11926/86, rapport du 11 décembre 1989*****, *D.R.*, vol. 68, pp. 36-50 : **264**

Gama da Costa c. Portugal, req. n° 12659/87, décision du 5 mars 1990*****, *D.R.*, vol. 65, pp. 136-143 : **407**

B. A. c. Turquie, req. n° 15505/89, décision du 12 mars 1990***** : **349, 412, 428**

Walter and Karel Byttebier c. Belgique, req. n° 14505/89, décision du 12 janvier 1991*****, *D.R.*, vol. 68, pp. 200-204 : **282**

Metropolitan Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papachrysostomou and Titina Loizidou c. Turquie, req. n° 15299/89, 15300/89 et 15318/89, décision du 4 mars 1991*****, *D.R.*, vol. 68, pp. 216-289 : **143, 256, 264**

Stamoulakatos c. Grèce, req. n° 12806/87, décision du 15 avril 1991*****, *D.R.*, vol. 69, pp. 144-150 : **362, 390**

Deschamps c. Belgique, req. n° 13370/87, décision du 4 juillet 1991 : **99**

Mitap et Müftüoglu c. Turquie, req. n° 15530/89 et 15531/89, décision du 10 octobre 1991*****, *D.R.*, vol. 72, pp. 169-183 : **143, 389**

Prisca, Pierluigi et Enrico De Santis c. Italie, req. n° 14660/89, décision du 10 octobre 1991, *D.R.*, vol. 72, pp. 141-144 : **411**

Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce, req. n° 14807/89, décision du 12 février 1992*****, *D.R.*, vol. 72, pp. 148-168 : **393, 397, 407**

Kefalas et autres c. Grèce, req. n° 14726/89, décision du 20 mai 1992*****, et rapport du 17 janvier 1994***** : **362**

Dogan Özgüden & Inci Tugsavul c. Turquie, req. n° 17926/91, décision du 28 juin 1993*****, *D.R.*, vol. 75 (série A), pp. 167-173 : **349, 362**

Hayrullahoglu c. Turquie, req. n° 16425/90, décision du 28 juin 1993***** : **349, 389**

G. c. France, req. n° 14351/88, décision du 6 décembre 1993***** : **383**

Çinar c. Turquie, req. n° 17864/91, décision du 5 septembre 1994, *D.R.*, vol. 79, pp. 5-10 : **407**

Loukanov c. Bulgarie, req. n° 21915/93, décision du 12 janvier 1995*****, *D.R.*, vol. 80 (série B), pp. 108-131 : **407**

Farçat c. France, req. n° 17969/91, rapport du 11 janvier 1995***** : **264**

Portugália S.A. et autres c. Portugal, req. n° 20272/92, décision du 7 avril 1995***** : **367**

Kafkasli c. Turquie, req. 21106/92, décision du 22 mai 1995***** : **407, 428**

Grigor Stoitchkov & Lioubomir Chindarov c. Bulgarie, req. n° 24571/94 et 24572/94, décision du 28 juin 1995*****, *D.R.*, vol. 82 (série B), pp. 85-97 : **362**

L. C. B. c. Royaume-Uni, req. n° 23413/94, décision du 28 novembre 1995*****, *D.R.*, vol. 83 (série B), pp. 31-47 : **412**

Buzatu c. Roumanie, req. n° 28826/95, décision du 28 février 1996***** : **383**

Brezny et Brezny c. République slovaque, req. n° 23131/93, décision du 4 mars 1996*****, *D.R.*, vol. 85 (série A), pp. 65-83 : **235, 383, 428**

Gisela Mayer et autres c. Allemagne, req. n° 18890/91, décision du 4 mars 1996*****, req. n° 18890/91, 19048/91, 19049/91, 19342/92, 19549/92, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 5-20 : **283, 367, 423**

Mc Daid et autres c. Royaume-Uni, req. n° 25681/94, décision du 9 avril 1996, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 134-140 : **400**

Kustannus Oy Vapaa Ajattelija AB et autres c. Finlande, req. n° 20471/92, décision du 15 avril 1996*****, *D.R.*, vol. 85 (série B), pp. 29-46 : **347, 362**

Lupulet c. Roumanie, req. n° 25497/94, décision du 17 mai 1996*****, *D.R.*, vol. 85 (série A), pp. 126-133 : **383, 423**

Chypre c. Turquie, req. n° 25781/94, décision du 28 juin 1996, *D.R.*, vol. 86 (série B), pp. 104-142 : **408, 412, 480**

Waclaw Borozynski c. Pologne, req. n° 24086/94, décision du 2 décembre 1996*****, *D.R.*, vol. 87, pp. 53-57 : **390**

Trome S.A. c. Espagne, req. n° 27781/95, décision du 13 janvier 1997***** : **384**

Philippe Bernardet c. France, req. n° 26326/95, décision du 21 janvier 1997***** : **264**

Brauerei Feldschlössen Ferdinand Geidel c. Allemagne, req. n° 19918/92, décision du 24 février 1997*****, *D.R.*, vol. 88 (série B), pp. 12-16 : **423**

Eva Piroska Szucs c. Roumanie, req. n° 28816/95, décision du 24 février 1997***** : **383**

Elisavieta, Marie et Vahe Panikian c. Bulgarie, req. n° 29583/96, décision du 10 juillet 1997*****, *D.R.*, vol. 90, pp. 109-119 : **348**

A. A. G. c. Portugal, req. n° 29813/96, décision du 8 septembre 1997*****, *D.R.*, vol. 90, pp. 120-127 : **424**

Witold Litwa c. Pologne, req. n° 26629/95, décision du 15 septembre 1997*****, *D.R.*, vol. 90, pp. 13-23 : **280**

Constantinescu c. Roumanie, req. n° 28871/95, décision du 23 octobre 1997***** : **362**

La Société anonyme « Avis Entreprises hôtelières, touristiques et industrielles rurales » c. Grèce, req. n° 30175/96, rapport adopté le 28 octobre 1997***** : **362**

Catherine Abraini Leschi et autres c. France, req. n° 37505/97, décision du 22 avril 1998*****, *D.R.*, vol. 93 (série A), pp. 120-125 : **282**

5.2. Cour européenne des droits de l'homme

Les décisions et arrêts non publiés peuvent être consultés sur la base de données HUDOC (http://www.echr.coe.int/echr/)

Neumeister c. Autriche, req. n° 1936/63, arrêt du 27 juin 1968, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 8 : **411**

Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, arrêt du 23 juillet 1968, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 6 : **412**

Delcourt c. Belgique, req. n° 2689/65, arrêt du 17 janvier 1970, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 11 : **362**

Ringeisen c. Autriche, req. n° 2614/65, arrêt du 16 juillet 1971, *Ann.*, vol. 14, pp. 857-867 : **411**

Irlande c. Royaume-Uni, req. n°5310/71, arrêt du 18 janvier 1978, *Rec. C.E.D.H., Série A*, vol. 25, pp. 5-96 : **316-354**

Marckx c. Belgique, req. n° 6833/74, arrêt du 13 juin 1979, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 31 : **349, 412**

Airey c. Irlande, req. n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 32 : **410**

Guzzardi c. Italie, req. n° 7367/76, arrêt du 6 novembre 1980, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 39 : **89**

Dudgeon c. Royaume-Uni, req. n° 7525/76, arrêt du 22 octobre 1981, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 45 : **349, 407**

Sporrong et Lönnroth c. Suède, req. n° 7151/75 & 7152/75, arrêt du 23 septembre 1982, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 52 : **423**

Foti et autres c. Italie, Req. n° 7604/76, 7719/76, 7781/77, 7913/77, arrêt du 10 décembre 1982 *****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 56 : **411**

De Cubber c. Belgique, req. n° 9186/80, arrêt du 26 octobre 1984, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 86 : **362, 366**

Boyle and Rice c. Royaume-Uni, req. n° 9659/82 et 9658/82, arrêt du 27 avril 1988, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 131 : **388**

Ekbatani conte Suède, req. n° 10563/83, arrêt du 26 mai 1988, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 134 : **362**

Norris c. Irlande, req. n° 10581/83, arrêt du 26 octobre 1988, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 142 : **349**

Moreira de Azevedo c. Portugal, req. n° 11296/84, arrêt du 23 octobre 1990, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 189 : **411**

Papamichalopoulos c. Grèce, req. n° 14556/89, arrêt du 24 juin 1993*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 260-B, pp. 58-72 : **19, 309, 407, 423, 427**

Stamoulakatos c. Grèce, req. n°12806/87, arrêt du 26 octobre 1993*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 271, pp. 5-14 : **335, 367, 390**

Hokkanen c. Finlande, req. n° 19823/92, arrêt du 23 septembre 1994*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 299-A, pp. 7-29 : **282, 425**

Saints Monastères c. Grèce, req. n° 13092/87 et 13984/88, arrêt du 9 décembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 301-A, pp. 8-42 : **424**

Lopez-Ostra c. Espagne, req. n° 16798/90, arrêt du 9 décembre 1994, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 303-C, pp. 41-59 : **412**

Loizidou c. Turquie, req. n° 15318/89, arrêt (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 23 mars 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 310, pp. 7-34 : **143, 154, 393**

– arrêt (G.C.) du 18 décembre 1996*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1996-VI : **143, 403, 466**

Yagci et Sargin c. Turquie, req. n° 16419/90 et 16426/90, arrêt du 8 juin 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 319-A : **409, 411, 436**

Mansur c. Turquie, req. n° 16026/90, arrêt du 8 juin 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 319-B : **409, 411**

Kefalas et autres c. Grèce, req. n° 14726/89, arrêt du 8 juin 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 318-A : **335, 349, 362**

Kerojärvi c. Finlande, req. n° 17506/90, arrêt du 19 juillet 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 322 : **327, 362**

McCann c. Royaume-Uni, req. n° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 324 : **412**

Gradinger c. Autriche, req. n° 15963/90, arrêt du 23 octobre 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 328-C : **362**

Agrotexim Hellas S.A. et autres c. Grèce, req. n° 14807/89, arrêt du 24 octobre 1995*****, *Rec. C.E.D.H. Série A*, vol. 330–A : **397**

Mitap et Müftüoglu c. Turquie, req. n° 15530/89 et 15531/89, arrêt sur les exceptions préliminaires du 25 mars 1996*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1996-II : **143, 362, 411**

Yagiz c. Turquie, req. n° 19092/91, arrêt sur les exceptions préliminaires du 7 août 1996*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1996-III : **141, 412, 428**

Loukanov c. Bulgarie, req. n° 21915/93 arrêt du 20 mars 1997*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1997-II : **407**

Philis c. Grèce, req. n° 19773/92, arrêt du 27 juin 1997*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1997-IV : **411**

Zana c. Turquie, req. n° 18954/91, arrêt du 25 novembre 1997*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1997-VII : **335, 349, 411**

Belziuk c. Pologne, req. n° 23103/93, arrêt du 25 mars 1998*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1998-II : **362**

Vasilescu c. Roumanie, req. n° 27053/95, arrêt sur les exceptions préliminaires du 22 mai 1998*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1998-III : **424**

I. A. c. France, req. n° 28213/95, arrêt du 23 septembre 1998, *Rec. C.E.D.H.*, 1998-VII : **411**

Assenov et autres c. Bulgarie, req. n° 24760/94, arrêt du 28 octobre 1998*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1998-VIII : **388**

Çakici c. Turquie, req. n° 23657/94, arrêt du 8 juillet 1999, *Rec. C.E.D.H.*, 1999-IV : **412**

Brumărescu c. Roumanie, req. n°28342/95, arrêt du 28 octobre 1999*****, *Rec. C.E.D.H.*, 1999-VII : **424, 427**

Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão et autres c. Portugal, req. n° 29813/96 et 30229/96, arrêt du 11 janvier 2000*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2000-I : **282, 367, 409, 424**

Labita c. Italie, req. n° 26772/95, arrêt (G.C.) du 6 avril 2000, *Rec. C.E.D.H.*, 2000-IV : **412**

Kuchar et Stis c. République Tchèque, req. n° 37527/97, décision sur la recevabilité du 23 mai 2000***** : **235**

Zwierzynski c. Pologne, req. n° 34049/96, décision sur la recevabilité du 15 juin 2000*****, et arrêt du 19 juin 2001 *****, *Rec. C.E.D.H.*, 2001-VI : **264**

Kadikis c. Lettonie, req. n° 47634/99, décision sur la recevabilité du 29 juin 2000***** : **367, 428**

Kudla c. Pologne, req. n° 30210/96, arrêt du 26 octobre 2000*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2000-XI : **411**

Piron c. France, req. n° 36436/97, arrêt du 14 novembre 2000***** : **411**

Malhous c. République tchèque, req. n° 33071/96, décision (G.C.) sur la recevabilité du 13 décembre 2000*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2000-XII : **383, 423**

Meriakri c. Moldavie, req. n° 53487/99, décision sur la recevabilité du 16 janvier 2001***** : **388**

Moldovan et Rostaş c. Roumanie, req. n° 41138/98, 64320/01, décision sur la recevabilité du 13 mars 2001***** : **388**

– arrêt du 12 juillet 2005*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2005-VII (extraits) : **412-413, 428**

Cankoçak c. Turquie, req. n° 25182/94 et 26956/95, arrêt du 20 février 2001***** : **264**

C. c. Pologne, req. n° 27918/95, arrêt de la Cour du 3 mai 2001***** : **411**

Chypre c. Turquie, req. n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, *Rec. C.E.D.H.*, 2001-IV : **408, 412, 480**

Şahiner c. Turquie, req. n° 29279/95, arrêt du 25 septembre 2001*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2001-IX : **264**

Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, req. n° 42527/98, arrêt (G.C.) du 12 juillet 2001*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2001-VIII : **380, 424**

Sovtransavto Holding c. Ukraine, req. n° 48553/99, décision sur la recevabilité du 27 septembre 2001***** : **327, 427**

– arrêt du 25 juillet 2002*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2002-VII : **370, 411**

Potocka et autres c. Pologne, req. n° 33776/96, arrêt du 4 octobre 2001*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2001-X : **335, 349, 408**

Karagiannis et autres c. Grèce, req. n° 51354/99, décision sur la recevabilité du 11 octobre 2001***** : **399, 407**

Jovanović c. Croatie, req. n° 59109/00, décision sur la recevabilité du 28 février 2002*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2002-III : **367, 428-429**

Sisojeva c. Lettonie, req. n° 60654/00, décision sur la recevabilité du 28 février 2002***** : **349**

Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, req. n° 46477/99, arrêt du 14 mars 2002 : **413**

Klamecki c. Pologne, req. n° 25415/94, arrêt du 28 mars 2002***** : **411**

Litovchenko c. Russie, req. n° 69580/01, décision sur la recevabilité du 18 avril 2002***** : **367, 389, 428**

Yaylan c. Turquie, req. n° 44710/98, décision sur la recevabilité du 28 mai 2002***** : **25**

Kikots et Kikota c. Lettonie, req. n° 54715/00, décision sur la recevabilité du 6 juin 2002***** : **282, 367**

Miholapa c. Lettonie, req. n° 61655/00, décision partielle sur la recevabilité du 6 juin 2002***** : **423**

Goodwin c. Royaume-Uni, req. n°28957/95, arrêt du 11 juillet 2002 : **412**

Kalachnikov c. Russie, req. n° 47095/99, arrêt du 15 juillet 2002***** : **411, 428**

Posti et Rahko c. Finlande, req. n° 27824/95, arrêt du 24 septembre 2002*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2002-VII : **400**

Ostojić c. Croatie, req. n° 16837/02, décision sur la recevabilité du 26 septembre 2002***** : **425**

Absandze c. Georgie, req. n° 57861/00, décision sur la recevabilité du 15 octobre 2002***** : **410**

Veeber c. Estonie (n°1), req. n° 37571/97, arrêt sur les exceptions préliminaires du 7 novembre 2002***** : **367, 408**

Mosteanu c. Roumanie, Req. n° 33176/96, arrêt du 26 novembre 2002***** : **423**

Lavents c. Lettonie, req. n° 58442/00, arrêt du 28 novembre 2002***** : **411**

Smoleanu c. Roumanie, req. n° 30324/96, arrêt (G.C.) du 3 décembre 2002***** : **383**

Broniowski c. Pologne, req. n° 31443/96, décision sur la recevabilité (G.C.) du 19 décembre 2002*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2002-X : **327, 424**

– arrêt (G.C.) du 22 juin 2004*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-V, pp. 93-169 : **327, 411-412**

I. R. S. et autres c. Turquie, req. n° 26338/95, décision sur la recevabilité du 28 janvier 2003***** : **349, 423**

Blečić c. Croatie, req. n° 59532/00, décision sur la recevabilité du 30 janvier 2003***** : **370**

– arrêt (G.C.) sur les exceptions préliminaires du 8 mars 2006*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2006-III : **17, 20, 256, 320, 335, 348, 366, 367, 389, 425**

Satka et autres c. Grèce, req. n° 55828/00, arrêt du 27 mars 2003***** : **397, 423**

Smirnova c. Russie, req. n° 46133/99 et 48183/99, arrêt du 24 juillet 2003*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2003-IX : **371, 407, 411, 428**

Balasoiu c. Roumanie, req. n° 37424/97, décision sur la recevabilité du 2 septembre 2003***** : **282, 413, 428**

Todorescu c. Roumanie, req. n° 40670/98, arrêt du 30 septembre 2003***** : **393, 425**

Czerwinska et autres c. Pologne, req. n° 33828/96, décision sur la recevabilité du 30 septembre 2003***** : **424**

Gennadi Naoumenko c. Ukraine, req. n° 42023/98, arrêt du 10 février 2004***** : **428**

Jorge Nina Jorge et autres c. Portugal, req. n° 52662/99, arrêt du 19 février 2004***** : **407**

Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie, req. n° 48787/99, arrêt (G.C.) du 8 juillet 2004*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-VII, pp. 15-134 : **335, 407, 411, 428**

Mora do Vale et autres c. Portugal, req. n° 53468/99, arrêt du 29 juillet 2004***** : **411**

Lucien Léger c. France, req. n° 19324/02, décision sur la recevabilité du 21 septembre 2004 : **407**

Kopecký c. Slovaquie, req. n° 44912/98, arrêt (G.C.) du 28 septembre 2004*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2004-IX, pp. 163-180 : **367**

Moisejevs c. Lettonie, req. n° 64846/01, décision sur la recevabilité du 21 octobre 2004 : **411**

Bitsinas c. Grèce, req. n° 33076/02, décision sur la recevabilité du 23 novembre 2004***** : **423**

A. K. et V. K. c. Turquie, req. n° 38418/97, arrêt du 30 novembre 2004 : **412**

Novosseletski c. Ukraine, req. n° 47148/99, arrêt du 22 février 2005*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2005-II (extraits) : **412**

Freiherr Von Maltzan et autres c. Allemagne, req. n° 71916/01, 71917/01, 10260/02, décision (G.C.) sur la recevabilité du 2 mars 2005*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2005-V : **423**

Fadeïeva c. Russie, req. n° 55723/00, arrêt du 9 juin 2005*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2005-IV : **335, 411-412**

Iosséliani c. Georgie, req. n° 64803/01, décision sur la recevabilité du 6 septembre 2005***** : **428**

Bunjevac c. Slovénie, req. n° 48775/99, décision sur la recevabilité du 19 janvier 2006***** : **362**

Akilli c. Turquie, req. n° 71868/01, arrêt de la Cour du 11 avril 2006***** : **264**

Yaşar c. Turquie, req. n°44754/98, arrêt de la Cour du 11 avril 2006***** : **264**

Kadikis c. Lettonie (n°2), req. n° 62393/00, arrêt de la Cour du 4 mai 2006***** : **388**

Kornakovs c. Lettonie, req. n° 61005/00, arrêt du 15 juin 2006 : **411**

Hutten-Czapska c. Pologne, req. n° 35014/97, arrêt (G.C.) du 19 juin 2006*****, *Rec. C.E.D.H.*, 2006-VIII : **411**

Grecu c. Roumanie, req. n° 75101/01, arrêt du 30 novembre 2006***** : **362, 390**

Vogins c. Lettonie, req. n°3992/02, arrêt du 1er février 2007 : **411**

Čistiakov c. Lettonie, req. n° 67275/01, arrêt du 8 février 2007***** : **407**

Ivanov c. Bulgarie, req. n° 67189/01, arrêt du 24 mai 2007***** : **411**

Patriarcat œcuménique c. Turquie, req. n° 14340/05, décision sur la recevabilité du 12 juin 2007***** : **349**

Chirita c. Turquie, req. n° 37147/02, décision sur la recevabilité du 6 septembre 2007***** : **1266**

Teren Aksakal c. Turquie, req. n° 51967/99, arrêt du 11 septembre 2007***** : **264, 412-413**

Campos Costa et autres c. Portugal, req. n° 10172/04, arrêt du 30 octobre 2007***** : **424**

Valer Pop c. Roumanie, req. n° 26511/04, arrêt du 13 décembre 2007***** : **349**

Varnava et autres c. Turquie, req. n° 16064/90 à 16066/90 et 16068/90 à 16073/90, arrêts du 10 janvier 2008***** : **18, 407, 412**

– arrêt (G.C.) du 11 septembre 2009***** : **412**

Sari et autres c. Turquie, req. n° 13767/04, arrêt du 29 juillet 2008***** : **264**

Preussische Treuhand Gmbh & Co. Kg A. A. c. Pologne, req. n° 47550/06, décision sur la recevabilité du 7 octobre 2008***** : **367, 423**

Çayğan c. Turquie, req. n° 61/04, arrêt du 27 janvier 2009***** : **264**

Šilih c. Slovénie, req. n° 71463/01, arrêt (G.C.) du 9 avril 2009***** : **413**

Ruga c. Bulgarie, req. n° 7148/04, arrêt du 2 juillet 2009***** : **282**

Klaus et Iouri Kiladze c. Géorgie, req. n° 7975/06, arrêt du 2 février 2010***** : **424**

Bekaouri c. Georgie, req. n° 14102/02, décision sur la recevabilité du 29 juin 2010***** : **282**

Lyubov Efimenko c. Ukraine, req. n° 75726/01, arrêt du 25 novembre 2010***** : **413**

Lăpuşan et autres c. Roumanie, req. n° 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06, 39067/06, arrêt du 8 mars 2011***** : **413**

6. Comités des Nations unies

Certaines des décisions et constatations des Comités des Nations Unies ont été publiées dans les *International Law Reports*. Les autres décisions et constatations peuvent être consultées sur le site des Nations Unies (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/), ainsi que sur le site de la bibliothèque des droits de l'homme de l'Université du Minnesota (http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/undocs-index.html).

6.1. Comité des droits de l'homme des Nations unies :

K. L. c. Danemark, Comm. No. 72/1980, décision sur la recevabilité du 31 juillet 1980***** : **389**

Carballal c. Uruguay, Comm. No. R. 8/33, constatations du 27 mars 1981*****, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 240-246 : **327, 397, 415**

Touron c. Uruguay, Comm. n° R. 7/32, 31 mars 1981, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 261-266 : **296**

Lovelace c. Canada, *Comm*. No. 24/1977, constatations du 30 juillet 1981*****, *I.L.R.*, vol. 68, pp. 17-28 : **20, 397, 416, 428**

Altesor c. Uruguay, Comm. No. R. 10/1977, constatations du 29 mars 1982*****, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 248-258 : **415, 417**

Bleier c. Uruguay, Comm. No. 30/1978, constatations du 29 mars 1982***** : **417**

Teti c. Uruguay, Comm. No. R. 18/73, constatations du 1er avril 1982*****, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 287-296 : **265, 415, 417**

Cámpora c. Uruguay, Comm. No. 66/1980, constatations du 12 octobre 1982*****, *I.L.R.*, vol. 71, pp. 345-353 : **417**

Fanali c. Italie, Comm. No. 75/1980, constatations du 31 mars 1983***** : **362**

Almirati Nieto c. Uruguay, Comm. No. R. 23/92, constatations du 21 juillet 1983*****, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 200-210 : **417**

Luyeye Magana c. Zaïre, Comm. No. R. 22/90, constatations du 21 juillet 1983*****, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 187-192 : **415**

Quinteros et al. *c. Uruguay*, Comm. No. 107/1981, constatations du 21 juillet 1983***** : **417**

Viana Acosta c. Uruguay, Comm. No. R. 25/110, constatations du 29 mars 1984*****, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 225-233 : **415**

Manera Lluberas c. Uruguay, Comm. No. R. 26/123, constatations du 6 avril 1984*****, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 233-241 : **415, 417**

M. A. c. France, Comm. No. 117/1981, décision sur la recevabilité du 10 avril 1984*****, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 242-250 : **417**

J. K. c. Canada, Comm. No. 174/1984, décision sur la recevabilité du 26 octobre 1984*****, *I.L.R.*, vol. 79, pp. 277-279 : **417**

Solorzano c. Venezuela, Comm. No. 156/1983, constatations du 26 mars 1986*****, *I.L.R.*, vol. 94, pp. 400-410 : **417**

Gueye et al. *c. France*, Comm. No. 196/1985, constatations du 3 avril 1989*****, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 312-319 : **327, 393, 397, 416, 436**

R. A. V. N. et al. *c. Argentine*, Comm. No. 343, 344 et 345/1988, décision sur la recevabilité du 26 mars 1990***** : **265, 417**

S. E. c. Argentine, Comm. No. 275/88, décision sur la recevabilité du 26 mars 1990***** : **417**

M. T. c. Espagne, Comm. No. 310/1988, décision sur la recevabilité du 11 avril 1991***** : **265, 415**

A. I. E. c. Libye, Comm. No. 457/1991, décision sur la recevabilité du 7 novembre 1991***** : **265**

Csaba Párkányi c. Hongrie, Comm. No. 410/1990, constatations du 27 juillet 1992***** : **19**

J. L. c. Australie, Comm. No. 491/1992, décision sur la recevabilité du 28 juillet 1992***** : **362, 416-417**

A. S. & L. S. c. Australie, Comm. No. 490/1992, décision sur la recevabilité du 30 mars 1993***** : **265**

K. L. B.-W. c. Australie, Comm. No. 499/1992, décision sur la recevabilité du 30 mars 1993***** : **265**

Ballantyne et al. *c. Canada*, Comm. No. 359/1989, constatations du 31 mars 1993 : **349**

E. W. et al. *c. Pays-Bas*, Comm. No. 429/1990, décision sur la recevabilité du 8 avril 1993 : **349**

N. G. c. Canada, Communication No. 469/1991, constatations du 5 novembre 1993, *I.L.R.*, vol. 98, pp. 479-519 : **349**

Toonen c. Australie, Comm. No. 488/1992, constatations du 31 mars 1994 *****, *I.L.R.*, vol. 112, pp. 328-344 : **349, 417**

Könye et Könye c. Hongrie, Comm. No. 520/1992, décision sur la recevabilité du 7 avril 1994*****: **17, 265, 416, 418**

K. V. & C. V. c. Allemagne, Comm. No. 568/1993, décision sur la recevabilité du 8 avril 1994***** : **415**

Simunek, Tuzilova et Prochazka c. République tchèque, Comm. No. 516/1992, constatations du 19 juillet 1995*****, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 184-195 : **265, 393, 397, 419**

Atkinson, Stroud & Cyr c. Canada, Comm. No. 573/1994, constatations du 31 octobre 1995*****, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 210-222 : **419**

Adimayo, Aduayom, Diasso & Dobou c. Togo, Comm. No. 422/1990, 423/1990 et 424/1990, constatations du 12 juillet 1996***** : **417, 419**

Adam c. République tchèque, Comm. No. 586/1994, constatations du 23 juillet 1996***** : **416**

Somers c. Hongrie, Comm. No. 566/1993, constatations du 23 juillet 1996*****, *I.L.R.*, vol. 115, pp. 263-276: **265, 397, 419**

Holland c. Irlande, Comm. No. 593/1994, constatations du 25 octobre 1996*****, *I.L.R.*, vol. 115, pp. 277-286 : **374**

Julian & Drake c. Nouvelle-Zélande, Comm. No. 601/1994, décision sur la recevabilité du 3 avril 1997*****, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 223-235 : **265, 419**

Drobek c. Slovaquie, Comm. No. 643/1995, décision sur la recevabilité du 14 juillet 1997*****, *I.L.R.*, vol. 118, pp. 235-240 : **373, 416, 419, 424**

Tae Hoon Park c. Corée, Comm. No. 628/1995, constatations du 20 octobre 1998***** : **374**

Kim c. Corée, Comm. No. 574/94, constatations du 3 novembre 1998***** : **348-349, 428**

Bethel c. Trinité-et-Tobago, Comm. No. 830/1998, décision sur la recevabilité du 31 mars 1999***** : **221**

Thomas c. Jamaïque, Comm. No. 800/1998, constatations du 8 avril 1999***** : **221**

A. c. Nouvelle-Zélande, Comm. No. 754/1997, constatations du 15 juillet 1999***** : **415**

Aceituno et Vasquez c. Chili, Comm. No. 746/1997, décision sur la recevabilité du 26 juillet 1999***** : **367**

Vargas c. Chili, Comm. No. 718/1996, décision sur la recevabilité du 26 juillet 1999***** : **367**

Kennedy c. Trinité et Tobago, Comm. No. 845/1999, décision sur la recevabilité du 2 novembre 1999 : 154, 221

Hart c. Australie, Comm. No. 947/2000, décision sur la recevabilité du 25 octobre 2000***** : **362, 389**

Simalae Toala et al. *c. Nouvelle-Zélande*, Comm. No. 675/1995, constatations du 2 novembre 2000***** : **416**

Paraga c. Croatie, Comm. No. 727/1996, constatations du 4 avril 2001***** : **415, 417, 419**

Winata et Li c. Australie, Comm. No. 930/2000, constatations du 26 juillet 2001***** : **427**

Baulin c. Russie, Comm. No. 771/1997, décision sur la recevabilité du 31 octobre 2002***** : **417**

Kurowski c. Pologne, Comm. No. 872/1999, décision sur la recevabilité du 18 mars 2003***** : **367**

Love et consorts c. Australie, Comm. No. 983/2001, constatations du 25 mars 2003 ***** : **367, 428-429**

Yong-Joo Kang c. République de Corée, Comm. No. 878/1999, constatations du 15 juillet 2003***** : **417**

Kolanowski c. Pologne, Comm. No. 837/1998, décision sur la recevabilité du 6 août 2003***** : 389

Smartt c. Guyana, Comm. No. 867/1999, constatations du 6 juillet 2004***** : **221**

Nallaratnam Singarasa c. Sri Lanka, Comm. No. 1033/2001, constatations du 21 juillet 2004***** : **374**

Kankanamge c. Sri Lanka, Comm. No. 909/2000, constatations du 27 juillet 2004***** : **415, 417, 419**

Siewpersaud c. Trinité-et-Tobago, Comm. No. 938/2000, constatations du 29 juillet 2004***** : 221

Deolall c. Guyana, Comm. No. 912/2000, constatations du 1er novembre 2004***** : **221**

Zhurin c. Russie, Comm. No. 851/1999, décision sur la recevabilité du 2 novembre 2004***** : **417**

Fongum Gorji-Dinka c. Cameroun, Comm. No. 1134/2002, constatations du 17 mars 2005***** : **417, 419**

Abel da Silva Queiroz et al. c. Portugal, Comm. No. 969/2001, décision sur la recevabilité du 26 juillet 2005***** : **416, 419**

Lawrence Chan c. Guyana, Comm. No. 913/2000, constatations du 31 octobre 2005***** : **221**

Norma Yurich c. Chili, Comm. No. 1078/2002, décision sur la recevabilité du 2 novembre 2005***** : **415, 416**

Kouidis c. Grèce, Comm. No. 1070/2002, constatations du 28 mars 2006***** : **265, 374, 417**

Sankara et al. *c. Burkina-Faso*, Comm. No. 1159/2003, constatations du 28 mars 2006***** : **265, 413, 417**

Blaga c. Roumanie, Comm. No. 1158/2003, constatations du 30 mars 2006***** : **265, 374**

Boucherf c. Algérie, Comm. No. 1196/2003, constatations du 30 mars 2006 : **412**

Gilberg c. Allemagne, Comm. No. 1403/2005, décision sur la recevabilité du 25 juillet 2006***** : **250, 362**

Anderson c. Australie, Comm. No. 1367/2005, décision sur la recevabilité du 31 octobre 2006***** : **418**

Anton c. Algérie, Comm. No. 1424/2005, décision sur la recevabilité du 1er novembre 2006***** : **419, 428**

Brown c. Namibie, Comm. No. 1591/2007, décision sur la recevabilité du 23 juillet 2008 : **199**

Loth – and her heirs c. Allemagne, Comm. No. 1754/2008, décision sur la recevabilité du 23 mars 2010***** : **250**

Zavrel c. République tchèque, Comm. No. 1615/2007, constatations du 27 juillet 2010***** : **265**

6.2. Comité contre la torture :

O.R. c. Argentine, 1-3/1988, décision sur la recevabilité du 23 novembre 1989***** : **417**

A. A. c. Azerbaïdjan, Comm. No. 247/2004, décision sur la recevabilité du 25 novembre 2005***** : **267, 415**

6.3. Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

Dragan Durmic c. Serbie-et-Monténégro, Comm. No. 29/2003, 8 mars 2006***** : **267, 417**

7.1. Commission interaméricaine des droits de l'homme :

Carranza c. Argentine, décision du 30 septembre 1997, *I.L.R.*, vol. 123, pp. 139-156***** : **280, 296, 362, 389**

Consuelo et al. *c. Argentine*, décision du 2 octobre 1992***** (texte de la décision disponible sur le site de la bibliothèque des droits de l'homme de l'Université du Minnesota, à l'adresse suivante : http://www1.umn.edu/humanrts/cases/28-92-ARGENTINA.htm) : **349, 389**

M. Z. c. Bolivie, décision du 10 octobre 2001***** (texte de la décision disponible sur le site de la bibliothèque des droits de l'homme de l'Université du Minnesota, à l'adresse suivante : http://www1.umn.edu/humanrts/cases/73-01.html) : **296, 417**

7.2. Cour interaméricaine des droits de l'homme :

Les décisions, avis et arrêts peuvent être consultés sur le site de la Cour (http://www.corteidh.or.cr/index.cfm)

7.2.1. Avis consultatif

« Autres Traités » soumis à la compétence consultative de la Cour (article 64 de la Convention), avis consultatif du 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A, n° 1, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 594-609 : **296**

Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine (articles 74 et 75), avis consultatif du 24 septembre 1982, OC-2/82, Série A, n° 2, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 558-571 : **111, 138**

Responsabilité internationale pour la promulgation et l'application des lois violant la Convention (Articles 1 et 2), avis consultatif du 9 décembre 1994, OC-14-94, Série A, n° 14 : **349**

Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (article 51), avis du 14 novembre 1997, OC-15/97, Série A, n° 15 : **223**

Droit d'être informé d'une assistance consulaire à la lumière des garanties du Due Process of Law, avis consultatif du 1er octobre 1999, OC-16/99, Série A, n° 16 : **362**

7.2.2. Décisions et arrêts

Government of Costa Rica (in the matter of Viviana Gallardo et al.*)*, décision préliminaire du 22 juillet 1981 et décision du 13 novembre 1981, *I.L.R.*, vol. 67, pp. 577-593 : **111**

Velásquez-Rodríguez c. Honduras, arrêt du 29 juillet 1988, Série C, n° 4 : **412**

Genie-Lacayo c. Nicaragua, arrêt sur les exceptions préliminaires du 27 janvier 1995*****, Série C, n° 21 : **420**

Blake c. Guatemala, arrêt sur les exceptions préliminaires du 2 juillet 1996*****, Série C, n° 27 : **412, 417, 420**

Ivcher Bronstein c. Pérou, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 1999*****, Série C, n° 54 : **148-149, 223**

Tribunal constitutionnel c. Pérou, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 1999*****, *Série* C, n° 55 : **148-149, 223**

Hilaire c. Trinité-et-Tobago, arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er septembre 2001, Série C, n° 80 : **138**

Benjamin et al. c. Trinité-et-Tobago, arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er septembre 2001*****, Série C, n° 81 : **138, 143**

Constantine et al. *c. Trinité-et-Tobago*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 1er septembre 2001, Série C, n° 82 : **138**

Cantos c. Argentine, arrêt sur les exceptions préliminaires du 7 septembre 2001*****, Série C, n° 85 : **244, 334, 362, 408, 420, 428**

Del Campo-Dodd c. Mexique, arrêt sur les exceptions préliminaires du 3 septembre 2004*****, Série C, n° 113 : **334, 390, 417, 420**

Sœurs Serrano Cruz c. El Salvador, arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires du 23 novembre 2004*****, Série C, n° 118 : **267, 417, 420**

Caesar c. Trinité-et-Tobago, arrêt du 11 mars 2005*****, Série C, n° 123 : **267, 411, 417**

Communauté de Moiwana c. Suriname, arrêt du 15 juin 2005*****, Série C, n° 124 : **267, 417**

Yean & Bosico c. République dominicaine, arrêt du 8 septembre 2005*****, Série C, n° 130 : **141, 267, 334, 417**

Almonacid-Arellano et al. *c. Chili*, arrêt du 26 septembre 2006*****, Série C, n° 154 : **244, 362, 417, 420**

Nogueira de Carvalho et al. *c. Brésil*, arrêt de la Cour du 28 novembre 2006*****, Série C, n° 161 : **267, 417**

Cantoral-Huamaní et García-Santa Cruz c. Perou, arrêt du 10 juillet 2007*****, Série C, n° 167 : **417**

García-Prieto c. El Salvador, arrêt de la Cour du 20 novembre 2007*****, Série C, n° 168 : **417, 420**

– arrêt en interprétation du 24 novembre 2008, Série C, n° 188 : **420**

Heliodoro Portugal c. Panama, arrêt de la Cour du 12 août 2008*****, Série C, n° 186 : **141, 267**

Bayarri v. Argentina, arrêt de la Cour du 30 octobre 2008, Série C, n° 187 : **141**

Garibaldi c. Brésil, arrêt du 23 septembre 2009*****, Série C, n° 203 : **267**

Radilla-Pacheco c. Mexique, arrêt du 23 novembre 2009, Série C, n° 209 : **412**

Affaire du massacre de « Las Dos Erres » c. Guatemala, arrêt du 24 novembre 2009, Série C, n° 211 : **267**

8. Cour de Justice des Communautés européennes/Cour de Justice de l'Union européenne

8.1. Cour

Friedrich Stork et Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, aff. 1/58, arrêt du 4 février 1959, *I.L.R.*, vol. 27, pp. 339-352 : **393**

Commission c. France, aff. 167/73, arrêt du 4 avril 1974, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. 459 : **353**

Amministrazione delle finanze dello Stato c. Srl Meridionale Industria Salumi et autres, aff. jointes 212/80 à 217/80, arrêts de la Cour du 12 novembre 1981, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 2735 : **68**

Srl Bensider et. al *c. Commission*, aff. 50/84, arrêt du 27 novembre 1984, *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 3991 : **99**

AKZO chimie, aff. 53/85, arrêt du 24 juin 1986, *Rec. C.J.C.E.*, 1986, p. I-1965 : **89**

Danisco Sugar AB c. Allmänna ombudet, aff. C-27/96, arrêt du 27 novembre 1997, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-6653 : **294**

Falck SpA et Acciaierie di Bolzano SpA c. Commission, aff. jointes C-74/00 et C-75/00, arrêts du 24 septembre 2002, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-7869 : **24**

R.F.A. c. Commission, aff. C-334/99, arrêt du 28 janvier 2003, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-1139 : **24**

Beemsterboer Coldstore Services BV c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Arnhem, aff. C-293/04, arrêt du 9 mars 2006, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-2263 : **68, 255**

Procédure pénale contre Giovanni Dell'Orto, aff. C-467/05, arrêt du 28 juin 2007, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-5557 : **68, 255**

pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. République d'Autriche, aff. C-454/06, arrêt du 19 juin 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-4401 : **393**

Procédure d'extradition contre Santesteban Goicoechea, aff. C-296/08 PPU, arrêt du 12 août 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-6307 : **68, 255**

Artur Werińsky c. Mediatel 4B spółka z o.o., aff. C-283/09, arrêt du 17 février 2011 : **89**

8.2. Tribunal de première instance/Tribunal

Opel Austria GmbH c. Conseil, aff. T-115/94, arrêt du 22 janvier 1997, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. II-39 : **294**

Preussag Stahl AG c. Commission, aff. T-129/96, arrêt du 31 mars 1998, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. II-609 : **24**

Alitalia – Linee aeree italiane SpA c. Commission, aff. T-301/01, arrêt du 9 juillet 2008, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. II-1753 : **89**

Etimine et Etiproducts c. Commission, aff. T-539/08, ordonnance du 7 septembre 2010, J.O. C 301 du 6.11.2010, p. 30 : **68, 89, 99**

Norilsk Nickel Harjavalta Oy, Umicore SA/NV c. Commission, aff. T-532/08, ordonnance du Tribunal (grande chambre) du 7 septembre 2010 : **68, 89, 99**

9. Tribunal de Nuremberg

Flick et consorts, jugement du 22 décembre 1947, *I.L.R.*, vol. 14, pp. 266-274 : **261**
Ohlendorf et consorts (Einsatzgruppen trial), jugement du 10 avril 1948, *I.L.R.*, vol. 15, pp. 656-668 : **261**

10. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Les décisions, jugements et arrêts peuvent être consultés sur le site du tribunal : http://www.icty.org/

Le Procureur c. Tadić, alias « Dule », IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *I.L.R.*, vol. 105, pp. 453-527 : **7, 78, 149**

– jugement de la Chambre de première instance du 7 mai 1997, *I.L.R.*, vol. 112, pp. 1-261 : **261**

Le Procureur c. Delalić et consorts, IT-96-21, jugement de la Chambre de première instance du 16 novembre 1998 : **261**

Le Procureur c. Kupreškic et consorts, IT-95-16, décision de la Chambre de première instance II du 17 février 1999 relative aux éléments de preuve portant sur la moralité de l'accusé et le moyen de défense de *Tu Quoque****** : **333**

Le Procureur c. Aleksovski, IT-95-14/1, arrêt de la Chambre d'appel du 24 mars 2000 : **261**

Le Procureur c. Krajišnik, IT-00-39, décision de la Chambre de première instance du 22 septembre 2000 relative aux motifs de la décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence du TPIY soulevée par l'Accusé***** : **261**

– jugement de la Chambre de première instance I du 27 septembre 2006***** : **261**

Le Procureur c. Plavšic, IT-00-39&40/1, jugement portant condamnation de la Chambre de première instance du 27 février 2003***** : **333**

Le Procureur c. Šešelj, IT-03-67, décision de la Chambre de première instance II du 26 mai 2004 relative à l'exception préjudicielle pour incompétence et vices de forme de l'acte d'accusation***** : **261**

Le Procureur c. Jdranko Prlic et consorts, IT-04-74, décision de la Chambre de première instance I du 22 juillet 2005 relative aux exceptions préjudicielles de la défense fondées sur un vice de forme de l'acte d'accusation***** : **333**

11. Tribunal pénal international pour le Rwanda

Les décisions, jugements et arrêts peuvent être consultés sur le site du tribunal : http://www.unictr.org/

Le Procureur c. Ngeze, ICTR-97-27, décision de la Chambre de première instance du 5 novembre 1999 sur la Requête du Procureur aux fins d'autorisation de modifier l'acte d'accusation***** : **333**

Ngeze, ICTR-97-27, *et Nahimana c. le Procureur*, ICTR-96-11, décision de la Chambre d'Appel du 5 septembre 2000 sur les appels interlocutoires***** : **333**

Barayagwiza c. le Procureur, ICTR-97-19, décision de la Chambre d'Appel du 14 septembre 2000 sur les appels interlocutoires datés du 11 avril et du 6 juin 2000***** : **333**

Le Procureur c. Kajelijeli, ICTR-98-44A, arrêt de la Chambre d'appel du 16 novembre 2001 sur l'appel de la décision du 13 mars 2001 rejetant la « *defence motion objecting to the jurisdiction of the tribunal* »***** : **333**

Le Procureur c. Bagilishema, ICTR-95-1A, jugement de la Chambre de première instance I du 7 juin 2001***** : **333**

Le Procureur c. Nzuwonemeye, ICTR-00-56, décision de la Chambre de première instance II du 12 décembre 2002***** : **333**

Rukundo c. le Procureur, ICTR-01-70, décision de la Chambre d'Appel du 17 octobre 2003 relative à l'acte d'appel relatif à la décision du 26 février 2003 relative aux exceptions préjudicielles***** : **333**

Le Procureur c. Nahimana, Barayagwiza et Ngeze, ICTR-99-52-T, jugement de la Chambre de première instance I du 3 décembre 2003***** : **333**

Le Procureur c. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki et Samuel Imanishimve, ICTR-99-46-T, jugement de la Chambre de première instance III du 25 février 2004***** : **333**

Le Procureur c. Augustin Bizimungu, ICTR-00-56-I, décision de la Chambre de première instance II du 15 juillet 2004***** : **333**

12. Cour pénale internationale

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, n° ICC-01/04-01/06, décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 : **263**

13. O.M.C

Les rapports et sentences peuvent être consultés sur le site de l'O.M.C. (http///www.wto.org/).

13.1. Groupes spéciaux

Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (Communautés européennes c. Etats-Unis), 22 décembre 1999, WT/DS152 (disponible sur le site de l'O.M.C. :: **353**

Mesures visant la noix de coco desséchée (Philippines/Brésil), 17 octobre 1996, WT/DS22/R : **95, 304, 393**

13.2. Organe d'appel

Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Communautés européennes/Etats-Unis et Canada), 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R & WT/DS48/AB/R, in *GATT/O.M.C., Recueil des contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 766-792 (extraits) : **393**

Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Etats-Unis/Brésil et Venezuela), 22 avril 1996, WT/DS2/AB/R, in *GATT/O.M.C., Recueil des contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 534-549 (extraits) : **393**

13.3. Arbitrage

Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (recours des Communautés européennes), 9 avril 1999, WT/DS27ARB : **24**

14. Commission d'indemnisation des Nations Unies

Réclamations pour les départs d'Irak ou du Koweit (catégorie « A »), rapport et recommandations du panel de commissaires, 15 septembre 1994 (*first instalment*)*****, *I.L.R.*, vol. 109, pp. 14-45, *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, pp. 305-343 : **251**

– rapport et recommandations du panel de commissaires, 1er février 1995 (*second instalment*)*****, *I.L.R.*, vol. 109, pp. 46-57 : **251**

– rapport et recommandations du panel de commissaires, 23 mars 1995 (*third instalment*)*****, *I.L.R.*, vol. 109, pp. 57-64 : **251**

Réclamations pour préjudices personnels graves ou décès réclamations (catégorie « B »), rapport et recommandations du panel de commissaires, 14 avril 1994*****, *I.L.M.*, vol. 34, 1995-I, pp. 268-303 : **251**

Réclamations pour pertes individuelles inférieures à 100 000 dollars (catégorie « C »), rapport et recommandations du panel de commissaires, 2 septembre 1994 (first instalment)*****, *I.L.R.*, vol. 109, pp. 206-447 : **251**

Réclamations des travailleurs égyptiens, rapport et recommandations du panel de commissaires (première phase), 7 juillet 1995*****, *I.L.R.*, vol. 117, pp. 195-253 : **251**

14. Tribunaux arbitraux *ad hoc*

14.1. CIRDI

Les décisions et sentences peuvent être consultées sur le site du CIRDI (http://icsid.worldbank.org/ICSID/) ainsi que sur le site http://ita.law.uvic.ca/

Holiday Inns S.A. c. Maroc, ICSID Case No. ARB/72/1, décision sur la compétence du 12 mai 1974***** : **109, 121**

Alcoa Minerals of Jamaica, Inc c. Jamaïque, ICSID Case No. ARB/74/2, décision sur la compétence du 6 juillet 1975*****, *Yearbook of commercial arbitration*, 1979, pp. 206-208 (extraits) : **225**

Kaiser Bauxite Company c. Jamaïque, ICISD Case No. ARB/74/3, décision sur la compétence du 6 juillet 1975*****, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 144-151, *ICSID Reports*, vol. 1, pp. 296-305 : **121, 225**

Reynolds Jamaica c. Jamaïque, ICISD Case No. ARB/74/4, décision sur la compétence du 6 juillet 1975***** : **225**

AMCO Asia Corporation, Pan American Development Ltd et P.T. Amco Indonesia c. République d'Indonésie, ICSID Case No. ARB/81/1, décision du 25 septembre 1983 sur la compétence, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, vol. I, pp. 17-36, *I.L.R.*, vol. 89, pp. 379-402 : **121, 279**

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte, ICSID Case No. ARB/84/3, décisions préliminaires sur la compétence des 27 novembre 1985 et 14 avril 1988*****, *J.D.I.*, 1994, pp. 219-226, *I.L.R.*, vol. 106, pp. 504-505, 512-530 : **21, 121, 149, 226**

Guinée c. Atlantic Triton Company, ICSID Case No. ARB/84/1, sentence du 21 avril 1986*****, *ICSID Rep.*, vol. 3, 1995, pp. 13-44 : **280**

Asian Agricultural Products ltd. (AAPL) c. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/03, sentence du 27 juin 1990, *ICSID Reports*, vol. 4, pp. 250-295, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 526-573 : **121, 468**

Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie, ICSID Case No. ARB/94/2, sentence du tribunal CIRDI du 24 décembre 1996*****, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 161-196 : **47, 49, 53, 109, 121, 288, 344, 461, 468**

Manufactoring & Trading Inc. c. République du Zaïre, ICSID Case No. ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, *J.D.I.* 1998, pp. 243-263, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 11-37 : **121**

Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, décision du 2 septembre 1998*****, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, pp. 458-527, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 5-45 : **47, 89, 349**

Azinian c. Mexique, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1998, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 269-295 : **389**

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C.S.O.B.) c. République slovaque, ICSID Case No. ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999*****, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 330-357 : **109, 113, 121, 226**

Maffezini c. Espagne, ICSID Case No. ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000*****, *I.L.R.*, vol. 124, pp. 9-35, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 396-418 : **25, 55, 121, 299, 455, 457, 459, 462, 463**

Eudoro Armando Olguin c. République du Paraguay, ICISD Case No. ARB/98/5, décision sur la compétence du 8 août 2000, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 154-180, spéc. pp. 161-162 : **121**

Compañia de Aguas de Aconquija SA et Compagnie générale des eaux c. Argentine, ICSID Case No. ARB/97/3, sentence du 21 novembre 2000, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 296-329 : **463**

Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, décision intérimaire sur les exceptions préliminaires du tribunal CIRDI du 6 décembre 2000*****, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 327-340 : **280, 295, 304**

– sentence du 16 décembre 2002, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 341-402 : **349**

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Etats-Unis, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, décision du 9 janvier 2001, E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, pp. 647-667 : **357, 366**

– sentence du 26 juin 2003, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, *op. cit.*, pp. 775-786, *I.L.M.*, 2003, vol. 42, pp. 811-851 : **357-358**

Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *I.L.M.*, 2003, vol. 42, pp. 609-624, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 398-416 : **113**

Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Republique du Chili, ICSID Case No. ARB/98/2, décision sur la compétence du 10 mai 2002***** : **52**

– sentence du 8 mai 2008*****, *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2010, vol. II, pp. 467-500 (extraits) : **55, 289, 328, 361, 385, 424, 457, 461**

Mondev International Ltd. c. Etats-Unis, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002*****, *ICSID Reports*, vol. 6, pp. 193-235 : **282, 295, 328, 304, 344, 349, 357, 367, 385, 424**

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003*****, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 130-212 : **289, 294, 300, 304, 328, 336**

CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine, ICSID Case No. ARB/01/8, décision sur les exceptions préliminaires du 17 juillet 2003, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 494-522 : **349, 385, 484-486**

Generation Ukraine Inc. c. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003*****, *ICSID Reports*, vol. 10, pp. 236-308 : **280, 289, 295, 328, 336, 344, 349, 370**

Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine, ICSID Case No. ARB/01/3, sentence du 14 janvier 2004, *ICSID Reports*, vol. 11, pp. 269-294 : **473**

SGS Société générale de surveillance S.A. c. République des Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, décision sur les exceptions préliminaires du 29 janvier 2004*****, *ICSID Reports*, vol. 8, pp. 515-567 : **279, 283, 304, 328, 393, 424**

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. c. Argentine, ICSID Case No. ARB/02/1, décision sur les exceptions préliminaires du 30 avril 2004, *ICSID Reports*, vol. 11, pp. 414-430 : **348-349**

Siemens A.G. c. République d'Argentine, ICSID Case No. ARB/02/8, décision sur les exceptions préliminaires du 3 août 2004, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 174-217 : **468, 479**

Salini Costruttori S.p.A. c. Jordanie, ICSID Case No. ARB/02/13, décision sur les exceptions préliminaires du 29 novembre 2004*****, *ICSID Reports*, vol. 14, pp. 306-342 : **286-287, 289, 299, 328, 466**

Empresas Lucchetti, S.A., et Lucchetti Perou, S.A. c. République du Pérou, ICSID Case No. ARB/03/4, sentence du 7 février 2005*****, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 218-241 : **385, 451, 453, 457, 471-473, 477, 483-484, 486**

– *Industrial Nacional de Alimentos S.A. et Indalsa Perú, S.A. c. République du Pérou (Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Perou, S.A. c. République du Pérou)*, décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 5 septembre 2007***** : **287, 290, 385, 453, 458, 470-471, 473, 485**

Plama Consortium Limited c. Bulgarie, ICSID Case No. ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 273-323 : **116, 121, 226, 279, 299**

Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan, ICSID Case No. ARB 03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, *ICSID Reports*, vol. 12, pp. 247-307

Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. République du Pérou, ICSID Case No. ARB/03/28, décision sur la compétence du 1er février 2006***** : **148, 286, 289, 328, 453, 457**

Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte, ICSID Case No. ARB/04/13, décision sur les exceptions préliminaires du 16 juin 2006***** : **288, 358, 389, 453, 471-472, 474, 485, 488, 490**

L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Algérie, ICSID Case No.ARB/05/3, décision sur les exceptions préliminaires du 12 juillet 2006 : **461**

Telenor Mobile Communications A. S. c. République de Hongrie, ICSID Case No. ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, *J.D.I.*, 2007, pp. 298-308 : **370**

Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte, ICSID Case No. ARB/05/19, décision sur les exceptions préliminaires du 17 octobre 2006***** : **453, 458, 472, 489**

Kardassopoulos c. Géorgie, ICSID Case No. ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007***** : **114, 172, 288, 290, 308, 336, 393**

MCI Power Group L.C. and New Turbine c. Equateur, ICSID Case No. ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007***** : **279, 289, 294-295, 300, 328, 344, 472-473, 477**

– décision du Comité *ad hoc* CIRDI du 19 octobre 2009***** : **255, 286, 288, 290, 300**

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, sentence du 16 août 2007***** : **344**

Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. République du Chili, ICSID Case No. ARB/04/7, sentence du 21 août 2007***** : **55, 471-472, 487**

Desert Line Projects LLC c. Yémen, ICSID Case No. ARB/05/17, sentence du 6 février 2008 : **122**

African Holding Company of America, Inc. et Société africaine de construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo, ICSID Case No. ARB/05/21, décision sur les exceptions préliminaires du 23 juillet 2008***** : **461, 467, 471, 477, 488**

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. (« Duke ») c. République d'Equateur, ICSID Case No. ARB/04/19, sentence du 18 août 2008***** : **290, 302, 453**

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European food S.A., S.C. Starmill S.R.L. & S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie, ICSID Case No. ARB/05/20, décision sur les exceptions préliminaires du 24 septembre 2008***** : **287, 290, 295, 302, 453, 457**

Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine, ICSID Case No. ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008 : **299**

Phoenix Action, Ltd c. République tchèque, ICSID Case No. ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009 : **15, 344**

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie, ICSID Case No. ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009 : **387, 473**

Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Liban, ICSID Case No. ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009***** : **121, 458**

Ata Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie, ICSID Case No. ARB/08/2, sentence du 18 mai 2010*****: **158, 344, 349, 358, 451, 458, 471, 487, 489**

Railroad Development Corporation c. Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, seconde décision sur les exceptions préliminaires du 18 mai 2010***** : **348, 455, 471, 475, 490**

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie, ICSID Case No. ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010***** : **344**

14.2. CNUDCI

E.g., Ethyl Corporation c. Canada, sentence arbitrale du 24 juin 1998, *I.L.R.*, vol. 122, pp. 259-293 : **24**

Pope et Talbot Inc. c. Canada, sentence arbitrale du 7 août 2000 (award concerning the motion by government of Canada respecting the claim based upon imposition of the « super fee), *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 92-98 : **479**

Link-Trading c. Department for Customs Control of Republic of Moldova, sentence sur la compétence du 6 février 2001, *ICSID Reports*, vol. 13, pp. 6-13 : **464**

United Parcel Services of America Inc. c. Canada, sentence arbitrale du 22 novembre 2002, *ICSID Reports*, vol. 7, pp. 285-317 : **279**

Saluka Investments B.V. c. République tchèque, décision sur les exceptions préliminaires relatives à la demande reconventionnelle de la République tchèque du 7 mai 2004 (disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage : http://www.pca-cpa.org/) : **279**

B.G. Group Plc. c. Argentine, sentence arbitrale du 24 décembre 2007 (disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/) : **349**

Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine, décision sur les exceptions préliminaires du 19 septembre 2008***** (disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/) : **280, 290, 304, 328, 370, 393**

Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation c. Équateur, sentence intérimaire du 1er décembre 2008***** (disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/) : **286, 290, 344, 361, 367, 490**

Yukos Universal Limited c. Russie, décision sur les exceptions préliminaires du 30 novembre 2009***** (disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/) : **116, 172, 308**

Eureko B.V. c. Slovaquie, décision sur la compétence du 26 octobre 2010***** : **153, 164, 166**

14.3. Autres arbitrages *ad hoc*

Yuille, Shortridge et Cie (Grande-Bretagne/Portugal), sentence arbitrale du 21 octobre 1861, A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1957, 2ème éd., tome II (1856-1872), pp. 101-118 : **195**

Affaire des réclamations des sujets italiens résidant au Pérou (Italie/Pérou), sentence arbitrale du 30 septembre 1901 rendue sur la réclamation n° 61, présentée par Don Juan Pendola*****, *R.S.A.*, vol. XV, p. 441 : **250**

Cap Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White & Kate and Anna (Etats-Unis/Russie), sentences arbitrales du 29 novembre 1902, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 63-78 : **302**

Interprétation du traité de commerce conclu entre l'Italie et la Suisse le 13 juillet 1904 (Italie/Suisse), sentence arbitrale du 27 avril 1911, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 257-262 : **468**

Chamizal (Mexique/Etats-Unis), sentence arbitrale du 15 juin 1911, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 316-347 : **304**

Interprétation d'une disposition de la convention de commerce entre la France et la Suisse et du procès verbal signés à Berne le 20 octobre 1906 (France/Suisse), sentence arbitrale du 3 août 1912, *R.S.A.*, vol. XI, pp. 415-420 : **350**

Cession of vessels and tugs for navigation on the Danube (Tchécoslovaquie, Grèce, Roumanie, Royaume de Serbie c. Allemagne, Autriche, Hongrie et Bulgarie), sentence arbitrale du 2 août 1921, *R.S.A.*, vol. I, pp. 97-144 : **7**

Réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles (*Allemagne c. Commission des réparations*), sentence arbitrale du 3 septembre 1924, *I.L.R.*, vol. 2 (1923-1924), pp. 341-343 : **106**

Ile de Palmas (Pays-Bas/Etats-Unis), sentence arbitrale du 4 avril 1928, *R.S.A.*, vol. II, pp. 829-872 : **95, 191, 367**

Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal/Allemagne), sentence arbitrale du 30 juin 1930*****, *R.S.A.*, vol. II, pp. 1035-1077 : **245**

Lena Goldfields Company (Ltd.) c. URSS, sentence arbitrale du 2 septembre 1930, *I.L.R.*, vol. 5 (1929-1930), pp. 3-4, *Cornell Law Quarterly*, 1950, pp. 42-53 : **159**

Chevreau (France/Royaume-Uni), sentence arbitrale du 9 juin 1931*****, *R.S.A.*, vol. II, pp. 1113-1143 : **19, 107, 260, 411**

Salem (Egypte/Etats-Unis), sentence arbitrale du 8 juin 1932, *R.S.A.*, vol. II, pp. 1165-1203 : **7**

Pension of officials of the Saar territory (Allemagne/Gouvernement du territoire de la Sarre), sentence arbitrale du 4 septembre 1934, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1555-1568 : **457**

Losinger et Cie S.A. – « Kompass » c. Royaume de Yougoslavie, sentence arbitrale du 31 octobre 1934 reproduite in *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 78, pp. 54-97 : **157**

– jugement préjudiciel du 20 octobre 1935, reproduit in *Rec. C.P.J.I. Série C*, n° 78, pp. 105-118 : **157, 159**

Fonderie de Trail (Etats-Unis/Canada), sentences arbitrales des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, *R.S.A.*, vol. III, pp. 1907-1982 : **341, 447**

Affaire relative à l'or de la banque nationale d'Albanie (Etats-Unis, France, Italie, Royaume-Uni), avis arbitral du 20 février 1953*****, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 19-52 : **260**

Ambatielos (Grèce/Royaume-Uni), sentence arbitrale du 6 mars 1956, *I.L.R.*, vol. 23 (1956), pp. 306-340, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 91-124 : **18**

Concession des phares de l'Empire ottoman (*Lighthouses Arbitration*) (France/Grèce), sentences arbitrales des 24 et 27 juillet 1956, *I.L.R.*, vol. 23 (1956), pp. 659-676, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 161-257 : **199**

Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company (Aramco), sentence arbitrale 23 août 1958, *I.L.R.*, vol. 27, pp. 117-229 : **157**

Sapphire International Petroleums Ltd. c. National Iranian Oil Co. (NIOC), sentence arbitrale du 15 mars 1963, *I.L.R.*, vol. 35, pp. 136-192 : **159**

Affaire de la frontière Argentine/Chili, sentence arbitrale rendue par Sa Majesté la Reine Elizabeth II le 9 décembre 1966, *I.L.R.*, vol. 38, pp. 10-99 : **456**

Affaire de la Frontière occidentale indo-pakistanaise (Rann of Kutch), sentence arbitrale du 19 février 1968, *R.S.A.*, vol. XVII, pp. 5-572 : **456**

Société des grands travaux de Marseille c. East Pakistan Industrial Corporation, sentence arbitrale du 12 décembre 1972, *Yearbook of commercial arbitration*, 1980, vol. V, pp. 177-185 : **159**

British Petroleum Exploration Company (Libye) Limited (B.P.) c. Libye, sentence arbitrale du 10 octobre 1973, *I.L.R.*, vol. 53, pp. 297-357 : **157-158**

Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Co. c. Libye, sentence préliminaire du 27 novembre 1975, *I.L.R.*, vol. 53, pp. 393-419 : **159**

– sentence sur le fond du 19 janvier 1977, *I.L.M.*, vol. 17, pp. 3-37 : **157**

Chenal de Beagle (Argentine/Chili), sentence arbitrale de la Reine Elizabeth II du 18 avril 1977 portant ratification du rapport et de la décision du 18 février 1977*****, *R.S.A.*, vol. XXI, pp. 53-264, *I.L.R.*, vol. 52, pp. 93-228 : **83, 107**

Libyan American Oil Co. (Liamco) c. Libye, sentence arbitrale du 12 avril 1977, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 141-219 : **157, 159, 225**

Délimitation du plateau continental (France/Royaume-Uni), sentence arbitrale du 30 juin 1977, *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 130-270 : **197**

Interprétation de l'accord sur les services de transport aérien, signé à Paris le 27 mars 1946 (Etats-Unis/France), sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, pp. 454-487 : **260, 352, 446**

Différend frontalier Dubaï/Sharjah (Emirat de Dubaï/Emirat de Sharjah), sentence arbitrale du 19 octobre 1981, *I.L.R.*, vol. 91, pp. 543-686 : **456**

Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company, sentence arbitrale du 14 janvier 1982, *R.A.*, 1984, pp. 401-421, *Yearbook of commercial arbitration*, 1986, pp. 98 et ss. : **159**

Aminoil c. Koweit, sentence arbitrale du 24 mars 1982, *J.D.I.*, 1982, pp. 869-909 (extraits) : **157**

Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande c. France, sentence arbitrale du 30 avril 1990, *R.S.A.*, vol. XX, pp. 215-284 : **189, 397, 443-444**

Différend territorial Erythrée/Yemen, sentence arbitrale du 9 octobre 1998, *I.L.R.*, vol. 114, pp. 2-114 : **456**

Thon à nageoire bleue, Nouvelle-Zélande c. Japon, Australie c. Japon, sentence arbitrale sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2000, *I.L.R.*, vol. 119, pp. 508-557, *R.S.A.*, vol. XXIII, pp. 5-49 : **192**

Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. c. Myanmar, ASEAN Case No.ARB/01/1, sentence arbitrale du 31 mars 2003*****, *I.L.M.*, 2003, vol. 42, pp. 540-559 : **47, 344**

Eurotunnel c. France et Royaume-Uni (*The Channel Tunnel Group Ltd. et France-Manche S.A. c. The Secretary of State for transport of the Governement of the United Kingdom and Northern Ireland* et *Le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française*), sentence partielle du 30 janvier 2007 (disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage : http://www.pca-cpa.org/) : **279, 302, 460-462, 466, 488**

Eastern Sugar B.V. c. République tchèque, sentence partielle du 27 mars 2007***** (disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/) : **149, 153, 172, 309**

Guyana c. Suriname, sentence du 17 septembre 2007 (disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage : http://www.pca-cpa.org/) : **302**

Limited Liability Company AMTO c. Ukraine, sentence définitive du 26 mars 2008***** (disponible sur le site http://ita.law.uvic.ca/) : **25, 459, 461-466, 468**

15. Tribunal des différends Iran/Etats-Unis (Déclaration d'Alger du 19 janvier 1981)

Interprétation de la Déclaration d'Alger du 19 janvier 1981, décision du tribunal du 21 décembre 1981, *I.L.R.*, vol. 62, pp. 595-607 : **245**

Amoco Iran Oil Co. c. Iran et autres, sentence du 30 décembre 1982, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 490-495 : **350**

Phillips Petroleum Co., Iran c. Iran, sentence du 30 décembre 1982*****, *I.L.R.*, vol. 70, pp. 483-489 : **350**

Haji-Bagherpour c. Etats-Unis, sentence du 2 janvier 1983, *I.L.R.*, vol. 71, pp. 600-603 : **245**

Grimm c. Iran, sentence du 18 février 1983, *I.L.R.*, vol. 71, pp. 650-662 : **245**

Refusal to file a claim of Detroit Bank and trust Company, décision du 5 mai 1983, *Iran-US C.T.R.*, vol. 2, pp. 312-316 : **247**

Craig c. Ministère de l'énergie de l'Iran et autres, sentence du 2 septembre 1983, *I.L.R.*, vol. 78, 658-670 : **18**

International technical products corporation et al. *c. Iran*, sentence du 28 octobre 1985*****, *Iran-US C.T.R.*, vol. 9, pp. 206-243 : **370**

Foremost Tehran, Inc. c. Iran, sentence du 10 avril 1986*****, *Iran-US C.T.R.*, vol. 10, pp. 229-258 : **336**

Oil Field of Texas, Inc. c. Iran, sentence du 8 octobre 1986*****, *Iran-US C.T.R.*, vol. 12, pp. 308-334 : **247**

Amoco International Finance Corporation c. Iran et al., sentence partielle du 14 juillet 1987*****, *I.L.R.*, vol. 83, pp. 502-608 : **304**

Mobil Oil Iranian Inc et al. *c. Iran*, sentence du 14 juillet 1987*****, *I.L.R.*, vol. 86, pp. 231-306 : **247, 250**

Harold Birnbaum c. Iran, sentence du 6 juillet 1993*****, *Iran-US C.T.R.*, vol. 29, pp. 260-294 : **247**

16. Tribunaux arbitraux mixtes :

Paja Ispanovic c. Etat hongrois, tribunal arbitral mixte hongro-serbe-croate-slovène, 3 octobre 1920*****, *Rec. T.A.M.*, vol. IX, pp. 395-396 : **260**

G. Brun c. Etat bulgare, tribunal arbitral mixte franco-bulgare, 1er février 1922, *Rec. T.A.M.*, vol. I, pp. 789-791 : **344**

Waitz c. Schaefer, tribunal arbitral mixte franco-allemand, 20 juillet 1922, *Rec. T.A.M.*, vol. II, pp. 315-325 : **344**

Héritiers Deprez c. Etat allemand, tribunal arbitral mixte germano-belge, 26 juin 1926*****, *Rec. T.A.M.*, vol. VI, pp. 707-710 : **251**

Emeric Kulin et autres c. Etat roumain, tribunal arbitral mixte roumano-hongrois, 10 janvier 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 138-150 : **279**

Léontios et Nicolas Arakas c. Etat bulgare, tribunal arbitral mixte gréco-bulgare*****, 31 janvier 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 37-39 : **411**

Sarropoulos, tribunal arbitral mixte grèco-bulgare, 14 février 1927*****, *I.L.R.*, vol. 4, pp. 263-264, *Rec. T.A.M.*, vol. VII, pp. 47-55 : **199, 249, 260**

Panos c. Etat bulgare, tribunal arbitral mixte gréco-bulgare, 8 juillet 1927, *Rec. T.A.M.*, vol. I, pp. 814-818 : **345**

Rose Dicran Stephen c. Gouvernement turc, tribunal arbitral mixte turco-anglais, 4 juin 1928*****, *Rec. T.A.M.*, vol. VIII, pp. 211-215 : **260**

A. A. Megalidis c. Turquie, tribunal arbitral mixte gréco-turque, sentence du 26 juillet 1928*****, *I.L.R.*, vol. 4, p. 395, *Rec. T.A.M.*, vol. VIII, pp. 390-398 : **294, 307**

Collac c. Yougoslavie, tribunal arbitral mixte hongro-yougoslave, 15 mai 1929, *I.L.R.*, vol. 5 (1929-1930), pp. 196-197 : **199**

17. Commissions dites de conciliation (Traité du 10 février 1947, article 83)

17.1. Commission France/Italie

Impôts extraordinaires sur le patrimoine institués en Italie, décision n° 32 du 29 août 1949, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 108-116 : **281**

Exercice des droits d'actionnaires des Sociétés Filatures de Schappe et Rhône-Poulenc, décision n° 41 du 3 avril 1950, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 143-148 : **465**

Società mineraria e metallurgica di Pertusola, décision n° 47 du 11 mai 1950, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 175-179 : **468**

Société des explosifs et produits chimiques, décision n° 108 du 15 septembre 1951, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 280-288 : **468**

I.V.E.M., décision n° 25 du 1er mars 1952, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 326-351 : **468**

Société Collas et Michel, décision n° 146 du 21 janvier 1953, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 303-309 : **281**

Società Anonima Michelin Italiana, décisions n° 175 du 15 novembre 1954 et n° 192 du 15 septembre 1955*****, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 612-625 : **241, 445**

Louis Veyrié, décision n° 211 du 3 août 1957, *R.S.A.*, vol. XIII, pp. 730-738 : **281**

17.2. Commission Grande-Bretagne/Italie

Re *Competence of Conciliation Commission*, décision du 8 mai 1954, *I.L.R.*, vol. 22, pp. 867-875 : **7**

Cases of Dual Nationality, décision n° 22 du 8 mai 1954, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 27-36 : **7**

17.3. Commission Italie/Etats-Unis

Hoffman, décision n°7 du 11 avril 1952, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 97-101 : **281, 341, 347**

Armstrong Cork Company, décision n° 18 du 22 octobre 1953, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 159-173 : **281**

Palumbo, décision n° 120, mars 1956, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 251-261 : **281**

Flegenheimer, décision n° 182 du 20 septembre 1958, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 327-390 : **295**

Di Curzio, décision n° 184 du 20 janvier 1959, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 391-393 : **461**

18. Tribunal arbitral Grande-Bretagne/Etats-Unis (Convention du 18 août 1910)

Cayuga Indians (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis, décision du 22 janvier 1926, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 173-190, *I.L.R.*, vol. 3 (1925-1926), p. 246 : **25, 344**

19. Tribunal arbitral pour l'accord sur les dettes extérieures allemandes

Confédération Helvétique c. R.F.A. (No. I), 3 juillet 1958*****, *I.L.R.*, vol. 25 (1958-I), pp. 33-70 : **47, 92, 149**

20. Commission arbitrale pour la propriété, les droits et intérêts en Allemagne

Purfürst c. Etablissements Vitoux, décision sur la recevabilité de l'appel du 14 février 1958, *I.L.R.*, vol. 25, pp. 530-533 : **69**

21. Commission de la propriété Pays-Bas/Japon

The Netherlands Steamship Op Ten Noort, décision I du 16 janvier 1961, *R.S.A.*, vol. XIV, pp. 508-515 : **295**

22. Tribunal des Nations Unies en Libye

Administration de certains biens en Libye, décision du 18 février 1952, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 359-362 : **458**

Institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'Accord conclu, en date du 28 juin 1951, entre les gouvernements britannique et italien, et concernant la disposition de certains biens italiens en Libye, décision du 3 juillet 1954, *R.S.A.*, vol. XII, pp. 375-383 : **89**

23. Commissions des réclamations

23.1. Commission mixte des réclamations Mexique/Etats-Unis (Convention du 11 avril 1839)

Affaire de l'Oriente et de l'Eclipse, A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1957, 2ème éd., tome I (1798-1855), pp. 481-482 : **66**

23.2. Commission des réclamations Etats-Unis/Espagne (Convention du 2 décembre 1871)

Manuel J. Rojas c. Espagne, n° 70 et 126, 19 janvier 1882, *in* J.B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2341-2345 : **302**

De Acosta y Foster, n° 118, 14 décembre 1882, *in* J. B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2347-2348 : **393**

23.3. Commission des réclamations Etats-Unis/Venezuela (convention du 5 décembre 1885)

Albino Abbiatti c. Venezuela, n°34, *in* J. B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2347-2348 : **393**

23.4. Commission des réclamations Etats-Unis/Chili (Convention du 7 août 1892)

Charles G. Wilson c. Chili, n°11, *in* J. B. Moore, *I.A.*, vol. 3, pp. 2553-2557 : **250**

23.5. Commission mixte des réclamations France/Venezuela (Protocole du 19 février 1902)

Les décisions sont classées par ordre alphabétique.

Daniel, *R.S.A.*, vol. X, pp. 22-24 : **199**

*Antoine Fabiani**, *R.S.A.*, vol. X, pp. 83-138, La Fontaine, *Pasicrisie*, pp. 343-369 : **42, 302**

French Company of Venezuelan Railroads, 31 juillet 1905, *R.S.A.*, vol. X, pp. 285-355 : **7, 245**

Leduc, St.Ives, Fischer et consorts, opinion du Commissaire Paul*, 1902, *R.S.A.*, vol. X, pp. 12-13 : **245**

23.6. Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Venezuela (Protocole du 17 février 1903)

Les décisions sont classées par ordre alphabétique.

*Anderson**, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 229-230 : **268**

Boulton, Bliss & Dallett, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 136-139 : **247**

Orinoco Steamship Company, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 180-204 : **250**

Rudloff, décision interlocutoire, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 244-255 : **247**

Spader et al., *R.S.A.*, vol. IX, pp. 223-224 : **199**

23.7. Commission mixte des réclamations Italie/Venezuela (Protocoles des 13 février et 7 mai 1903)

Gentini, R.S.A., vol. X, pp. 551-561 : **199**

Sambiaggio, R.S.A., vol. X, pp. 499-525 : **304**

23.8. Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne/Venezuela (Protocoles des 13 février et 7 mai 1903)

Aroa Mines (Limited), réclamation supplémentaire, 1903, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 402-445 : **247**

Stevenson (interlocutoire), 1903, *R.S.A.*, vol. IX, pp. 385-387 : **25**

23.9. Commission mixte des réclamations Espagne/Venezuela (Protocole du 2 avril 1903)

*Betancourt******, 1903, *R.S.A.*, vol. X, pp. 756-759 : **272**

23.10. Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Allemagne (Convention du 10 août 1922, prolongée par échange de notes du 31 décembre 1928)

Décision administrative No. II, 1er novembre 1923, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 23-32 : **346**

Eisenbach Brothers and Company (Etats-Unis) c. Allemagne, décision du 13 mai 1925*****, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 199-203 : **341, 346**

Décision administrative No. VIII (Claims of the Association of American Holders of Foreign Securities, Inc., and its Members), décision du 27 mai 1925, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 252-255 : **25**

Robert E. O'Rourke, as receiver of the Mississippi Valley, South American and Orient Steamship Company (Etats-Unis) c. Allemagne, décision du 25 mai 1926*****, *R.S.A.*, vol. VII, pp. 328-330 : **341**

Gans Steamship Line (Etats-Unis) c. Allemagne, décision du 31 août 1926, *R.S.A.*, vol. VIII, pp. 21-24 : **7**

23.11. Commission générale des réclamations Mexique/Etats-Unis (Convention du 10 septembre 1923 prolongée par la Convention du 2 septembre 1929)

Laura M. B. Janes et al. *(Etats-Unis) c. Mexique*, sentence 16 novembre 1925, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 82-98 : **358**

Armando Cobos Lopez (Mexique) c. Etats-Unis, décision du 2 mars 1926, *R.S.A.*, vol. IV, p. 20 : **346**

Macedonio J. Garcia (Etats-Unis) c. Mexique, décision du 23 novembre 1926*****, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 108-110 : **251**

George W. Cook (Etats-Unis) c. Mexique, sentence du 3 juin 1927, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 213-217 : **199**

Bond Coleman (Etats-Unis) c. Mexique, décision du 3 octobre 1928, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 364-368 : **346**

Jacob Kaiser (Etats-Unis) c. Mexique, décision du 15 octobre 1928*****, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 381-386 : **251, 358**

C. E. Blair (Etats-Unis) c. Mexique, décision du 18 octobre 1928, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 402-408***** : **251, 358**

Pomeroy's El Paso Transfer Company (Etats-Unis) c. Mexique, décision du 8 octobre 1930*****, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 551-555 : **251**

Lillian Greenlaw Sewell, in her own right and as guardian of Vernon Monroe Greenlaw, a minor (Etats-Unis) c. Mexique, décision du 24 octobre 1930*****, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 626-632 : **358**

23.12. Commission spéciale des réclamations Mexique/Etats-Unis (Convention du 10 septembre 1923)

Cornelia J. Pringle et al. *(Santa Isabel) (Etats-Unis) c. Mexique*, décision du 26 avril 1926*****, *R.S.A.*, vol. IV, pp. 783-792 : **251**

23.13. Commission mixte des réclamations France/Mexique (Convention du 25 octobre 1924, prolongée par la Convention du 12 mars 1927)

Pablo Nájera (France) c. Mexique, décision du 19 octobre 1928, *I.L.R.*, vol. 4, pp. 393-394, *R.S.A.*, vol. V, pp. 466-488 : **11, 120**

23.14. Commission tripartite des réclamations Etats-Unis/Autriche/Hongrie (Convention du 26 novembre 1924)

Estate of Alexander Ortlieb (Etats-Unis) c. Autriche & Edward Coumont, Executor of Estate of Louis Ortlieb, décision du 6 janvier 1928*****, *R.S.A.*, vol. VI, p. 240 : **344**

23.15. Commission générale des réclamations Etats-Unis/Panama (Convention du 28 juillet 1926)

Francisco and Gregorio Castaneda and José de Leon R. (Panama) c. Etats-Unis, R.S.A., vol. VI, décision du 22 mai 1933*****, pp. 313-314 : **268**

Walter A. Noyes (Etats-Unis) c. Panama, décision du 22 mai 1933*****, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 308-311 : **268, 358**

John W. Browne (Etats-Unis) c. Panama, décision du 26 juin 1933*****, pp. 333-334 : **268**

José Maria Vasquez Diaz, assignee of Pablo Elias Velasquez (Panama) c. Etats-Unis, décision du 27 juin 1933*****, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 341-342 : **268**

Mariposa Development Company and others (Etats-Unis) c. Panama, décision du 27 juin 1933*****, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 338-341 : **250, 347**

23.16. Commission des réclamations Grande Bretagne/Mexique (Convention du 19 novembre 1926, prolongée par la Convention du 5 novembre 1930)

William E. Bowerman and Messrs Burberry's (Limited) (Grande-Bretagne) c. Mexique, décision n° 18 du 15 février 1930*****, *R.S.A.*, vol. V, pp. 104-108 : **250**

The Palamjero and Mexican gold fields (Limited) (Grande-Bretagne) c. Mexique, décision n° 118 du 6 août 1931, *R.S.A.*, vol. V, pp. 298-302 : **250**

23.17. Commission des réclamations Erythrée/Ethiopie (Accord d'Alger du 12 décembre 2000)

Les décisions et sentences arbitrales rendues par la Commission peuvent être consultées sur le site de la Cour permanente d'arbitrage (http://www.pca-cpa.org/)

Décision n° 1 (2001)***** : **251**

Prisonniers de guerre, réclamation de l'Erythrée n° 17, sentence partielle du 1er juillet 2003***** : **251**

Prisonniers de guerre, réclamation de l'Ethiopie n° 4, sentence partielle du 1er juillet 2003***** : **251**

Mauvais traitements des populations civiles, réclamations de l'Erythrée n° 15, 16, 23 & 27-32, sentence partielle du 17 décembre 2004***** : **251**

Demande diplomatique, réclamation de l'Ethiopie n° 8, sentence partielle du 19 décembre 2005***** : **251**

24. Juridictions internes :

Société de navigation Adria c. Feher, Cour de cassation italienne**,** 29 janvier 1936*****, *I.L.R.*, vol. 8, pp. 429-434 : **68**

Hobier c. Sigg Sandrino et Compagnie d'assurances « La Zurich », Cour d'appel d'Orléans, arrêt du 21 octobre 1936*****, *I.L.R.*, vol. VIII, pp. 421-422 : **70**

Palumbo c. Société anonyme André, Cour de Cassation italienne, 12 janvier 1937, *I.L.R.*, vol. 8, pp. 434-436 : **68**

Dorra c. Caisse fraternelle de capitalisation, Cour d'appel de Rabat (France), arrêt du 15 mars 1938*****, *I.L.R.*, vol. 11, pp. 223-224 : **92**

Trani, arrêt du Conseil d'Etat du 4 octobre 1967, *Rec. C.E.*, pp. 352-353 : **19**

Mme Lacroix, arrêt du Conseil d'Etat du 13 décembre 2006, *A.J.D.A.*, 2007, pp. 358-362 : **69**

Index des matières

Acte introductif d'instance : **43, 89**
V. Action, saisine

Acte juridictionnel : **10, 23**

Acte unilatéral : **163, 170, 206, 213, 229**
V. Déclaration facultative de juridiction obligatoire

Action :
_ en protection diplomatique : **295, 351, 356, 431 et ss.**
droit d'_ : **52, 80 et ss., 221**

Applicabilité temporelle de la règle de fond : **275 et ss.**
distinction entre compétence temporelle et _ : **285-288, 335**

Application provisoire : **112-117, 308**

Arbitrage :
_ « sans lien direct » : **121-122, 226-230**

Bonne foi : **131, 206, 215-216, 218, 294**

Caducité :
V. Déclaration facultative de juridiction obligatoire, engagement juridictionnel

Causalité : **251, 341**
_ immédiate : **342, 346 et ss., 350 et ss.**
_ matérielle : **330, 342**

Changement fondamental de circonstances : **155-156, 161, 166, 169, 232**

Clause compromissoire : **116, 147, 155-156, 188, 275, 288**
autonomie de la _ : **146 et ss., 225**

Clause de la nation la plus favorisée : **298-300**

Clause de survie (« *survival clauses* ») : **172, 309**

Clause « *umbrella* » : **301**

Compétence
_ générale : **258-259**
_ rétrospective : **261 et ss.**
_ spéciale : **260 et ss.**

étendue temporelle de _ : **16, 238 et ss.**
lois de _ du droit interne : **68-70**
notion de _ juridictionnelle : **5 et ss.**
notion de _ temporelle : **30 et ss.**
pouvoir d'apprécier la _ : **77-78, 148-149**
principe de détermination de la _ temporelle : **39 et ss., 143, 217, 226-227, 236, 285**
ratione loci : **154, 239**
ratione materiae : **31-35, 37, 138, 189, 232, 239 et ss., 278-279, 281, 310, 428**
ratione personae : **15, 31-35, 37, 101, 126, 234-235, 239, 283**
« régularisation » de la _ : **99-100, 109, 120**
V. Engagement juridictionnel

Compromis : **25, 65-66, 107, 149, 189, 259-260, 272**

Conflit de règles dans le temps : **57-58, 60-61, 85-86, 191-193**
V. Survie de la loi ancienne

Contrat d'Etat : **157-159, 301**

Convention CIRDI :
article 25 (1) : **20, 121-122, 225-227, 229-230**
article 72 : **228-230**

Coutume : **46, 195-197, 295, 302, 474**

Date critique : **268 et ss., 303 et ss., 343, 456**

Déclaration facultative de juridiction obligatoire :
caducité : **178-182**
entrée en vigueur : **123 et ss.**
expiration : **231**
nature des déclarations : **125-128**
ratification : **133**
révocation : **208-223**
succession de _ : **272-273**
V. Réserve, Statut de la C.I.J.

Délais : **24-25, 52, 199, 226**
computation des _ : **25, 401, 403**
extension des _ de jugement : **54**
V. Désuétude

Délit d'habitude : **313, 316**
V. Fait illicite

Demande : **89**
_ additionnelle : **479, 484**
V. Différend, prétention, réclamation

Déni de justice : **320, 349, 356 et ss., 360 et ss., 377, 386-390, 420, 434-434, 453, 485**
V. Obligation procédurale

Dénonciation :
V. Engagement juridictionnel, traité

Désistement : **91**

Désuétude : **18, 194-199**

Différend : **242 et ss., 450 et ss.**
antécédents du _ : **455**
cause factuelle : **376, 465, 471-472, 475 et ss.**
cause juridique : **294 et ss., 376 et ss., 473-474, 488-489**
contestation : **466-468**
définition du _ : **243, 451**
_ continu : **477**
_ nouveau: **469 et ss.**
divergences : **457-459**
extinction du _ : **472**
internationalisation du _ : **463**
naissance du _ : **243-244, 456 et ss.**
objet du _ : **461, 465, 472, 486**
préalable juridictionnel : **52, 218, 456, 466**
prétention : **463-465**

Dommage : **250-251, 341, 346 et ss.**
situation nouvelle : **376 et ss.**
V. Fait illicite

Droit intertemporel : **2, 46, 57 et ss., 85-86, 95, 114, 191, 254-256, 304, 318-319, 322-324, 326 et ss., 367, 393, 447, 449, 477, 491-492**
V. Non-rétroactivité, rétroactivité, rétrospectivité, survie de la loi ancienne

Droit transitoire :
V. Droit intertemporel

Droits acquis : **80 et ss.**
V. Survie de la loi ancienne

Droits de l'homme (contentieux international des _) : **111, 136 et ss., 220 et ss., 264-267, 305, 327, 334-335, 349, 354, 361-362, 367, 370-374, 380, 383-384, 388-390, 394 et ss.**
requêtes étatiques : **138-139, 141-142, 305**

Durée :
_ raisonnable de détention : **411, 417**
V. Délais, droit intertemporel, fait illicite

Electa una via : **121, 357-358, 386**

Engagement juridictionnel :
caducité : **166-167, 175-189**
dénonciation : **83, 141, 161 et ss., 171, 201 et ss.**
entrée en vigueur : **101 et ss.**
entrée en vigueur immédiate : **44, 70, 256**
expiration : **83, 153, 167, 231**
extinction de l'_ : **145 et ss.**
multiplicité d'engagements juridictionnels : **86, 192-193**
nullité de l'_ : **234**
orientation temporelle de l'_ : **253 et ss.**
V. Clause compromissoire, compromis, contrats d'Etat, déclaration facultative, *forum prorogatum*, traité

Entrée en vigueur : **103 et ss.**
_ accélérée : **113**
_ subjective : **108-111**
notion d'_ : **106**
V. Application provisoire, déclaration facultative, engagement juridictionnel, traité

Epuisement des voies de recours internes : **25, 321, 349, 352, 354, 356-360, 366-367, 408, 454**

Expropriation : **316, 328, 330, 341, 347, 350, 352-353, 357, 359, 367-368, 370, 373, 379-380, 383-385, 402-403, 411, 416, 418, 423-424, 427, 433-434, 436, 479, 483**
_ *de facto* : **370, 423, 479**
V. Fait générateur de différend, fait illicite

Fait générateur de différend : **245, 313 et ss., 430, 434, 436-437**
fait confirmatif : **373-374, 418-419**
fait nouveau : **363 et ss., 482 et ss.**
fait principal : **339 et ss.**
faits dispersés dans le temps : **313 et ss., 481-491**
faits indissociés : **370-372, 408, 477-479**
faits répétitifs : **371, 408, 477-479**
V. Fait illicite, Réclamation

Fait illicite :
_ complexe : **320-324, 328, 330, 336-337, 341, 377**
_ composé : **316-319, 330, 336-337**
_ continu : **335, 341, 370-373, 392 et ss., 476-480**
obligation de faire cesser le _ : **396, 411, 439 et ss.**

Fait multiple :
V. Fait illicite

Forclusion :
V. Délais

Forum prorogatum : **49, 99, 260**

Incompétence :
statut des moyens d'_ : **19-21, 49**

Instance :
acte introductif d'_ : **43, 89**
_ complémentaire : **43**
liaison de l'_ : **89-93**

Intérêt à agir : **89, 382**
perte de l'_ : **199**

Investissement (contentieux arbitral de l'_) :
V. Contrat d'Etat, Convention CIRDI, traité bilatéral d'investissement

Juridiction :
_ obligatoire : **259**
notion de _ : **6-8, 26-27**
notion de _ internationale : **28**
principe du consentement à la _ : **11, 84, 123**
quasi _ : **27**
V. Acte juridictionnel, déclaration facultative, pouvoir juridictionnel

Mesures conservatoires : **143, 440**

Non-rétroactivité (principe de _) : **267, 304, 335, 344, 368**
V. Rétroactivité

Nullum crimen sine lege : **261-263, 333**

Obligation :
continue : **444-447**
_ de comportement spécifiquement déterminé : **321, 355, 441 et ss.**
_ de faire cesser l'illicite : **396, 411, 439 et ss.**
_ de prévention : **439, 447**
_ de résultat : **320-321, 341, 355 et ss., 441 et ss.**
_ positive : **411-413, 429, 445, 447-448**
_ procédurale : **412-413, 417, 420, 429**

Pacta sunt servanda :
V. Traité

Perpetuatio fori : **90, 92**

Pouvoir d'apprécier la compétence :
V. Compétence

Pouvoir juridictionnel : **26-27, 65-67**
compétence et _ : **5 et ss., 67**
V. Compétence, juridiction

Préalable juridictionnel : **52, 218, 456, 466**

Prescription : **18, 199**
V. Délai, désuétude

Prétention : **247, 463-465**
V. Réclamation

Principe général du procès international : **45 et ss., 84**
principe de détermination de la compétence temporelle : **39 et ss., 143, 217, 226-227, 236, 285**

Procédure :
effet immédiat des lois de _ : **68-70**

Protection diplomatique :
V. Action, épuisement des voies de recours internes

Rebus sic stantibus :
V. Changement fondamental de circonstances

Recevabilité : **24-25, 29, 52, 199, 243, 282, 321, 354, 460**

Réciprocité : **124-132, 134-135, 137-139, 212, 269-271**

Réclamation : **25, 52, 54-55, 246-251, 461, 463-465**
cause de la _ : **250, 479, 485, 488-491**

Renvoi :
V. Clause de la nation la plus favorisée, traité

Réparation :
V. Dommage, expropriation

Requête :
V. Acte introductif d'instance, Réclamation

Réserve : **108, 415**
déclaration facultative de juridiction obligatoire : **17, 126, 133-135, 244, 250, 259, 264, 269-271, 273, 330, 334-335, 342-343, 409**
formule de double exclusion : **17, 245, 269, 290, 311, 342-343, 367, 379, 409, 416, 420, 434, 436-437, 449**
V. Traité

Responsabilité internationale de l'Etat : **341 et ss.**
V. Dommage, causalité, fait illicite

Rétroactivité : **99, 106, 254-256, 294, 296, 305, 307, 344**
V. Non-rétroactivité

Rétrospectivité : **95-97, 344**

Saisine : **43, 72-78, 89-92, 135, 460-461**
V. Instance

Sécurité juridique : **18, 170**
V. Bonne foi

Situations continues :
V. Fait illicite

Statut de la C.I.J. :
article 35 § 2 : **120**
article 36 § 1 : **119-120**
article 36 § 2 : **124 et ss., 209 et ss.**
article 36 § 3 : **134, 139, 217, 244**
article 36 § 4 : **130-131**
article 36 § 5 : **178-182**
article 37 : **183-186, 296**

Statut de la C.P.I. :
article 11 § 1 : **262**
article 12 § 3 : **263**
article 22 : **262**
article 24 § 1 : **262**
article 124 : **17, 262**

Succession d'Etats : **235, 283**

Survie de la loi ancienne : **90-92, 95-96, 313**

Tempus commissi delicti :
V. Droit intertemporel, fait illicite

Traité :
adhésion : **109**
application provisoire : **112-117, 308**
conclusion du _ : **107**
dénonciation : **160-173, 202-204, 213**
divisibilité des dispositions conventionnelles : **116, 151-156, 222**
entrée en vigueur : **104 et ss., 304-305**
pacta sunt servanda : **167-168, 202, 229**
ratification : **107-111, 113, 115-116, 120, 130**
renvoi : **113, 272, 297 et ss.**
réserve : **111, 244**
suspension : **185**
théorie des « clauses similaires » : **296**
_ bilatéral d'investissement : **55, 121-122, 153, 286-290, 295, 299-301, 328, 344, 349, 385, 458, 473, 483, 485**
V. Clause de survie, réserve

Bibliographie

I – Ouvrages et Cours de l'Académie de droit international

A – Ouvrages

G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, 280 pp.

G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, New York, Clarendon Press Oxford, 1996, 590 pp.

S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, 176 pp.

D. Alland, S. Rials (dir.), « Dictionnaire de la culture juridique », Paris, P.U.F., 2003, 1649 pp.

D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 pp.

Ch. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 881 pp.

Ch. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2004, 2ème éd., 445 pp.

S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, 2002, 589 pp.

R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Londres, Asia Publishing House, 1961, 342 pp.

N. Antonopoulos, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, Sijthoff, 1967, 262 pp.

D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, 534 pp.

Aristote, *La métaphysique*, Paris, éd. Pocket, 1991, 558 pp.

Aristote, *Leçons de Physique*, Paris, éd. Pocket, 1991, 440 pp.

A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, Paris, Pedone, 1938, 403 pp.

H. Barati, *La date critique en droit international*, Thèse Paris II, [S.l], [s.n], 1994, 2 vol., 769 pp.

J. Barde, *La notion de droits acquis en droit international public*, Paris, Les publications universitaires de Paris, 1981, 349 pp.

J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 pp.

S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale, conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985, 303 pp.

G. Baudry-Lacantinerie, M. Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1902, 2ème éd, t. I, 1126 pp.

O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, 512 pp.

J. Bentham, *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (éd.), Londres, The Althone Press, 1970, 342 pp.

J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2003, 4ème éd., 374 pp.

H. Bergson, *Durée et simultanéité* (1922), Paris, P.U.F., 2007, 3ème éd., 213 pp.

H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1889), Paris, P.U.F., 2007, 9ème éd., 308 pp.

R. Bernhardt, R. L. Bindschedler (dir.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, Elsevier, 1997, vol. 3, 1165 pp.

C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2010, 4ème éd., 828 pp.

Th. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Paris, P.U.F., 1990, 1ère éd., 397 pp.

E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, 988 pp.

Ch. N. Brower, J. D. Brueschke, *The Iran-United States Tribunal*, La Haye, Nijhoff – Kluwer Law International, 1998, 931 pp.

I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7ème éd., 784 pp.

L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, 1362 pp.

L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2009, 6ème éd., 773 pp.

L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, 993 pp.

J. Cario (dir.), *La Cour pénale internationale : quelles conséquences pour les forces armées françaises*, Paris, éd. des Riaux, 2005, 196 pp.

J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, 264 pp.

M. Chemillier-Gendreau, « Le rôle du temps dans la formation du droit international », Cours et Travaux de l'I.H.E.I. (1987/1988), Paris, Pedone, 1987, vol. 53, 70 pp.

G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 616 pp.

J. G. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 395 pp.

J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2010, 9ème éd., 816 pp.

J. Combacau, *Le droit des traités*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1991, 125 pp.

V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, L.G.D.J., 1974, 492 pp.

Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 2000, 5ème éd., 358 pp.

G. Cornu, Ph. Malinvaud (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Association H. Capitant, 2007, 8ème éd., 986 pp.

O. Corten, P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Brulyant, 2006, 3 vol., 2965 pp.

P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 1999, 3ème éd., 1035 pp.

J. Crawford, *Les articles de la C.D.I sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003, 462 pp.

P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 pp.

Ch. Debbasch, J. C. Ricci, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2001, 8ème éd., 1018 pp.

L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 1962, 339 pp.

Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, 219 pp.

Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Dalloz, 1963, 269 pp.

H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violations des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, 116 pp.

Ch. Dominicé, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », Cours et Travaux de l'I.H.E.I. (1981/1982), Paris, Pedone, 1982, pp. 1-70

M. Dubisson, *La Cour internationale de Justice*, Paris, L.G.D.J., 1964, 470 pp.

O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude de la transformation de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 pp.

L. Duguit, *Etudes de droit public II. L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, A. Fontemoing, coll. « Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions », 1903, 774 pp.

L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, 1140 pp.

P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2010, 10ème éd., 916 pp.

Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1982-1983, 2 vol.

P.-M. Eisemann, Ph. Pazartzis, *La jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2008, 1007 pp.

G. Eveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz, 2007, 988 pp.

G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius publication limited, 1986, 2 vol.

J. Fortin, L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, 457 pp.

Th. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1987, 542 pp.

A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres/New York, Longman, Green & Co., 1938, 758 pp.

O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, 561 pp.

H. de Fumel, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, Nancy/Saint-Nicolas-de-Port, Impr. Indoux, 1962, 32 pp.

E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, vol. I, 1105 pp., et 2010, vol. II, 750 pp.

G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967, 244 pp.

N. Gallus, *The Temporal Scope of Investment Protection Treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, 150 pp.

M. Gautier, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 705 pp.

H. Gelas, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, thèse Paris II, [S.l.], [s.n.], 2004, 789 pp.

A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, 380 pp.

P. R. Ghandhi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication : Law and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1998, 522 pp.

A. Goellner, *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public*, Paris, Rousseau et Cie, 1939, 246 pp.

M. Gomaa, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, La Haye, Nijhoff, 1996, 201 pp.

E. Grisel, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Neuchâtel, Imprimerie Paul Attinger S.A., 1968, 241 pp.

H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, P.U.F., 1999, 1ère éd., 868 pp.

P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg et Cie, 1967, t. 1, 352 pp.

S. Guinchard, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2010, 30ème éd., 1585 pp.

G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1973, 535 pp.

H. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 pp.

M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de règlementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, 287 pp.

R. Herbst & A. G. Readett, *Dictionary of commercial, financial, and legal terms*, Thun, Translegal, 1986, 985 pp.

J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2010, 4ème éd., 1016 pp.

J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1996, 168 pp.

M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 : A Treatise*, New York, Mc Millan, 1943, 807 pp.

J.-P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, 511 pp.

Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, 407 pp.

G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, Paris, Giard, 1925, 3ème éd., 443 pp.

S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on civil and political rights. Cases, materials and commentary*, New York, Oxford University Press, 2004, 2ème éd., 985 pp.

M. Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 2ème éd., 527 pp.

H. Kelsen, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londres, Stevens, 1950, 994 pp.

H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, 604 pp.

S. Kh. Khalilian, *The Law of International Arbitration : A Jurisprudential Study on the Iran-United States Claims Tribunal*, Vancouver, Pacific Arbitration Network, 2003, 1122 pp.

A. Kolliopoulos, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2001, 483 pp.

A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1983, 14ème éd., 1323 pp.

P. Lalive, « Questions actuelles concernant l'arbitrage international », Cours de l'I.H.E.I., 1959-1960, fascicule II, pp. 89-196

A. de La Pradelle, *Recueil de la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de paix*, vol. IV : Compétence, Paris, La Documentation internationale, 1927, 570 pp.

A. de La Pradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Les éditions internationales, 1957, 2ème éd. (tome I, 1798-1855, 863 pp.), 1957, 2ème éd. (tome II, 1856-1872, 1051 pp.), 1954 (tome III, 1872-1875, 768 pp.)

A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., 1957, 2ème éd., 823 pp.

H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, 408 pp.

M. Mabrouk, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales*, Paris, L.G.D.J., 1966, 351 pp.

S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, 727 pp.

B. Maus, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, Genève, Droz, 1959, 214 pp.

P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, 244 pp.

A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961, 789 pp.

F. Mégret, *L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : centralité et ambiguïté dans l'ordre juridique international*, thèse Paris I, [S.l], [s.n.], 2005, 611 pp.

F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions administratives à compétence générale*, Paris, L.G.D.J., 2001, 466 pp.

A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1905, t. 1, 580 pp.

R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1978, 3ème éd., 2 vol.

P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Chez Remoissemet, 1830, 18 t.

J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, Grotius Publication Limited, 1991, 2ème éd., 288 pp.

J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, Paris, L.G.D.J., 1977, 703 pp.

F. Monconduit, *La Commission européenne des droits de l'homme*, Leyde, Sijthoff, 1965, 559 pp.

J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United-States has been a Party, together with Appendices Containing the Treaties Relating to such Arbitrations and Historical and Legal Notes on other International Arbitrations Ancient and Modern, and the Domestic Commissions of the United-States for the Adjustment of International Claims*, Washington, Government Printing Office, 1898, 6 vol.

R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1949, 2ème éd., 606 pp.

G. Morelli, *Soluzione pacifica delle controversie internazionali*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, 95 pp.

G. Morelli, *Studi sul processo internazionale*, Milan, Giuffrè, 1963, 207 pp.

H. Motulsky, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, 294 pp.

H. Motulsky, *Ecrits. 2, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, 541 pp.

H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, réimp. Dalloz, 2002, 183 pp.

M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil on Political Rights : CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 2005, 1277 pp.

G. Oduntan, *The Law and Practice of the International Court of Justice (1945-1996) : A Critique of the Contentious and Advisory Jurisdictions*, Enugu, Fourth Dimension Publishers, 1999, 262 pp.

J. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 5ème éd., 1886, 2 vol.

C. Parry, J. P. Grant, J. C. Barker, *Parry and Grant Encyclopaedic dictionary of international law*, Dobbs Ferry - New York, Oceana, 2004, 2ème éd., 641 pp.

J. M. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2003, 488 pp.

J. Paulsson, *Denial of justice in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 279 pp.

Ph. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre états*, Paris, L.G.D.J., 1992, 349 pp.

A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *R.C.A.D.E.*, 1997, vol. V, livre 2, pp. 195-271

M. Perlowski, *Les causes d'extinction des obligations internationales contractuelles*, Vevey, Imprimerie Gerber et Daengeli, 1928, 175 pp.

J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, L.G.D.J., 2002, 662 pp.

M. Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, Munich, Sellier, 2005, 211 pp.

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1946, 3ème éd. revue et complétée par G. Ripert, t. 1, 1292 pp.

F. Poirat, *Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2004, 506 pp.

P. Reuter, « Droit international public : la responsabilité internationale, problèmes choisis », Doctorat, Paris, Les nouvelles institutes, 1955-1956, 195 pp.

P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, P.U.F., 1995, 3ème éd. revue et augmentée par P. Cahier, 251 pp.

Sh. Rosenne, *A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leyde, Sijthoff, 443 pp.

Sh. Rosenne, *The International Court of Justice : An Essai in Political and Legal Theory*, Leyde, Sijthoff, 1957, 592 pp.

Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Leyde, Sijthoff, 1965, 998 pp.

Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, La Haye/Boston/Londres, Nijhoff, 1997, 3ème éd., 4 vol.

Sh. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyde, Sythoff, 1960, 87 pp.

P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, 451 pp.

P. Roubier, *Le droit transitoire*, Dalloz, Paris, 2008, 590 pp.

Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, t. V, 504 pp.

Ch. Rousseau, « L'extinction des traités internationaux », Cours de l'I.H.E.I., 1963-1964, 66 pp.

L. N. Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law. Justice for the New Millenium*, Ardsley, Transnational Publishers, 2002, 566 pp.

J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 pp.

M. de Salvia, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1. Jurisprudence 1960 à 2002, Kehl/Strasbourg/Arlington, Engel, 2003, 865 pp.

C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, 580 pp.

C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, 540 pp.

W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 481 pp.

W. A. Schabas, *The International Criminal Court* : *A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1259 pp.

W. A. Schabas, *The United Nations International Criminal Tribunals – the Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 711 pp.

Ch. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2001, 1466 pp.

Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, New York, Oxford University Press, 2003, 348 pp.

I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction*, La Haye, Nijhoff, 1965, 400 pp.

D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., 2001, 3ème éd., 779 pp.

D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des Conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 pp.

I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, 2ème éd., 270 pp.

J. N. Singh, *International Justice : Jurisprudence of the World Courts*, New Delhi, Harnam, 1991, 260 pp.

H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Tome II, *La Compétence*, Paris, Sirey, 1973, 981 pp.

B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 pp.

F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2010, 10ème éd., 925 pp.

P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1970, 351 pp.

Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II [S.l.], [s.n.], 1981, 353 pp.

H. Tigroudja, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Némésis, 2003, 330 pp.

S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, 513 pp.

H. Triepel, *Droit international et droit interne*, trad. R. Brunet, Paris, Pedone, 1920, 448 pp.

O. Triffterer (éd.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Note, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 1295 pp.

A. Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, Paris, L.G.D.J., 1967, 291 pp.

G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 pp.

K. J. Vandevelde, *United States Investment Treaties : Policy and Practice*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1992, 232 pp.

P. Van Dijk, F. Van Hoff, *Theory and Practice of the ECHR*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, 4ème éd., 1190 pp.

S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 786 pp.

P. de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, 313 pp.

J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2000, 856 pp.

M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, 225 pp.

R. White, C. Ovey, F. C. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 4ème éd., 2006, 591 pp.

J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, 436 pp.

E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, P.U.F., 1990, 1ère éd., 293 pp.

E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, 361 pp.

Z. Vendler, *Linguistics in Philosophy*, Cornell University Press, New York, 1967, 203 pp.

E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 392 pp.

T. Zwart, *The Admissibility of Human Rights Petitions* : *The Case of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Dordrecht/Boston, Nijhoff, 1994, 254 pp.

B - Cours de l'Académie de droit international :

G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1987-VII, vol. 207, pp. 9-464

R. Ago, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, pp. 415-554

D. Bardonnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *R.C.A.D.I.*, 1976-V, vol. 153, pp. 17-166

J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936-IV, t. 58, pp. 471-692

F. Capotorti, « L'extinction et la suspension des traités », *R.C.A.D.I.*, 1971-III, vol. 134, pp. 427-587

Ch. De Visscher, « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.* 1935-II, vol. 52, pp. 365-442

P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1984-V, vol. 188, pp. 9-133

P. Guggenheim, « Les principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1952-I, vol. 80, pp. 5-189

H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », *R.C.A.D.I.*, 1932-IV, vol. 42, pp. 117-351

M. Lachs, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, pp. 229-341

A. D. McNair, « La terminaison et la dissolution des traités », *R.C.A.D.I.*, 1928-II, vol. 22, pp. 463-535

G. Morelli, « La théorie générale du procès international », *R.C.A.D.I.*, 1937-III, vol. 61, pp. 257-370

G. E. do Nascimento e Silva, « Le facteur temps et les traités », *R.C.A.D.I.*, 1977-I, vol. 154, pp. 221-297

E. Roucounas, « Engagements parallèles et contradictoires », *R.C.A.D.I.*, 1987-I, vol. 206, pp. 3-287

G. Salvioli, « Les règles générales de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1933-IV, vol. 46, pp. 5-164

B. Stern, « La succession d'Etats », *R.C.A.D.I.*, 1996-I, vol. 262, pp. 27-438

A. Verdross, « Règles générales du droit international de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1929-V, vol. 30, pp. 275-517

P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre l'Etat et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969-III, vol. 128, pp. 95-240

J. C. Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1932-III, vol. 41, pp. 5-136

II – Rapports

R. Ago, « Rapport sur la responsabilité des Etats » (Cinquième rapport), *An. C.D.I.* 1976, II-1, pp. 3-57.

R. Ago, « Rapport sur la responsabilité des Etats » (Sixième rapport), *An. C.D.I.* 1977, II-1, pp. 3-47

R. Ago, « Rapport sur la responsabilité des Etats » (Septième rapport), *An. C.D.I.* 1978, II-1, pp. 29-57

G. Arangio-Ruiz, « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », *An. C.D.I.* 1988, II-1, p. 6-42

H. W. Briggs, « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *An. I.D.I.*, 1965-I, t. 51, pp. 5-171 (exposé préliminaire, pp. 5-121 ; rapport, pp. 126-171)

J. Crawford, « Rapport sur la responsabilité internationale de l'Etat » (Deuxième rapport), A/CN.4/498, 17 mars 1999 (reproduit in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, II-1, pp. 3-100)

G. Fitzmaurice, « Rapport sur le droit des traités » (Deuxième rapport), *An. C.D.I.* 1957, II, pp. 17-80

G. Fitzmaurice, « Rapport sur le droit des traités » (Quatrième rapport), *An. C.D.I.* 1959, II, pp. 37-83

E. Giraud, « Modification et terminaison des traités collectifs », *An. I.D.I.*, 1961-I, t. 49, pp. 5-222 (exposé préliminaire, pp. 5-153 ; rapport, pp. 157-222)

C. W. Jenks, « Compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales », *An. I.D.I.*, 1957, t. 47, pp. 34-217 (rapport provisoire, pp. 34-181 ; rapport définitif, pp. 186-217)

W. Riphagen, « Rapport sur le contenu, les formes, et les degrés de responsabilité internationale » (Deuxième rapport), *An. C.D.I.* 1981, II-1, pp. 81-105

V. Rodriguez Cedeño, « Rapport sur les actes unilatéraux de l'Etat » (Neuvième rapport), A/CN.4/569/Add.1, 6 avril 2006 (consulté sur internet)

G. Scelle, « Rapport sur la procédure arbitrale » (Deuxième rapport), *An. C.D.I.* 1951, II, pp. 110-120

M. Sørensen, « Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international », *An. I.D.I.*, 1973, t. 55, pp. 1-47 (rapport provisoire), 85-98 (rapport définitif)

J. H. W. Verzijl, « La règle de l'épuisement des recours internes », *An. I.D.I.* 1956, t. 46, pp. 1-12 (rapport supplémentaire)

H. Waldock, « Rapport sur le droit des traités » (Deuxième rapport), *An. C.D.I.* 1963, II, pp. 37-99

H. Waldock, « Rapport sur le droit des traités » (Troisième rapport), *An. C.D.I.* 1964, II, pp. 1-67

H. Waldock, « Rapport sur le droit des traités » (Cinquième rapport), *An. C.D.I.* 1966, II, pp. 1-54

III – Articles et contributions à des ouvrages collectifs

Y. Aguila, « Le juge et le temps », *in* S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 7-10

S. A. Alexandrov, « Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations : An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases », *Leiden J.I.L.*, 2001, pp. 89-124

S. A. Alexandrov, « The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis* », in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, Vol. 4, n°1, pp. 19-59

D. Alland, J. Combacau, « 'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *N.Y.I.L.*, 1985, pp. 89-93

K. Altiparmak, « The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law », *Turkish Yearbook of Human Rights*, 1999-2003, pp. 3-50

G. A. Alvarez, W. W. Park, « The New Face of Investment Arbitration : NAFTA Chapter 11 », *Yale Journal of International Law*, 2003, pp. 365-407

Ch. F. Amerasinghe, « The Formal Character of the Rule of Local Remedies », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1965, pp. 445-477

Ch. F. Amerasinghe, « The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes », *Ind. J.I.L.*, 1979, pp. 166-227

A. Amor, « Le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies : aux confins d'une juridiction internationale des droits de l'homme », *in* N. Ando (éd.), *Towards Implementing Universal Human Rights : Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*, Leide, Nijhoff, 2004, pp. 41-60

P. d'Argent, J. d'Aspremont, « La Commission des réclamations Erythrée-Ethiopie : un premier bilan », *A.F.D.I.*, 2007, pp. 347-396

H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », *in* S.F.D.I., *Colloque de Lille. La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202

J.-M. Auby, « L'incompétence 'ratione temporis'. Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps », *R.D.P.*, 1953, pp. 5-60

M. Audit, « Un arbitrage aux confins du droit international public : observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume-Uni et à la République française », *R.A.*, 2007, pp. 445-455

L. Azoulai, « Commentaire », *in* H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel, *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, pp. 197-202

S. Babalola Ajulo, « Temporal Scope of ECOWAS and AEC Treaties : A Case for African Economic Integration », *Afric. J.I.L.*, 1996, pp. 111-138

E.-L. Bach, « Contribution à l'étude de l'application des lois dans le temps », *Rev. trim. Dr. Civ.* 1969, pp. 405-468

D. Bardonnet, « Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 53-78

E. A. Baylis, « General Comment 24 : Confronting the Problem of Reservations to Human rights Treaties », *Berkeley J.I.L.*, 1999, pp. 277-329

O. Beaud, « Compétence et souveraineté », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 5-32

B. Beignier, « Ordre public et compétence », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 99-122

W. Ben Hamida, « Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *J.D.I.*, 2007, pp. 1127-1162

D. Bindschedler Robert, « De la rétroactivité en droit international public », *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit de l'université de Genève : Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, pp. 184-200

S. Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *R.A.*, 2005, pp. 917-929

M. Borda, « Portée et limitations du droit transitoire », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*. Tome 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 75-90

M.-J. Bossuyt, « Le Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1978-1979, pp. 104-156

S. Bourgon, « Jurisdiction *Ratione Temporis* », *in* A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (dir.), *The Rome Statute of International Criminal Court : A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2002, vol. I, pp. 543-558

E. Bribosia, I. Rorive, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Revue de droit de l'U.L.B.*, 2002, pp. 125-152

H. W. Briggs, « Reflections on Non-Retroactivity of Treaties », *R.E.D.I.*, 1968, pp. 320-327

H. W. Briggs, « Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *R.C.A.D.I.*, 1958-II, vol. 93, pp. 223-367

H. W. Briggs, « Unilateral Denunciation of Treaties : The Vienna Convention and the International Court of Justice », *A.J.I.L.*, 1974, pp. 51-68

G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *R.A.*, 1995, pp. 3-37

A. Buyse, « A Lifeline in Time - Non Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR », *Nord. Jl. I.L.*, 2006, pp. 63-88

G. Cahin, « Rapport », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 9-52

A. A. Cançado Trindade, « Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law », *Philippine Law Journal*, 1978, pp. 404-420

A. A. Cançado Trindade, « The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts », in *Contemporary International Law Issues : Conflicts and Convergence* (Proceedings of the third Conference held in The Hague, and organized by the American Society of International Law and by Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), La Haye, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162

A. A. Cançado Trindade, « The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law : Recent Developments » in *Karel Vasak* Amicorum Liber : *les droits de l'homme à l'aube du XXI*^{ème} *siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544

A. A. Cançado Trindade, « The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection », *I.Y.B.I.L.*, 2007, pp. 7-24

A. A. Cançado Trindade, « The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law », *Riv. D.I.*, 1978, pp. 232-257

G. Cansacchi, « Identità e non continuità fra la Corte permanente di giustizia internazionale e la Corte internazionale di giustizia », in *Il processo internazionale*. *Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazione e Studi*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 123-135

A. Cassese, « The Concept of 'Legal Disputes' in the Jurisprudence of the International Court », in *Il Processo Internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazioni e studi*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 173-200

A. Cavaglieri, « La notion de droits acquis et son application en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1931, pp. 257-296

L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, 1956, pp. 496-509

J. Cazala, « Clause de la nation plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral », *Les cahiers de l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2008, vol. IV, pp. 425-428

J. Chan, « State Succession to Human Rights Treaties : Hong Kong and the International Covenant on Civil and Political Rights », *I.C.L.Q.*, 1996, pp. 928-946

P. Chapdelaine, « The Temporal Application of the New York Arbitration Convention of 1958 : Retroactivity or Immediate Application? », *Arbitration International* (*The Journal of London Court of International Arbitration*), 1992, vol. 8, n°1, pp. 73-81

M. Chemillier-Gendreau, « Sur quelques rapports du temps juridique aux autres formes du temps », *in* Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 281-299

J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges Michel Stassinopoulos. Problèmes de droit public contemporain*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 275-290

A. Chua, R. Hardcastle, « Retroactive Application of Treaties Revisted : *Bosnia-Herzgovina v. Yugoslavia* », *N.I.L.R.*, 1997, vol. 44, pp. 414-420

G. Cohen-Jonathan, « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 1981, pp. 269-285

J. Combacau, « Conclusions générales » *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 301-318

J. Combacau, « Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. pp. 261-277

J. Combacau, « L'acte juridique : ouverture », *Droits*, 1988, n° 7, pp. 3-10.

J. Combacau, « L'écoulement du temps », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 77-107

J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, *Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 195-203

J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse », *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204

G. Conac, « L'affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 entre Israël et la Bulgarie devant la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 711-736

J.-P. Cot, « Affaire de l'Incident aérien, Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 291-312

J.-P. Cot, « La bonne foi et la conclusion des traités », *R.B.D.I.*, 1968, pp. 140-159

J.-P. Cot, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Droit de passage sur territoire indien (fond) », *A.F.D.I.*, 1960, pp. 315-337

P.-A. Côté, « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », *La revue du barreau canadien*, 1989, pp. 60-93

P.-A. Côté, « L'application dans le temps des lois de pure procédure », *Revue du Barreau* (Québec), 1989, pp. 625-652

V. Coussirat-Coustère, « L'adhésion de la France au Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *A.F.D.I.*, 1983, pp. 510-532

M. Crippa, « La Corte speciale per la Sierra Leone », Note e commenti, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, pp. 449-473

J. Danet, « Le temps des parties. Temps du litige ou du conflit et temps de la procédure. Réflexions sommaires sur quelques tendances », *in* S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 119-130.

Ch. Debbasch, « La compétence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire », *R.G.D.I.P.*, 1960, pp. 230-259

G. Delaume, « Consent to ICSID Arbitration » *in* J. Norton, M. Andenas, M. Footer (éd.), *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century : a Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, pp. 155-178

Ch. De Visscher, « Justice et médiation internationales », *R.D.I.L.C.*, 1928, pp. 33-82

Ch. De Visscher, « L'affaire de l'Interhandel devant la C.I.J. », *R.G.D.I.P.*, 1959, pp. 416-421

J. Dhommeaux, « La coordination des réserves et des déclarations à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques » *in* J.-F. Flauss, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 1997, pp. 13-37

G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *A.F.D.I.*, 2006, pp. 1-54

Ch. Dominicé, « Regard actuel sur la protection diplomatique » in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, pp. 73-81

E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2007, pp. 397-425

L. Duguit, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *R.D.P.*, 1910, pp. 764-776

Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.*, 1966, pp. 25-43

Ch. Eisenmann, « Sur la compétence des juridictions », *D.*, 1948, pp. 49-52

Ch. Eisenmann, « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques », *in* S. Engel, R. A. Metall (éd.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1964, pp. 59-69

M.-A. Eissen, « Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. Décisions en matière de compétence *ratione temporis* », *A.F.D.I.*, 1963, pp. 722-734

M.-A. Eissen, « L'aspect institutionnel du Protocole n°11 à la Convention », *Bulletin des droits de l'homme*, 1995, pp. 3-17

M.-A. Eissen, « Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme (Colloque de Bari, 1973)*, Bari, Edizioni Levante, 1974, pp. 85-105

O. Elias, C. Lim, « The *Right of Passage* Doctrine Revisited : An Opportunity Missed », *Leiden J.I.L.*, 1999, pp. 231-245

A. Fachiri, « Repudiation of the Optional Clause », *B.Y.B.I.L.*, 1939, pp. 52-57

L. Favoreu, « Les arrêts du 2 février 1973. L'affaire de la compétence en matière de pêcheries », *A.F.D.I.*, 1973, pp. 272-289

J. Fawcett, « The Exhaustion of Local Remedies : Substance or Procedure? », *B.Y.B.I.L.*, 1954, pp. 452-458

J. Fischer Williams, « The Optional Clause (The British Signature and Reservations) », *B.Y.B.I.L.*, 1930, pp. 63-84

G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954. Points of Substantive Law. Part II », *B.Y.B.I.L.*, 1955-1956, pp. 20-96

G. Fitzmaurice, « *The law and Procedure of the International Court of Justice* », *B.Y.B.I.L.*, 1958, pp. 1-160

G. Fitzmaurice, « The Meaning of the Term 'Denial of Justice' », *B.Y.B.I.L.*, 1932, pp. 93-114

M. Fitzmaurice, « The Optional Clauses System and the Law of Treaties : Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice », *A.Y.I.L.*, 1999, pp. 127-159

J.-F. Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. 2, pp. 1253-1268

M. Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *in* H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, pp. 9-87

O. de Frouville, « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *A.F.D.I.*, 2007, pp. 291-327

J. A. Frowein, « Reciprocity and Restrictions Concerning Different Optional Clauses », *in* N. Ando *et al*. (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 397-407

M. Frulli, « The Special Court for Sierra Leone : Some Preliminary Comments », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n°4, pp. 857-869

Ph. Frumer, « De l'incidence du temps sur la réalisation de l'illicite : quelques observations relatives à l'arrêt Blecic c. Croatie de la Cour européenne des droits de l'homme (8 mars 2006) », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 397-416

Ph. Frumer, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle. A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 2000, pp. 939-964

J. P. Gaffney, « The Jurisdiction *Ratione Temporis* of ICSID Tribunals », *Mealey's International Arbitral Report*, 2007, pp. 24-35

E. Gaillard, « International Arbitration Law : Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause », *New York Law Journal*, 2 juin 2005, vol. 233-No. 105 (article disponible sur le site http://www.shearman.com/, et consulté le 10 mars 2011)

E. Gaillard, « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, 26 Juin 2007, vol. 237-No. 122 (article disponible sur le site http://www.shearman.com/, et consulté le 10 mars 2011)

N. Gallus, « Recent BIT Decisions and Composite Acts Straddling the Date a Treaty Comes into Force », *I.C.L.Q.*, 2007, pp. 491-514

O. Garibaldi, « On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy », *Transnational dispute management*, 2009, vol. 6 (article consulté le 10 mars 2011, et disponible à l'adresse www.transnational-dispute-management.com)

S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *A.F.D.I.*, 2008, pp. 119-141

P. R. Ghandhi, « The Human Rights Committee and Reservations to the Optional Protocol », *Canterbury Law Review*, 2001, pp. 13-36

F. Gharbi, « Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les cahiers de droit*, 2002, pp. 433-502

F. Gharbi, « Le Statut des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *Les Cahiers de Droit*, 2002, pp. 213-274.

E. Giraud, « La notion de temps dans les relations et le droit international », *Scritti di diritto internationale in onore di Tomaso Perassi*, Milan, Giuffrè, 1957, t. 1, pp. 461-486

D. Giuliva, « La compétence de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de requêtes individuelles et ses limitations *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de recours individuel », in *Les clauses facultatives de la Convention*

européenne des droits de l'homme (Colloque de Bari, 1973), Bari, Edizioni Levante, 1974, pp. 107-131

M. J. Glennon, « How International Rules Die », *Geo.L.J.*, 2004-2005, pp. 939-991

L. F. E. Goldie, « The Critical Date », *I.C.L.Q.*, 1963, pp. 1251-1284

L. Gross, « Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause : History and Practice », *in* L. F. Damrosch (éd.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, Dobbs Ferry, 1987, pp. 19-55

P. Hébraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t. 2, pp. 1-58

G. Héraud, « Sur deux conceptions de la compétence », *A.P.D.*, 1959, pp. 35-45.

G. Herczegh, « Exceptions préliminaires dans la pratique récente de la Cour internationale de Justice », *Romanian Journal of International Affairs*, 1999, pp. 214-232

G. Herczegh, « Les exceptions préliminaires à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (1994-2000) », *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, L. C. Vorah *et al.* (éd.), La Haye, Kluwer Law International, 2003, pp. 399-422

J. Héron, « Eléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit », *R.R.J.*, 1992, pp. 961-970

J. Héron, « Etude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil) », *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1985, pp. 277-333

R. Higgins, « Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law », *in* J. Makarczyk (éd.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in Honour of Krzystof Skubiszewski*, , La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 173-181

R. Higgins, « Time and the Law : International Perspectives on an Old Problem », *I.C.L.Q.*, 1997, pp. 501-520

J. T. Holmes, « Jurisdiction and Admissibility », *in* R. S. Lee (éd.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rulµe of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 321-348

J.-P. Jacqué, « À propos de la promesse unilatérale », *in* D. Bardonnet, P. Reuter (dir.), *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 327-345

J.-M. Jacquet, « Voici venu le temps des traités ! (Quelques réflexions sur l'évolution du droit des contrats d'Etat) », *in* M. G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Nijhoff, 2007, pp. 1121-1131

E. G. Jiménez, « Le retrait de la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de la part du Pérou », *R.H.D.I.*, 2001, pp. 109-133

E. Jimenez de Aréchaga, « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice under the Pact of Bogota and the Optional Clause », in *International law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 355-36

Y. Jurovics, « Le procès international pénal face au temps », *R.S.C.*, 2001, pp. 781-796

S. L. Kaleda, « The interim obligations of a State acceding to the European Union in the light of the intertemporal jurisprudence of the Court of Justice », *European Law Review*, 2001, pp. 599-604

M. T. Kamminga, « State Succession in Respect of Human Rights Treaties », *E.J.I.L.*, 1996, pp. 469-484

W. Karl, « The Time Factor in the Law of State Responsibility », *in* M. Spinedi et B. Simma (éd.), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York/Londres/Rome, Oceana, 1987, pp. 95-114

H. Kelsen, « Du droit de se retirer de l'Organisation des Nations Unies », *R.G.D.I.P.*, 1948, pp. 5-19

E. Klein, « Participation in the International Covenant on Civil and Political Rights : How States Become States Parties », *Verhandeln für den Frieden :* liber amicorum *Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, pp. 369-379

R. Kolb, « La dénonciation avec effet immédiat de déclarations facultatives établissant la compétence de la Cour internationale de Justice », *in* G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Nijhoff, 2007, pp. 875-890

R. Kolb, « La désuétude en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 577-607

R. Kolb, « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 837-850

R. Kolb, « The Compromissory Clause of the Convention », *in* P. Gaeta (éd.), *The U.N. Genocide Convention : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 407-424

R. Kolb, « The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004) », *B.Y.B.I.L.*, 2005, pp. 269-335

P. H. Kooijmans, « Who Tolled the Death-Bell for Compulsory Jurisdiction ? Some Comments on the Judgment of the International Court of Justice in the Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application) », in *Realism in Law-Making, Essays of International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 71-87

H. Krieger, « Die Zuständigkeit *Ratione Temporis* Internationaler Streitbeilegungsinstanzen », *in* J. Ipsen (dir.), *Recht, Staat, Gemeinwohl : Festschrift für Dietrich Rauschning*, Cologne, Heymann, 2001, pp. 577-597

D. Krueger, « The Combat Zone : *Mondev international, Ltd. v. United States* and the Backlash Against NAFTA Chapter 11 », *Boston International Law Journal*, 2003, pp. 399-426

B. Kwiatkowska, « The 2007 Nicaragua v. Colombia Territorial and Maritime Dispute (Preliminary Objections) Judgment : A Landmark in the Sound Administration of International Justice », *in* I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (éd.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2008, pp. 909-942

P. Lagarde, « *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, pp. 237-247

P. Lalive, « The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems », *B.Y.B.I.L.*, 1980, pp. 123-161

V. Lamm, « Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Acta juridica hungarica*, 2004, pp. 25-48

V. Lamm, « Quatre nouvelles déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ émanant d'Etats d'Europe Centrale (Bulgarie, Estonie, Hongrie, Pologne) », *R.G.D.I.P.*, 1996, pp. 335-365

V. Lamm, « Reciprocity and the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Acta juridica hungarica*, 2003, pp. 45-66

C. Larsen, « ICSID Jurisdiction : the Relationship of Contracting States to sub-States Entities », *in* N. Horn (éd.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, pp. 353-386

R. Latournerie, « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1960, n° 14, pp. 61-159

H. Lauterpacht, « The British Reservations to the Optional Clause », [S.l], [s.n.], reprinted for *Economica*, 1930, pp. 137-172

Ch. Leben, « La juridiction internationale », in *La fonction de juger*, *Droits*, 1989, n° 9, pp. 143-155

Ch. Leben, « L'évolution de la notion du contrat d'Etat », *R.A.*, 2003, pp. 629-646

Ch. Leben, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème* siècle. *A propos de 30 ans de recherche au CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 119-175

Ch. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280

G. Le Floch, « La désuétude en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 609-642

S. Lemaire, « La mystérieuse *umbrella clause* (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *R.A.*, 2009, pp. 479-502

L. G. Loucaides, « The Concept of 'Continuing' Violations of Human Rights », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 803-815

V. Lowe, « Overlapping Jurisdiction in International Tribunals », *A.Y.I.L.*, 1999, pp. 191-204

P. V. McDade, « The Removal of Offshore Installations and Conflicting Treaty Obligations as a Result of the Emergence of the New Law of the Sea : a Case Study », *San Diego L. Rev.*, 1987, pp. 645-687

G. McGrory, « Reservations of Virtue? Lessons from Trinidad and Tobago's Reservation to the First Optional Protocol », *H.R.Q.*, 2001, pp. 769-826

D. McKay, « The UN Covenants and the Human Rights Committee », *Victoria University of Wellington Law Review*, 1999, pp. 11-18

S. Manciaux, « Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes », *R.D.A.I.*, 2006, pp. 789-802

S. Manciaux, « La Bolivie se retire du CIRDI », *R.A.*, 2007, pp. 351-357

F. A. Mann, « The Consequences of an International Wrong in International and National Law », *B.Y.B.I.L.*, 1976-1977, pp. 1-65

F. Martin, « Les compétence juridictionnelles *ratione personae, ratione temporis et ratione materiae* du Tribunal pénal international pour le Rwanda » *in* E. Forlenza, S. Manacorda (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux* ad hoc, Milan, Giuffrè, 2003, pp. 198-212

G. Mathieu, « L'application de la loi pénale dans le temps (dans la perspective du nouveau code pénal) », *R.S.C.*, 1995, pp. 257-270

J. Matringe, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*. *Aspects récents*, Louvain, Anthémis, L.G.D.J., 2010, pp. 45-83

J. Matringe, « Les effets juridiques internationaux des engagements des personnes privées », *in* S.F.D.I., *Colloque du Mans*. *Le sujet en droit international*, Paris, Pedone, 2005, pp. 117-156

P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, pp. 1-23, 349-388, 537-583

P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat », *J.D.I.*, 1986, pp. 5-78

J. Mégret, « La spécificité du droit communautaire », *R.I.D.C.*, 1967, pp. 565-577

Th. Meron, « The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies », *B.Y.B.I.L.*, 1959, pp. 83-101

J. G. Merrills, « Decisions of International Tribunals : the International Court of Justice. The Land and Maritime Boundary Case (*Cameroon v. Nigeria*), Preliminary Objections », *I.C.L.Q.*, 1999, pp. 651-658

J. G. Merrills, « Does the Optional Clause Still Matters ? », *in* K. H. Kaikobad, M. Bohlander (éd.), *International Law and Power : Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2009, pp. 431-454

J. G. Merrills, « The Optional Clause Today », *B.Y.B.I.L.*, 1979, pp. 87-116

R. Montagna, « La limitazione 'ratione temporis' della giurisdizione internazionale obbligatoria », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padoue, CEDAM, 1940, vol. III, pp. 123-146

G. Morelli, « Estinzione e soluzione di controversie internazionali », in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padoue, CEDAM, 1950, pp. 91-100

G. Morelli, « Sull'articolo 37 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia », *Riv. D.I.*, 1978, pp. 45-54 ;

G. Morelli, « Su un preteso trasferimento alla Corte internazionale di giustizia della giurisdizione della Corte permanente », *Riv. D.I.*, 1985, pp. 54-63

H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *A.P.D.*, 1964, pp. 215-227

A. de Nanteuil, « Application des traités dans le temps et compétence *ratione temporis* des tribunaux arbitraux », *Les cahiers de l'arbitrage*, n° 2009/4, Gazette du Palais, pp. 33-37

M. K. Nawaz, « Has the I.C.J. Exceeded its Jurisdiction in the Nicaragua Case », *Ind. J.I.L.*, 1992, pp. 102-109

B. C. Nirmal, « Jurisdiction of the International Criminal Court », *ISIL Yearbook of international humanitarian and refugee law*, 2003, pp. 116-134

B. C. Nirmal, « Material, Personal and Temporal Jurisdiction of the International Criminal Court Revisited », *in* K. Dixit (éd.), *International Law. Issues and Challenges*, Delhi, ISIL & Hope India Publications, 2009, vol. 2, pp. 399-456

A. Nissel, « Continuing Crimes in the Rome Statute », *Michigan Jl. I.L.*, 2003-2004, pp. 653-689

J. Normand, « L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz et Sirey, 1985, pp. 555-586

Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*. *Aspects récents*, Louvain, Anthémis, L.G.D.J., 2010, pp. 13-30

Sh. Oda, « Reservations in the Declarations of Acceptance of the Optional Clause and the Period of Validity of Those Declarations : the effect of the Schultz Letter », *B.Y.B.I.L.*, 1988, pp. 1-30

Sh. Oda, « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice : A Myth? A Statistical Analysis of Contentious Cases », *I.C.L.Q.*, 2000, pp. 251-277

P. A. Ormachea, « *Moiwana Village* : the Inter-American Court and the 'Continuing Violation' Doctrine », *Harvard Human Rights Law Journal*, 2006, pp. 283-288

F. Ost, « Conclusions générales : le temps, la justice et le droit », *in* S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 357-369

B. H. Oxman, « Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction », *A.J.I.L.*, 2001, pp. 277-312

J. M. Pasqualucci, « Preliminary Objections Before the Inter-American Court of Human Rights : Legitimate Issues and Illegitimate Tactics », *Virginia Jl. I.L.*, 1999, pp. 1-114

J. Pauwelyn, « The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation : Selected Problems », *B.Y.B.I.L.*, 1995, pp. 415-450

Ph. Pazartzis, « La Grèce et la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice », *R.H.D.I.*, 1994-1995, pp. 109-125

A. Pellet, « La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », *in* N. Ando *et al*. (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 481-514

G. Perrin, « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bern, Stämpfli, 1980, pp. 271-291

E. Picard, « Rapport de synthèse », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 237-268

R. Plender, « The Role of Consent in the Termination of the Treaties », *B.Y.B.I.L.*, 1986, pp. 133-167

B. Plessix, « La compétence et le temps », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 51-68

F. Poirat, « Rapport », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 203-238

J. J. Quintana, « The Nicaragua Case and the Denunciation of Declarations of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *Leiden J.I.L.*, 1998, pp. 97-121

P. Rambaud, « Arbitrage, concession et nationalisation : quelques observations sur la sentence B.P. », *A.F.D.I.*, 1981, pp. 222-230

W. M. Reisman & M. H. Arsanjani, « No Exit ? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of United States' Notification of Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations », *in* M. G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Nijhoff, 2007, pp. 897-926

W. M. Reisman, « Procedures for Controlling Unilateral Treaty Terminations », *A.J.I.L.*, 1969, pp. 544-547

P. Reuter, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », in *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston/Londres, Nijhoff, 1989, pp. 623-634

P. Reuter, « Traités et transactions. Réflexions sur l'identification de certains engagements conventionnels », *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 1, pp. 399-415

S. Rials, « L'office du juge : ouverture », in *La fonction de juger*, *Droits*, 1989, n°9, pp. 3-20

R. Rivier, « La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*. *Aspects récents*, Louvain, Anthémis, L.G.D.J., 2010, pp. 85-114

Sh. Rosenne, « The Temporal Application of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Cornell I.L.J.*, 1970-1971, pp. 1-24

Sh. Rosenne, « The Jurisdiction of the International Criminal Court », in *Essays on International Law and Practice*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2007, pp. 367-389

P. Roubier, « De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. 2, pp. 513-537

E. Roucounas, « Uncertainties Regarding the Entry into Force of Some Multilateral Treaties », *in* K. Wellens (éd.), *International Law : Theory and Practice, Essays in Honour of E. Suy*, Leyde/Boston, Nijhoff, 1998, pp. 179-193

H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche au CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 303-321

T. Russell Gibson, « True Fiction : Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court's Battle with *Ratione Temporis* », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2006-2007, pp. 153-166

G. Sacerdoti, « Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle », in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme (Colloque de Bari, 1973)*, Bari, Edizioni Levante, 1974, pp. 133-145

J. Salmon, « Duration of the Breach », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (éd.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 383-395

J. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 709-738

J. Salmon, « Les obligations quantitatives et l'illicéité », *The International Legal System in Quest of Equity and Universality* : Liber Amicorum *Georges Abi-Saab*, pp. 305-325

C. Santulli, « Les droits acquis », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 87-92

C. Santulli, « Les juridictions de droit international : essai d'identification », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 45-61

C. Santulli, « Observations et proposition sur l''extension' du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. 2, pp. 1371-1383

C. Santulli, « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* », *A.F.D.I.*, 2002, pp. 257-280

C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, pp. 58-81

J. G. Sauveplanne, « Les limitations *ratione temporis* dans l'application de la clause facultative », *N.I.L.R.*, 1956, pp. 342-354

E. Savarese, « BIT Clauses Bearing on the *Ratione Temporis* Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs », *The Journal of World Investment and Trade*, 2009, pp. 601-616

D. Scalia, « Constat sur le respect du principe *nulla poena sine lege* par les tribunaux pénaux internationaux », *R.I.D.C.*, 2006, pp. 185-209

I. Scheers, « From Rome to Kampala : An Analysis of Article 124 of the Statute of the International Criminal Court », *International Criminal Law Review*, 2010, pp. 301-323

D. J. Scheffer, « How to Turn the Tide using the Rome Statute's Temporal Jurisdiction », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, n° 2, pp. 26-34

Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, vol. 11, pp. 318-492

Ch. Schreuer, « Consent to arbitration », *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, n°2, (article mis à jour le 27 février 2007 et consulté le 10 mars 2011, disponible à l'adresse http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)

Ch. Schreuer, « Denunciation to the ICSID Convention and Consent to Arbitration », *in* M. Waibel (éd.), *The Backlash Against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 353-368

Ch. Schreuer, « What is a legal dispute ? », *in* I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (éd.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyde/Boston, Nijhoff, 2008, pp. 959-979

S. Schwebel, « The Severability of the Arbitration Agreement », *International Arbitration* : *Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publications, 1987, vol. 4, pp. 1-60

G. L. Scott, C. L. Carr, « The International Court of Justice and Compulsory Jurisdiction : The Case for Closing the Clause », *A.J.I.L.*, 1987, pp. 57-76

L.-A. Sicilianos, « The Relationship between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty », *E.J.I.L.*, 1993, pp. 341-359

D. Simon, « Les juges européens et le droit de la transition », *in* G. Drago, D. Le Prado, B. Seiller, P. Thierry (dir.), *Repenser le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 75-96

K. Skubiszewski, « Unilateral Acts of States », *in* M. Bedjaoui (éd.), *International Law : Achievements and Prospects*, Dordrecht/Boston/Londres, Nijhoff, 1991, vol. 1, pp. 221-240

H. Solus, « Compétence d'attribution et compétence territoriale », *J.C.P*, 1947.I.663

H. Solus, « Considérations sur la compétence des juridictions », *D.*, 1949, pp. 153-156

M. Sørensen, « Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, pp. 304-319

J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 232-257

G. Sperduti, « La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », *René Cassin* Amicorum discipulorumque liber, t. III, *Protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, pp. 121-148

G. Staedtler, « L'affaire des Phosphates du Maroc », *R.D.I.L.C.*, 1939, pp. 323-338

V. Starace, « La giurisdizione 'obbligatoria' della Corte europea dei diritti dell'uomo », in *Il Processo Internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, *Comunicazioni e studi*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 825-853

B. Stern, « De l'utilisation du temps en droit international pénal », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 253-264

B. Stern, « L'affaire du bureau de l'O.L.P. devant les juridictions interne et internationale », *A.F.D.I.*, 1988, pp. 165-194

B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche au CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 223-244

F. Sudre, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 1359-1376

R. Szafarz, « The Modification of the Scope of ICJ Jurisdiction in Respect of Poland », *in* N. Ando *et al.* (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 545-552

Ch. J. Tams, « The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction », *in* Th. Giegerich (éd.), *A Wiser Century ? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Berlin, Dunckler et Humblot, 2009, pp. 461-492

Ch. J. Tams, « Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (éd.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1035-1049

P. Tavernier, « L'actualité du principe de non-rétroactivité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'Homme. Développements récents et nouveaux défis. Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des hautes études européennes de Strasbourg à la mémoire de M.-A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 113-133

P. Tavernier, « Le temps et la Cour européenne des droits de l'homme », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 265-268

P. Tavernier, « Relevance of the Intertemporal Law », *in* J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (éd.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 397-403

P. Tavernier, « Rupture ou continuité ? Le Protocole n°11 et les problèmes de compétence *ratione temporis* de la nouvelle Cour », *in* P. Mahoney *et al.* (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, pp. 1391-1402

P.-H. Teitgen, « The Temporal Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities », *Human Rights Law Journal*, 1980, pp. 36-43

H. W. A. Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989. Part four », *B.Y.B.I.L.*, 1992, pp. 1-157

H. W. A. Thirlway, « Reciprocity in the Jurisdiction of the International Court », *N.Y.I.L.*, 1984, pp. 97-138

J.-M. Thouvenin, « Le délai raisonnable », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 109-130

J. L. Tillson, « The Role of Reservations and Declarations before the Inter-American Court of Human rights : The Las Hermanas Serrano Cruz Case and the Future of Inter-American Justice », *Berkeley Electronic Press*, 2006, paper 921 (article disponible à l'adresse www.law.bepress.com/expresso/eps/921, consulté le 10 mars 2011), 41 pp.

Ch. Tomuschat, « Turkey's Declaration under Article 25 of the European Convention on Human Rights », *in* M. Nowak, D. Steurer, H. Tretter (éd.), Liber amicorum *for Felix Ermacora : Progress in the Spirit of Human Rights*, pp. 119-139

A. Toublanc, « Affaire relative à *Certains biens* (Liechtenstein c. Allemagne, Exceptions préliminaires, 10 février 2005) », *A.F.D.I.*, 2004, p. 370-388

M. Troper, « Communication », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 55-62

G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 641-656

G. Tusseau, « L'indisponibilité des compétences », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 101-126

S. Twist, « Rethinking Retrospective Criminality in the Context of War Crimes Trials », *Liverpool Law Review*, 2006, pp. 31-66

M. Ubaud-Bergeron, « L'incompétence », *in* A.F.D.A., *Colloque de Nancy. La compétence*, Paris, Litec, 2008, pp. 145-167

N. Vajić, « Before…and After : *Ratione Temporis* Jurisdiction of the (New) European Court of Human Rights and the *Blečić* Case », in Liber Amicorum *Luzius Wildhaber. Droits de l'homme : regards de Strasbourg*, Kehl, Engel, 2007, pp. 483-505

D. Vaughan, « Temporal Limitation in EU Law », *in* P. Moser, K. Sawyer (éd.), *Making Community Law : the Legacy of Advocate General Jacobs Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 218-227

G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barenstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *J.C.P.*, 1948.I.682

G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.*, 1950.I.851

J. Verhoeven, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 9-34

F. O. Vicuña, « The Legal Nature of the Optional Clause and the Right of a State to Withdraw a Declaration Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice », *in* N. Ando *et al*. (éd.), Liber Amicorum *Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, vol. I, pp. 463-480

M. Vogiatzi, « The Historical Evolution of the Optional Clause », in *Non-State Actors and International Law*, vol. 2, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 41-88

M. Wagner, « The ICC and Its Jurisdiction. Myths, Misperceptions and Realities », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2003, pp. 409-502

H. Waldock, « Decline of the Optional Clause », *B.Y.B.I.L.*, 1955-1956, pp. 244-287

Ph. Weckel, « Les instantanés du droit international », *in* S.F.D.I., *Colloque de Paris. Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 175-200

P. Weil, « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *in* J. Makarczyk (éd.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century : Essays in Honour of Krzystof Skubiszewski*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 833-848

P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La Communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328

P. Weis, « The Denunciation of Human Rights Treaties », *R.D.H.*, 1975, pp. 3-7

E. B. Weiss, « Reciprocity and the Optional Clause », *in* L. F. Damrosch (éd.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, Dobbs Ferry, 1987, pp. 82-105

K. Widdows, « The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause », *B.Y.B.I.L.*, 1982, pp. 83-114

P. Williams, « The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia and Czechoslovakia : Do They Continue in Force ? », *Denver J.I.L.P.*, 1994, pp. 1-42

M. Wilmet, « Aspect grammatical, aspect sémantique, aspect lexical » in *La notion d'aspect*, Actes du colloque organisé par le Centre d'analyse syntaxique de l'Université de Metz, 18-20 mai 1978, Collection Recherches linguistiques, Metz, Publication du centre d'analyse syntaxique, 1980, pp. 51-68

G. Witschel, W. Rückert, « Article 7 (1) (i) – Crime Against Humanity or Enforced Disappearance of Persons » *in* R. S. Lee (éd.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rule of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 98-108

S. Wittich, « The Judicial Functions of the International Court of Justice », *in* I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (éd.), *International Law between Universalism and*

Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, Leyde/Boston, Nijhoff, 2008, pp. 981-1000

E. Wyler, « La coloration procédurale de la distinction entre applicabilité et application d'un traité dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (Rép. Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) devant la Cour internationale de Justice », *Mélanges en l'honneur de Henri R. Schüpbach,* Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pp. 357-369

E. Wyler, « La protection diplomatique : la concurrence des réclamations », *in* S.F.D.I., *Colloque de Rennes. Les compétences de l'Etat en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 239-262

E. Wyler, « Les rapports entre exceptions préliminaires et fond du litige à la lumière de l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire du *Génocide* », *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 25-53

E. Wyler, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *R.G.D.I.P.*, 1991, pp. 882-910

E. Wyler, «Victime 'actuelle' et victime 'virtuelle' d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.S.D.I.E.*, 1993, pp. 3-38

S. Yee, « The Interpretation of 'Treaties in Force' in Article 35(2) of the Statute of the ICJ », *I.C.L.Q.*, 1998, pp. 884-904

C. Zanghi, « La déclaration de la Turquie relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 69-95

J. M. Zemb, « L'aspect, le mode et le temps » in *La notion d'aspect*, Actes du colloque organisé par le Centre d'analyse syntaxique de l'Université de Metz, 18-20 mai 1978, Collection Recherches linguistiques, Metz, Publication du centre d'analyse syntaxique, 1980, pp. 83-110

Table des matières

Liste des principaux sigles et abréviations 5

INTRODUCTION 13

I. Les liens entre compétence et pouvoir : la notion de « compétence juridictionnelle » 16

A. La compétence comme limite au domaine d'exercice du pouvoir de juger .. 17

B. La compétence comme préalable à l'exercice du pouvoir de juger 21

II. Les liens entre compétence et temps en droit international (identification de l'objet de l'étude) 25

***A. Ce à quoi renvoie l'étude de la « compétence temporelle » des juridictions internationales : les exceptions préliminaires d'incompétence* ratione temporis** 25

1. Objet des exceptions préliminaires d'incompétence temporelle 26

2. Statut de la condition de compétence temporelle 32

B. Ce à quoi ne renvoie pas l'étude de la « compétence temporelle » des juridictions internationales (éléments exclus de l'étude) 35

1. Compétence ratione temporis *et autres problématiques temporelles associées au procès international* 35

2. La notion de juridiction internationale retenue 39

III. Temps, compétence et concepts : la *notion juridique* de compétence temporelle en question 44

A. L'opinion doctrinale dominante : l'inopportunité de l'usage de la notion de compétence temporelle 45

B. Appréciation critique de la présentation doctrinale et thèse proposée 49

1ère Partie. La durée de l'habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel 55

TITRE 1 – LE PRINCIPE DE DETERMINATION DE LA COMPÉTENCE TEMPORELLE 57

Chapitre 1. Le contenu du principe de détermination de la compétence temporelle : une solution constante et singulière 59

SECTION 1 / ANALYSE PRATIQUE : LA DATE A LAQUELLE S'APPRECIE L'HABILITATION A EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL 59

§ 1 – ENONCIATION DE LA SOLUTION : « LA COMPETENCE S'APPRECIE A LA DATE DU DEPOT DE L'ACTE INTRODUCTIF D'INSTANCE » 60

§ 2 – VALEUR DE LA SOLUTION : UN PRINCIPE GENERAL DU PROCES INTERNATIONAL 63

A. Diffusion jurisprudentielle 63

B. Consécration textuelle 67

1. Contenu des clauses attributives de compétence 67
2. Interprétation des clauses attributives de compétence 71

SECTION 2 / ANALYSE THEORIQUE : LA SINGULARITE DE LA SOLUTION RETENUE EN APPLICATION DU PRINCIPE DE DETERMINATION DE LA COMPETENCE TEMPORELLE..... 73
§ 1 - LA DISTINCTION ENTRE LA DATE A LAQUELLE S'APPRECIE ET LA DATE A LAQUELLE S'EXERCE LA COMPETENCE 75
A. Une solution sans lien avec l'énoncé des règles de compétence..... 75
B. Une solution sans lien avec le domaine d'intervention des règles attributives de compétence..... 78
1. Le régime d'application temporel des règles attributives de pouvoir juridictionnel 79
2. L'effet immédiat des lois de compétence du droit interne..... 83
§ 2 - LA DISTINCTION DES EFFETS ATTACHES A LA SAISINE ET A LA COMPETENCE..... 87
A. La distinction des effets à l'épreuve de la pratique 88
B. Présentation théorique des rapports entre compétence et saisine 92

Conclusion Chapitre premier..... 96

Chapitre 2. Le fondement du principe de détermination de la compétence temporelle : l'acquisition d'un droit au maintien de la compétence *pendente lite* ... 99

SECTION 1 / LE CARACTERE SUBJECTIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE..... 100
§ 1 - LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'AUTEUR DE LA DEMANDE 101
A. Les raisons de la prise en compte des intérêts du demandeur 101
B. Conséquences théoriques : la reformulation du problème d'applicabilité des règles de compétence dans le temps..... 105
§ 2 - IDENTIFICATION DE LA PREROGATIVE INDIVIDUELLE ATTACHEE A LA SITUATION DE COMPETENCE : LE DROIT AU MAINTIEN DES EFFETS PRODUITS A LA DATE DU DEPOT DE LA DEMANDE..... 107
A. Une prérogative attachée au droit d'action 107
B. Droit au maintien de la compétence et règle de « perpetuatio fori »..... 111

SECTION 2 / LE CARACTERE DEFINITIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE..... 115
§ 1 - LA SIGNIFICATION DU CARACTERE DEFINITIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE..... 116
§ 2 - LA MODULATION DES CONSEQUENCES DU CARACTERE DEFINITIF DE LA SITUATION JURIDIQUE DE COMPETENCE : LA « REGULARISATION » DE LA COMPETENCE *PENDENTE LITE*..... 121

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 1..... 124

TITRE 2 – LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE DETERMINATION DE LA COMPETENCE TEMPORELLE 127

Chapitre 1. Prise d'effet de l'engagement juridictionnel et détermination de la compétence temporelle 129

SECTION 1 / LES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS ATTRIBUTIFS DE COMPETENCE 129

§ 1 - LES CONDITIONS GENERALES RELATIVES A LA PRISE D'EFFET DE L'ENGAGEMENT CONVENTIONNEL 130

A. La condition de droit commun : l'entrée en vigueur du traité 131

1. Hypothèses dans lesquelles l'engagement étatique précède la date d'entrée en vigueur du traité 132

2. Hypothèses dans lesquelles l'entrée en vigueur du traité précède la date à laquelle l'Etat s'engage 134

B. Le tempérament admis à la condition d'entrée en vigueur du traité : la mise en application provisoire de la règle attributive de compétence 138

§ 2 - LES CONDITIONS SPECIALES ENCADRANT L'ATTRIBUTION DE LA COMPETENCE 143

A. La date d'entrée en vigueur des « traités et conventions » attribuant compétence à la Cour internationale de Justice 143

B. Les conditions de validité des accords d'arbitrage CIRDI 148

SECTION 2 / LES ENGAGEMENTS UNILATERAUX ATTRIBUTIFS DE COMPETENCE 153

§ 1 - LES ENGAGEMENTS UNILATERAUX SOUMIS A RECIPROCITE : LES DECLARATIONS FACULTATIVES DE JURIDICTION OBLIGATOIRE DE L'ARTICLE 36 § 2 DU STATUT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE 154

A. Nature des déclarations facultatives de juridiction obligatoire 155

B. Prise d'effet des déclarations facultatives de juridiction obligatoire 159

1. La date de prise d'effet des déclarations unilatérales : solutions de droit commun 160

2. Les conditions stipulées dans les déclarations à l'égard de leur prise d'effet 164

§ 2 - LES DECLARATIONS UNILATERALES DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME 167

A. La signification de la condition de réciprocité insérée dans les déclarations unilatérales du contentieux des droits de l'homme 168

B. Les autres facteurs déterminant la prise d'effet des déclarations unilatérales du contentieux des droits de l'homme 172

Conclusion Chapitre 1 176

Chapitre 2. Terminaison de l'engagement juridictionnel et détermination de la compétence temporelle 179

SECTION 1 / TERMINAISON DE L'OBLIGATION JURIDICTIONNELLE COMME CONSEQUENCE DE LA TERMINAISON DU TRAITE DANS LEQUEL ELLE FIGURE 179

§ 1 - EFFETS DE LA TERMINAISON DU TRAITE CONSIGNANT L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL : LA SIGNIFICATION DE L'« AUTONOMIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE » 180

A. Effets de la terminaison de l'acte sur le pouvoir d'apprécier la compétence 181

B. Effets de la terminaison de l'acte sur l'exercice de la compétence au fond 186

1. Le principe applicable en matière de traités : l'indivisibilité des obligations substantielles et juridictionnelles 187

2. L'exception admise en matière de contrats d'Etat 194

§ 2 - CONDITIONS D'OPPOSABILITE DE LA TERMINAISON DE L'ACTE CONSIGNANT L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL 199

A. Motifs d'extinction prévus par le droit international général 200

B. Motifs d'extinction prévus par le traité 206

SECTION 2 / CAUSES DE TERMINAISON PROPRES A L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL *210*

§ 1 - LES CIRCONSTANCES METTANT EN JEU L'OBJET DE LA REGLE ATTRIBUTIVE DE COMPETENCE 211

A. Les causes de terminaison tenant à l'impossible mise en œuvre par le juge de son habilitation à exercer le pouvoir juridictionnel 212

1. Disparition de la juridiction investie de compétence 212

a. Disparition de la juridiction et transfert des engagements unilatéraux : l'exemple du mécanisme de l'article 36 § 5 du Statut de la Cour internationale de Justice 215

b. Disparition de la juridiction et transfert des engagements conventionnels : l'exemple du mécanisme de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice 219

2. Caducité de l'engagement juridictionnel à raison de son exécution intégrale 222

B. Les causes de terminaison exclues en raison de l'habilitation faite aux parties d'agir en justice 225

1. Incompatibilité de l'engagement juridictionnel avec un engagement postérieur 226

2. Inapplicabilité de l'engagement juridictionnel à raison de sa désuétude . 230

§ 2 - LES CIRCONSTANCES ATTACHEES AUX CONDITIONS DE L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL 236

A. La dénonciation de l'engagement juridictionnel 237

1. Le débat sur la « dénonciabilité » des engagements juridictionnels 238

2. L'encadrement du pouvoir de dénoncer les engagements juridictionnels . 243

a. La dénonciation des déclarations facultatives de juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice 243

i. La reconnaissance d'un droit de dénonciation comme condition de l'adhésion à la clause facultative de l'article 36 § 2 244

ii. Les conditions d'exercice du droit de dénonciation 249
b. La dénonciation de la compétence des juridictions internationales des droits de l'homme..... 254
c. La dénonciation du consentement à l'arbitrage CIRDI 261
i. L'article 25 (1) de la Convention de Washington et l'irrévocabilité de l'accord d'arbitrage CIRDI 262
ii. L'article 72 et les effets attachés à la dénonciation de la Convention de Washington..... 266
B – Les autres causes de terminaison attachées aux conditions de l'engagement juridictionnel 270

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 2 275

Conclusion de la première Partie 277

2ème partie. Le domaine temporel d'exercice du pouvoir juridictionnel..... 279

TITRE 1 – IDENTIFICATION DU DOMAINE TEMPOREL DE COMPETENCE 281

Chapitre 1. La présence directe du temps dans l'engagement juridictionnel 283

SECTION 1 / LA DETERMINATION DE L'OBJET DE LA COMPETENCE..... 283
§ 1 - LES DIFFERENDS..... 284
A. La date de constitution du différend 284
B. La date des faits et situations générateurs du différend..... 286
§ 2 - LES RECLAMATIONS 289
A. Notion de « réclamation ». Réclamations et différends 289
B. Date des réclamations. Réclamations et faits litigieux..... 291

SECTION 2 / LE RENVOI A UNE OU PLUSIEURS DATES..... 296
§ 1 - ORIENTATION TEMPORELLE DE L'ENGAGEMENT JURIDICTIONNEL 297
A. Analyse critique : la distinction entre orientation temporelle et application dans le temps de l'engagement juridictionnel 297
B. Illustrations pratiques de la distinction 301
1. Orientation temporelle des engagements attribuant une compétence générale..... 301
2. Orientation temporelle des engagements attribuant une compétence spéciale 304
a. Le champ temporel de compétence des juridictions pénales internationales 305
b. Le champ temporel de compétence des juridictions des droits de l'homme 309
§ 2 - IDENTIFICATION DES DATES « CRITIQUES » DE COMPETENCE..... 315
A. En cas de pluralité d'actes : le cas des déclarations unilatérales soumises à réciprocité 316

B. En cas de succession d'actes dans le temps 319

Conclusion Chapitre 1 322

Chapitre 2. La présence indirecte du temps dans l'engagement juridictionnel 323

SECTION 1 / LA NOTION D'APPLICABILITE TEMPORELLE DE LA REGLE DE FOND 324
§ 1 - L'APPLICABILITE TEMPORELLE DE LA REGLE DE FOND, CONDITION ETRANGERE A LA COMPETENCE : ANALYSE CRITIQUE 324
A. La condition d'applicabilité de la règle de fond 324
B. La condition d'applicabilité temporelle de la règle de fond 327
§ 2 - L'APPLICABILITE TEMPORELLE DE LA REGLE DE FOND, CONDITION ETRANGERE A LA COMPETENCE : ILLUSTRATIONS PRATIQUES 331
A. L'applicabilité temporelle de la règle de fond, condition subsidiaire à l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel 332
B. L'applicabilité temporelle de la règle de fond, condition étrangère à l'applicabilité temporelle de l'engagement juridictionnel 336

SECTION 2 / IDENTIFICATION DU DOMAINE DE COMPETENCE 338
§ 1 - IDENTIFICATION DES REGLES PERTINENTES 338
A. Solution de principe : les règles énoncées dans le traité 338
B. Aménagement : le renvoi du traité à d'autres règles 343
1. Les renvois réceptifs : l'exemple de la clause de la nation la plus favorisée 344
2. Les renvois non réceptifs 347
§ 2 - IDENTIFICATION DES DATES CRITIQUES 350
A. En cas de correspondance entre observation et application de la règle de fond 350
B. En cas de dissociation entre observation et application de la règle de fond 354
1. Application anticipée des règles 354
2. Application prolongée des règles 356

Conclusion Chapitre 2 et du Titre 1 357

TITRE 2 – LOCALISATION DU DIFFEREND DANS LE TEMPS 359

Chapitre 1. Détermination de la compétence à raison de la date des faits litigieux 361

SECTION 1 / LES FAITS DISPERSES 362
§ 1 - PRINCIPES INTERTEMPORELS APPLICABLES A LA COMPETENCE 363
A. Les principes dégagés à l'occasion des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat 363
1. Le « fait composé » 364
a. Définition 364

b. Fait composé et intertemporalité 367
c. Fait composé et compétence temporelle 368
2. Le « fait complexe » 369
a. Définition 369
b. Fait complexe et intertemporalité 372
c. Fait complexe et compétence temporelle 374
B. Les principes appliqués par les juridictions internationales 375
1. Identification du principe guidant la détermination de la compétence temporelle 376
a. Dans le cas où l'exercice de la compétence est associé à l'application de la règle de fond 376
b. Dans le cas où l'exercice de la compétence est dissocié de l'application de la règle de fond 380
i. Enonciation du principe par la Cour permanente de Justice internationale 380
ii. Solutions de la pratique internationale 383
2. Enseignement : l'impossible réunion des faits dispersés 387
§ 2 - RESOLUTION PRATIQUE DU PROBLEME DE LA DISPERSION 390
A. L'identification du fait principal 391
1. Le critère d'identification du fait principal 391
a. Pertinence du moment de l'atteinte à la situation juridique 391
b. Indifférence de la date de constitution de la situation juridique 395
2. Mise en œuvre du critère d'identification 400
a. Enoncé des solutions 400
i. La date de l'atteinte à une situation juridique individuelle 400
ii. La date de l'atteinte à une situation juridique étatique 407
b. Analyse critique : l'importance à accorder au contenu de l'obligation violée 412
i. Validité de l'analyse fondée sur le contenu de l'obligation : le cas des obligations de « traitement » 414
ii. Limites à la validité de l'analyse fondée sur le contenu de l'obligation 419
B. La recherche d'un « fait nouveau » 424
1. La nécessité d'invoquer un fait nouveau 424
a. Le statut des faits postérieurs au « fait principal » 424
b. Le cas particulier des faits indissociés et « confirmatifs » 429
i. Les faits indissociés 430
ii. Les faits « confirmatifs » dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme 432
2. L'établissement du fait nouveau 433
a. Elément d'identification : l'atteinte à une « situation nouvelle » 434
i. L'affaire des Phosphates du Maroc 435
ii. L'affaire relative à Certains biens 436
b. Conditions d'admission du fait nouveau 440
i. Existence du droit subjectif mis en cause 440
ii. Découverte de l'objet véritable du grief 443

SECTION 2 / LES FAITS CONTINUS 448
§ 1 - VIOLATIONS CONTINUES DES DROITS DE L'HOMME : LA CONTINUITE PAR LES EFFETS 452
A. Exposé : des « situations continues » 458
1. Les situations continues dans la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme 459
a. Première génération. *Des faits continus à « effets instantanés » ?* 459
b. Deuxième génération. *Les effets continus* 464
i. Indifférence du mode de constitution des situations 464
ii. Pertinence de l'objet de l'obligation 469
2. Les situations continues dans la pratique du Comité des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme 476
a. La doctrine des « effets persistants » 477
b. La récente reformulation des conditions d'établissement de la compétence temporelle 483
B. Appréciation critique : la nécessité de caractériser une entrave continue à l'exercice des droits 488
1. Existence de la situation juridique individuelle 489
2. Atteinte à la situation juridique individuelle 494
§ 2 - FAITS, SITUATIONS ET VIOLATIONS CONTINUS DANS LA PRATIQUE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE 498
A. Les atteintes continues aux situations juridiques individuelles 499
B. Les atteintes continues aux situations juridiques étatiques 503
1. Les « faits et situations » à l'origine du différend 503
2. Les violations continues 505
a. Illustrations pratiques 506
b. Analyse théorique 508
i. Objet de l'obligation 510
ii. « Durée » de l'obligation 512

Conclusion Chapitre 1 517

Chapitre 2. Détermination de la compétence à raison de la date du différend 519

SECTION 1 / SITUATION TEMPORELLE DU DIFFEREND 520
§ 1 - SITUATION DU DIFFEREND A L'EGARD DES FAITS LITIGIEUX 520
A. La localisation du différend en référence à la date des faits litigieux 521
B. La notion d'« antécédents » du litige 524
§ 2 - DETERMINATION DE LA DATE DE SURVENANCE DU DIFFEREND 525
A. Les repères temporels 527
1. Différend et divergences 527
2. Différend et saisine de la juridiction 531
B. Le moment critique : le heurt des allégations 534
1. La prétention 535
2. La contestation 539

SECTION 2 / DENOMBREMENT DE DIFFERENDS 541
§ 1 - IDENTIFICATION DU CRITERE DE L'ALTERITE DE LITIGE 542
A. Pertinence de la cause factuelle du litige 542
B. Influence de la cause juridique du litige 546
§ 2 - MISE EN ŒUVRE DU CRITERE 548
A. En présence de faits continus 548
B. En présence de faits dispersés 552
1. Solutions pratiques 553
a. L'affaire *Lucchetti* 553
b. L'affaire *Jan de Nul* 556
2. Appréciation critique 558

Conclusion Chapitre 2 et Titre 2 563

Conclusion de la deuxième Partie 565

Conclusion générale 567

Index de la jurisprudence citée 573
Index des matières 621
Bibliographie 629