**À la recherche d’un droit commun des mesures provisoires en droit international et régional**

Raphaël Maurel[[1]](#footnote-1)

Le colloque de Clermont-Ferrand, magistralement organisé par le directeur de la présente publication autour du thème « L'effectivité du provisoire en droit international et européen », était une indéniable réussite. Il a permis de réunir, autour de ce thème commun, des spécialistes de plusieurs branches de droit et d’identifier des lignes de force comme des divergences concrètes, ce qui n’est pas toujours le cas des colloques universitaires consacrés à des sujets de premier abord aussi complexes. Le titre de la communication orale initialement confiée à l’auteur de ces lignes par Ludovic Benezech, « La construction d'un droit commun des mesures provisoires ? », pouvait questionner au-delà même de sa mystérieuse – et judicieuse – formulation interrogative : ne s’agissait-il pas de traiter, *in fine*, de l’ensemble de la journée ?

Sans prétendre vouloir, ni pouvoir, y apporter de réponses fermes, la démarche qui a guidé cette réflexion est partie de l’intuition qu’il existait suffisamment d’éléments pour identifier un tel droit commun. L’application d’une méthode simple, consistant à comparer les fondements des pouvoirs d’ordonner, de recommander ou d’indiquer des mesures provisoires ou conservatoires[[2]](#footnote-2) a – presque – suffi en elle-même à invalider cette première hypothèse, ouvrant la voie à une recherche plus précise et à une modification du titre du présent chapitre.

En premier lieu, cet intitulé implique qu’il existe un « droit des mesures provisoires ou conservatoire » spécifique à chaque organe contentieux devant laquelle des mesures d’urgence – urgence qui justifie généralement leur caractère provisoire – sont invoquées. Cette idée, bien que peu explorée, ne semble pas devoir soulever de difficultés particulières, dès lors que l’on admet que les mesures provisoires sont des procédures incidentes impliquant l’application de règles procédurales différentes de celles applicables à la procédure principale[[3]](#footnote-3). Il est notoire que le degré exigé de la preuve n’est pas identique au stade des mesures provisoires qui sont censées être urgentes, de même que, plus généralement, les règles de procédures se trouvent allégées face à ladite urgence. Autrement dit, de même qu’il existe un « droit des mesures conservatoires » devant la Cour internationale de justice, il existe un « droit des mesures provisoires » devant la Cour européenne des droits de l’homme.

L’idée d’un « droit commun » des mesures provisoires est, pour sa part, moins intuitive. Elle induit qu’il existe ou qu’il peut exister des éléments communs entre différentes procédures applicables au sein de différents systèmes contentieux internationaux. Par « droit commun », l’on entendra donc, ici, des règles identiques et partagées entre les juridictions amenées à indiquer des mesures provisoires.

L’observation de la terminologie amène d’emblée à une interrogation d’ordre sémantique. On parle en effet de mesures « conservatoires » devant la Cour internationale de justice[[4]](#footnote-4), le Tribunal international du droit de la mer[[5]](#footnote-5), le Centre international de règlement des litiges relatifs aux investissements (CIRDI)[[6]](#footnote-6) ou encore les Comités des traités onusiens comme le Comité des droits de l’homme ou le Comité contre la torture ; de mesures « provisoires » devant la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH)[[7]](#footnote-7), la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE)[[8]](#footnote-8), la Cour interaméricaine des droits de l’homme[[9]](#footnote-9) ou encore la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples (CADHP)[[10]](#footnote-10). Doit-on, pour autant, en déduire des différences substantielles ?

En pratique, les termes apparaissent utilisés de manière synonymique – on utilise d’ailleurs l’expression « *provisional measures* » en anglais à la Cour internationale de justice. En droit matériel de l'Union européenne, la distinction n'est d'ailleurs pas toujours faite, compte tenu de la diversité des dénominations au sein des États membres. En ce qui concerne l'arbitrage civil et commercial, par exemple, les deux expressions relèvent ainsi du même régime d’harmonisation[[11]](#footnote-11). Il est cependant possible de défendre l’idée qu’il y existe une différence entre la « conservation » de la situation entre deux parties souveraines et la « provision », visant une seule partie. En ce sens, la notion de mesure « conservatoire » serait davantage adaptée au contentieux interétatique tandis que la notion de mesure « provisoire » serait plus adéquate en cas de plainte asymétrique, lorsqu’un individu se plaint du comportement d’un État à son égard. Une autre distinction pourrait être fondée là encore sur la sémantique et induire une différence de degré entre les mesures : les mesures « conservatoires », rigides, viseraient exclusivement à figer une situation, tandis que les mesures « provisoires » pourraient, de manière plus large, imposer des obligations temporaires plus variées – y compris l’adoption d’une solution contentieuse provisoire. En tout état de cause, la question, qui ne semble pas revêtir d’importance pratique significative, n’appelle pas de réponse évidente. Dans la présente contribution, les deux expressions seront utilisées de manière synonymique, sans pour autant que ce choix rédactionnel trahisse une négation absolue des différences qui peuvent exister entre ces terminologies.

Le pouvoir d’attribuer ou d’ordonner ces mesures découle la plupart du temps du Statut ou du Règlement de ces institutions contentieuses – ce qui n’est pas la même chose, le règlement étant susceptible d’être rédigé par l’institution elle-même, tandis que le Statut provient d’un accord interétatique. Elles sont en général indiquées par des ordonnances, en « indication de mesures », en « notification de mesures » ou « en référé » devant la CJUE, ou parfois par des sentences – en arbitrage. Ces éléments formels ne font pas apparaître à l’évidence du « commun », au-delà de l’idée générale et de la nature de procédure incidente. La question demeure donc : peut-on identifier un « droit commun » de ces mesures provisoires ou conservatoires ?

Ces brèves réflexions suggèrent qu’il n’existe pas de tel droit commun des mesures provisoires, mais des objectifs et des tendances qui peuvent être communs. S’il n’existe pas de droit commun des mesures provisoires (I), il existe en effet des points communs justifiés par des circulations normatives dont quelques facteurs seront mis en lumière (II).

**I. L’inexistence d’un droit commun des mesures conservatoires**

Pour tenter de montrer qu’il n’y a pas de tel « droit » commun, il peut suffire de rappeler la diversité des règles applicables (A). Ce constat invite à dégager les raisons de cette impossible unité, pourtant nécessaire à la qualification de « droit commun » des mesures provisoires (B).

1. **Des règles diverses**

À titre liminaire, il paraît important de ne pas tomber dans le piège de la facilité qui conduit à identifier des idées, termes et notions communs d’une juridiction à l’autre. Même ce qui est commun ne l’est en réalité souvent pas, tant l’interprétation du juge ou de l’arbitre est fondamentale en matière de mesures provisoires. Pour ne prendre qu’un exemple topique, la notion « d’urgence », présente dans la plupart des textes ou indirectement visée, n’a pas le même sens ni la même intensité devant la Cour internationale de justice – qui peut constater une urgence deux ou trois mois après la demande en indication de mesures conservatoires pour en indiquer[[12]](#footnote-12) – et devant la CEDH qui n’en indique, de manière constante, que « dans des cas véritablement exceptionnels »[[13]](#footnote-13). Même lorsque les notions semblent communes, il existe ainsi des différences d’interprétation et d’appréhension qui empêchent de considérer l’existence d’un véritable « droit commun ». L’observation des différences entre les procédures prévues en cas de demande d’indication de mesures provisoires confirme dans l’ensemble cette inexistence, au regard de trois séries d’éléments au moins.

D’une part, la procédure en elle-même est différente d’une juridiction à l’autre – par exemple les mesures provisoires sont indiquées par le Président de la Cour de justice de l’Union européenne seul, bien qu’il puisse renvoyer la demande en collégiale s’il le juge pertinent ; devant la Cour internationale de justice, l’ordonnance est toujours signée de tous les juges, même si, en cas d’urgence extrême, le Président peut « suggérer », sans procédure orale et au téléphone si besoin, des mesures conservatoires aux autres juges. En ce qui concerne la publicité et la transparence de la procédure, des différences notables existent également. Les ordonnances en indication de mesures conservatoires sont ainsi dûment publiées par la Cour internationale de justice, le TIDM ou encore la CJUE, tandis qu’elles font, de manière tout à fait surprenante, l’objet d’un simple résumé sous forme de communiqué de presse du Greffier de la CEDH – ce qui limite d’ailleurs, de manière peu justifiable, l’accès à ce corpus jurisprudentiel.

D’autre part, les conditions d’indication des mesures conservatoires divergent d’une juridiction à l’autre, lorsqu’elles sont claires. Le TIDM s’est globalement aligné sur la CIJ même s’il reste possible d’observer quelques différences[[14]](#footnote-14). Mais la pratique arbitrale requiert régulièrement d’établir la « (forte) probabilité de chances de succès des demandes au fond »[[15]](#footnote-15) – ce qui est différent de la « plausibilité » que l’on retrouve devant la CIJ[[16]](#footnote-16). De manière plus saillante, le juge de l’Union européenne « met en balance l’intérêt que présente la mesure provisoire pour le demandeur avec l’intérêt du défendeur ou des tiers », ce qui conduit à privilégier régulièrement l’intérêt du service à celui des fonctionnaires ou des usagers d’un service[[17]](#footnote-17). En ce qui concerne les juridictions et organes contentieux dédiés à la protection des droits de la personne humaine, les conditions d’indication divergent également. Il est ainsi possible de relever, Hélène Tigroudja et Ludovic Hennebel, que si la Cour interaméricaine expose assez clairement les trois critères de l’extrême gravité, de l’urgence et du risque de dommage irréparable comme préalables à l’indication de mesures provisoires, le « droit européen du provisoire est extrêmement obscur et opaque […] »[[18]](#footnote-18). Doit également être relevée la possibilité pour les parties, dans le cadre d’un règlement arbitral, d’exclure par avance l’indication de toute mesure conservatoire.

Enfin, il faut mentionner que les conséquences de l’indication des mesures provisoires sont variables, du fait de la diversité des pouvoirs des juges en la matière, en matière de droits de la personne humaine[[19]](#footnote-19) ou dans le cadre d’autres contentieux – on pense par exemple au pouvoir d’astreinte que la Cour de justice de l’Union européenne a dégagé et que le juge unique du provisoire, en l’espèce le vice-président de la Cour, s’est autorisé à prononcer fin 2021[[20]](#footnote-20).

Sans procéder à une analyse plus approfondie, il apparaît ainsi, au regard des trois séries de différences qui précèdent, qu’il n’existe pas suffisamment d’unité pour qualifier un « droit commun des mesures provisoires ». Quelques raisons peuvent en être identifiées.

1. **Les motifs de l’impossible unité**

Deux motifs de cette impossible unité, d’autres pouvant certainement être identifiés, méritent une attention particulière.

D’une part, les enjeux de l’indication ou de la non-indication de mesures conservatoires sont différents d’une juridiction à l’autre. Cela est particulièrement vrai lorsque l’on pense aux requérants, qui se trouvent potentiellement dans des situations objectivement plus graves lorsque les mesures sont demandées devant une juridiction régionale de protection des droits humains que lorsqu’il s’agit d’un différend interétatique devant le TIDM ou la CIJ – quoique ce dernier exemple doive, au regard de l’évolution récente des mesures conservatoires devant la CIJ, être relativisé. Cela s’avère également vrai lorsque l’on s’attache à examiner la politique jurisprudentielle des différentes juridictions. Certaines ressentent le besoin d’asseoir leur autorité voire de démontrer leur utilité ; d’autres n'en ont nullement besoin. Cette situation éminemment politique implique que la CEDH ou la CJUE peuvent se permettre, sans crainte de ne plus être saisies et d’être « boycottées », de refuser l’indication de mesures conservatoires requise par une personne privée ou de s’octroyer un pouvoir d’astreinte bien qu’il ne découle pas de manière évidente des textes applicables[[21]](#footnote-21). Tel est moins le cas de la CIJ, qui doit constamment ménager la souveraineté des États demandeurs comme défendeurs et donner confiance, à la communauté internationale, dans la qualité du règlement des différends qu’elle propose. Autrement dit, la Cour de La Haye sera volontiers critiquée si elle refuse d’indiquer des mesures conservatoires, et fera douter de potentiels futurs demandeurs qui pourraient préférer un autre mode de règlement des différends – le cas échéant moins pacifique, même si cela se ferait en violation de la Charte des Nations Unies – face à l’inaction supposée de la Cour. Or la Cour, comme la communauté internationale, a intérêt à ce que les différends soient plutôt réglés à La Haye que par les armes. On peut dès lors la soupçonner de chercher à éviter de refuser les mesures conservatoires si elle en a la possibilité. La pratique semble donner raison à cette analyse certes moins juridique que sociopolitique, tant il est rare que la Cour, ces dernières années, refuse d’indiquer des mesures, alors même que des éléments permettent parfois de douter de sa compétence ou du bienfondé de certaines demandes. Un exemple topique réside, récemment, dans l’affaire *Qatar c. Émirats arabes unis* devant la CIJ. En 2018, la Cour a en effet rendu une ordonnance en indication de mesures conservatoires[[22]](#footnote-22) dont la motivation était discutable, au point qu’on a pu la suspecter d’avoir souhaité éluder certaines questions qui auraient pu fonder l’incompétence *prima facie* de la Cour – et donc l’impossibilité d’indiquer des mesures[[23]](#footnote-23). Après avoir refusé d’indiquer de nouvelles mesures en 2019[[24]](#footnote-24), ce qui n’est pas inhabituel dans la mesure où une première ordonnance a été rendue, la Cour a néanmoins constaté son incompétence *ratione materiae* dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en 2021[[25]](#footnote-25). On peut dès lors soutenir que le mécanisme de la compétence « *prima facie* » constitue un outil d’ajustement de la politique juridique de la Cour par le choix de l’intensité du contrôle qu’elle effectue à ce stade.

D’autre part, non seulement les enjeux sont différents, mais les systèmes juridiques en cause sont très disparates. Pour ne prendre qu’un exemple d’ordre procédural, les ordonnances en référé indiquant des mesures provisoires du Tribunal de l’UE peuvent être contestées par pourvoir devant la Cour de justice, ce qui est structurellement permis par l’existence d’un double degré de juridiction – spécifiquement l’article 256 TFUE. De manière comparable bien que différente, le non-respect d’une ordonnance indiquée par la Commission africaine des droits de l’homme pourra être porté et dénoncé devant la Cour africaine[[26]](#footnote-26). Tel n’est évidemment pas le cas devant la CIJ ou le TIDM, la structure de ces cours ne le permettant pas – quoi que l’on pourrait imaginer à l’avenir que les mesures soient indiquées en chambres et contestables devant la formation collégiale.

Malgré cette absence d’unité, dont les facteurs sont nombreux, il existe de nombreuses similitudes dans la formation croisée du droit des mesures conservatoires et provisoires. Celles-ci sont dues à ces circulations normatives identifiables.

**II. Des facteurs de circulations normatives en matière de mesures conservatoires**

Conclure qu’il n’existe pas de « droit commun des mesures conservatoires » n’interdit pas de constater, sans former de quelconque paradoxe, de fortes ressemblances entre les procédures et les effets qu’elles produisent. Il est dès lors intéressant d’explorer quelques-unes des raisons conduisant à penser que des phénomènes de circulations normatives, plus que de construction d’un droit commun, sont à l’œuvre en matière de droit du provisoire devant les juridictions internationales et régionales. Celles-ci paraissent motivées par la recherche d’une forme d’efficacité du provisoire (A), et plus largement par les lignes de force de l’évolution du droit international (B).

1. **La recherche partagée d’une efficacité des mesures provisoires**

Les mesures conservatoires et provisoires ne poursuivent pas systématiquement le même objectif général, si l’on s’en tient formellement aux dispositions qui les fondent. À cet égard, trois lignes directrices distinctes, parfois cumulatives, ressortent de l’ensemble de la jurisprudence et des textes. Les mesures ont pour objectif soit de « figer » une situation factuelle pour empêcher qu’elle se dégrade entre les deux parties, soit d’éviter des dommages irréparables plus ou moins hypothétiques pour l’une des deux parties, soit plus largement d’éviter que le différend ne s’aggrave. Les mesures indiquées par la Cour africaine visent ainsi à « éviter des dommages irréparables à des personnes »[[27]](#footnote-27), alors que celles rendues dans le cadre de l’arbitrage international visent davantage à sauvegarder les droits des parties[[28]](#footnote-28). Le mandat de la CJUE, en la matière, est encore plus large, si on se limite à la stricte lecture de l’article 279 TFUE : « [d]ans les affaires dont elle est saisie, la Cour de justice de l'Union européenne peut prescrire les mesures provisoires nécessaires ». La jurisprudence indique toutefois de manière plus restrictive qu’il s’agit de « prévenir la survenance d’un préjudice certain et non hypothétique, imminent, grave et irréparable »[[29]](#footnote-29). Pour la Cour internationale de justice, l’idée phare est souvent d’éviter que le différend ne s’aggrave entre les deux parties avant la phase de fond. Si les définitions ne sont pas toujours identiques, les objectifs et effets recherchés des mesures présentent un élément commun : il s’agit de faire en sorte que les destinataires se plient aux mesures indiquées pour maintenir la situation en l’état et ne pas la dégrader.

Pour ce faire, l’outil le plus communément partagé est sans aucun doute l’affirmation de l’obligatoriété des mesures[[30]](#footnote-30). Il semble que c’est la Cour internationale de justice, à la suite de denses débats dès 1999 liés à l’ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l’affaire *Lagrand*, qui a ouvert le bal[[31]](#footnote-31). La Cour tranche définitivement le débat sur le caractère obligatoire ou non de ses mesures conservatoires dans l’arrêt du même nom en 2001, qui fait suite à l’ordonnance de 1999 : « Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 (du Statut) ne seraient pas obligatoires serait contraire à l’objet et au but de cette disposition »[[32]](#footnote-32). Malgré cette affirmation claire, la réponse à apporter à cette question sensible n’était pas évidente ; par ailleurs, les effets de cette obligatoriété sont pour le moins relatifs. Si la Cour a parfois eu à connaître de la question de la violation des mesures ordonnées au stade des mesures conservatoires, elle n’a en effet jamais tiré de conséquences sérieuses de la reconnaissance d’une violation. Dans l’affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, la Cour a certes « [d]it que la République de l’Ouganda ne s’est pas conformée à l’ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 1er juillet 2000 »[[33]](#footnote-33), mais a relégué cette question au septième point du dispositif – après avoir établi l’obligation de réparer le préjudice causé, ce qui a eu pour effet de neutraliser toute possibilité de conséquence concrète. Dans l’affaire *Bosnie c. Yougoslavie*, la responsabilité du fait de la violation, par la Yougoslavie, des mesures conservatoires est admise mais se heurte au refus, peu étayé, de faire droit à la demande bosnienne d’une indemnisation symbolique. La Cour se contente ainsi d’indiquer qu’elle « fera toutefois figurer, dans le dispositif du présent arrêt, à titre de satisfaction, une déclaration indiquant que le défendeur a manqué de se conformer aux mesures conservatoires indiquées par la Cour dans ses ordonnances »[[34]](#footnote-34).

On le voit, la Cour se montre particulièrement réticente à l’idée d’engager la responsabilité d’un État sur le seul fondement de la violation de mesures conservatoires précédemment indiquées, ce qui relativise fortement la portée de l’affirmation de leur obligatoriété. Pourtant, les juridictions internationales comme régionales ont pour la plupart clairement emboîté le pas à la Cour. Tel est le cas du TIDM dont la jurisprudence s’aligne très volontiers sur celle de la Cour, mais également la CEDH, qui indique dans l’affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* que l’arrêt *LaGrand* tranche la « polémique de l’interprétation purement linguistique de l’article 41 »[[35]](#footnote-35). La cour européenne, qui rattache de manière très surprenante l’obligatoriété des mesures provisoires à l’obligation de se conformer à l’arrêt définitif de la Cour et au droit au recours individuel effectif[[36]](#footnote-36), considère également que « quel que soit le système juridique considéré, toute bonne administration de la justice implique que ne soient pas accomplis, tant qu'une procédure est en cours, des actes de caractère irréparable »[[37]](#footnote-37). Autrement dit, le fondement de l’obligatoriété des mesures provisoires se trouverait, pour la CEDH, dans l’exigence d’une bonne administration de la justice plutôt que dans l’objet et le but des dispositions qu’elles visent à respecter – ou, de manière plus difficilement assumable, dans une politique jurisprudentielle visant à assurer l’effectivité des mesures indiquées. Ce raisonnement, qui rattache artificiellement l’obligatoriété des mesures provisoires à la notion complexe de bonne administration de la justice, est contestable et met de nouveau la diversité des conceptions en jeu dans le paysage juridictionnel international.

*A contrario*, l’article 278 TFUE indique clairement que « la Cour peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué », dans une rédaction antérieure à l’arrêt *LaGrand* puisqu’elle existait déjà dans le traité de Maastricht en 1992[[38]](#footnote-38). La Cour étant susceptible d’agir en tant que juge de droit interne du droit de l’Union, du fait de l’ordre juridique particulier de l’Union, il n’y a pas lieu de s’étonner de l’absence de construction jurisprudentielle de l’obligatoriété des mesures provisoires, laquelle s’inscrit également dans le « tropisme juridique »[[39]](#footnote-39) qui caractérise les méthodes de l’Union. C’est peut-être en matière arbitrale que le phénomène de circulation de l’idée d’obligatoriété des mesures provisoires est le plus saillant, car l’article 39 du règlement CIRDI comme l’article 47 de la Convention CIRDI évoquent des « recommandations ». Or, semble-t-il depuis fin 1999, soit quelques mois après l’ordonnance *LaGrand* de 1999[[40]](#footnote-40), celles-ci ont valeur obligatoire, au prix d’une argumentation qui peut laisser dubitatif quant à l’équivalence des termes « recommander » et « ordonner »[[41]](#footnote-41). Cette interprétation douteuse illustre bien, à notre sens, ce phénomène de circulation de l’obligatoriété, qui ne crée pas pour autant un « droit commun ». D’ailleurs, les mesures prononcées par le Comité des droits de l’homme n’ont pas valeur contraignante, ce qui démontre qu’il ne s’agit pas d’un droit commun mais plutôt d’une dynamique générale qui n’a pas infusé partout.

D’autres outils et solutions visant à garantir un suivi des mesures conservatoires font également l’objet de circulations d’une juridiction internationale à l’autre. À titre d’exemple, on peut mentionner une circulation depuis le TIDM vers la CIJ s’agissant de l’obligation de « *reporting* » de l’application des mesures conservatoires. Il n’est en effet pas anodin que l’ordonnance *Gambie c. Myanmar*, qui met pour la première fois en place un tel système à la Cour, ait été rendue peu après la prise de fonctions du nouveau greffier Philippe Gautier, anciennement greffier du TIDM qui pratique ce *reporting* de longue date[[42]](#footnote-42). La circulation des normes, spécifiquement lorsqu’elles visent un but aussi noble que l’effectivité du droit et des décisions de justice, est inextricablement liée au fait que le droit international est un « petit monde » se caractérisant par des circulations de personnes. Ce phénomène, qui relève de la sociologie voire de l’anthropologie du droit, facilite l’échange et la reprise d’idées et concepts entre juges. Il ne semble toutefois pas devoir être spécifique à la matière des mesures provisoires, de sorte que les convergences observables à leur propos peuvent également être analysées de manière plus large.

1. **Une adaptation collective aux tendances du droit international**

Deux phénomènes distincts favorisant une certaine circulation des normes relatives aux mesures conservatoires et provisoires en droit international peuvent, *a minima*, être identifiés.

Le premier phénomène réside dans l’accroissement des demandes de mesures conservatoires devant certaines juridictions, comme la CIJ, la CEDH même si elles sont rarement accordées, la CJUE ou les tribunaux arbitraux. Cet accroissement, lié parfois aux délais trop longs de jugement qui poussent les parties à tenter d’obtenir une première « victoire » contentieuse – qui est une victoire diplomatique au regard de la médiatisation, croissante, du contentieux international – à titre conservatoire, tend même à la systématisation pour la CIJ[[43]](#footnote-43). Il entraîne un mouvement général de densification et de complexification du droit des mesures conservatoires, de sorte que de nouvelles questions surviennent au gré de l’augmentation du contentieux. Le phénomène est tel qu’on en vient parfois à se demander où se situe précisément la frontière entre procédure incidente et procédure principale, en particulier dans le contentieux de la CIJ où le contrôle de la compétence *prima facie* ressemble de plus en plus à celui des exceptions préliminaires – même si elle se réserve la possibilité de se déclarer finalement incompétente, comme elle l’a rappelé en 2021 dans l’affaire *Qatar c. Émirats arabes unis*[[44]](#footnote-44). La tendance est également visible devant la CJUE, où une victoire en référé constitue en pratique un signal favorable pour la suite de la procédure, de même que devant les tribunaux arbitraux. En se complexifiant, il semble que le droit des mesures conservatoires de chaque organe aille volontiers puiser de nouvelles normes ou de nouvelles interprétations dans les pratiques des autres organes, ne serait-ce que pour juguler les flux de demandes et aligner des processus proches par volonté de cohérence[[45]](#footnote-45).

Un deuxième phénomène favorisant la circulation de norme peut certainement être identifié dans le mouvement d’humanisation du droit international, chère au regretté juge Cançado Trindade. La dynamique générale tendant, dans le contentieux international, à un assouplissement certain des conditions d’indication des mesures conservatoires dans le sens d’une meilleure prise en compte des droits humains en cause peut être analysée sous cet angle. Très visible devant la CIJ[[46]](#footnote-46), l’assouplissement général affecte d’autres juridictions, jusqu’à la CEDH. Par exemple, le 14 avril 2022, la CEDH a pour la première fois adopté des mesures provisoires pour protéger le droit à être entendu par un tribunal indépendant reconnu par l’article 6, alors même que l’indication de telles mesures n’était jusqu’ici possible que s’agissant de situations d’une « gravité exceptionnelle » relevant généralement des articles 2 ou 3 de la Convention[[47]](#footnote-47). Il en est de même devant la CJUE, qui fait habituellement référence au « noyau dur » indérogeable de la Charte des droits fondamentaux pour fonder l’indication de mesures mais a progressivement assoupli sa jurisprudence, notamment concernant le droit à un tribunal indépendant, pour faire ces dernières années droit à des demandes en référé relatives à des questions de mesures disciplinaires concernant des juges.

Là encore, il est difficile sinon impossible de dégager un véritable « droit commun des mesures conservatoire » ; néanmoins, une tendance générale qui favorise les normes et interprétations d’un organe contentieux à l’autre, à la faveur d’évolutions nécessairement communes de la société internationale, est certainement décelable.

1. Maître de conférences en droit public à l’Université de Bourgogne, CREDIMI (EA 7532), CEDIN (EA 382) et CMH (EA 4232). La forme orale de la communication a été en partie conservée. [↑](#footnote-ref-1)
2. La variété des termes employés dans cette phrase témoigne, d’emblée, des distinctions qu’il convient d’opérer et de la nécessité d’une approche critique de leurs convergences et divergences. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cette idée a notamment été développée, s'agissant de la Cour internationale de justice, dans MAUREL Raphaël, « La contribution de l’ordonnance *Gambie c. Myanmar* à l’élaboration d’un droit des mesures conservatoires », *Revue du CMH*, n°20, 2020, pp. 97-117. [↑](#footnote-ref-3)
4. Statut de la Cour internationale de justice, 26 juin 1945, article 41.  [↑](#footnote-ref-4)
5. Statut du Tribunal international du droit de la mer (annexe VI à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer), entré en vigueur le 16 novembre 1994, article 25. [↑](#footnote-ref-5)
6. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États, Washington, 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, article 47. [↑](#footnote-ref-6)
7. Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, 23 juin 2023, article 39. [↑](#footnote-ref-7)
8. Protocole n° 3 sur le Statut de la Cour de justice de l’Union européenne, article 39. [↑](#footnote-ref-8)
9. Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l’homme, adopté par la Cour lors de sa LXXXVe Session ordinaire tenue du 16 au 28 novembre 2009, article 27. [↑](#footnote-ref-9)
10. Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l’homme et des peuples portant création d’une Cour africaine des droits de l’homme et des peuples, 10 juin 1998, entré en vigueur le 24 janvier 2004, article 27. [↑](#footnote-ref-10)
11. V. l'article 35 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* du 20 décembre 2012, L 351/1 : « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d’un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d’un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond ». [↑](#footnote-ref-11)
12. Dans l’affaire Timor-Leste c. Australie, le délai, semble-t-il record, entre la date du dépôt de la demande et l’indication des mesures fut de trois mois et dix-sept jours (CIJ, *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires*, ordonnance du 3 mars 2014, *CIJ Rec.* 2014, p. 147). [↑](#footnote-ref-12)
13. Communiqué de presse du Greffier de la Cour n°127, 14 février 2011 ; pour un exemple récent de refus d'indiquer de telles mesures et de rappel que leur indication est « exceptionnelle », voir le communiqué de la Cour dans l'affaire *Rackete et autres c. Italie* (requête n°32969/19) : Communiqué de presse du Greffier de la Cour n°CEDH 240 (2019), 25 juin 2019. [↑](#footnote-ref-13)
14. V. par exemple sur ce point BORÉ-EVENO Valérie, « Les mesures conservatoires dans l’affaire du Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d’Ivoire. TIDM (Chambre spéciale), ordonnance du 25 avril 2015 », *AFDI*, vol. 61, 2015, pp. 699-724. [↑](#footnote-ref-14)
15. EL-AHDAB Jalal, MAINGUY Daniel, *Droit de l’arbitrage. Théorie et pratique*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 759. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sur la plausibilité, v. notamment MAUREL Raphaël, « La confirmation des évolutions récentes du droit des mesures conservatoires par et devant la Cour internationale de Justice : remarques sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2021 dans les affaires relatives à l’Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Arménie c. Azerbaïdjan* et *Azerbaïdjan c. Arménie*) », *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international*, vol. 59, 2022, pp. 365-384. [↑](#footnote-ref-16)
17. BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 5ème éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 777. [↑](#footnote-ref-17)
18. HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène, *Traité de droit international des droits de l’homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 568. [↑](#footnote-ref-18)
19. V., en ce qui concerne les droits de la personne humaine, *ibid.*, pp. 573-574.. [↑](#footnote-ref-19)
20. CJUE, Ordonnance de la vice-présidente de la Cour du 20 septembre 2021, *République tchèque c. Pologne*, aff. C‑121/21 R, ECLI:EU:C:2021:752 ; CJUE, Ordonnance du vice-président de la Cour du 27 octobre 2021, *Commission c. Pologne*, aff. C‑204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878. [↑](#footnote-ref-20)
21. Voir les ordonnances précitées *ibid*. [↑](#footnote-ref-21)
22. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, *CIJ Rec.* 2018, p. 406. [↑](#footnote-ref-22)
23. V. par exemple MAUREL Raphaël, « Remarques sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour internationale de Justice dans les affaires *Qatar c. Émirats arabes unis* (23 juillet 2018)

et *Iran c. États-Unis d’Amérique* (3 octobre 2018) », *Revue du CMH*, n°16, 2018, spéc. pp. 87-89. [↑](#footnote-ref-23)
24. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 juin 2019, *C.I.J. Rec.* 2019, p. 361. [↑](#footnote-ref-24)
25. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, exceptions préliminaires, arrêt du 4 février 2021, *C.I.J. Rec.* 2021, p. 71. [↑](#footnote-ref-25)
26. BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Les 3 cours régionales des droits de l’homme in context*. La justice qui n'allait pas de soi, Paris, Pedone, 2020 p. 297, note 52. [↑](#footnote-ref-26)
27. Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l’homme et des peuples portant création d’une Cour africaine des droits de l’homme et des peuples, précité, article 27 §2. [↑](#footnote-ref-27)
28. S’appuyant sur le Règlement (UE) n° 1215/2012 précité, la Cour de cassation française juge ainsi que « constituent des mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 35 [...] les mesures destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond, à l'exclusion de celles par lesquelles le demandeur cherche à évaluer l'opportunité d'une action éventuelle, à déterminer le fondement d'une telle action ou encore à apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre » (Cass. Civ. 1re, 30 janvier 2019, pourvoi n°17-28992). [↑](#footnote-ref-28)
29. BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 776. [↑](#footnote-ref-29)
30. Le paragraphe qui suit reprend et approfondit des éléments développés dans Cette idée a notamment été développée, s'agissant de la Cour internationale de justice, dans MAUREL Raphaël, « La contribution de l’ordonnance *Gambie c. Myanmar* à l’élaboration d’un droit des mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 109. [↑](#footnote-ref-30)
31. En fin d'ordonnance, la Cour considère que « [c]onsidérant que la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soient; que les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue; que, selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance relève de la compétence du gouverneur de 1'État de l'Arizona; que le Gouvernement des Etats-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur; et que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-Unis » (CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, *CIJ Rec.* 1999, p. 9, §28). [↑](#footnote-ref-31)
32. CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *CIJ Rec.* 2001, p. 466, §102. [↑](#footnote-ref-32)
33. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, fond, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec.* 2005, p. 168, §345 [↑](#footnote-ref-33)
34. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, fond, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Rec.* 2007, §458 et §469. La Cour considère notamment, §458, que « [e]n ce qui concerne la demande tendant à ce que la Cour décide que le défendeur est tenu de verser au demandeur, à raison de la violation constatée, une indemnisation symbolique dont elle est priée de déterminer le montant, la Cour constate que la question de la réparation du dommage subi par le demandeur du fait de la violation par le défendeur d’une partie des ordonnances en indication de mesures conservatoires se confond avec celle de la réparation du dommage subi du fait de la violation des obligations correspondantes résultant de la convention sur le génocide ». [↑](#footnote-ref-34)
35. CEDH, Gde ch, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n°s 46827/99 et 46951/99, §97. La CEDH évoque « « la polémique quant à l’interprétation strictement linguistique des locutions « pouvoir indiquer » (dans la version anglaise « *power to indicate* ») du premier paragraphe de l’article 41, et « indication » (dans la version anglaise « *measures suggested* ») du second paragraphe ». [↑](#footnote-ref-35)
36. Voir le §108 : « L'inobservation de mesures provisoires par un État contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34 ». Sur ce point, voir également HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène, *Traité de droit international des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 574. [↑](#footnote-ref-36)
37. CEDH, Gde ch, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, précité, §104. [↑](#footnote-ref-37)
38. Article 185 TCE, devenu article 243 dans la version consolidée de 1997. [↑](#footnote-ref-38)
39. B. BERTRAND, « Le tropisme juridique du droit de l’Union », *Revue de l’Union européenne*, 2018, n°615, p. 103. [↑](#footnote-ref-39)
40. CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d’Espagne*, affaire n°ARB/97/7, Procedural Order No. 2 (Decision on Request for Provisional Measures), 28 octobre 1999. [↑](#footnote-ref-40)
41. Voir le §9 du Procedural Order : « [w]hile there is a semantic difference between the word ‘recommend’ as used in Rule 39 and the word ‘order’ as used elsewhere in the Rules to describe the Tribunal's ability to require a party to take a certain action, the difference is more apparent than real. It should be noted that the Spanish text of that Rule uses also the word ‘dictación’. The Tribunal does not believe that the parties to the Convention meant to create a substantial difference in the effect of these two words. The Tribunal's authority to rule on provisional measures is no less binding than that of a final award. Accordingly, for the purposes of this Order, the Tribunal deems the word ‘recommend’ to be of equivalent value as the word ‘order’ ». Il est à noter que la demande espagnole étant rejetée, cette interprétation n’a pas d’effet concret dans cet affaire. [↑](#footnote-ref-41)
42. Voir pour des éléments de démonstration MAUREL Raphaël, « La contribution de l’ordonnance *Gambie c. Myanmar* à l’élaboration d’un droit des mesures conservatoires », *op. cit.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Depuis 2018, toutes les nouvelles affaires introduites, exceptées celles concernant les appels relatifs à la compétence du conseil de l’OACI (*Appel concernant la compétence du Conseil de l’OACI en vertu de l’article II, section 2, de l’accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)* ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l’OACI en vertu de l’article 84 de la convention relative à l’aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)*), ont été accompagnées d’une voire plusieurs demandes d’indication de mesures conservatoires. [↑](#footnote-ref-43)
44. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, exceptions préliminaires, arrêt du 4 février 2021, précité. [↑](#footnote-ref-44)
45. On pense par exemple au critère de la plausibilité des droits allégués, adopté par le TIDM en 2015, quelques années après son introduction prétorienne à la Cour internationale de justice. Voir par exemple BORÉ-EVENO Valérie, « Les mesures conservatoires dans l’affaire du Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d’Ivoire. TIDM (Chambre spéciale), ordonnance du 25 avril 2015 », *op. cit.*, pp. 699-724. [↑](#footnote-ref-45)
46. On se permet de renvoyer sur ce point à MAUREL Raphaël, « La confirmation des évolutions récentes du droit des mesures conservatoires par et devant la Cour internationale de Justice : remarques sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2021 dans les affaires relatives à l’Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Arménie c. Azerbaïdjan* et *Azerbaïdjan c. Arménie*) », *op. cit.* [↑](#footnote-ref-46)
47. CEDH, mesures provisoires,14 avril 2022, *Stępka c. Pologne*, n°18001/22 ; voir le Communiqué de presse de la Greffière de la Cour n° CEDH 131 (2022) du 14 avril 2022, « Mesures provisoires dans une nouvelle affaire concernant l’immunité d’un juge à la Cour suprême polonaise ». [↑](#footnote-ref-47)