

Les Impacts de la Configuration État-centrique de la Communauté Internationale sur l'Exercice de la Fonction Judiciaire de la Cour Internationale de Justice

Devlet Merkezli Uluslararası Toplum Yapısının Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargılama Faaliyetleri Üzerindeki Etkileri

Lider BAL*

Résumé

Reflet de la configuration état-centrique de la société internationale, la juridiction internationale est marquée par deux principes essentiels : le volontarisme et le consensualisme. Dépendante de la sollicitation des États et de leur consentement concordant pour exercer sa fonction judiciaire, la Cour Internationale de Justice (CIJ) en est l'exemple le plus illustratif. La saisine de la Cour d'un litige interétatique et l'étendue de sa compétence dans cette affaire sont déterminées par la volonté des États. Cette particularité de la juridiction interétatique peut également avoir un certain nombre d'impacts sur la manière dont la Cour exerce sa fonction judiciaire. La Cour poursuit une stratégie judiciaire qui prend en considération les particularités et certaines exigences de la configuration état-centrique de la société internationale. Le but de cet article est de montrer à la lumière de la jurisprudence et de la pratique de la Cour qu'une telle entreprise pousse parfois les juges de la Cour à être très prudents, une prudence qui risque de restreindre, voire transformer la fonction judiciaire de la Cour.

Mots clés: Droit internationale, Juridiction internationale, Cour Internationale de Justice (CIJ),

Özet

Devlet merkezli uluslararası toplumun bir yansıması olan uluslararası yargılama açısından belirleyici olan iki temel prensip vardır : gönüllülük ve karşılıklı rıza. Yargılama faaliyetini gerçekleştirmek için devletlerin talebine ve onların ortak irade beyanına muhtaç olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD) bu yargılama türünün en belirgin örneğidir. Devletlerarası bir uyumsuzluğun Divan önüne getirilmesi ve Divan'ın yargı yetkisinin kapsamı devletlerin iradelerince belirlenir. Uluslararası yargılamanın devlet iradesine tanıdığı bu özgürlüğün Divan'ın yargı yetkisini kullanma biçimi üzerinde de bir takım etkileri olabilmektedir. Divan'ın yargı yetkisini kullandığı esnada takip ettiği bir yargılama stratejisi vardır ve bu stratejisini belirlerken Divan kendini içinde bulunduğu devlet merkezli uluslararası toplumun kimi özellik ve gerekliliklerini dikkate almak durumunda hissetmektedir. Bazı UAD kararları ve uygulamaları göstermektedir ki Divan yargıçlarının bu konuda gösterdiği aşırı ihtiyat Divan'ın yargılama faaliyetlerini sınırlayan, ve hatta başkalaştıran bir riski içinde barındırabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, Uluslararası yargılama, Uluslararası Adalet Divanı (UAD)

Introduction

La fonction judiciaire n'est pas inhérente à l'ordre juridique international. Comme tous les autres moyens pacifiques de règlement des différends, le recours à la juridiction internationale est une voie volontaire que les États sollicitent à leur gré. Dans le modèle traditionnel de la justice interétatique qui domine encore les relations internationales, chaque État est le gardien de ses propres droits et intérêts¹.

L'institutionnalisation de la juridiction internationale et l'obligation des États de recourir à des moyens pacifiques pour le règlement de leurs différends² n'ont pas modifié véritablement cette réalité. C'est toujours à celui qui se considère lésé qu'il incombe de décider

* Yrd. Doç. Dr., Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, liderbal@gantep.edu.tr

¹ CARILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 257, 1996, p. 105.

² Ce principe est apporté par la Charte des Nations Unies. Selon le paragraphe 3 de l'art. 2, « les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ».

de l'invoquer et de soumettre son litige à la juridiction internationale. De ce point de vue, les États en droit international sont comme des individus en droit interne privé. Dans les deux ordres juridiques, les institutions judiciaires ont besoin d'être sollicitées pour intervenir. Mais, la différence de la juridiction internationale est que « [p]our qu'une procédure de règlement d'un différend puisse être mise en marche, il est nécessaire d'obtenir le consentement non seulement de la victime, mais également de l'État qui a enfreint le droit »³.

De ce fait, la compétence d'une instance judiciaire internationale dans un litige *interétatique*, ainsi que sa saisine de cette affaire se déterminent en fonction des consentements des États concernés : la juridiction internationale n'existe que si les États ont accepté et attribuée une compétence à une instance judiciaire internationale.

Ce principe consensualiste s'applique également pour la détermination de la compétence de la Cour internationale de Justice (ci-après *CIJ* ou *Cour*). Il existe différents modes d'attribution de la compétence⁴. En vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la CIJ, les États peuvent, au préalable, accepter la juridiction obligatoire de la Cour. Les traités internationaux peuvent également contenir des dispositions spécifiques conférant la compétence à la Cour pour des litiges internationaux qui relèvent de ces traités. Il est également possible que les États attribuent cette compétence ultérieurement par un compromis conclu entre eux après la naissance du litige concernant uniquement ce différend. La CIJ n'est donc compétente que si les volontés des États s'accordent ou coïncident. C'est, en tout état de cause, la réciprocité, principe ultime du consensualisme, qui est la règle de base. Ce même principe consensualiste exige également que la compétence attribuée à la Cour soit exercée « dans les termes où elle a été acceptée » par les États⁵. Ce sont toujours les États qui délimitent l'étendue de cette compétence.

Le volontarisme étatique et le consensualisme sont donc deux principes déterminants pour la juridiction de la Cour. Force est de constater que, en raison de cette liberté des États, son rôle est déjà très limité⁶. Le recours à la juridiction de cette instance judiciaire reste un moyen de règlement des différends peu sollicité par les États.

Cette configuration état-centrique de l'ordre juridique international, qui détermine ainsi la saisine de la Cour et son champ d'action, continue également à avoir des impacts sur l'exercice de sa fonction judiciaire. Une fois qu'elle est saisie d'un litige interétatique, la Cour se voit constamment dans la nécessité de prendre en considération les particularités et certaines exigences de cet ordre juridique international essentiellement interétatique. Une telle entreprise pousse parfois les juges de la Cour à être prudents, voire timides dans sa manière d'exprimer leurs décisions. Ainsi, afin d'éviter une image prétentieuse dans la construction de leurs œuvres

³ ECONOMIDÈS (C. P.), « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux : une norme fondamentale tenue à l'écart », in *Paix, développement, démocratie, Amicorum Discipulorumque Liber B. Bouros-Ghali*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 411.

⁴ Voir PAZARCI (H.), *Uluslararası hukuk dersleri (Cours de droit international)*, Turhan Kitapevi, t. 4, 2000, p. 51.

⁵ Voir l'arrêt du 14 juin 1938 relatif à l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), Série AB, n° 74, p. 23.

⁶ Selon D. Carreau, il y a principalement trois différentes catégories des raisons qui limitent le rôle de la Cour internationale de Justice. La première comprend les raisons politiques qui peuvent être expliquées comme la défiance des États à l'égard de la juridiction de la Cour, les tentatives de politisation de la Cour, etc. La deuxième est constituée par des raisons techniques qui concernent les questions sur la composition de la Cour, l'indépendance de ses juges et la durée de ses jugements. Enfin la troisième, elle comprend des raisons que l'auteur qualifie juridiques qui signifient que la Cour reste une instance judiciaire peu sollicitée par les États en raison du principe consensualiste. Voir CARREAU (D.), *Droit international*, Pedone, 10^e éd., 2010, pp. 589-591.

jurisprudentielles, les juges internationaux font recours à des « stratégies »⁷ manifestant de la prudence dans leur politique judiciaire mise en œuvre pendant l'exercice de leur fonction. Quoique cette attitude soit largement justifiée dans un ordre juridique interétatique, une retenue excessive de la part de la Cour conduit souvent à une restriction considérable de la fonction judiciaire, voire à sa transformation.

Une Prudence de la CIJ Qui Restreint Sa Fonction Judiciaire

Le principe du consentement à la juridiction constitue la raison principale d'une telle prudence du juge international qui ne veut absolument pas dépasser les limites de ses compétences volontairement attribuées par les États parties. Cette attention particulière à la volonté des États dans la détermination de la compétence de la Cour pousse parfois le juge international à une prudence qui risque de restreindre sa fonction judiciaire. Il se peut également que certaines particularités des différends interétatiques, étant de nature sensiblement politique et touchant de très près le maintien de la paix et de la sécurité internationales, puissent susciter chez le juge une certaine prudence ayant des effets restrictifs dans l'exercice de la fonction judiciaire.

La Prudence de la CIJ En Raison du Fondement Consensualiste de la Juridiction Internationale

Créatures conventionnelles et dépendantes du consentement des États pour exercer leur fonction judiciaire, les institutions judiciaires internationales sont particulièrement attentives à la reconnaissance de leur compétence de la part des États. Le juge international ne se sent à l'aise pour s'acquitter effectivement et efficacement de sa fonction de rendre la justice que si les États sont d'accord pour le saisir⁸. La prudence de la CIJ au sujet de la reconnaissance de sa juridiction constitue à cet égard un bon exemple. Très « attentive à la volonté des Parties », la Cour, constate M. Chemillier-Gendreau, fait « montre de prudence dans les questions de compétence et [...] avant de s'emparer d'une affaire, elle s'assure d'être bien en mesure d'apporter la preuve qu'à un moment ou à un autre l'État qui renâcle à subir son jugement, s'était cependant engagé à l'affronter »⁹.

Il est vrai que, pour la Cour, la reconnaissance de sa compétence est une question fondamentale sur laquelle elle porte son attention, pratiquement dans chaque affaire¹⁰, avant de

⁷ Comme A. Oraison l'affirme, aucune œuvre jurisprudentielle n'est accidentelle. Les œuvres jurisprudentielles des instances judiciaires internationales résultent toutes des « stratégies mises en œuvre par les magistrats internationaux ». Voir ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies' (Stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice) », *Revue Belge de Droit International*, 1995, p. 397.

⁸ L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, Yves Sandoz (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 137.

⁹ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *L'évolution du droit international, mélanges H. Thierry*, Pedone, 1998, p. 103.

¹⁰ Quoique la question du consentement se pose particulièrement dans des affaires contentieuses pour établir la compétence de la Cour, on peut également constater une certaine sensibilité de la Cour à ce sujet dans l'exercice de sa fonction de rendre des avis consultatifs. En effet, dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 sur le *Sahara Occidental*, elle reconnaît que « le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d'un État intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif ».

Elle ajoute ensuite :

« Ainsi le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un État n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. Si une telle situation devait se produire, le pouvoir discrétionnaire que la Cour tient de l'article 65, paragraphe 1, du Statut

prendre une décision sur le fond¹¹. Consciente, donc, de la base consensuelle de sa juridiction, la CIJ se montre en effet particulièrement respectueuse de la volonté des États parties¹². Selon P. Weil, il faut saluer cette prudence de la Cour qui a raison de ne pas se laisser prendre par l'idéalisme d'une juridiction internationale obligatoire et universelle. Sans oublier le fondement consensualiste de sa juridiction, elle doit rester, selon lui, « réaliste » sur la fonction d'une juridiction internationale dans une société interétatique désordonnée¹³.

Toutefois, une attitude très réservée du juge international sur la question du consentement à la juridiction est parfois jugée excessive et infondée, limitant ainsi la fonction judiciaire qu'il est censé exercer. M. Chemillier-Gendreau critique ainsi la Cour internationale de Justice en constatant que cette prudence de la Cour la conduit très souvent « à prendre des positions très circonspectes, frustrantes pour les justiciables comme pour ses propres juges (ainsi qu'en témoignent certaines opinions dissidentes et individuelles) »¹⁴.

En effet, c'est le cas, par exemple, dans l'affaire du *Timor Oriental* dans laquelle la Cour a conclu qu'elle ne saurait statuer en l'absence d'un État tiers dont les droits et obligations étaient particulièrement concernés¹⁵. Cette conclusion de la Cour, qui a ainsi empêché qu'elle décide au fond, a été critiquée par certains juges qui ont estimé que la Cour a été excessivement soucieuse sur la question du consentement à la juridiction¹⁶.

fournirait des moyens juridiques suffisants pour assurer le respect du principe fondamental du consentement à la juridiction. »

CIJ Rec., 1975, par. 32 et 33. Dans le même sens, voir l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, CIJ Rec., 2004, par 46-54.

¹¹ La jurisprudence de la Cour internationale de Justice témoigne en effet de ce souci de la Cour concernant le principe du consentement à la juridiction. Elle rappelle constamment combien elle est attentive au consentement des Parties pour fonder sa compétence. Au titre d'exemple, quelques affaires peuvent être citées : Affaire *Anglo-iranian Oil Company* (Royaume-Uni c. Iran), arrêt du 22 juillet 1951, Rec. CIJ, 1951 ; Affaire *Ambatielos* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 1^{er} juillet 1952, Rec. CIJ, 1952 ; Affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), déclaration d'intervention, ordonnance du 4 octobre 1984, Rec. CIJ 1984, p. 215 ; Affaire du *Timor Oriental*, Rec. CIJ, arrêt du 30 Juin 1995, par. 28.

¹² À ce point, il est important d'attirer l'attention sur la délicatesse de la situation dans laquelle la Cour peut se trouver si les circonstances particulières d'une affaire obligent la Cour à prendre des mesures conservatoires, avant même qu'elle examine la question de compétence. La décision de la Cour sur les mesures conservatoires est en effet très délicate. Parce que, d'une part, il peut s'avérer indispensable, dans une situation d'urgence, d'agir rapidement et d'ordonner des mesures nécessaires en vue d'empêcher l'aggravation de la situation. Mais, d'autre part, une décision prise avant même d'établir sa compétence peut être attentatoire au principe de la juridiction consensualiste. Un tel risque de contrer la volonté souveraine d'un État ne peut être pris par la Cour qu'en cas de la protection d'un intérêt général supérieur, celle de la souveraineté des États par exemple. Sur ce sujet voir GELAS (H.), *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, Thèse, Paris II, 2004, pp. 530-537.

¹³ WEIL (P.), « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c/ Canada)* », in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José Maria Ruda*, Kluwer Law International, 2000, pp. 147-178, paru également in *Écrits de droit international* du même auteur, pp. 117-139. Dans la même perspective, M. Bedjaoui, l'ancien juge et Président de la CIJ, écrit qu'il ne faut pas trop encourager le « narcissisme jurisprudentiel » de la Cour internationale de Justice », car tant que la juridiction internationale a un problème de clientèle en raison de la nature consensuelle de sa juridiction, c'est elle qui payera à la fin. Voir BEDJAOUI (M.), « L'humanité en quête de paix et de développement. Cours générale de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2006, vol. 325, p.104.

¹⁴ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », op. cit., p. 96. L'auteur donne l'exemple de l'affaire du *Timor Oriental* dans laquelle la Cour, en déclarant son incompétence due à l'absence de l'Indonésie et de son acceptation à la juridiction de la Cour, n'a pas hésité à refuser d'annoncer les conséquences d'un des « principes essentiels » de nature *erga omnes*. Voir CIJ, Rec., arrêt du 30 Juin 1995, par. 28 et par. 29.

¹⁵ Arrêt du 30 juin 1995, CIJ Rec., 1995, par. 35.

¹⁶ Voir les deux opinions dissidentes, celles du juge Weeramantry et du juge Skubiszewski, qui sont toutes les deux divergent, avec l'arrêt de la Cour, sur ce point. Dans le même sens P. Kooijmans, l'ancien juge de la Cour,

Une telle décision d'incompétence fondée sur l'argument de l'absence d'un État tiers concerné par l'affaire est effectivement un exemple très significatif de l'excessive prudence de la Cour concernant le consentement des États à sa juridiction. Certes, on peut légitimement regretter cette attitude de la Cour qui risque de handicaper son activité judiciaire¹⁷. Comme en témoignent d'ailleurs les opinions individuelles de certains juges, la Cour elle-même trouve très regrettable qu'« en ce début du XXI^e siècle on laisse encore au bon vouloir des États le soin de consentir ou non à ce que la Cour statue » même sur des allégations de violation des principes fondamentaux du droit international¹⁸. Cependant, il serait injuste de dire qu'une telle prudence est totalement injustifiée pour une institution judiciaire dont la compétence est fondée sur le principe du consensualisme. En effet, dans un tel état de dépendance au consentement des États, la Cour sait parfaitement que « le seul moyen d'inspirer confiance et de renforcer son rôle est d'agir dans les limites de son Statut et de son Règlement, d'une manière conforme à sa vocation »¹⁹. En ce sens, P. Weil pense que seul ce respect par la Cour du consentement des États dans la détermination de sa compétence puisse lui permettre de les attirer vers l'acceptation de la clause facultative de la juridiction obligatoire. Cette prudence de la Cour « renforce, selon lui, le système et en sauvegarde la vitalité »²⁰.

La Prudence de la CIJ En Raison de Nature Politique des Affaires

En dehors du fondement consensuel de la juridiction internationale qui restreint parfois la fonction judiciaire, il existe également d'autres particularités des différends interétatiques qui poussent la Cour à être plus prudente dans l'exercice de ses fonctions. En effet, en vue de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, qui est aussi une tâche essentielle pour la Cour²¹, cette dernière peut juger plus approprié de rester en retrait pour faciliter, du moins pour ne pas empêcher, la mise en œuvre d'une solution durable et plus acceptable pour les Parties. Ainsi, en tenant compte des considérations autres que juridiques ainsi que du contexte politique du différend en cause, il peut arriver que la Cour se limite par rapport à ce qu'elle dit ou décide de ne pas dire. C'est notamment le cas dans des litiges interétatiques qui résultent de conflits politiques très sensibles existant depuis longtemps.

critique également cette « prudence restrictive » de la Cour dans cette affaire du Timor Oriental. Voir KOOIJMANS (P.) « The ICJ in the 21st Century : Judicial restraint, Judicial activism, or Proactive Judicial Policy », *International & Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 744.

¹⁷ *Idem.*, p. 747.

¹⁸ Voir l'opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma dans l'arrêt du 3 février 2006 relatif à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, CIJ Rec., 2006, traduction officielle, p. 71, par. 25.

¹⁹ Opinion individuelle du Juge Lachs dans l'*Affaire de la Mer Égée*. CIJ Rec., 1978, traduction officielle, p. 53. Dans le même sens voir LAUTERPACHT (H.), *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, 1958, p. 91. Après avoir rappelé la jurisprudence de la CPJI dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine* dans laquelle la Cour internationale souligne la base consensuelle de sa juridiction et la restriction de sa fonction par le consentement des États parties¹⁹, l'auteur justifie ce souci de la Cour à l'égard des États en écrivant que « [n]othing should be done which creates the impression that the Court, in an excess of zeal, has assumed jurisdiction where none has been conferred upon it » (p. 91).

²⁰ WEIL (P.), « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu... », *op. cit.*, p. 139.

²¹ À propos du rôle que la CIJ doit jouer pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, S. Rosenne écrit en effet :

« The Court's status as a principal organ and the principal judicial organ of the United Nations, itself above all a political organization, emphasizes that the judicial settlement of international disputes is a function performed within the general framework of the political organization of the international society. Accordingly, the Court has a task that is directly related to the pacific settlement of international disputes and therefore to the maintenance of international peace and security and today, peacemaking ».

Voir ROSENNE (S.), *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, MNP, 2006, p. 3. Sur ce sujet voir également PELLET (A.), « Le glaive et la balance, Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », in *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, MNP, 1989, pp. 539-566.

L'existence des aspects politiques du différend constitue ainsi un facteur à retenir pour la Cour dans l'exercice de ses fonctions. À cet égard, il ne sera pas erroné de dire que la Cour s'interroge, le cas échéant, sur l'utilité de ses interventions²².

La nature politique du différend est, d'ailleurs, un argument régulièrement soulevé par les États, qui refusent qu'une institution internationale, même judiciaire, impose des solutions, ayant des conséquences politiques, établies en dehors de leurs entreprises gouvernementales. Cependant, il faut préciser que l'aspect politique du différend n'entre pas dans le domaine d'action de la juridiction internationale. Elle n'a qu'à s'occuper de l'aspect juridique de l'affaire. À propos de la CIJ, il est ainsi inscrit, à l'article 36 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies, comme à l'article 36 paragraphe 2 de son Statut, que ce sont des différends d'ordre juridique qui entrent dans le domaine d'action de la Cour²³. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, c'est d'ailleurs elle-même qui a rappelé ce « devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire ». Elle a justement précisé que même si le contraire est communément exigé par deux parties dans une affaire, il existe « des limites inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour [...] doit toujours tenir en compte ». Parce que « [c']est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire »²⁴.

Cependant, il a été aussi rappelé par la Cour que l'existence des aspects politiques d'un différend soumis à son soin ne l'empêchait pas d'examiner les aspects juridiques de l'affaire. Le contraire serait, selon la Cour, « une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux »²⁵. C'est donc une particularité toute naturelle des différends interétatiques de comporter des aspects politiques, souvent très sensibles²⁶. Et, malgré la densité politique des affaires soumises aux soins de la juridiction internationale, cette dernière a la tâche ultime de trancher le différend en restant dans les limites de sa fonction judiciaire.

Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la conclusion de la Cour s'inscrit dans la même perspective. Elle a estimé que le fait qu'une question juridique présente également des aspects politiques « ne suffit pas à la priver de son caractère de 'question juridique' et à 'enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut' » et que « quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire »²⁷.

²² Voir VERHOEVEN (J.), « À propos de la fonction de juger en droit international public », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacements*, P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 464 et 465. Cela dit, l'existence des exigences politiques touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales ne doit pas empêcher la Cour de s'acquitter ses fonctions exclusivement judiciaires. Ainsi, constate A. Pellet, aucun arrêt, que la Cour a dû prononcer concernant des litiges politiquement très sensibles, « ne porte la trace d'hésitations de la CIJ sur le point de savoir si elle aurait dû s'abstenir de statuer au prétexte que la paix et la sécurité internationales étaient en cause ». Voir PELLET (A.) « Le glaive et la balance... », op. cit., p. 551 et s., particulièrement p. 558 et 559.

²³ Dans la doctrine, il a été estimé que cet argument fournissait une base théorique à une pratique d'abstention de la Cour. Voir GORDON (E.), « Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction », *The American Journal of International Law*, 1987, pp. 129-135, particulièrement p. 131.

²⁴ CIJ Rec., 1963, arrêt du 2 décembre 1963, p. 29.

²⁵ CIJ, l'Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, CIJ Rec., 1980, p. 20, par. 37. La Cour a répété cette jurisprudence à l'occasion de l'Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ Rec., 1984, p. 439 et 440, par. 104 et 105.

²⁶ Dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour constate en effet que c'est « par la nature des choses » que les questions qui se posent dans la vie internationale revêtent des aspects politiques. CIJ, Rec., 1996, par. 13.

²⁷ CIJ, Rec., 1996, par. 13. Dans le même sens, voir également l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Rec., 2004, par. 41

Mais, il est aussi vrai que face à « une affaire encore politiquement trop chaude » (too hot to handle), la Cour se montre très prudente afin de ne pas se livrer à des abus et des manœuvres politiques. Une décision qui va un peu « trop loin » pour certains gouvernements suffit pour accuser le juge international de faire du « militantisme juridique » et peut entraîner des réactions méfiantes à l'égard de la juridiction internationale²⁸. C'est pourquoi, le juge international s'impose dans sa politique judiciaire un auto-contrôle²⁹ dont le juge interne ne sentira pas l'obligation. Comme preuve d'un tel auto-contrôle, il existe, affirme H. Rasmussen, différentes manœuvres comme le recours à l'incompétence ou la déclaration d'irrecevabilité de la demande auxquelles le juge international recourt afin de ne pas entrer dans un domaine dangereux³⁰. Selon lui, c'est ainsi que la CIJ « a déclaré irrecevable certaines affaires parce qu'elles posaient des problèmes d'ordre plus politiques que juridiques »³¹.

En ce sens, G. Abi-Saab attire également l'attention sur la pratique de la Cour qui examine audacieusement les dimensions techniques de sa compétence ou de sa saisine dans l'affaire soumise. Certes, cette « prudence judiciaire » de la Cour se justifie, comme il a été souligné, par son souci de respecter le consentement des parties. Mais souvent, elle le fait aussi « pour ne pas se prononcer sur des points dont elle peut faire l'économie sans entraver la décision, ou pouvoir éviter de se prononcer sur des questions trop épineuses, en choisissant des motifs plus anodins ou moins embarrassants pour l'une des Parties »³². Dans la jurisprudence de la CIJ, peut être en effet observé un souci d'équilibre entre ce qu'elle dit et ce qu'elle décide de ne pas dire. Elle a été souvent critiquée, même de l'intérieur par ses juges, sur ce qu'elle a « décidé de ne pas dire », une position qui est considérée comme « le résultat de la retenue excessive » de la Cour³³.

Il existe en effet plusieurs exemples où les arguments juridiques avancés par la juridiction internationale pour refuser d'examiner l'affaire au fond ne sont pas vraiment convaincants³⁴ et suscitent des interrogations sur l'existence de motivations d'ordre politique. C'est pour la même raison que A. Pellet critique la CIJ concernant l'affaire du Génocide opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie. Saisie de cette affaire en 1993, la Cour a rendu son arrêt prêt de 14 ans plus tard. Selon lui, « la Cour n'avait pas envie de se saisir de cette affaire » pour des raisons autres que juridiques, d'où ce retard incompréhensiblement long³⁵.

De la même manière que les affaires contentieuses, la CIJ met également en œuvre, dans les procédures consultatives, une « technique prudente » par laquelle elle essaie de « s'évad[er]

et l'avis consultatif du 27 juillet 2010 sur la Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, par. 27.

²⁸ Sur ce point, on peut citer notamment la réaction des États-Unis qui ont retiré leur acceptation de la clause facultative de la juridiction obligatoire de la CIJ lorsque cette dernière s'est déclarée compétente, à l'arrêt du 26 novembre 1984, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

²⁹ RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in *La juridiction internationale permanente*, La Société française pour le droit international (SFDI), Pedone, p. 387.

³⁰ *Idem.*, p. 393 et s.

³¹ *Idem.*, p. 399.

³² ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *Revue générale de droit international public*, 1992, p. 283 et s. L'auteur donne également des exemples des arrêts où il considère que la CIJ fait tout pour ne pas aborder certains aspects des affaires. Sur cette politique judiciaire restrictive de la Cour Pour des exemples des arrêts où, selon l'auteur, la CIJ fait tout pour éviter de statuer voir également KOOIJMANS (P.) « The ICJ in the 21st Century :... », op. cit., p. 750 et s.

³³ Voir par exemple, l'opinion individuelle du Juge Simma jointe à l'arrêt du 6 novembre 2003 dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, CIJ Rec., 2003, par. 6.

³⁴ RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer... », op. cit., p. 385.

³⁵ L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 137.

des questions concrètes »³⁶. Pour ce faire, chaque fois que la Cour est sollicitée pour un avis consultatif, elle examine d'abord en détail l'opportunité de rendre un avis³⁷. Elle se limite ensuite attentivement dans l'examen de la question par son utilité en évitant des aspects contentieux éventuels de la question. Pour donner un exemple récent, on peut évoquer son avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*. Dans son avis, la Cour, se limitant ainsi à l'aspect principal de la question posée, ce qui était de savoir tout simplement si la déclaration d'indépendance kosovare était ou non conforme au droit international³⁸, a soigneusement écarté d'autres aspects politiquement et juridiquement très délicats de la question, à savoir la validité et les conséquences juridiques de la déclaration d'indépendance et de sa reconnaissance, au cas d'espèce³⁹.

D'autres exemples jurisprudentiels peuvent être cités pour critiquer les institutions judiciaires internationales, notamment la CIJ, d'être trop timides ou réticentes sur tel ou tel point d'une affaire. La littérature du droit international en abonde⁴⁰. Ces critiques sont parfois justifiées, parfois non. Mais en tout état de cause, il faut reconnaître qu'une tentative de réconcilier les exigences politiques avec « la conception fonctionnelle d'une juridiction internationale liée à l'idéal du droit et de la justice » est une entreprise très difficile, sinon impossible⁴¹. Comme H. Rasmussen le souligne, il faut toujours choisir entre ces deux options. Et dans l'ordre juridique international, le choix bascule souvent en faveur des exigences politiques. Cela ne signifie pas que la juridiction internationale est instrumentalisée face aux exigences politiques. Mais, quand les circonstances l'exigent, la juridiction internationale se retire ou ne fonctionne que d'une manière très prudente ou, si on préfère, attentive dans sa politique judiciaire⁴². Cette attitude réticente de la juridiction internationale peut sembler parfois contraire à sa fonction de rendre la justice. Mais, la tâche principale que l'ordre juridique international lui a attribuée est la sauvegarde du système interétatique actuel en contribuant au maintien de la paix et de la sécurité internationales. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que la fonction du juge international, à l'instar du droit international qu'il applique, est plus pacificatrice qu'autoritaire⁴³. Ainsi, pour la réalisation de cette tâche, s'il faut laisser la place à

³⁶ Voir DECAUX (E.), « La Cour internationale de Justice et les droits de l'homme », in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di G. Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, 2004, vol. 2, p. 959 et 960. L'auteur écrit ces lignes à propos de l'avis consultatif du 30 mars 1950 sur *l'interprétation des traités de paix*.

³⁷ C'est effectivement pour cette raison que la Cour rappelle souvent que sa fonction de donner un avis consultatif sur une question posée par les organes des Nations Unies dans leur compétence n'est pas une obligation. Selon la Cour, « le paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, selon lequel '[I]a Cour peut donner un avis consultatif [...]', devait être interprété comme reconnaissant à la Cour le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis consultatif même lorsque les conditions pour qu'elle soit compétente sont remplies ». Voir l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Rec., 2004, par. 44. Dans le même sens voir également son avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, CIJ, 2010, par. 29.

³⁸ Voir par. 51 de l'avis consultatif.

³⁹ Par exemple, la Cour évite de se prononcer sur la validité juridique de la théorie de « sécession-remède » en droit international ou sur l'applicabilité d'un tel droit au cas d'espèce, en jugeant qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur ce point pour répondre la question posée. Voir l'avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, par. 82-83.

⁴⁰ Voir par exemple GOMEZ-ROBLEDOS (J.-M.), « L'avis consultatif de la C.I.J. sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », *Revue générale de droit international public*, 2005, pp. 521-536.

⁴¹ RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer... », op. cit., p. 406.

⁴² PELLET (A.), « Le glaive et la balance... », op. cit., p. 559 et s.

⁴³ Une idée de la juridiction autoritaire, transposée du modèle du droit interne, n'est pas compatible avec l'ordre juridique international dans son état actuel. Ceci pour deux raisons principales ; d'une part, la société internationale est composée d'États souverains, et d'autre part, contrairement aux droits étatiques, le droit international qui régit

la politique, la juridiction internationale accepte volontiers de se mettre en retrait devant elle. Cela n'empêche pas toutefois de constater que cette prudence de la Cour, bien qu'elle soit tout à fait compréhensible dans un ordre juridique déterminé par la logique interétatique, atteint parfois un niveau tel que sa fonction judiciaire se voit considérablement limitée.

Une Prudence Excessive de la CIJ Qui Transforme la Fonction Judiciaire

Il a été constaté que l'intention de la CIJ de prendre en considération les exigences politiques de l'affaire crée assez souvent le risque de restreindre sa fonction de rendre la justice. En plus de ce risque, cette volonté de réconciliation difficilement réalisable entraîne la transformation de la fonction judiciaire qu'elle exerce. En obligeant la Cour à sortir de son cadre classique, cette volonté de réconciliation rapproche la juridiction internationale d'un mécanisme d'arrangement. C'est effectivement en ce sens que G. Abi-Saab constate l'existence d'une « tendance progressive vers une justice transactionnelle »⁴⁴. Il est vrai qu'une décision qui cherche à être, à la fois, juridiquement juste et politiquement satisfaisante pour toutes les Parties concernées ne peut être que le résultat d'une justice transactionnelle.

C'est également l'avis de M. Chemillier-Gendreau qui écrit, à propos de la CIJ, que le contexte politique « d'une société internationale chaotique et hétérogène », dont la Cour est le reflet fidèle, « l'a souvent conduite à une justice de transaction, qui relève davantage de l'arrangement que de la conformité à la règle de droit »⁴⁵. Il est vrai que la tâche du juge international dépasse souvent la prise d'une décision juridiquement bien fondée. Dans une affaire, il devient nécessaire pour lui, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, de se soucier de l'équilibre entre l'aspect politique et juridique de l'affaire⁴⁶.

Une telle volonté de la Cour d'arriver à une décision acceptable pour tous les États concernés provient également de l'absence d'un système d'exécution forcée dans l'ordre juridique international. La Cour est sûrement préoccupée par la question d'une éventuelle inexécution de ses décisions qui peut mettre gravement en cause son autorité. Bien heureusement, les refus d'exécution sont rares de la part des États qui ne veulent pas voir leur réputation internationale affectée⁴⁷. Cependant, en cas de refus, ce n'est pas seulement la réputation de l'État qui serait affectée mais aussi celle de la juridiction internationale dont

cette société interétatique est censé résoudre les différends entre États plus pacifiquement que d'une manière autoritaire. C'est pourquoi, il n'y a toujours pas eu une institution judiciaire qui exerce véritablement une « fonction de juger » dans le sens que l'on entend en droit interne. Selon J. Verhoeven, toute juridiction internationale fonctionne encore sur des techniques arbitrales. Aucune d'entre elles n'exprime un « pouvoir judiciaire » qui existera en soi. Ceci est également vrai pour la CIJ. La seule particularité qui la distingue par rapport aux autres instances judiciaires est qu'elle est « compétente à l'égard de tous et en toutes matières ». Voir VERHOEVEN (J.), « À propos de la fonction de juger en droit international public », op. cit., p. 447 et s.

⁴⁴ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 290.

⁴⁵ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », *Le Monde Diplomatique*, Novembre 1996, p. 10. Voir également ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 292. Dans le même A. Pellet écrit que « [q]uand les questions sont plus controversées, quand les enjeux politiques sont importants, la Cour n'hésite toutefois pas à faire le maximum pour trouver des solutions acceptables, pour 'faire passer la pilule'. Voir l'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, op. cit., p. 139.

⁴⁶ Selon A. Pellet, une telle politique judiciaire est complètement justifiée pour la CIJ qui est « l'organe judiciaire principal des Nations Unies, une organisation dont la vocation est de maintenir la paix et la sécurité internationales, et non pas de faire prévaloir la pureté des principes, comme certains le souhaiteraient ». *Idem.*, p. 139 et 140.

⁴⁷ Dans l'histoire de la Cour internationale de Justice, il existe néanmoins deux affaires dans lesquelles les Parties condamnées ont refusé d'exécuter les arrêts de la Cour. La première est celle du *Détroit de Corfou* où l'Albanie a refusé de payer les dommages et intérêts attribués au Royaume-Uni par la Cour dans son arrêt du 15 décembre 1949. Le deuxième exemple est l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* dans laquelle les États-Unis, qui n'avaient d'ailleurs pas comparu dans la deuxième phase du jugement devant la CIJ, ont ensuite refusé l'exécution de l'arrêt de la Cour du 27 juin 1986. Sur l'exécution des décisions de la CIJ voir AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruylant, 2003, 329 p.

l'autorité et l'utilité seraient remises en cause dans un tel ordre juridique dépourvu de mécanismes de contrainte juridique⁴⁸.

En raison du fondement consensuel de son fonctionnement, il existe un autre souci de la Cour que l'on peut appeler, sans vouloir être offensif à l'égard de l'institution judiciaire, le « souci de clientèle ». Pour une institution judiciaire internationale dépendante de la sollicitation des États, le souci de respecter leur souveraineté ne s'arrête pas à la question de la compétence. Pendant la réalisation de sa fonction, elle cherche encore, sous l'influence de cette psychologie de dépendance, à rester attractive aux yeux des États. Force est de constater que, comme un moyen de règlement des différends, le recours au juge international n'est pas vraiment la préférence des États. Considérant le règlement judiciaire comme « peu adapté à leurs exigences », les États préfèrent souvent « l'utilisation de moyens leur permettant d'aboutir – si possible – à des transactions politiques »⁴⁹. Selon L. Condorelli, ce climat influence également le juge international qui essaie, en vue d'attirer ses « clients », de régler le différend en proposant aux États des « solutions acceptables » au lieu de chercher strictement ce qui est juridiquement juste. Parce qu'il sait parfaitement que « [l]a justice internationale tire son pouvoir de décision du consentement des parties au différend »⁵⁰.

La mise en œuvre d'une telle stratégie de transaction par la CIJ peut donc s'expliquer par ce principe consensualiste dont le respect semble être la condition de sa popularité⁵¹. M. Chemillier-Gendreau écrit effectivement que,

« soucieuse de [...] rendre sa justice attractive » aux yeux des États, la CIJ recourt aussi à cette politique d'arrangement. Elle essaie ainsi de « ne créer ni vainqueur ni vaincu, au moins pour une partie des contentieux portant sur un objet concret, notamment territorial, pour lesquels elle peut partager les avantages. Pour les autres, elle tente au moins de donner à l'État perdant quelque satisfaction de principe »⁵².

Pourtant, la présence d'une telle préoccupation de la part de la Cour ne signifie pas qu'elle formule ses décisions suivant une politique de séduction à l'égard des États ou en fonction d'attente de sa clientèle. Elle cherche sans doute à dire le droit d'une manière indépendante de toute attente subjective et politique⁵³. Mais, elle est tout simplement prudente en le faisant parce que, d'une part, elle agit dans un domaine de droit peu précis, souvent non écrit et dépourvu de généralité, et d'autre part, les parties jugées dans une affaire sont, en même temps, créateurs de ce droit.

D'ailleurs, vu les crises qu'elle a subies suite à des arrêts qui ont suscité des réactions méfiantes chez les États à son égard, il est difficile de dire que ce souci de la Cour soit sans fondement. Sur ce point, il convient d'évoquer notamment les réactions des États après les arrêts de la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain* et dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

⁴⁸ O. Corten et P. Klein constatent en effet que ce souci des États sur l'utilité du recours à la juridiction internationale a également des impacts sur l'efficacité des cours internationales, en l'occurrence sur celle de la Cour internationale de Justice. Voir CORTEN (O.), KLEIN (P.), « L'efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la Cour internationale de Justice », in *Justice et Juridictions Internationales*, R. Ben Achour et S. Laghmani (sous dir.), Pedone, 2000, p. 55.

⁴⁹ CONDORELLI (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, p. 286.

⁵⁰ *Idem.*, la note de bas de page 11, p. 286 et p. 289.

⁵¹ Voir BEDJAOUÏ (M.), « Discours à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'Organisation des Nations Unies et de la Cour internationale de Justice », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1995, vol. 66, t. II, p. 74.

⁵² CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10-11.

⁵³ Voir BEDJAOUÏ (M.), « Discours à l'occasion du 50^e... », op. cit., p. 74.

Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour a été saisie en 1960 par L'Éthiopie et le Liberia contre l'Afrique du Sud. Après un premier arrêt en 1962 portant sur les questions préliminaires, la Cour a rendu son arrêt au fond en 1966. Sans entrer dans les détails de cette affaire, qui a suscité beaucoup de réactions chez les États comme dans la doctrine et qui a été qualifiée de « malheureuse »⁵⁴, « tragique » ou encore comme un « désastre »⁵⁵, force est de constater que l'arrêt de 1966 a semé la méfiance chez les États, surtout du Tiers monde⁵⁶. Critiquée, par ces derniers, d'être conservatrice et d'agir comme un « tribunal arbitral », la Cour a connu, après cette affaire, une période de quasi-inactivité juridique et dû réaliser « un changement d'attitude » prenant en compte les mouvements contemporains de la scène internationale⁵⁷.

Quant à l'affaire de Nicaragua, l'arrêt de 1986 marque, comme A. Pellet écrit, « une étape-clé dans la vie de la Cour »⁵⁸. Après cet arrêt, la Cour devient très attractive aux yeux des États du tiers-monde qui voient que, grâce au recours à la juridiction internationale, même un petit État peut faire condamner une super-puissance. Alors que cet arrêt signifie pour les États du tiers-monde un « regain de confiance », pour certains autres, il a déclenché une défiance globale⁵⁹. N'étant pas apprécié par les États occidentaux, notamment par les États-Unis, cet arrêt de la Cour a aussi créé chez eux une méfiance à l'égard de la Cour qui est accusée cette fois d'être « tiers-mondiste » et de faire du « militantisme juridique ».

Pour des contres-exemples, A. Pellet cite l'affaire des *Plates-formes pétrolières* « dans lequel la Cour a rendu en 2003 un arrêt au fond indéfendable sur le plan du raisonnement juridique, mais qui a finalement contenté tout le monde »⁶⁰. L'auteur arrive à la même conclusion à propos de la politique judiciaire de la Cour dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*. Selon lui, cet avis, très critiqué à juste titre par la doctrine, a également « le grand mérite d'être acceptable par toutes les Parties concernées »⁶¹.

Ces exemples montrent qu'une prudence de la Cour qui cherche à satisfaire tous les États concernés n'est peut-être pas compatible avec sa fonction de rendre la justice, mais elle est tout à fait compréhensible pour une institution judiciaire internationale qui doit exercer sa fonction dans un tel ordre juridique interétatique. Mais, si la mise en œuvre d'une telle stratégie prudente contribue à l'élargissement du rôle de la Cour au sein de la communauté internationale, elle comporte également le risque de restriction et de dénaturation de ce rôle.

Une Prudence de la CIJ Justifiée Par l'Origine Interétatique du Droit International

L'étendue de la fonction du juge international est un sujet de controverse. Dans un domaine de droit plein de lacunes et d'imprécisions, certains pensent que le juge international a compétence pour exprimer dans certains cas la règle de droit. Parmi ceux qui attribuent au juge international une fonction beaucoup plus large que de se contenter d'appliquer le droit positif existant, G. Scelle figure sans doute au premier rang. Selon lui, le juge, qui applique le

⁵⁴ PELLET (A.), « Le glaive et la balance, Remarques sur le rôle de la CIJ... », op. cit., p. 559

⁵⁵ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 278. Pour d'autres exemples des réactions et des critiques de la part des États et de la doctrine voir FISCHER (G.), « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest Africain », *Annuaire français de droit international*, 1966, pp. 144-154.

⁵⁶ ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit., p. 277 s.

⁵⁷ *Idem.*, p. 280.

⁵⁸ PELLET (A.), « Conseil devant la Cour internationale de Justice – Quelques impressions », in *L'évolution du droit international, Mélanges offertes à Hubert Thierry*, Pedone, 1998, p. 346, note de bas de page 5.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ PELLET (A.), « Renforcement du rôle de la CIJ », op. cit., p. 139.

⁶¹ *Idem.*, p. 140.

texte juridique, est déjà tenu, en cas d'une imprécision, « d'adopter l'interprétation logique qui correspond à la justice »⁶². Mais, si l'obtention d'un tel résultat n'est pas possible dans le cadre des textes positifs existants, « il devra faire ce que ferait le législateur : rechercher scientifiquement dans la nappe juridique profonde du milieu social intéressé la norme qui, dans le cas d'espèce, doit s'appliquer »⁶³. Donc, pour lui, le juge a une compétence non seulement pour l'interprétation « équitable » du droit positif, ce qui lui confère déjà une certaine autonomie par rapport au texte positif, mais aussi pour la traduction originaire d'une règle applicable au droit positif si elle fait défaut dans le cas d'espèce⁶⁴.

C'est en ce sens que certains attendent de la part de la CIJ un activisme judiciaire, dépassant son cadre classique, pour répondre aux nouvelles exigences de la communauté internationale en évolution⁶⁵. Mais, ne serait-ce pas trop demander d'une institution dont la compétence est déterminée par la logique interétatique ? En effet, il faut d'abord reconnaître que la fonction judiciaire internationale s'effectue dans « les conditions très restrictives d'une société décentralisée » que le juge international tout seul n'est pas capable de changer⁶⁶. D'ailleurs ce n'est pas le rôle du juge de « reformer la société internationale dans sa structure anarchique voulue par les États »⁶⁷. Aux yeux des États, une institution judiciaire internationale comme la CIJ n'est pas un « conseil des sages » qui apportera, à sa manière, des solutions équitables aux problèmes accrus. Pour les États, la CIJ est, et doit rester, une institution judiciaire censée appliquer le droit tel qu'il a été traduit en droit positif par eux.

Certes, agissant dans un domaine de droit plein de lacunes et d'incertitude, le juge se voit parfois contraint de rechercher le droit applicable lui-même. Motivé également par le souci d'adapter le droit aux nouvelles exigences de la société internationale qu'il régit, le juge international tâche d'adopter une interprétation évolutive des règles de droit suivant l'évolution de la société. Mais en le faisant, il sait parfaitement que cette technique interprétative a ses limites et qu'elle ne doit jamais aller jusqu'à la création originaire d'une nouvelle règle de droit.

À cet égard, la position de la CIJ, lorsqu'elle a donné son avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, est démonstrative. Quoique la CIJ soit clairement favorable à un désarmement nucléaire total et qu'elle le qualifie comme un « objectif vital pour l'ensemble de la communauté internationale », elle se heurte à sa fonction de dire le droit positif existant et décide ainsi qu'

« au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, tel qu'elle l'a examiné ci-dessus, ainsi que des éléments de fait à sa disposition, la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure

⁶² SCELLE (G.), « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gèny*, t. 3, Sirey, 1934, p. 404.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Cependant, il ajoute qu'il ne s'agit pas d'une fonction législative dans le sens que le législateur exécute. Cette pratique du juge ne concerne que le cas d'espèce concret. Elle contribue certes à la détermination et formation du droit mais ne pose pas une règle d'applicabilité objective. Voir *idem*, pp. 402-406.

⁶⁵ Une telle attente est formulée tant par la doctrine (voir par exemple CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », *op. cit.*, p. 103 et 104) que par ses propres juges. C'est en ce sens qu'il faut lire les mots du Juge Weeramanthy :

« Particulièrement en périodes de tensions, alors que les signaux de danger lancent partout des éclairs, la Cour, semble-t-il, devrait réagir de façon positive en prenant les mesures qui relèvent de sa compétence. [...] Si l'on veut que le droit international se développe et serve la cause de la paix comme il est censé le faire, la Cour ne peut se dérober devant une telle responsabilité quand l'occasion de l'assumer se présente ».

L'opinion dissidente du Juge Weeramanthy jointe à l'Ordonnance du 14 avril 1992 de la CIJ dans l'affaire *Lockerbie*, CIJ Rec., 1992, traduction officielle, p. 71.

⁶⁶ LEBEN (C.), « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, n°9, p. 144.

⁶⁷ *Idem.*, p. 150.

de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un État dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause »⁶⁸.

Dans sa déclaration jointe à cet avis, le Président de la Cour, M. Bedjaoui, confirme en effet que par cet avis, « la Cour s'est [...] bornée à un constat » de l'état du droit international positif « tout en se trouvant dans l'incapacité d'aller au-delà ». Selon lui, « [d]ans l'élaboration du présent avis, la Cour a été guidée par le sens des responsabilités particulières qui sont les siennes et par sa volonté de dire le droit tel qu'il est, en ne cherchant ni à le noircir ni à l'embellir ». Ainsi, la Cour « a entendu éviter toute tentation de le créer et elle n'est assurément pas sortie de son rôle »⁶⁹.

Cette incapacité du juge international est ainsi souvent exprimée dans la jurisprudence de la CIJ par sa prudence dans ce qu'elle dit, mais surtout dans ce qu'elle évite de dire. En effet, il est assez courant dans l'histoire de la Cour que, parfois même au risque de créer une incertitude juridique, elle s'abstient de se prononcer sur certains aspects de l'affaire soumise. Le recours à une telle pratique d'abstention vient généralement de l'existence d'une lacune du droit international à laquelle le juge international tout seul n'est pas capable de remédier⁷⁰.

Conclusion

Dans un ordre juridique essentiellement état-centrique et interétatique, il est tout à fait normal que les priorités de la juridiction internationale soient déterminées en fonction de cette configuration de la communauté internationale. Le juge international n'est qu'un interprète d'un langage dominé par le volontarisme interétatique qu'est le droit international. Sa fonction consiste principalement à traduire le droit international positif dans des faits réels. Cette limitation fonctionnelle est adoptée également par les juges de la CIJ qui, comme on vient de le constater, ne s'est jamais livrée à un rôle de créateur du droit. En raison de « [la] conception positiviste volontariste classique qui a majoritairement prévalu au sein de la Cour elle-même depuis sa création », constate P.-M. Dupuy, un tel rôle était considéré par les juges de la Cour eux-mêmes « peu conciliable avec le primat de la volonté des États »⁷¹.

⁶⁸ CIJ, Rec., l'avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 103 et par. 97.

⁶⁹ Déclaration de M. Bedjaoui, jointe à l'avis consultatif du 8 juillet 1996 de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, Rec., 1996, par. 7 et par. 10.

⁷⁰ Cela dit, il faut aussi reconnaître que, en évitant de fixer les règles non encore parfaitement établies dans un domaine du droit qui est en pleine évolution, le juge international contribue parfois à l'évolution du droit international. Pour illustrer ce propos, H. Rasmussen donne l'exemple de l'affaire des *Essais nucléaires*. Évitant de statuer dans cette affaire, que la Cour a déclarée irrecevable après la déclaration française mettant fin aux essais, la Cour a ainsi évité de choisir entre deux positions, toutes les deux très délicates à la fois pour sa fonction de dire le droit et pour l'évolution du droit international : soit, en soutenant les arguments du gouvernement français, elle aurait pris une position conservatrice dans un domaine peu développé mais en pleine évolution et consolidé le *statu quo* en bloquant en quelque sorte l'évolution juridique. Soit, en prenant position en faveur de l'existence contestée d'une règle coutumière interdisant ce genre d'essai, elle aurait dépassé sa fonction judiciaire. Selon lui, « par sa décision de rejet de l'affaire des Essais nucléaires français, la CIJ s'est très habilement conformée à son obligation de contribuer au développement du droit international public ». Voir RASMUSSEN (H.), « Le juge international en évitant de statuer... », op. cit., p. 385 et 386.

L'arrêt du 14 février 2002 de la Cour internationale de justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* peut également être interprété dans ce sens-là. En effet, dans cette affaire aussi, la Cour a été critiquée, tant par la doctrine que par ses propres juges, de vouloir éviter de statuer sur un aspect très important de l'affaire. Selon eux, la Cour n'a pas profité cette occasion pour se prononcer sur la validité de la « compétence universelle » du point de vue du droit international. Mais en le faisant, la Cour a, en même temps, laissé la porte ouverte pour l'évolution d'un concept dont la validité ne recueillait pas, au moment de la décision, le consensus au sein de la communauté internationale. Voir l'opinion individuelle du Président de la CIJ, M. Guillaume, l'opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal et la déclaration du Juge Ranjeva, CIJ Rec. 2002. Voir également KOOIJMANS (P.) « The ICJ in the 21st Century :... », op. cit., p. 751.

⁷¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 297, 2002, p. 462.

De ce fait, le juge international ne se sent pas, justement, autorisé à dépasser, même si la situation l'exige, la fonction qui lui était attribuée. À propos des juges de la CIJ, A. Oraison écrit effectivement qu'il ne faut pas leur demander « des miracles qu'ils ne sauraient accomplir »⁷². Comme toutes les autres institutions judiciaires internationales, la CIJ est non seulement « [f]reinée dans son action par les divers modes d'expression de la souveraineté des États » mais aussi « prisonnière des insuffisances du droit international »⁷³ qui résultent toujours du caractère interétatique de la configuration politique de la communauté internationale.

La contribution de la jurisprudence de la Cour au développement du droit international est, certes, indéniable⁷⁴. Mais ce faisant, elle est parfaitement consciente du fait qu'« une construction jurisprudentielle ne peut perdurer qu'à la condition *sine quo non* de ne pas combattre [...] les 'souveraines volontés étatiques' »⁷⁵. En effet, même au sein des instances judiciaires internationales où les juges sont considérés très forts, ces derniers ont toujours « des limites qui reflètent le caractère essentiellement 'souverainiste' du droit international »⁷⁶.

Dans un tel climat état-centrique qui emprisonne la fonction judiciaire dans un rôle d'appliquer le droit tel qu'il est, le juge international devient inévitablement « le défenseur du *statu quo* »⁷⁷. Il est vrai que le juge international non seulement n'a pas le pouvoir de changer fondamentalement le droit tel qu'il existe, mais en même temps, il est censé défendre ce droit contre toute tentative de violation et d'assurer sa sauvegarde tant qu'il n'est pas modifié par le pouvoir créateur. C'est, en effet, à la lumière de cette réalité qu'il faut analyser les décisions et les prises de position des juges internationaux⁷⁸.

⁷² Voir ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies...' », op. cit., p. 408. Pour une réflexion semblable voir également L'intervention d'Allain Pellet au sujet du « Renforcement du rôle de la CIJ », op. cit., p. 142.

⁷³ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », op. cit., p. 10-11. Dans le même sens voir également ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale... », op. cit. p. 293.

⁷⁴ Il est vrai que la CIJ, considérée avec sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, comme « les 'adaptateurs de droit' les plus efficaces de l'ordre juridique international », a beaucoup contribué à l'établissement d'un ordre juridique cohérent dans sa substance, en dégageant l'existence, la portée et la signification exacte des règles internationales. Sur ce sujet voir LAUTERPACHT (H.), *The Development of International Law by the International Court*, op. cit. ; PELLET (A.), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 329, 2007, p. 21 ; JOUANNET (E.), « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du novembre 2003, affaire des Plates-formes pétrolières », *Revue générale de droit international public*, 2004, pp. 917-948 ; DUPUY (P.-M.), « Le juge et la règle générale », *Revue générale de droit international public*, 1989, pp. 569-598.

⁷⁵ ORAISON (A.), « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies...' », op. cit., p. 407.

⁷⁶ A. Pellet évoque l'exemple de l'Organe du règlement des différends de l'OMC. Voir PELLET (A.), « Les voies d'un ordre mondial », avec M. Delmas-Marty et P. Lamy, *Le débat*, novembre-décembre 2006, p. 10.

⁷⁷ SALMON (J.), « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI^{ème} siècle », *Cours Euroméditerranéens Bancaja de droit international*, vol. VI, 2002, p. 334. À cet égard, il convient également d'évoquer le constat de C. Leben. Selon lui, le rôle du juge international n'est pas de « reformer la société internationale dans sa structure anarchique voulue par les États ». Bien au contraire, son rôle est destiné à la sauvegarde de cet ordre juridique tel qu'il est conçu par eux. Voir LEBEN (C.), « La juridiction internationale », op. cit., p. 150.

⁷⁸ À cet égard, la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale dans la célèbre affaire du *Lotus* peut constituer un bon exemple. L'arrêt que la Cour internationale a rendu en 1927 constitue la décision la plus citée à la fois par les défenseurs et les opposants de la souveraineté comme un *dictum* en faveur d'une conception absolue de la notion. Critiquée pour avoir fait prévaloir une interprétation conservatrice de ce principe, cette jurisprudence de la Cour, qui n'a fait d'ailleurs qu'affirmer, à juste titre, le droit de l'État d'exercer sa compétence juridictionnelle sur son territoire, n'est en réalité que le reflet d'une époque marquée par le volontarisme étatique.

Bibliographie

- ABI-SAAB Georges, « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *Revue générale de droit international public*, 1992, pp. 273-295
- AZAR Aïda, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruylant, 2003, 329 p.
- BEDJAOUI Mohammed, « Discours à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'Organisation des Nations Unies et de la Cour internationale de Justice », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1995, vol. 66, t. II, pp. 71-80
- BEDJAOUI Mohammed, « L'humanité en quête de paix et de développement. Cours générale de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2006, vol. 325, pp. 9-542
- CARILLO-SALCEDO Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 257, 1996, pp. 37-221
- CARREAU Dominique, *Droit international*, Pedone, 10^e éd., 2010, 633 p.
- CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », *Le Monde Diplomatique*, Novembre 1996, pp. 10-11
- CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *L'évolution du droit international, mélanges H. Thierry*, Pedone, 1998, pp. 93-105
- CONDORELLI Luigi, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, pp. 277-313
- CORTEN Olivier, KLEIN Pierre, « L'efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la Cour internationale de Justice », in *Justice et Juridictions Internationales*, R. Ben Achour et S. Laghmani (sous dir.), Pedone, 2000, pp. 33-71
- DECAUX Emmanuel, « La Cour internationale de justice et les droits de l'homme », in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di G. Arangio-Ruiz*, vol. 2, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 921-970
- DUPUY Pierre-Marie, « Le juge et la règle générale », *Revue générale de droit international public*, 1989, pp. 569-598
- DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 297, 2002, pp. 9-490
- ECONOMIDÈS Constantin P., « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux : une norme fondamentale tenue à l'écart », in *Paix, développement, démocratie, Amicorum Discipulorumque Liber B. Bouros-Ghali*, Bruylant, 1998, pp. 405-418
- JOUANNET Emmanuelle, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du novembre 2003, affaire des Plates-formes pétrolières », *Revue générale de droit international public*, 2004, pp. 917-94
- FISCHER Georges, « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant le Sud-Ouest Africain », *Annuaire français de droit international*, 1966, pp. 144-154
- GELAS Hélène, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, Thèse, Paris II, 2004, 789 p.
- GOMEZ-ROBLEDO Juan Manuel, « L'avis consultatif de la C.I.J. sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé : timidité ou prudence ? », *Revue générale de droit international public*, 2005, pp. 521-536
-

-
- GORDON Edward, « Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction », *The American Journal of International Law*, 1987, pp. 129-135
- KOOIJMANS Pieter, « The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 56, 2007, pp. 741-753
- LAUTERPACHT Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, 1958, 427 p.
- LEBEN Charles, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, n°9, pp. 143-155
- ORAISON André, « Réflexions sur 'l'organe judiciaire principal des Nations Unies' (Stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice) », *Revue Belge de Droit International*, 1995, pp. 397-467
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası hukuk dersleri (Cours de droit international)*, Turhan Kitapevi, t. 4, 2000, 374 p.
- PELLET Alain, « Le glaive et la balance, Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », in *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, MNP, 1989, pp. 539-566
- PELLET Alain, « Conseil devant la Cour internationale de Justice – Quelques impressions », in *L'évolution du droit international, Mélanges offertes à Hubert Thierry*, Pedone, 1998, pp. 345-362
- PELLET Alain, « Le renforcement du rôle de la CIJ », in *Quel droit internationale pour le 21^{ème} siècle ?*, Yves Sandoz (sous dir.), Bruylant, 2007, p. 133-143
- RASMUSSEN Hjalte, « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, 1987, pp. 383-407
- SCELLE Georges, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gèny*, t. 3, Sirey, 1934, pp. 400-430
- VERHOEVEN Joe, « À propos de la fonction de juger en droit international public », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacements*, P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (sous dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 447-468
- WEIL Prosper, « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c/ Canada)* », in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José Maria Ruda*, Kluwer Law International, 2000, pp. 147-178
-