

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES DÉCISIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ – UN BILAN APRÈS LES ORDONNANCES *LOCKERBIE* ET L'ARRÊT *TADIC*

Florent Mazon

Volume 10, 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100729ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100729ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mazon, F. (1997). LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES DÉCISIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ – UN BILAN APRÈS LES ORDONNANCES *LOCKERBIE* ET L'ARRÊT *TADIC*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 10, 105–136.
<https://doi.org/10.7202/1100729ar>

Article abstract

The recent questioning of the legality of UN Security Council resolutions by certain member states has revived a debate that had been dormant since the San Francisco Conference: monitoring the legal validity of Security Council decisions. The Appeals Chamber of the ICTY opened the door to judicial monitoring by acknowledging that, even within the context of Chapter VII, the actions of the Council are subject to judicial constraints. While such constraints may appear appropriate as a means to counter certain dangerous tendencies of the Security Council, they are extremely difficult to implement given the current state of international law. Firstly, the ICJ was not designed to adjudicate matters of this sort, consequently, such monitoring has no statutory basis. Secondly, the control of any discretionary power is an eminently intricate task, necessitating adequate standards that, in this case, would prevent the Security Council from making arbitrary decisions without, however, substituting the opinion of a judge for that of the Council. In this respect, the monitoring standards proposed by the ICTY, the foundations of which are to be found in the UN Charter, do not appear to be satisfactory.

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES DÉCISIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ - UN BILAN APRÈS LES ORDONNANCES *LOCKERBIE* ET L'ARRÊT *TADIC*.

*Par Florent Mazon**

La contestation récente par certains États de la légalité des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU a redonné vie à un débat en sommeil depuis la Conférence de San Francisco, celui du contrôle de légalité des décisions du Conseil de sécurité. La chambre d'appel du TPIY, en admettant que même dans le cadre du Chapitre VII, l'action du Conseil était soumise à des contraintes juridiques, a ouvert la voie à un contrôle juridictionnel. Si ce contrôle apparaît opportun pour contrer certaines dérives dangereuses du Conseil de sécurité, il n'en demeure pas moins qu'il est fort difficile à mettre en œuvre vu l'état actuel du droit international. D'abord, parce que la CIJ n'a pas été conçue pour régler un contentieux de cette nature et il n'existe donc pas de fondement textuel à un tel contrôle. Ensuite, parce que le contrôle d'un pouvoir discrétionnaire reste un exercice éminemment difficile, nécessitant des standards adéquats qui, dans le cas présent, permettrait d'empêcher toute décision arbitraire du Conseil de sécurité sans toutefois substituer l'appréciation du juge à celle du Conseil. Les standards de contrôle proposés par le TPIY, fondés sur les buts et principes de la Charte de l'ONU, ne nous semblent pas, à cet égard, satisfaisants.

The recent questioning of the legality of UN Security Council resolutions by certain member states has revived a debate that had been dormant since the San Francisco Conference: monitoring the legal validity of Security Council decisions. The Appeals Chamber of the ICTY opened the door to judicial monitoring by acknowledging that, even within the context of Chapter VII, the actions of the Council are subject to judicial constraints. While such constraints may appear appropriate as a means to counter certain dangerous tendencies of the Security Council, they are extremely difficult to implement given the current state of international law. Firstly, the ICJ was not designed to adjudicate matters of this sort, consequently, such monitoring has no statutory basis. Secondly, the control of any discretionary power is an eminently intricate task, necessitating adequate standards that, in this case, would prevent the Security Council from making arbitrary decisions without, however, substituting the opinion of a judge for that of the Council. In this respect, the monitoring standards proposed by the ICTY, the foundations of which are to be found in the UN Charter, do not appear to be satisfactory.

* Étudiant, Maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal. L'auteur remercie le professeur Katia Boustany pour son encadrement dans la préparation de cet article.

L'année 1990 constitue une date charnière dans l'histoire du Conseil de sécurité des Nations Unies. Une rapide comparaison des deux « guerres du Golfe » permet de mesurer l'ampleur du changement intervenu.

Le 22 septembre 1980, l'Irak envahit l'Iran et le Conseil de sécurité attendra sept ans avant d'invoquer explicitement le chapitre VII de la *Charte*¹.

Le 2 août 1990 : À peine remis du combat fratricide avec l'ennemi de toujours, « Saddam » reprend les armes pour envahir un autre voisin, le Koweït. Ayant certainement en mémoire la passivité et la turpitude du Conseil de sécurité dans le premier conflit du Golfe, le chef de l'État irakien n'avait peut-être pas suffisamment pris en compte le bouleversement des données géopolitiques mondiales. En effet, entre le 22 septembre 1980 et le 2 août 1990, un événement historique majeur s'était produit : l'effondrement du communisme en Europe de l'Est et conséquemment, la fin de la « guerre froide » qui avait paralysé le Conseil de sécurité pendant les quarante-cinq premières années de son existence. Le jour même de l'invasion, le Conseil de sécurité adopte la résolution 660 par laquelle il exige le retrait immédiat et inconditionnel des forces irakiennes. En quatre mois, du 2 août 1990 au 29 novembre 1990, le Conseil de sécurité prendra douze résolutions explicitement fondées sur le chapitre VII, donc toutes contraignantes pour les États. Il n'est pas nécessaire de rappeler la suite des événements... Triomphe du système de sécurité collective, avènement d'un nouvel ordre mondial, aucun mot n'a semblé trop fort aux journalistes pour qualifier cette situation sans précédent.

Depuis 1990, le regain d'activité du Conseil de sécurité ne s'est pas démenti², même s'il n'a pas mis autant d'ardeur à régler tous les conflits aussi promptement que l'invasion du Koweït par l'Irak. On peut néanmoins affirmer que cet organe principal des Nations Unies a enfin pris possession du rôle que lui confère la *Charte*, à savoir la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Toutefois, si l'opinion publique, reflétée ou façonnée par les médias, fait généralement preuve d'enthousiasme pour ce regain de pouvoir, tel n'est pas le cas de tous les membres de la société internationale. La récurrence du thème de la réforme du Conseil de sécurité est, en effet, assez révélatrice d'une certaine crise du système et de sa contestation par de nombreux États³.

¹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n° 7; *La situation entre l'Iran et l'Irak*, Rés. CS 598, Doc. off. CS NU, 42^e année, (1987) 6.

² Depuis sept ans, le Conseil de Sécurité a adopté presque autant de résolutions que pendant les quarante-cinq premières années de son existence. Voir F.P. King, « Sensible Scrutiny: The Yugoslavia Tribunal's Development of Limits on the Security Council's Powers Under Chapter VII of the Charter » (1996) 10 *Emory Int'l L. R.* 509.

³ Voir par exemple: « Reforming the United Nations » (1994) 88 *ASIL proceedings* 105-124. « La réforme du Conseil de Sécurité » *Le Devoir [de Montréal]* (17 sept. 1997) A8.

Au delà des propositions visant un élargissement du Conseil de sécurité ou une suppression du droit de *veto*⁴, une autre forme de contestation, plus intéressante pour un juriste de droit international, s'est traduite par une remise en question de la « légalité »⁵ de plusieurs résolutions récentes du Conseil de sécurité, fondées sur le chapitre VII. La finalité de la contestation, ainsi que ses protagonistes, restent les mêmes, puisqu'il s'agit toujours, pour les États se situant en dehors du club restreint des membres permanents, d'obtenir une certaine prise sur des décisions à l'élaboration desquelles ils n'ont pas participé, mais qu'ils doivent respecter en vertu de l'article 25 de la *Charte*. En revanche, le moyen de la contestation diffère, puisqu'il s'appuie sur le droit international existant et non sur un projet politique de réforme du système onusien.

La contestation de la légalité de ces résolutions a, logiquement, redonné vie à un thème en sommeil depuis 1945 : celui du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité⁶.

Au coeur des débats lors de la conférence de San Francisco qui donna naissance en 1945, à la *Charte des Nations Unies*, cette question perdit ensuite beaucoup de son acuité pendant les longues années de guerre froide qui paralysèrent l'action du Conseil de sécurité. Mais, avec le renouveau de celui-ci depuis 1990, les États semblent redécouvrir les pouvoirs considérables qui lui ont été confiés en 1945 de même que le danger potentiel qu'il représente pour leur souveraineté. La guerre froide avait l'avantage d'imposer une certaine stabilité. Aujourd'hui, l'absence de contrepoids politique à la toute puissance américaine fait peur. De plus, comme le souligne le juge Bedjaoui, « il existe une loi de nature selon laquelle, en démocratie, un renforcement des pouvoirs expose son bénéficiaire à subir corrélativement un renforcement des moyens de le contrôler »⁷.

Dans le cadre de ce travail, seul sera examiné le problème du contrôle de légalité des décisions du Conseil prises sur le fondement du Chapitre VII. Lorsque le Conseil mentionne explicitement que son action se situe dans le cadre de ce Chapitre,

⁴ Voir I. Poupard, « Le droit de veto au Conseil de sécurité : une pratique contestée » (1993) 1 REJ 255.

⁵ Bien qu'il n'existe pas de lois à proprement parler dans l'ordre juridique international; les sources principales du droit international étant les conventions, la coutume et les principes généraux du droit (*Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n° 7, art. 38). Nous continuerons d'employer cette expression par la suite car elle nous semble néanmoins plus claire que son équivalent « contrôle de licéité ».

⁶ Voir débats au Conseil de sécurité : Doc. off. CS NU, 48^e année, Doc. NU A/48/264 (1993) et Doc. NU A/48/264/add.1 (1993). Voir aussi B. Conforti, « Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression » dans R.-J. Dupuy, dir., *Le développement du rôle du Conseil de sécurité*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, 51 à la p. 51 : « Un élément de la pratique récente du Conseil de sécurité qui frappe l'observateur est l'augmentation du nombre des contestations de caractère juridique, c'est-à-dire des accusations de violation de la Charte, adressées au Conseil. Il y a en cela un retour en arrière, un retour à ce qui se passait dans les premières années de vie de l'Organisation, lorsque justement les contestations juridiques étaient tout aussi nombreuses ».

⁷ M. Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994 à la p. 49.

le caractère obligatoire des résolutions adoptées est indubitable. Même si décisions comme recommandations sont susceptibles de rentrer dans le champ d'un éventuel contrôle de légalité, le contrôle des décisions adoptées dans le cadre du Chapitre VII présente un intérêt particulier pour trois raisons. En premier lieu, le Conseil a procédé, depuis la fin de la guerre froide, à une utilisation exponentielle du Chapitre VII, multipliant ainsi les actes incontestablement contraignants à destination des États. Ensuite, l'observation du contentieux international récent touchant au contrôle de légalité, notamment les ordonnances de la CIJ du 14 avril 1992, rendues dans l'*affaire Lockerbie*, ainsi que l'arrêt rendu par la chambre d'appel du TPIY sur l'exception préjudicielle de compétence dans l'*affaire Tadic* (2 octobre 1995), montre que la contestation porte exclusivement sur des mesures prises dans le cadre du Chapitre VII. Enfin, les États, destinataires exclusifs des résolutions du Conseil, sont, bien entendu, plus intéressés par un contrôle, et donc une éventuelle remise en cause, des résolutions contraignantes que de celles qui ne le sont pas.

Nous écarterons également de la présente étude l'hypothèse d'un contrôle politique du Conseil par l'Assemblée générale⁸, pour examiner exclusivement l'éventualité d'un contrôle de légalité par une instance judiciaire.

Le thème du contrôle judiciaire de légalité des résolutions du Conseil de sécurité se révèle donc être une question d'une grande actualité, aux enjeux théoriques considérables puisqu'il vient questionner les fondements de l'ordre juridique international. L'étude de ce thème relevant encore, pour une large part, de la virtualité juridique plus que de la réalité du droit international contemporain, de nombreuses questions se posent, qui, pour la plupart, n'ont pas encore reçu de réponse tranchée, tant en jurisprudence⁹ qu'en doctrine. L'action du Conseil de sécurité est-elle soumise à des normes quelconques? Un contrôle judiciaire de l'action du Conseil peut-il valablement s'insérer dans la structure actuelle du droit international et, si oui, quelle

⁸ Hypothèse examinée par certains auteurs comme A. Pellet, «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies» (1995) 6 EJIL 401 à la p. 415.

⁹ À défaut d'un fondement textuel incontestable au contentieux de la légalité, aucun tribunal international n'a pour l'instant accepté de contrôler directement les résolutions du Conseil de sécurité. Dans sa fonction contentieuse, la CIJ n'a été saisie qu'une fois, dans l'affaire *Lockerbie*, d'un problème de cette nature; mais elle a, au stade des mesures conservatoires, refusé de se prêter à un tel contrôle (*Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Royaume-Uni)*, Ordonnance du 14 avril 1992, [1992] C.I.J. Rec. 3 [ci-après *Lockerbie*]). Néanmoins, la même CIJ, dans certains de ses avis consultatifs (*Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif, [1962] C.I.J. Rec. 151 [ci-après *Certaines dépenses*]; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. Rec. 16 [ci-après *Namibie*]), a été amenée indirectement à se prononcer sur la légalité de l'action du Conseil. C'est aussi le cas, plus récemment, du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie qui, dans l'affaire *Tadic (Procureur c. Dusko Tadic)* (1995), Affaire N° IT-94-1-A (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, en ligne: Nations Unies <<http://www.un.org/icty/tadic/acfi.htm>> (date d'accès: 17 novembre 1998) [ci-après *Tadic 2*]), une décision portant sur l'exception préjudicielle de compétence, a exercé un contrôle de la légalité de la résolution 808 du Conseil de sécurité, à l'origine de la création du TPIY.

forme pourrait-il prendre et quelles pourraient être ses conséquences sur les actes contrôlés ? Nous tenterons, dans la présente étude, d'apporter une ébauche de réponse à ces questions fondamentales.

Nécessaire, dans le cadre du « nouvel ordre mondial », pour éviter que la loi du Conseil de sécurité ne se substitue à la « *rule of law* », censée être à la base de toute organisation internationale (I), le contrôle de légalité n'en est pas moins très difficile à mettre en place en l'état actuel du droit international et étant donné la spécificité de l'action du Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII (II).

I. Un contrôle nécessaire

Certaines résolutions récentes du Conseil de sécurité montrent que ce dernier tend à prendre ses distances par rapport à la lettre de la *Charte*, en ignorant la procédure prévue par le chapitre VII, en procédant à une interprétation extensive du concept de menace contre la paix, ou encore en s'ingérant dans la fonction judiciaire de la CIJ. Ces pratiques, contestées et contestables, fondent la nécessité d'un contrôle de légalité, à la fois pour ramener le Conseil de sécurité au respect de la *Charte* (A) et pour préserver le rôle de la Cour dans le système international (B).

A. Un moyen d'assurer le respect de la *Charte*.

Le Conseil de sécurité, en s'appuyant sur une conception extensive du concept de menace contre la paix, a adopté plusieurs résolutions depuis 1990 qui s'éloignent sensiblement de la lettre de la *Charte* (1). Un retour à l'esprit fondateur de l'ONU et à l'essence de toute organisation internationale s'impose donc pour comprendre pourquoi le Conseil de sécurité se doit de respecter la *Charte de San Francisco* (2). Un contrôle de légalité serait un bon moyen de faire respecter cette obligation (3).

1. LES RÉOLUTIONS CONTESTÉES

Il convient de distinguer les critiques qui portent sur la constatation de l'article 39, préalable indispensable au déclenchement de toute mesure coercitive du Chapitre VII (a) et de celles qui visent les mesures coercitives elles-mêmes, adoptées sur le fondement des articles 41 et suivants (b).

a) *La conception extensive de la menace contre la paix développée par le Conseil*

Suite à la guerre du Golfe, la résolution 687¹⁰ prend appui sur une menace contre la paix, alors que l'assaut militaire de l'Irak avait déjà été repoussé. La partie E de la résolution oblige Saddam Hussein à réparer les dommages de guerre sous la menace du maintien des mesures d'embargo de la résolution 661¹¹. Il convient donc d'analyser le défaut de réparation comme constitutif d'une menace contre la paix, ce qui apparaît comme une conception très extensive de cette notion, d'autant plus que le principe de réparation des dommages de guerre n'est pas net en droit international. Il ne se trouve en effet que de rares précédents dans la pratique.

Une autre décision contestée est la résolution 748¹², qui exige l'extradition par la Libye de deux de ses ressortissants soupçonnés par le Royaume-Uni et les États-Unis d'être les auteurs de l'attentat aérien de Lockerbie. Trois ans après les faits, l'invocation par le Conseil de sécurité d'une menace contre la paix à l'appui de sa demande d'extradition est un objet de controverse¹³.

D'autres exemples plus récents concernent la constatation d'une menace contre la paix dans des cas de conflits internes ou de violations massives des droits de l'Homme. Ainsi, les résolutions 794 sur la Somalie (03/12/92), 808 (22/02/1993) et 827 (25/05/93) sur la création du TPIY fondent la menace contre la paix sur la violation massive du droit international humanitaire. La résolution 929 concernant le Rwanda (22/06/94) estime que l'ampleur de la crise humanitaire au Rwanda constitue une menace contre la paix. Enfin, dans la résolution 940 sur Haïti (31/07/94), c'est la violation systématique des libertés civiles individuelles commises par le régime *de facto* illégal qui constitue cette menace.

Ces résolutions s'inscrivent dans une volonté d'extension des pouvoirs du Conseil de sécurité, qui a d'ailleurs lui-même précisé le sens très élargi qu'il comptait donner au concept de menace contre la paix du Chapitre VII : « The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security »¹⁴. La notion de menace contre la paix paraît, dès lors, extensible à l'infini. Pourquoi ne pas voir une menace contre la paix dans l'impérialisme économique américain, par exemple ? Une telle extension nous paraît inconcevable. Un contrôle de légalité permettrait de poser des standards pour encadrer cette notion aux contours mal définis.

¹⁰ *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Rés. CS 687, Doc. off. CS NU, 46^e année, (1991) 11.

¹¹ *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Rés. CS 661, Doc. off. CS NU, 45^e année, (1990) 14.

¹² *Résolution sur la Libye confirmant la Résolution du Conseil de sécurité 731*, Rés. CS 748, Doc. off. CS NU, 46^e session, (1992).

¹³ B. Stern, «Les ordonnances du 14 avril 1992 dans les affaires lybiennes» (1993) 2 J.D.I. 651 à la p. 672.

¹⁴ Doc. off. CS NU, 47^e année, 3046^e séance, Doc. NU S/PV.3046 (1992) [provisoire].

b) *La distanciation entre les mesures coercitives prises par le Conseil et les articles 41 et suivants de la Charte.*

Dans la guerre du Golfe, si la menace à la paix est incontestable, il n'en va pas de même de la mise en œuvre des mesures armées dans la résolution 678 qui s'éloigne en effet sensiblement de la lettre de la *Charte*. En autorisant « les États membres qui coopèrent avec le Koweït [...] à user de tous les moyens nécessaires pour faire respecter et appliquer la résolution 660 »¹⁵, la résolution 678 octroie un blanc-seing aux États coalisés qui ne correspond pas à la mise en œuvre des mesures armées prévues à l'article 42. En effet, selon la *Charte*, la force ainsi constituée doit être placée sous le commandement du comité d'État-major composé des chefs d'État-major des membres permanents (article 47 al. 2) et sous l'autorité du Conseil de sécurité (article 47 al. 3). Au lieu de cela, fut mis en place, pour la guerre du Golfe, un commandement militaire multinational sous la direction des États-Unis. De plus, jamais le Conseil de sécurité ne contrôla, d'une manière ou d'une autre, l'emploi de la force qu'il avait autorisé. La résolution 678 apparaît ainsi plus comme une habilitation donnée aux États d'utiliser leur droit de légitime défense collective fondé sur l'article 51 de la *Charte* que comme une mise en œuvre des mécanismes de sécurité collective du chapitre VII¹⁶.

De même, certains États ont également contesté la validité de la résolution 808 par laquelle le Conseil de sécurité, face aux violations généralisées du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie et après avoir constaté « que cette situation constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales [...] [d]écide la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 »¹⁷. Certes, le Conseil de sécurité possède la faculté de créer des organes subsidiaires (art. 29). Toutefois, la création d'un tribunal ne fait pas explicitement partie des mesures qu'il peut prendre sur le fondement de l'article 41 du Chapitre VII, et « la distance entre l'esprit des mesures décrites, qui ont de plus un certain destinataire, et la création d'un tribunal ad hoc semble énorme »¹⁸.

D'autres résolutions pourraient être citées, notamment les très nombreuses et peu efficaces résolutions prises par le Conseil de sécurité sur le fondement du Chapitre VII dans le cadre de la guerre en ex-Yougoslavie. Jamais le Chapitre VII n'a

¹⁵ *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Rés. CS 678, Doc. off. CS NU, 45^e année, (1990) 30.

¹⁶ Encore que le recours au concept de légitime défense dans ce cas ait suscité des réserves : voir L.A. Sicilianos, «Le contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense» dans SFDI, *Le chapitre VII et la charte des Nations Unies*, Paris, A. Pédone, 1995, 85. Certains auteurs ont analysé la résolution 678 comme un emploi de la légitime défense à des fins coercitives : voir R. Zacklin, «Les Nations Unies et la crise du Golfe» dans B. Stern, dir., *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe : aspects de droit international public et de droit international privé*, CEDIN, Paris, Montchrestien, 57 aux pp. 57-76; P. Weckel, «Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité» (1991) A.F.D.I. 165. Au contraire d'autres auteurs y voient une troisième voie entre l'article 42 et l'article 51 : voir M.-F. Labouz dans «Les aspects juridiques de la crise» dans Stern, *ibid.*

¹⁷ Rés. CS 808, Doc. off. CS NU, Doc. CS 808 (1993) 28 à la p. 29.

¹⁸ T. Christakis, *L'ONU, le Chapitre VII et la crise Yougoslave*, Paris, Montchrestien, 1996 à la p. 195.

été autant utilisé, et il a véritablement servi de boîte à outils, bonne à tout faire. On retrouve dans ses résolutions des sanctions classiques comme l'embargo mais aussi des mesures novatrices non spécifiées dans la *Charte*, comme la mise en place d'un programme pour le rétablissement des services publics essentiels à Sarajevo¹⁹. Ce flou artistique correspond, nous dit-on, à une interprétation moderne de la *Charte*, une « pratique effervescente dont la théorisation reste encore largement à opérer »²⁰. Mais il contribue à donner l'impression que le Conseil de sécurité n'est tenu à aucune règle. Pourtant, comme pour la constatation de l'article 39, la chambre d'appel du TPIY a reconnu que le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité de choisir l'action appropriée n'était pas illimitée²¹.

Il ne semble pas inutile de rappeler, devant certaines déclarations abruptes²², la nécessaire obligation que le Conseil de sécurité a de respecter la *Charte*.

2. LE RESPECT DU TRAITÉ CONSTITUTIF, FONDEMENT DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE.

Si l'on examine la *Charte* à la lumière des travaux préparatoires de San Francisco, moyen complémentaire d'interprétation des traités selon la *Convention de Vienne du 23 mai 1969*²³, la soumission du Conseil à la *Charte* ne fait aucun doute. Cette soumission fut d'ailleurs l'argument décisif des grandes puissances pour rejeter des amendements proposant justement un certain contrôle de l'action du Conseil²⁴.

Pour être convaincu du bien-fondé de cette soumission, il suffit de faire un détour par le principe de spécialité, essence de toute organisation internationale et véritable rempart de la souveraineté étatique. Pour Charles Chaumont, ce principe signifie que « l'Organisation Internationale ne dispose pas de la compétence de sa compétence »²⁵ même si, dans l'exercice au quotidien de leurs fonctions, les organes disposent de cette compétence de leur compétence, pour des raisons évidentes d'efficacité. En effet, toute organisation internationale exerce ses pouvoirs sur le fondement de compétences balisées par le traité constitutif, la notion de compétence pouvant être définie comme la capacité de droit d'accomplir une chose²⁶. Le principe

¹⁹ *La situation en République de Bosnie-Herzégovine*, Rés. CS 900, Doc. off. CS NU, 49^e année, (1994) 25.

²⁰ Voir B. Boutros-Ghali, préface à l'ouvrage de la SFDI, *supra* note 16 à la p. X.

²¹ *Tadic 2*, *supra* note 9 au para. 32.

²² Ainsi le Secrétaire d'État américain John Foster Dulles écrivait en 1950 : « The Security Council is not a body that merely enforces law. It is a law unto itself » : J.F. Dulles, *War or Peace*, New York, The Mac Millan Company, 1950 à la p. 194. Quant à Alain Pellet, il estime que le « [...] Conseil de sécurité *dit le droit*, ou, pour mettre les points sur les i, ce qu'il dit *est le droit* ». Voir A. Pellet, « Conclusions générales » dans Stern, *supra* note 16, 487 à la p. 490.

²³ Article 32.

²⁴ Par exemple, la proposition d'amendement belge. Voir A.M. Gunn Jr., « Council and Court: Prospects in *Lockerbie* for an International Rule of Law » (1994) 52 U. T. Fac. L. Rev. 206 à la p. 223.

²⁵ C. Chaumont, « La signification du principe de spécialité des organisations internationales » dans *Mélanges Henri Rolin*, Paris, A.Pédone, 1964 à la p. 55.

²⁶ Charles de Visscher pense que « [...] pleinement justifiée [...] est l'application de l'idée des compétences

de spécialité des organisations internationales ne signifie pas autre chose. Les organisations internationales sont donc fondées sur le principe de primauté du droit. Ainsi, l'ordre juridique des organisations internationales représente un ordre subordonné puisque les États membres restent compétents pour réviser le traité constitutif²⁷, et les décisions obligatoires des organisations internationales constituent une source hiérarchiquement inférieure à celle des traités²⁸. Appliqué au Conseil de sécurité, le principe de spécialité signifie que son action doit s'inscrire dans le cadre de la fonction que lui confère la *Charte*, à savoir la responsabilité principale pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales (article 24), et des pouvoirs spécifiques qui en découlent, notamment ceux du chapitre VII.

La primauté du droit est en effet, à la base de l'institutionnalisation du droit international. Pour René-Jean Dupuy, coexistent dans l'ordre juridique international des règles d'essence opposées. Les unes sont issues de la « société relationnelle », état de la société internationale avant l'apparition des organisations internationales ; les autres découlent de la « société institutionnelle ». Si le droit de la société relationnelle est essentiellement basé sur la notion de souveraineté, qui peut éventuellement aboutir, de par son caractère discrétionnaire, à la négation du droit ; la société institutionnelle réalise, d'une manière embryonnaire, la « substitution de la notion de compétence à celle de souveraineté »²⁹, nécessaire, selon Dupuy, à l'avènement du droit. Ainsi, « au même titre que les États de droit, les organisations internationales sont tenues au respect du principe de légalité, cette légalité étant celle que leur imposent les volontés souveraines des États fondateurs »³⁰.

Outre qu'elles participent d'une évolution souhaitable, ces notions de compétence et de spécialité permettent aussi de garder le lien avec le principe du volontarisme étatique dans la formation du droit international, solide héritage de la société relationnelle. Le respect des compétences délimitées par le traité constitutif s'avère d'autant plus nécessaire que l'organisation internationale possède des pouvoirs importants. Or, à l'exception des cinq membres permanents qui possèdent un droit de veto (article 27 al. 3), les décisions du Conseil de sécurité se prennent à la majorité et, dans le cadre du Chapitre VII, elles s'imposent aux États. Le danger est donc réel pour la souveraineté étatique, et derrière elle, pour la souveraineté populaire telle qu'elle est conçue dans les démocraties. Lorsque l'unanimité reste la règle dans une organisation internationale, le peuple conserve en effet, par les mécanismes de

aux pouvoirs reconnus à des organisations internationales. C'est qu'il ne s'agit plus ici de prérogatives aux contours souvent mal définis ou exercés à des fins individuelles. Il s'agit d'attributions nettement ordonnées en droit [...] ; de droits et de devoirs strictement mesurés aux buts assignés à l'organisation par son acte constitutif » ; C. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, A. Pédone, 1970 à la p. 129.

²⁷ J. Rideau, *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 1969 à la p. 13 et ss.

²⁸ C. Economidès, « Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international » (1988) 34 *Ann. Fran. dr. int.* 131 à la p. 139.

²⁹ R.-J. Dupuy, *Le droit international*, 9^e éd., Paris, PUF, 1993 à la p. 37.

³⁰ F. Wolf, « Les activités normatives et quasi-normatives » dans R.-J. Dupuy, dir., *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, 277 à la p. 317.

contrôle parlementaire, une certaine emprise sur les engagements internationaux de l'État. En revanche, lorsque la règle de la majorité s'installe, le peuple perd ce pouvoir de contrôle³¹.

Dans le cadre spécifique de l'ONU, le risque de voir le Conseil de sécurité et, finalement, les cinq membres permanents, se transformer en « directoire du monde », n'est peut-être pas aussi chimérique qu'il y paraît, notamment lorsque l'on étudie des résolutions comme la 748 prise dans l'*affaire de Lockerbie*. Il s'agirait finalement d'une réapparition de la société relationnelle et de sa logique de force au sein de la société institutionnelle qui, par essence, est fondée sur la primauté du droit, sur la « *rule of law* »³². Il serait donc souhaitable de trouver une manière de confiner le Conseil de sécurité dans le respect de la *Charte*, et c'est ainsi que l'on rejoint le problème du contrôle de légalité.

3. LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ COMME MOYEN D'ASSURER UNE INTERPRÉTATION UNIFORME DU TRAITÉ CONSTITUTIF.

Le Conseil de sécurité doit donc respecter la *Charte*. Mais une autre question, plus délicate, subsiste néanmoins : de quelle manière doit-il s'y conformer ?

Selon qu'ils accordent plus ou moins d'importance à la nature conventionnelle de la *Charte*, les auteurs sont divisés sur l'interprétation à donner au texte constitutif des Nations Unies³³.

Une interprétation trop rigide et trop littérale de la *Charte* conduit certes à une paralysie des organes onusiens. Il convient donc de combiner le principe de spécialité à la notion de pouvoirs implicites dans le but d'assurer une activité effective des organes de l'ONU³⁴. A l'inverse, interpréter la *Charte* avec une souplesse

³¹ O. Russbach, *ONU contre ONU : le droit international confisqué*, Paris, La Découverte, 1994 à la p. 111 et ss. Ce problème du « déficit démocratique » a donné lieu à de nombreux débats dans le cadre de l'Union européenne.

³² «A new World order [...] has to be based on the rule of law [...]», B. Graefrath, «Leave to the Court What Belongs to the Court : The Libyan Case» (1993) 4 EJIL 184 à la p. 205.

³³ Pour la théorie constitutionnelle, voir par ex. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964 aux pp. 153-154 ; Wolf, *supra* note 30 à la p. 315. Pour la théorie légaliste, voir M. Bothe, «Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité» dans Dupuy, *supra* note 6 à la p. 70 ; G.I. Tunkin, «The Legal Bases of International Organization Action» dans Dupuy, *supra* note 30 à la p. 265. Charles de Visscher estime aussi que le dynamisme de l'institution doit s'exercer dans le respect des règles d'interprétation des traités. Voir C. De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, A. Pédone, 1967 à la p. 78. Voir aussi dans le même sens L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public : droit de la paix, droit préventif de la guerre, droit de la guerre*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1964 à la p. 150 : «Les organisations internationales sont, en principe, fondées sur un accord international. Leur compétence est donc, en thèse générale, déterminée par le texte même de l'accord et les difficultés rencontrées relèvent de la méthode générale d'interprétation des traités».

³⁴ «De cette combinaison [...] se dégage la notion de compétence fonctionnelle», R.-J. Dupuy, «État et organisation internationale» dans Dupuy, *supra* note 30 à la p. 24.

excessive débouche inévitablement sur une insécurité juridique incompatible avec le respect des engagements conventionnels des États-membres.

Des opinions fort divergentes coexistent donc sur la manière d'interpréter la *Charte des Nations Unies*. Un contrôle par une instance judiciaire permettrait d'assurer une uniformité d'interprétation de bon aloi³⁵. En effet, faute d'une interprétation centralisée de la Charte, pourquoi l'interprétation du Conseil de sécurité devrait-elle nécessairement l'emporter sur celle des États ? Il ressort nettement des travaux préparatoires de San Francisco que, « if an organ's interpretation is not generally acceptable, it will be without binding force. »³⁶. Pour Ebere Osieke, étant donné la nature conventionnelle des traités constitutifs, tout État-membre possède un droit de contester les décisions de l'Organisation qu'il estimerait *ultra vires*³⁷. Dans le même sens, Bindschedler estime qu'aucune autorité n'est habilitée à trancher le conflit entre un État et le Conseil de sécurité³⁸. De nombreux auteurs sont certes en désaccord avec cette opinion. Pour Kelsen, le Chapitre VII confère au Conseil un monopole de l'interprétation authentique³⁹.

Un contrôle judiciaire permettrait ainsi d'éviter le refus par un État d'exécuter une résolution obligatoire du Conseil de sécurité, à condition toutefois que les États aient confiance en l'organe judiciaire chargé du contrôle et respectent ses décisions...

Ce contrôle, qui préserverait la souveraineté des petits et moyens États, permettrait également d'asseoir le pouvoir du Conseil de sécurité sur une base juridique incontestable⁴⁰, et ainsi de renforcer sa légitimité si souvent remise en question dernièrement. Ce serait incontestablement dans l'intérêt du Conseil de sécurité d'appuyer son action sur le droit. En effet, à partir du moment où il est admis que l'action du Conseil de sécurité est encadrée par des normes de droit, pourquoi ne pas envisager un contrôle judiciaire ? Le contrôle, qui répond par nature « à la

³⁵ Une idée déjà préconisée en 1945 par C.W. Jenks, « Some Constitutional Problems of International Organizations » (1945) *British Yearbook of International Law* 64. Certains actes constitutifs prévoient expressément des procédures pour assurer cette unité d'interprétation, c'est le cas de l'article XVIII des statuts du FMI. Voir les précédents d'interprétation de la Charte par la CIJ, voir *infra* partie II du texte.

³⁶ IV/2/42, 13 UNCTAD Docs 710 (1945).

³⁷ « Because they are international treaties, each party possesses an inherent right to supervise their implementation to ensure that the organizations do not adopt decisions that would be incompatible with their objects and purposes [...] », E. Osieke, « The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations » (1983) 77 *A.J.I.L.* 239 à la p. 240.

³⁸ R.L. Bindschedler, « La délimitation des compétences des Nations Unies » (1963) 1 *RCADI* 307 aux pp. 320-331.

³⁹ H. Kelsen, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, New York, Frederick A. Praeger, 1950 aux pp. 96-97. Voir aussi J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. : étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, A. Pédone, 1974 à la p. 259.

⁴⁰ « [I] faut [...] prendre conscience que le respect de la Charte et du droit ne sont pas les ennemis de la paix », M. Bedjaoui, *Nouvel Ordre mondial et contrôle de légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994 à la p. 147. « Reviewability would serve not only to keep the Council's actions within the constraints of legality, but also to confirm their legitimacy », King, *supra* note 2 à la page 576.

volonté d'assurer le respect de la règle de droit »⁴¹, semble en effet le meilleur moyen pour éviter l'écueil d'une dérive arbitraire des pouvoirs du Conseil et pour assurer le respect du droit qui nous semble être une condition *sine qua non* d'existence et de viabilité de tout ordre juridique, quel qu'il soit. Mais l'intérêt du Conseil de sécurité ne semble pas se confondre avec celui des cinq membres permanents...

Pour instaurer un contrôle judiciaire, encore faut-il trouver un organe susceptible de remplir cette fonction. Or, la CIJ ne pourra assumer ce rôle tant qu'elle n'affirmera pas clairement aux dépens du Conseil sa fonction d'organe judiciaire principal des Nations Unies.

B. Un moyen de préserver la fonction judiciaire

Avec la résolution 687 et, plus encore, avec la résolution 748, le Conseil de sécurité semble vouloir soumettre la CIJ à son autorité (1). Un retour à la *Charte* s'impose pour rétablir l'équilibre originel des organes (2).

1. LES RÉSOLUTIONS CONTESTÉES

Au delà du doute sur la réalité de la menace à la paix, la résolution 748 a aussi été contestée au motif qu'elle fut adoptée alors que la Libye avait déjà introduit une requête devant la CIJ pour faire reconnaître son droit de ne pas extradier ses nationaux, droit qu'elle prétendait tenir de la *Convention de Montréal de 1971* pour la suppression d'actes illicites portant atteinte à la sécurité de l'aviation civile, qui pose le principe *aut dedere, aut judicare*. Adoptée trois jours après la clôture des audiences mais avant le prononcé de l'ordonnance de la Cour, cette résolution vient s'ingérer dans le processus judiciaire et semble vouloir porter atteinte à l'indépendance de la CIJ. Comme le souligne le juge Bedjaoui dans son opinion dissidente, la CIJ aurait pu, et certainement dû, ne pas tenir compte de cette résolution intervenue au fil du processus judiciaire. Au lieu de cela, le dispositif de son ordonnance s'appuie exclusivement sur le changement de circonstances provoqué par la résolution 748. La CIJ fonde en effet le rejet des prétentions libyennes sur l'article 25 de la *Charte*, qui oblige les États-membres à respecter les résolutions du Conseil de sécurité, et l'article 103, qui, en l'espèce, pose la primauté des obligations découlant de la *Charte* sur celles découlant de la *Convention de Montréal*.

Le lendemain du prononcé de l'ordonnance, le quotidien français *Le Figaro* titrait: « [...] la justice internationale a mis définitivement [...] la Libye au ban des Nations »⁴². Certes, mais quelle justice ? Celle du Conseil de sécurité ? La résolution 748 participe nettement d'un processus d'inféodation de la Cour au Conseil, voire même de substitution du Conseil de sécurité à la CIJ. On en avait d'ailleurs vu les prémisses dans la résolution 687 du 3 avril 1991, par laquelle le Conseil de sécurité

⁴¹ Rideau, *supra* note 27 à la p. 65.

⁴² *Le Figaro [de Paris]* (15 avril 1992) 1.

confiait la délimitation de la frontière entre l'Irak et le Koweït à une commission de l'ONU, alors qu'il s'agissait d'un différend d'ordre juridique susceptible à ce titre de relever de la CIJ⁴³.

Une fois de plus, un retour à San Francisco s'impose pour voir quelle est la fonction de la CIJ selon la *Charte*, et comment celle-ci organise les relations entre la Cour et le Conseil.

2. L'ABSENCE DE SUBORDINATION DE LA COUR AU CONSEIL DANS LA CHARTE.

Au même titre que celui des autres organes, le rôle de la Cour est précisé à l'article 92 de la *Charte* qui en fait l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Quant aux relations entre la Cour et le Conseil, l'article 36-3 précise que les différends d'ordre juridique devraient être soumis à la CIJ. En aucun cas, la *Charte* n'a donc institué une subordination de la Cour au Conseil⁴⁴, comme la résolution 748 pourrait le laisser penser. Il est certes vrai, comme le remarque Manfred Lachs, que la relation entre la CIJ et l'ONU est beaucoup plus étroite qu'entre la CPJI et la SDN, ce qui peut expliquer certaines dérives mais qui ne les justifie pas⁴⁵.

En raisonnant par analogie, cette absence de subordination est confirmée par l'*Avis de la Cour du 13 juillet 1954 sur le TANU* (tribunal administratif des Nations Unies). Dans cette affaire, le contrat d'un fonctionnaire des Nations Unies avait été résilié. La décision de l'Assemblée générale de ne pas lui accorder d'indemnités fut désapprouvée par le TANU et, à la suite de ce jugement, l'Assemblée demanda un avis à la CIJ pour savoir si elle avait le droit de refuser d'exécuter le jugement du tribunal accordant des indemnités. Dans son avis, la CIJ a estimé que l'Assemblée générale, à partir du moment où elle avait décidé de créer un organe judiciaire, devait respecter les principes fondamentaux d'autonomie de fonctionnement de l'organe judiciaire et d'autorité de la chose jugée. Ces principes posés à l'endroit d'un organe subsidiaire, devraient l'être *a fortiori* pour l'organe judiciaire principal des Nations Unies qu'est la CIJ. Indépendance et autorité de la chose jugée sont en effet deux principes essentiels sans lesquels une Cour ou un tribunal perd sa qualité d'organe juridictionnel.

Jugée à la lumière de ces principes, la résolution 748 apparaît dangereuse pour l'équilibre institutionnel des Nations Unies et plus généralement, pour le droit international. Elle semble en effet ouvrir, au bénéfice du Conseil de sécurité, une possibilité d'ingérence dans la fonction de la Cour et, conséquemment, la faculté pour

⁴³ Lors de la discussion de cette résolution au Conseil de Sécurité, le représentant du Yemen a déclaré: « le Conseil de Sécurité n'a jamais fixé de frontière. Il s'en est toujours remis aux négociations ou à la CIJ, avec l'accord des parties intéressées [...]. Le projet de résolution se distingue par le fait qu'il dépasse le cadre de la Charte des Nations Unies, du mandat et des résolutions du Conseil de Sécurité. ». Doc. off. CS NU, 2981^e séance, Doc. NU S/PV.2981 (1991).

⁴⁴ Voir M. Bedjaoui, «Un contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité est-il possible?» dans SFDI, *supra* note 16, 267 à la p. 267.

⁴⁵ Voir M. Lachs, «The Organs of International Organisations» dans Dupuy, *supra* note 30, 146 à la p. 147.

lui de suspendre le règlement judiciaire d'un différend, voire même de le réviser au moyen du « rouleau compresseur » que constitue le Chapitre VII⁴⁶.

Pourtant, les grandes puissances qui manœuvrent le Conseil de sécurité devraient sérieusement se poser la question rétrospectivement de savoir si, dans l'*affaire Lockerbie*, elles n'avaient pas intérêt à jouer la carte de la CIJ plutôt que celle du Conseil de sécurité ; la carte du droit plutôt que celle de la force. Le bénéfice de la résolution 748 fut en effet nul, puisque le gouvernement libyen refusa de s'y soumettre. Six ans plus tard, le 27 août 1998, le Conseil de sécurité vient de décider à l'unanimité de lever les sanctions contre la Libye ; les États-Unis et la Libye s'étant mis d'accord pour que le procès des auteurs présumés des attentats ait lieu en territoire neutre, aux Pays-Bas⁴⁷. Notons que cette solution avait été proposée par M. El Koshari, juge ad hoc nommé par la Libye, dans son opinion dissidente jointe à l'ordonnance de 1992. De nombreuses années auraient pu être gagnées si la Cour avait alors imposée cette mesure conservatoire qui apparaissait équitable pour tout le monde ; et la CIJ l'aurait peut-être proposée si la résolution 748 n'était venue la faire plier.

S'il veut prétendre à la qualité d'ordre juridique à part entière⁴⁸, le droit international a besoin de certains standards nécessaires à tout système de droit. Le respect de la *Charte des Nations Unies* par le Conseil de sécurité et la sauvegarde de l'indépendance de la CIJ en font partie. Depuis 1990, le Conseil de sécurité a pris pleine possession des larges pouvoirs qui sont les siens. L'article 103 de la *Charte* permet de rendre effectifs ces pouvoirs en assurant la suprématie des résolutions obligatoires du Conseil de sécurité. Toutefois, cet article n'a de sens que si l'action du Conseil de sécurité reste dans le cadre des compétences qui sont les siennes, et ne tombe pas dans l'arbitraire. Qui, mieux que la CIJ, pourrait contrôler le respect de la *Charte* par le Conseil de sécurité ? Elle a eu la possibilité de le faire dans l'*affaire Lockerbie*. Au stade des mesures conservatoires, elle a refusé de s'interroger sur la validité de la résolution 748, ce qui confère à la décision un caractère erroné. Il faut espérer qu'elle examinera la question dans son arrêt sur le fond. Après le Conseil de sécurité, ce serait au tour de la CIJ d'affirmer le rôle qu'elle tient de la *Charte*.

Ainsi, un contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité, sous une forme et dans des proportions qui restent encore à déterminer, apparaît nécessaire. Mais il n'en est pas moins très complexe à mettre en place.

⁴⁶J.-M. Sorel, «Les ordonnances du 14 avril 1992 de la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie» (1993) 97 *Rev. D. I. P.* 689 à la p. 713.

⁴⁷Voir *Le Monde [de Paris]* (29 août 1998) 5. Est-ce l'imminence d'un jugement sur le fond, devenu certain depuis le rejet par la CIJ des exceptions préliminaires d'incompétence le 27 février 1998, qui a incité les États-Unis à opter pour une solution concertée?

⁴⁸Pour une contestation de la juridicité du droit international, voir R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 8^e éd., Paris, Calmann-Lévy, 1984 aux pp. 131-132.

II. Un contrôle difficile

A défaut d'une volonté unanime des États présents à San Francisco de faire de la CIJ l'interprète officiel de la *Charte* et le juge de la légalité des actes des organes de l'ONU, la structure de celle-ci est profondément inadaptée à la fonction de contrôle de légalité (A). Malgré cet obstacle, la Cour a développé dans certains de ses avis une ébauche de jurisprudence d'interprétation de la *Charte*, relayée récemment par le TPIY dans l'*arrêt Tadic* (B).

A. L'inadaptation de la CIJ à la fonction de contrôle

Produit du droit international classique, conçue pour encadrer les relations entre États, la structure de la CIJ est profondément inadaptée à la fonction de contrôle de légalité. L'inadéquation est flagrante dans sa fonction contentieuse (1). Elle l'est également dans sa fonction consultative, mais dans une moindre mesure (2). De plus, l'absence de fondement textuel au contrôle judiciaire de légalité oblige la CIJ à justifier ses tentatives de contrôle indirect par un raisonnement spéculatif (3).

1. L'INADÉQUATION DE LA FONCTION CONTENTIEUSE

Héritée de la « société relationnelle »⁴⁹, la fonction contentieuse de la Cour est conçue pour régler exclusivement les différends inter-étatiques⁵⁰. Elle ne semble donc, *a priori*, pas compétente pour régler un contentieux objectif de légalité entre un État et une organisation internationale, comme c'est par ailleurs le cas pour la CJCE entre les quinze États-membres et les organes de l'Union Européenne. Vu sous l'angle des conséquences juridiques de la décision judiciaire⁵¹, ce particularisme de la Cour explique la présence de l'article 59 dans son statut, qui lui interdit de prononcer une nullité *erga omnes*. L'effet d'une éventuelle décision d'invalidité verrait ainsi sa portée réduite au seul État requérant. Or, un contentieux strictement objectif comme celui du contrôle de légalité devrait logiquement entraîner une nullité absolue des actes illicites.

De plus, selon l'article 94 al. 2 de la *Charte*, c'est le Conseil de sécurité qui est compétent en dernier ressort pour faire respecter les arrêts de la Cour. Il est, dès lors, légitime de se demander quelle pourrait être son attitude devant une décision invalidant l'une de ses décisions⁵²...

⁴⁹ Expression employée par R.-J. Dupuy, *Le droit international*, 9^e éd., Paris, PUF, 1993 à la p. 37. Il oppose le droit de la société relationnelle à celui de la société institutionnelle, qui se substitue progressivement au premier avec l'apparition des organisations internationales.

⁵⁰ Article 34-1 du *Statut de la CIJ* : « Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour ».

⁵¹ Voir P. Cahier, « Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités » (1972) 76 *Rev. D. I. P.* 645 à la p. 659 et ss.

⁵² Voir Russbach, *supra* note 31 aux pp. 222-223 pour une discussion du veto des États-Unis au Conseil de sécurité concernant l'exécution de l'affaire *Nicaragua*.

L'organisation de la CIJ ne fait finalement que refléter le droit international lui-même. Il s'agit d'un droit décentralisé ; dans sa formation tout d'abord, puisque les États se trouvent à l'origine de la création normative et que leur engagement repose le plus souvent sur une base volontaire ; dans son application ensuite, puisque les États restent le plus souvent les propres interprètes de leur conduite, et que le passage devant la CIJ demeure toujours facultatif. Pour l'instant, sauf dans les théories doctrinales, il n'existe pas de hiérarchie des normes⁵³ en droit international et donc pas d'obligations *erga omnes*⁵⁴ qui protégeraient la société internationale dans son ensemble. Il semble donc difficile, dans un tel cadre, de mettre en place un contentieux objectif de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité.

Dans le cadre de sa fonction contentieuse, la Cour n'a véritablement été saisie qu'une fois d'un problème de validité des actes du Conseil, dans l'affaire de l'attentat aérien de Lockerbie opposant la Libye au Royaume-Uni et aux États-Unis. La Cour a refusé d'examiner la validité des actes du Conseil au stade des mesures conservatoires, en laissant toutefois une porte ouverte pour un éventuel contrôle lorsqu'elle se prononcera sur le fond⁵⁵. Pour le professeur Franck, l'ordonnance de la CIJ dans l'affaire *Lockerbie* est l'une des plus importantes décisions de la Cour mondiale et il n'hésite pas à établir un net parallèle avec le célèbre arrêt fondateur du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis ; *Marbury c. Madison*⁵⁶. Cette opinion demeure toutefois isolée, et la majorité des autres commentateurs est restée nettement

⁵³ Mis à part l'énoncé de principe des normes impératives de droit international général ou normes de *jus cogens* dans l'article 53 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, mais dont l'énonciation précise et les conséquences concrètes se font attendre, à tel point que l'on peut se demander si ces normes existent dans la pratique...

⁵⁴ Dans un célèbre dictum de l'arrêt *Barcelona Traction, affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. Rec. 3 à la p. 32, la CIJ avait avancé une esquisse de hiérarchie des normes en créant la notion d'obligation *erga omnes* : « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis à vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». Par la suite, la doctrine se divisa sur la question, certains y voyant un progrès pour le droit international ; voir par exemple B. Stern, *la responsabilité internationale aujourd'hui...demain...*, dans *Mélanges Apollis* p. 90, d'autres, au contraire, un danger. Par exemple P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? » (1982) Rev. D. I. P. 6.

⁵⁵ « [...] à ce stade, la Cour n'a donc pas à se prononcer définitivement sur l'effet juridique de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité [...], Lockerbie, *supra* note 9 à la p. 15. Après avoir rejeté le 27 février 1998 les exceptions préliminaires sur la compétence de la Cour soulevées par les États-Unis et le Royaume-Uni, la CIJ a fixé au 30 décembre 1998 la date limite pour le dépôt des contre-mémoires des États-Unis et du Royaume-Uni, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Royaume-Uni)*, Ordonnance du 30 mars 1998, [1998], en ligne: Cour internationale de justice <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cluk/clukframe.htm>> (date d'accès: 12 novembre 1998). La procédure suit donc son cours.

⁵⁶ « [...] it is reassuring to note that the Court has carefully, and quietly, marked its role as the ultimate arbiter of institutional legitimacy », T.M. Franck, « The 'Powers of Appreciation': Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality ? » (1992) 86 A.J.I.L. 519 à la p.523.

plus circonspecte devant une décision qui semble plutôt se plier au bon vouloir du Conseil de sécurité⁵⁷.

Un problème de légalité d'une résolution du Conseil de sécurité est également venu se greffer incidemment sur la requête déposée devant la CIJ le 20 mars 1993 par la Bosnie-Herzégovine contre la République fédérative de Yougoslavie pour un différend concernant les violations de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* du 9 décembre 1948 et sur des questions liées à cette violation. Parmi ces questions connexes figurait une contestation de la résolution 713 du Conseil de sécurité qui imposait un embargo sur les armes pour toute l'ex-Yougoslavie, y compris la Bosnie-Herzégovine et qui, selon cette dernière, l'empêchait de mettre en œuvre son droit de légitime défense fondé sur l'article 51 de la Charte. La Cour a estimé que cette demande était hors du champ de sa compétence dans le cadre des mesures conservatoires⁵⁸.

On peut donc penser qu'en l'état actuel du droit international, la CIJ n'a pas compétence pour se prononcer directement, dans le cadre de sa fonction contentieuse, sur la légalité de l'action du Conseil de sécurité, et que sa saisine provoquerait une crise aux Nations Unies⁵⁹. Néanmoins, dans l'*affaire Lockerbie*, il faut noter que le procès se déroule entre la Libye d'une part, les États-Unis et le Royaume-Uni d'autre part ; et non entre la Libye et le Conseil de sécurité, même si, dans cette affaire, la Libye conteste la légalité de la résolution 748⁶⁰. Le cas est similaire pour l'affaire bosniaque. Il s'agirait donc, pour la Cour, d'un examen indirect des résolutions 713 et 748 du Conseil de sécurité. Or, dans ce cas, la non-compétence de la CIJ devient plus incertaine ; d'abord parce qu'elle a déjà accepté, dans le cadre de sa fonction consultative, un tel examen indirect ; ensuite parce que l'article 34-3 de son statut semble prévoir expressément ce cas. Il dispose en effet que, « lorsque l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale publique ou celle d'une convention internationale adoptée en vertu de cet acte est mise en question dans une affaire soumise à la Cour, le Greffier en avise cette organisation et lui communique toute la procédure ». Des précisions supplémentaires seront apportées lorsque la CIJ se prononcera sur le fond de l'*affaire Lockerbie*.

⁵⁷ Pour des critiques de cette décision, voir notamment V. Gowlland-Debbas, «The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the *Lockerbie Case*» (1994) 88 A.J.I.L. 643 ; B. Graefrath, «Leave to the Court what Belongs to the Court - The Libyan case » (1993) 4 E.J.I.L. 184 ; A.M.Gunn Jr., «Council and Court: Prospects in *Lockerbie* for an International Rule of Law» (1994) 52 U. T. Fac. L. Rev. 206; Stern, *supra* note 13; C. Tomuschat, «Affaire de Lockerbie devant la Cour internationale de justice» (1992) 48 R.C.I.J. 43; Sorel, *supra* note 46.

⁵⁸ *Application à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Ordonnance du 13 septembre 1993, [1993] C.I.J. Rec. 325 [ci-après *Prévention et répression du crime de génocide*].

⁵⁹ Voir en ce sens F. Delon, «Compte rendu des débats» dans Dupuy, *supra* note 6, 123 à la p. 137.

⁶⁰ *Supra* note 12.

2. LE POTENTIEL DE LA FONCTION CONSULTATIVE

Dans sa fonction consultative, la Cour a « un rôle protecteur de l'Organisation »⁶¹ qui se concilie mal avec la fonction de juge constitutionnel. Elle agit alors véritablement en tant qu'organe principal des Nations Unies⁶². Ne pouvant être saisie que par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité⁶³, elle joue, en quelque sorte, un rôle de conseil de l'Organisation difficilement compatible avec une remise en cause des actes du Conseil de sécurité. D'ailleurs, dans les quelques avis où elle a exercé un contrôle, elle a toujours examiné les résolutions du Conseil ou de l'Assemblée pour finalement conclure à leur licéité⁶⁴. De plus, un avis prononçant l'illicéité d'une résolution ne s'imposerait que moralement au Conseil de sécurité, les avis de la CIJ étant dépourvus de force obligatoire sur le plan juridique. Néanmoins, ils possèdent une grande force morale et la CIJ, « à défaut d'un pouvoir d'annulation, exerce une fonction de constatation » non négligeable⁶⁵.

Il semble que rien ne s'oppose dans la *Charte* à ce que des questions relatives à la validité des résolutions du Conseil fassent l'objet d'une demande d'avis consultatif aux conditions énoncées par les articles 96 de la *Charte* et 65 du *Statut de la Cour*. Mais il existe quand même une certaine allégeance des organes entre eux. Ainsi, durant le conflit yougoslave, l'Assemblée générale supprima d'une de ses résolutions sur la Bosnie-Herzégovine une demande d'avis consultatif sur la légalité des résolutions du Conseil de sécurité concernant l'embargo sur les armes frappant la Bosnie-Herzégovine⁶⁶.

La fonction consultative est donc porteuse de plus grandes potentialités que la fonction contentieuse en matière de contrôle de légalité. Le juge Bedjaoui propose qu'il y soit fait un recours plus fréquent dans ce but. Il suggère également d'élargir l'accès à la fonction consultative au Secrétaire Général et éventuellement aux États⁶⁷. Nous partageons également cet avis, mais il conviendrait certainement de revoir les procédures de nomination des juges, pour les rendre moins politiques et, surtout, de supprimer l'article 31 du *Statut de la Cour* qui, d'une part, précise que les juges de la nationalité de chacune des parties conservent le droit de siéger et, d'autre part, que la ou les parties ne possédant pas de juge de sa nationalité sur le siège peuvent désigner un juge de leur choix (institution du « juge *ad hoc* »). Cet article nous semble en totale contradiction avec le principe fondamental d'impartialité des juges, nécessaire à la bonne marche de tout organe judiciaire, quel qu'il soit. Il semblerait opportun de

⁶¹ R.-J. Dupuy, préface à l'ouvrage de Rideau, *supra* note 27 à la p. XV.

⁶² Article 92 de la *Charte des Nations Unies* : « La Cour internationale de justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies ».

⁶³ Article 96-1 de la *Charte des Nations Unies* : « L'Assemblée générale ou le Conseil de Sécurité peut demander à la Cour internationale de justice un avis sur toute question juridique ».

⁶⁴ *Certaines dépenses*, *supra* note 9; *Namibie*, *supra* note 9.

⁶⁵ R.-J. Dupuy, préface à l'ouvrage de Rideau, *supra* note 27 à la p. XII.

⁶⁶ C. Scott *et al.*, « A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council's Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina » (1994) 16 MJIL 1 aux pp. 12-13.

⁶⁷ Bedjaoui, *supra* note 7 aux pp. 92-94.

compléter l'article 17 du même *Statut*, qui interdit aux juges de participer au règlement d'une affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, par la mention que les juges de la nationalité des parties en présence doivent également s'abstenir de siéger. Les États auraient peut-être davantage confiance en une Cour plus impartiale, et seraient conséquemment plus enclins à lui soumettre leurs litiges. Mais pour l'instant, force est de reconnaître que la logique inverse prévaut, les États préférant conserver cette « bouée de sauvetage » du juge national dans le cas où, par malheur, il faudrait se rendre à La Haye...

Outre la structure décentralisée du droit international, mal adaptée à la fonction de contrôle, l'inadaptation de la CIJ à cette fonction s'explique plus simplement par l'absence de fondement textuel à ce contrôle ; c'est en effet parce que les États n'ont pas eu la volonté, lors de la conférence de San Francisco, d'en faire une Cour constitutionnelle, à la différence de la CJCE, que la CIJ est obligée de procéder à de multiples circonvolutions pour pouvoir apprécier la légalité de l'action du Conseil de sécurité.

3. L'ABSENCE DE FONDEMENT TEXTUEL

Le système des Nations Unies issu de la conférence de San Francisco ne prévoit ni contrôle judiciaire de légalité, ni système unifié d'interprétation de la *Charte*, deux questions qui sont d'ailleurs intimement liées puisque la *Charte* reste le principal instrument, voire le seul instrument que le Conseil doit respecter dans son action. Il ne s'agit nullement d'un oubli puisque cette question a été explicitement abordée⁶⁸. Les rédacteurs du traité constitutif des Nations Unies comptaient davantage sur un équilibre résultant de pressions politiques antagonistes, raison d'être du droit de veto des membres permanents. Ils craignaient en effet qu'un mécanisme de contrôle ne nuise à l'action du Conseil de sécurité. La conférence de San Francisco s'est tenue alors que les combats se poursuivaient dans le Pacifique, et elle se caractérise avant tout par l'obsession du maintien de la paix et par la volonté de prendre le contre-pied de la Société des Nations et de son prétendu légalisme naïf dont l'échec avait été flagrant. Primauté fut donc donnée à l'ordre⁶⁹. Il reste à savoir si l'ordre est nécessairement incompatible avec le droit...

Pour autant qu'elle ne le prévoit pas, la *Charte* n'interdit pas expressément le contrôle. Peut-on dès lors interpréter positivement ce silence du texte⁷⁰, sachant que

⁶⁸ Au cours des travaux préparatoires de la *Charte* toutes les propositions tendant à investir l'Organisation ou l'un de ses organes d'un pouvoir général d'interprétation authentique et obligatoire ont été écartées (UNCIO, doc., vol. 3 à la p. 339 ; rapport de la Quatrième Commission, UNCIO, doc., vol.XIII aux pp. 649 ss. et 719 ss.).

⁶⁹ Voir A. Pellet, «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies» (1995) 6 EJIL à la p. 401.

⁷⁰ Voir l'opinion de B. Graefrath, «Leave to the Court what Belongs to the Court » (1993) 4 EJIL à la p. 203. À l'inverse, voir l'opinion dissidente du Juge Li dans l'arrêt *Tadic 2*, *supra* note 9.

les travaux préparatoires de San Francisco révèlent une renonciation claire à un système d'interprétation de la *Charte* ou de contrôle ?

Si l'on regarde du côté de la jurisprudence, nous constatons son profond embarras sur la question, ce qui l'oblige à recourir à des raisonnements pour le moins obscurs...

La CIJ n'a accepté de contrôler la validité des actes du Conseil de sécurité que dans le cadre de sa compétence consultative⁷¹, et, qui plus est, de manière indirecte seulement, sur la base d'un fondement très subtil, voire spécieux. Dans ces affaires, la CIJ a refusé de se prêter à un contrôle, en avançant, dans un célèbre dictum, qu' « il est évident que la Cour n'a pas de pouvoir de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies. »⁷². Mais elle s'est néanmoins livrée, dans les motifs de ces avis, à un examen de la conformité à la *Charte* de certaines résolutions du Conseil, examen qu'elle estimait nécessaire pour répondre à la question qui lui était posée. Examen ou contrôle, *in fine*, le résultat reste le même, à savoir l'appréciation de l'action du Conseil à la lumière de l'interprétation que la Cour fait de la *Charte*.

De son côté, la chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a, dans son arrêt *Tadic* du 2 octobre 1995, accepté de contrôler la conformité de la résolution qui était à l'origine de sa création, pour finalement conclure, réponse prévisible diront certains⁷³, à la validité de cette résolution. Mais lui aussi a utilisé un fondement très complexe à son contrôle. À la suite de la CIJ, il affirme qu' « il n'est pas question, bien sûr, que le Tribunal international fasse fonction de tribunal constitutionnel, réexaminant les actions des autres organes des Nations Unies, en particulier celles du Conseil de sécurité, son propre 'créateur'. Il n'a pas été créé à cette fin, ainsi qu'il ressort clairement de la définition du domaine de sa compétence 'principale' ou 'au fond' définie dans les articles 1 à 5 de son *Statut* »⁷⁴. La chambre de première instance s'était également appuyée sur les *dicta* de la CIJ dans les affaires de *Lockerbie* et dans l'*Avis consultatif sur la Namibie*. Mais, tandis que cette dernière en déduisait qu'elle ne pouvait pas procéder à un contrôle de la résolution 808⁷⁵, la chambre d'appel estima que là n'était pas la question. « La question dont est saisie la Chambre d'appel est de savoir si le tribunal international, en exerçant cette compétence 'subsidaire',

⁷¹ *Certaines dépenses*, *supra* note 9; *Namibie*, *supra* note 9. La fonction consultative est nécessairement très respectueuse de la souveraineté des organes puisque ce sont eux qui saisissent la Cour et qu'ils n'ont jamais l'obligation de le faire.

⁷² *Namibie*, *supra* note 9 à la p. 45, au para. 89.

⁷³ N'acceptera-t-on de « contrôler le seigneur seulement quand on veut lui donner raison », s'interroge T. Christakis, *Les relations entre la CIJ et le tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie: les premières fissures à l'unité du droit ?*, (1996) 1 L'Observateur des Nations Unies 62.

⁷⁴ *Tadic 2*, *supra* note 9 au para. 20.

⁷⁵ «These opinions of the Court clearly provide no basis for the International Tribunal to review the actions of the Security Council, indeed, they are authorities to the contrary», *Procureur c. Dusko Tadic* (1995), Affaire N° IT-94-1-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance), Decision on the Defence motion on jurisdiction (rule 73), 10 août 1995, en ligne: Nations Unies <<http://www.un.org/icty/tadic/tce1.htm>> (date d'accès: 17 novembre 1998) au para. 13 [ci-après *Tadic 1*].

peut examiner la légalité de sa création par le Conseil de sécurité aux seules fins de déterminer sa propre compétence « principale » quant à l'affaire dont il est saisi »⁷⁶. La chambre d'appel va estimer qu'une réponse positive doit être apportée à cette question, en soulignant que le Conseil de sécurité a créé un organe subsidiaire d'une nature particulière : un tribunal. Elle va alors se référer à l'avis de la CIJ relatif au Tribunal administratif des Nations Unies (TANU) pour affirmer qu'il existe certains attributs de la fonction judiciaire, notamment celui voulant que, « en cas de contestation sur le point de savoir si le Tribunal est compétent, le Tribunal décide »⁷⁷. Selon la chambre d'appel, ce pouvoir est appelé le principe de la compétence de la compétence, et il est « un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa compétence de déterminer sa propre compétence »⁷⁸. La chambre d'appel en conclut donc que, pour déterminer sa compétence principale, elle est compétente pour examiner l'exception d'incompétence la concernant fondée sur l'illégalité de sa création par le Conseil de sécurité⁷⁹. Pour Théodore Christakis, malgré ce « vernis de nuance », « il ressort clairement du texte de la décision du 2 octobre 1995, que le Tribunal [...] ne fait rien d'autre que d'accepter de contrôler [...] la légalité d'une résolution du Conseil »⁸⁰.

Dans les deux cas, la CIJ et le TPYI prennent bien garde d'affirmer dans un considérant de principe qu'ils ne sauraient faire office de tribunal constitutionnel et donc qu'ils ne sont pas compétents pour contrôler les résolutions du Conseil de sécurité. Néanmoins, à chaque fois, les circonstances de l'espèce les contraignent à exercer ledit contrôle. Dans les avis de la CIJ, l'examen de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité était nécessaire pour la crédibilité juridique de la réponse à la question posée. Dans l'arrêt *Tadic*, le contrôle est nécessaire pour la crédibilité du TPIY, même si au fond, celui-ci n'est que purement formel. Les fondements au contrôle utilisés par la CIJ et par le TPIY apparaissent donc sensiblement équivalents. Selon Faiza Patel King, le TPIY aurait pu utiliser un fondement plus simple au contrôle, celui des droits de la défense. L'illégalité de la résolution 808 étant un moyen soulevé par les défenseurs de Dusko Tadic, le respect des droits de la défense exigeait que le tribunal y réponde, sur la base des conventions internationales de protection des droits de l'Homme et des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (article 38 du statut de la CIJ)⁸¹. L'on peut observer, néanmoins, que la question des droits de la défense, même si elle n'est pas explicitement mentionnée, demeure sous-jacente dans le raisonnement de la chambre d'appel. A la suite de la CIJ dans l'avis sur le TANU, elle estime en effet que le Conseil de sécurité, lorsqu'il crée un organe judiciaire, est tenu au respect des garanties traditionnelles reconnues comme fondamentales par les nations civilisées pour le bon fonctionnement de tout tribunal. Parmi ces garanties figure la nécessité pour le tribunal de pouvoir se

⁷⁶ *Tadic 2*, *supra* note 9 au para. 20.

⁷⁷ [1954] C.I.J. Rec. aux pp. 51-52, citant le Statut du TANU art. 2 § 3.

⁷⁸ *Tadic 2*, *supra* note 9 au para. 18.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 22.

⁸⁰ T. Christakis, *L'ONU, le Chapitre VII et la crise Yougoslave*, Paris, Montchrestien, 1996 à la p. 200.

⁸¹ Voir King, *supra* note 2 à la p. 579.

prononcer pleinement et en toute indépendance sur sa compétence. C'est bien, *in fine*, un droit de la défense qu'il s'agit de protéger.

C'est en tout cas la première fois qu'une instance judiciaire internationale accepte de contrôler les décisions du Conseil de sécurité dans le cadre de sa fonction contentieuse. Néanmoins, étant donné la place particulière du TPIY par rapport au Conseil de sécurité, le contrôle effectué dans l'arrêt *Tadic* apparaît plus comme un prétexte pour se « débarrasser » d'un moyen de défense potentiel des accusés que comme un réel précédent judiciaire de contrôle. Il est possible d'émettre des espoirs mais aussi de sérieux doutes sur l'influence positive que pourra avoir cette décision sur la CIJ. En premier lieu, la CIJ n'est, juridiquement, aucunement liée par les décisions du TPIY. Ensuite, le raisonnement utilisé par le TPIY pour fonder son contrôle ne fournit aucune avancée par rapport à celui de la CIJ dans ses avis. La question de la réaction de la Cour devant une saisine directe pour un avis consultatif sur le contrôle de la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité reste donc entière, et de nombreux indices font actuellement pencher la balance vers une déclaration de non-compétence. Le cas inverse constituerait véritablement un renversement de jurisprudence par rapport à son *dictum* dans l'*affaire de Namibie*.

Il est donc difficile de trouver un fondement incontestable au contrôle de légalité en l'état actuel du droit international. L'*arrêt Tadic* procède néanmoins à des développements intéressants sur la manière d'interpréter le Chapitre VII de la *Charte*, et vient ainsi compléter l'ébauche de jurisprudence constitutionnelle que la CIJ avait développée dans ses avis consultatifs. Cette jurisprudence, qui n'en est qu'à ses premiers balbutiements, montre toute la difficulté d'établir des standards de contrôle de l'action du Conseil de sécurité fondée sur le Chapitre VII.

B. La difficile recherche de standards pour contrôler les résolutions du Conseil fondées sur le Chapitre VII

Nous envisagerons successivement le contrôle de la constatation de l'article 39 (1) puis le contrôle des mesures que le Conseil de sécurité peut prendre sur le fondement des articles 41 et suivants (2).

1. LE CONTRÔLE DE LA CONSTATATION DE L'ARTICLE 39.

L'identification par le Conseil de sécurité d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression constitue la condition *sine qua non* du déclenchement des mesures coercitives du Chapitre VII.

Le problème des standards de contrôle se pose essentiellement pour la menace contre la paix, car il s'agit de la notion qui semble la plus vague et qui a été le plus employée par le Conseil de sécurité ces dernières années⁸². Le caractère discrétionnaire

⁸² Conforti, *supra* note 6 à la p. 52 : «La discrétionnalité peut se manifester surtout en ce qui concerne

de la constatation de l'article 39 est certes indubitable (a). Néanmoins, la chambre d'appel du TPIY a reconnu dans l'affaire *Tadic* que ce pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité était soumis à certaines limites. Il est donc possible d'imaginer des standards judiciaires de contrôle de ce pouvoir discrétionnaire (b).

a) *Le caractère incontestablement discrétionnaire de la constatation*

Il ressort clairement des travaux préparatoires. À la conférence de San Francisco, de nombreux États demandèrent que la *Charte* contienne plus de détails quant aux conditions d'application du Chapitre VII : on craignait que les petits États ne soient pris pour cible par le Conseil de sécurité. Mais les grandes puissances objectèrent alors, en rappelant les débats acharnés mais peu fructueux de la création de la SDN, que la Conférence allait échouer si on se lançait dans ce type de discussion⁸³. Une preuve supplémentaire du caractère discrétionnaire de la constatation nous est fournie par la résolution 3314 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1974 qui, certes, définit l'agression, mais précise dans ses articles 2 et 4 que le Conseil n'est pas tenu par cette définition et qu'il peut très bien qualifier d'agression d'autres actes.

Dès lors, certains auteurs, comme Jean Combacau, estiment que toute démarche consistant à tenter d'élaborer une définition *a priori* de la menace pour la paix est vaine puisque cette notion n'a volontairement aucune base textuelle. Selon lui, « une menace pour la paix au sens de l'article 39 est une situation dont l'organe compétent pour déclencher une action de sanctions déclare qu'elle menace effectivement la paix ». ⁸⁴ Est-il possible, dès lors, de trouver des standards de contrôle ?

b) *La recherche de standards pour contrôler la constatation*

La doctrine et le TPIY, dans son arrêt *Tadic*, ont proposé des ébauches de standards de contrôle.

Pour le professeur Conforti, le standard de contrôle devrait être l'opinion de la communauté internationale dans son ensemble. Selon lui, il faut distinguer les situations caractérisées par l'emploi de la force armée des autres, notamment la violation massive des droits de l'Homme. Si la situation se caractérise par l'emploi de la force armée, la seule limite du Conseil de sécurité doit être le droit de légitime défense de l'article 51, qu'il ne peut considérer comme une menace contre la paix. En

l'hypothèse de la 'menace contre la paix' : il s'agit en effet d'une hypothèse très vague et élastique qui, contrairement à l'agression et à la rupture de la paix, n'est pas nécessairement caractérisée par des opérations militaires ou en tout cas impliquant l'utilisation de la force, et qui, par conséquent peut correspondre aux comportements les plus variés des États.»

⁸³ B. Simma, *The Charter of the United Nations : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994 à la p. 607.

⁸⁴ Combacau, *supra* note 39 à la p. 100.

revanche, dans les autres cas, un État ne devrait être soumis aux mesures du Chapitre VII que si la condamnation correspond au sentiment de la plus grande partie des États et de leurs peuples, que si le comportement d'un État est considéré comme une véritable menace contre la paix par la communauté internationale dans son ensemble⁸⁵. Ce standard « démocratique » nous semble difficile à mettre en œuvre, tant par le Conseil de sécurité dans son action que par une Cour dans un éventuel contrôle judiciaire. De plus, il ne nous apparaît pas adapté à un organe de police internationale comme le Conseil de sécurité. Ce dernier n'est pas là pour adopter des normes générales conformes à la volonté de la majorité, comme c'est le cas pour l'Assemblée générale ; il est conçu pour repérer les comportements constituant une menace contre la paix et pour les faire cesser. Or, la nécessité pour les États de s'abstenir de comportements créant une menace contre la paix constitue déjà une norme de droit international, acceptée par les États membres de l'ONU, soit l'intégralité de la communauté internationale. L'idée du professeur Conforti reflète néanmoins le caractère flou de la menace contre la paix et le désir de la préciser par la voie démocratique. Mais ce qui apparaissait comme suicidaire lors de la conférence de San Francisco le reste tout autant cinquante ans plus tard. Imaginons un instant les 185 membres de l'ONU autour d'une table pour tenter de définir la menace contre la paix... Il serait préférable de laisser à un juge international le soin de trouver le standard qu'il estime adapté pour sanctionner les abus du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix. Le TPIY nous en fournit précisément une ébauche dans son arrêt *Tadic*.

Bien qu'affirmant l'incompétence du tribunal pour contrôler l'action du Conseil de sécurité, la chambre de première instance du TPIY a néanmoins, dans l'affaire *Tadic*, procédé à une discussion sur les standards de contrôle qu'elle estimait appropriés. Pour elle, le contrôle doit se limiter au fait de savoir si le Conseil de sécurité a pris sa décision de manière arbitraire. A-t-il pris le soin de réunir une substantielle somme d'information sur l'affaire, a-t-il agi de manière progressive, sans passer tout de suite aux sanctions du Chapitre VII⁸⁶ ? Ce standard nous semble intéressant pour le contrôle d'un pouvoir discrétionnaire, qui demeure un exercice difficile dans tout système de droit⁸⁷. Comment éviter que le Conseil de sécurité ne tombe dans l'arbitraire tout en lui laissant la plénitude de son pouvoir ? En effet, en aucun cas, l'instance judiciaire de contrôle ne peut porter de jugement sur l'opportunité de la constatation qui reste à la discrétion du Conseil de sécurité. La prise en considération de la masse d'information présentée au Conseil et du traitement qu'il en a fait permettrait peut-être de sanctionner les abus les plus grossiers du Conseil.

La chambre d'appel du TPIY, dans la même affaire *Tadic* (2 octobre 1995), a estimé à son tour que le Conseil dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour qualifier la situation qu'il traite de menace contre la paix. Néanmoins, cette

⁸⁵ Conforti, *supra* note 6 à la p. 56.

⁸⁶ *Tadic 1*, *supra* note 75 au para. 14 et s.

⁸⁷ Voir King, *supra* note 2 à la p. 580.

génocide étant, selon lui, une norme de *jus cogens*, la résolution 713 devient inopérante car l'article 103 ne saurait prévaloir sur une telle norme¹⁰⁵. Il est cependant légitimement permis de douter du lien entre la résolution et la commission du crime de génocide...

Mais le débat sur ce point mérite d'être ouvert. Le Conseil de sécurité peut-il aller contre une norme de *jus cogens*, peut-il entraver le droit de légitime défense ?

Le professeur Pellet, ou le juge Bedjaoui, proposent à la suite de Lauterpacht que le Conseil soit soumis aux normes impératives du droit international général, ou *jus cogens*¹⁰⁶. L'avis de la CIJ sur la Namibie fournit un argument en faveur de cette thèse. La Cour s'est alors penchée sur la résolution 276, qui obligeait les États-membres à ne pas entrer dans une relation conventionnelle avec l'Afrique du Sud. La Cour a estimé que cette obligation ne pouvait s'appliquer à certaines conventions générales, notamment celles ayant un caractère humanitaire, parce que la non exécution de ces conventions affecterait la population de Namibie¹⁰⁷.

L'arrêt de la chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* peut aussi valablement fournir des arguments dans le sens d'un respect par le Conseil de sécurité de certaines normes. Elle a reconnu que le Conseil de sécurité, lorsqu'il créait un tribunal, était tenu au respect de certains principes généraux de droit. Ainsi, selon la Cour, le tribunal « doit être établi conformément aux normes internationales appropriées ; il doit offrir toutes les garanties d'équité, de justice et d'impartialité, en toute conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme »¹⁰⁸. Un tribunal international a donc confirmé que le Conseil de sécurité était tenu au respect de certains principes de droit international extérieurs à la *Charte*.

Là encore, un tribunal pourrait valablement utiliser un critère d'appréciation fondé sur la proportionnalité. Telle menace à la paix justifie-t-elle que telle norme soit violée ? Le juge pourrait mettre en balance l'importance de la menace et l'importance de la règle de droit international violée, et voir si une mesure moins attentatoire au droit international ne suffisait pas pour éradiquer la menace à l'ordre public international.

* * *

¹⁰⁵*Ibid.* à la p. 440.

¹⁰⁶Pour Alain Pellet, le Conseil peut être «[...] conduit à écarter, dans un cas déterminé, l'application de certaines règles de droit international à la double condition que, ce faisant, il respecte et la Charte, qui fonde ses propres compétences, et le *jus cogens*.», A. Pellet, «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies » (1995) 6 EJIL à la p. 423. Voir aussi M. Bedjaoui, «Un contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité est-il possible?» dans SFDI, *supra* note 16, 267 à la p. 271.

¹⁰⁷*Namibie*, *supra* note 9.

¹⁰⁸*Tadic 2*, *supra* note 9 au para. 45.

En affirmant que les pouvoirs du Conseil de sécurité ne sont pas illimités, le TPIY ouvre donc la voie à un éventuel contrôle de légalité. Il reste maintenant à élaborer l'architecture du contrôle judiciaire, à apporter une réponse aux questions que nous avons soulevées précédemment car la CIJ et le TPIY ne se prononcent guère sur le point de savoir quelles sont précisément les limites qui encadrent l'action du Conseil. Une brève comparaison avec l'ordre interne s'impose. En effet, dans le droit interne, les contrôles de légalité et de constitutionnalité se sont mis en place très progressivement. Si l'on divise le contrôle de constitutionnalité en deux branches, selon qu'il s'agit de contrôler le respect de la répartition des compétences entre les différents pouvoirs ou de contrôler la conformité des normes adoptées par le législateur aux droits fondamentaux, l'on remarque que, historiquement, le contrôle de la répartition des compétences est apparu bien avant le contrôle des droits fondamentaux. Ceci explique d'ailleurs le caractère précoce du contrôle de constitutionnalité dans les États fédéraux qui, plus que les États unitaires, ont eu à régler des problèmes de répartition des compétences entre les différents niveaux. De même, si le contrôle du respect par les institutions de l'Union Européenne des compétences inscrites dans les traités fondateurs est aujourd'hui une démarche courante de la CJCE, l'éventuelle soumission des organes communautaires à certains droits fondamentaux, notamment la Convention européenne des droits de l'Homme, demeure pour l'instant plus problématique.

Le contrôle de légalité du Conseil de sécurité ne pourra donc s'établir que très progressivement. Cet établissement paraît aujourd'hui amorcé. Les ébauches de standards développées par la CIJ et le TPIY pourront servir demain de bases à un contrôle de légalité. Ce dernier ne devrait pas effrayer le Conseil de sécurité, tant l'examen des arrêts et avis précités de la CIJ et du TPIY révèle que ces deux instances judiciaires ont procédé à une ébauche de contrôle limité, respectueux du succès de l'action du Conseil de sécurité. Elles ont interprété la *Charte* d'une manière plus dynamique que statique et ont retenu la légalité du but de l'action comme plus déterminante que l'irrégularité de l'acte lui-même.

Néanmoins, la doctrine et les États, en particulier les membres permanents, semblent encore largement douter de l'opportunité d'un tel contrôle.

Les détracteurs du contrôle de légalité sont nombreux¹⁰⁹. Ces auteurs font généralement valoir qu'un contrôle judiciaire risquerait de paralyser cet organe fondamental pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales et ajoutent que le véritable contrôle qui s'exerce sur le Conseil de sécurité est politique et vient de lui-même, des conditions de vote en son sein. Néanmoins, bien que le Conseil de sécurité soit un organe politique, sa décision doit être fondée en droit. Ne vaudrait-il pas mieux dès lors prôner un contrôle juridique plutôt qu'un contrôle politique qui donne nécessairement des arguments aux partisans d'un élargissement du Conseil de

¹⁰⁹Voir S. Sur, «Sécurité collective et rétablissement de la paix : la résolution 687 (3 avril 1991) dans l'affaire du Golfe» dans Dupuy, *supra* note 6, 13 à la p. 21. Voir dans le même sens W.M. Reisman, «The Constitutional Crisis in the United Nations» dans *ibid.* 399 à la p. 413.

sécurité. Comment, en effet, peut-on justifier que le contrôle politique soit réservé à une minorité ?

Dans le cadre de la fonction consultative de la Cour et en respectant la présomption de validité des résolutions, il nous apparaît possible de développer un contrôle respectueux de l'action du Conseil de sécurité.

En l'état actuel du système juridique international, le contrôle de légalité ne semble pouvoir s'exercer que dans le cadre de la fonction consultative de la Cour. Accepter un contrôle judiciaire direct par la voie contentieuse remettrait en cause la structure de la CIJ et poserait des problèmes insolubles quant aux conséquences juridiques d'un éventuel constat d'illégalité : nullité de la résolution, réparation du préjudice subi par l'État destinataire de la résolution apparaissent impossibles. Certains juristes anglo-saxons soulignent que, à l'instar de *Marbury c. Madison*, les avis de la Cour portant sur la légalité par rapport à la *Charte* de l'action des organes politiques des Nations Unies peuvent servir de précédent pour établir la légitimité du contrôle de légalité¹¹⁰. Néanmoins, il serait préférable que la faculté de demander un avis consultatif soit formulée sans ambiguïté dans la *Charte*, et qu'elle soit ouverte non seulement à l'Assemblée Générale et au Conseil de sécurité, mais aussi au Secrétaire Général et éventuellement aux États. Car le contrôle incident ou indirect risque de conduire à un contrôle plus formel que réel, comme ce fut le cas dans les avis de la CIJ sur *Certaines dépenses des Nations Unies* et sur la *Namibie*. L'avis rendu n'aurait certes qu'une force morale, mais il y a fort à parier que le Conseil de sécurité en tiendrait compte pour ses résolutions futures. La jurisprudence qui se développerait progressivement contribuerait ainsi à rendre l'action du Conseil de sécurité plus sûre, plus prévisible, et, par là même, à accroître sa légitimité.

Le principe de la présomption de validité des résolutions du Conseil de sécurité permettrait de respecter les nécessités de l'action urgente du Conseil. Ce principe découle du principe de la « compétence de la compétence » qui permet à chaque organe, « tout au moins en premier lieu, de déterminer sa propre compétence »¹¹¹. Cette théorie, qui a été conçue pour ne pas entraver le fonctionnement quotidien des organes, a amené logiquement la Cour, dans son *Avis sur la Namibie*, à poser le principe de la présomption de validité des résolutions émanant des organes des Nations Unies¹¹². Cette présomption n'est cependant pas irréfragable.

L'organisation d'un contrôle de légalité nous apparaît donc susceptible de constituer un progrès du système juridique international, aussi modeste soit-il. Certes, sa mise en oeuvre ne sera pas, dans un monde où les États sont largement libres d'échapper à la sanction de leur actes illicites au regard du droit international, un remède miracle. Mais, sans bouleversements majeurs du système international et sans

¹¹⁰W.M. Reisman, *ibid.* à la p. 413.

¹¹¹*Certaines dépenses*, *supra* note 9 à la p. 168.

¹¹²« Toute résolution émanant d'un organe des Nations Unies régulièrement constitué, prise conformément à son règlement et déclarée adoptée par son président, doit être présumée valable », *Namibie*, *supra* note 9 à la p. 22, au para. 20.

tomber dans le piège de l'utopie¹¹³, la mise en place d'un contrôle de légalité des résolutions du Conseil de sécurité par la CIJ, dans le cadre de sa fonction consultative, avec des standards respectueux de son pouvoir discrétionnaire, nous semble pouvoir servir de dynamique à l'avènement progressif d'un ordre international davantage fondé sur la primauté du droit que sur la violence du pouvoir.

L'orientation future du droit international dépendra certainement de la capacité du système juridique international, et surtout de la volonté des États, d'engager une telle dynamique.

Des résolutions comme celle adoptée dans l'*affaire Lockerbie* ne vont toutefois pas dans le sens d'un progrès du droit, mais bien plutôt dans celui d'un retour pervers de la loi du plus fort au sein des mécanismes institutionnels des Nations Unies.

Espérons que l'arrêt *Tadic* inspirera la CIJ, et qu'elle saura saisir l'occasion de l'arrêt qu'elle va prochainement rendre sur le fond de l'*affaire Lockerbie* pour faire quelques pas supplémentaires sur le chemin du contrôle.

¹¹³De Visscher, « Coutume et traité en droit international public » (1955) *Rev. D. I. P.* à la p. 365 : « Toute activité est guidée par quelque idéal. Le tout est de garder la mesure, de ne pas se laisser entraîner à franchir l'intervalle qui sépare un effort constructif réfléchi de l'utopie ».