

DU RÔLE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : PEAU NEUVE OU PEAU DE CHAGRIN ? QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRALISATION DE LA COUR MONDIALE

Mario Prost and Julien Fouret

Volume 16, Number 2, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069428ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069428ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Prost, M. & Fouret, J. (2003). DU RÔLE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE ; PEAU NEUVE OU PEAU DE CHAGRIN ? QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRALISATION DE LA COUR MONDIALE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 16(2), 191–233. <https://doi.org/10.7202/1069428ar>

DU RÔLE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE :
PEAU NEUVE OU PEAU DE CHAGRIN?
QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRALISATION DE LA COUR MONDIALE

Par Mario Prost et
Julien Fouret***

Le droit qui est parvenu à l'existence empirique sous la forme de la loi est pour soi : il s'oppose comme réalité indépendante à la volonté particulière et à l'opinion particulière sur le droit et doit se faire valoir comme universel. Cette connaissance et cette réalisation du droit dans les cas particuliers, en dehors de toute influence du sentiment de l'intérêt particulier, est l'office d'une puissance publique, le tribunal.

Georg W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin J., 1982 aux pp. 238-239.

Introduction

Notre premier éditorial a porté sur le sujet de la multiplication des juridictions internationales et son influence sur le développement du droit international¹. C'est le temps maintenant de débiter notre tour d'horizon des différentes juridictions, avec en tête l'idée d'illustrer ce qui fait leur particularité mais également ce qui les unit les unes aux autres.

Notre regard va se porter d'abord, et assez spontanément, sur la Cour internationale de Justice [ci-après CIJ]. Le choix est naturel, étant donné l'événement, médiatique et juridique, que constitue la requête déposée par l'Assemblée générale des Nations Unies pour avis consultatif sur « les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »². Il comporte toutefois une part de risque, vu que le sujet a déjà fait couler beaucoup d'encre et qu'il est l'objet d'une abondante littérature en droit international public.

Pourtant, on observe, et c'est un fait particulièrement évident depuis le cinquantenaire de la Cour en 1996, qu'une large partie de la doctrine s'est attachée à une analyse quantitative des activités de la Cour. Pour l'essentiel, il s'est agit de

* Doctorant et assistant d'enseignement en droit international public, Institut de droit comparé, Faculté de droit- Université McGill; DEA (Université – Paris I international public et organisations).

** Maîtrise en droit international et européen et D.E.J.A. II (Université Paris X – Nanterre); D.E.A. Droit des relations économiques, internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre) ; LL.M. (McGill).

¹ Voir Julien Fouret et Mario Prost, « La multiplication des juridictions internationales : De la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure » dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux » (2002) 15:2 R.Q.D.I. 115.

² *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (Requête pour avis consultatif)*, Ordonnance organisant la procédure du 19 décembre 2003, en ligne: Cour internationale de Justice <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cmwp/cmwporders/cmwp_corder_20031219.PDF>.

témoigner du renouveau de la Cour, en soulignant que « tel un phoenix, elle a ressurgi des cendres de l'affaire Nicaragua »³ ou encore que « jamais la Cour n'[est] apparue aussi attrayante qu'elle ne l'est aujourd'hui »⁴, comme en attestent les vingt-quatre affaires inscrites à son rôle à ce jour. C'est là un phénomène important, car pendant longtemps la Cour a été « pratiquement en état de chômage complet »⁵. Il faut toutefois dépasser cette dimension purement quantitative des activités de la Cour pour embrasser intégralement sa contribution au règlement pacifique des différends. Comme le souligne Mohammed Bedjaoui, ancien président de la Cour, « on peut considérer qu'une relance de l'activité de la Cour a été largement amorcée [...]. Il semblerait cependant que cet aspect uniquement quantitatif du problème, s'il possède le mérite de montrer que la Cour travaille beaucoup, ne saurait constituer à lui seul un bilan et encore moins la base d'un raisonnement prospectif portant sur l'avenir réservé à cette relance du règlement judiciaire »⁶.

Max Huber insistait déjà en 1925 sur le fait que « le nombre des affaires portées devant la Cour sera toujours relativement limité. Cela tient à la composition de la communauté internationale »⁷. Les justiciables de la Cour, aujourd'hui encore, sont moins de 200⁸. Le nombre d'affaires portées au Palais de la Paix ne peut dès lors représenter un indice fiable de la contribution de la Cour au maintien de la paix.

C'est pourquoi toute analyse pertinente et complète du rôle de la CIJ doit nécessairement dépasser le simple inventaire des affaires inscrites à son rôle et se doubler d'une réflexion sur la dimension qualitative des activités de la Cour. Ce sera là précisément l'objet de notre étude.

Nous croyons qu'il sera utile d'écarter de notre analyse tout exercice prophétique pour lui préférer un portrait dépassionné et rétrospectif de la Cour mondiale. Notre objectif n'est pas de deviner l'avenir de la Cour. Nous en sommes bien incapables. Il s'agira beaucoup plus modestement de dépeindre la nature changeante de la contribution de la CIJ au règlement pacifique des différends internationaux.

Une idée centrale caractérisera notre étude : l'*arbitralisation*. Le lecteur voudra bien nous pardonner ce néologisme. C'est le seul terme qui reflète fidèlement

³ Keith Highet, « The Peace Palace heats up: the World Court in business again? » (1991) 85 A.J.I.L. 646 à la p. 654.

⁴ Luigi Condorelli, « La Cour internationale de justice : 50 ans et (pour l'heure) pas une ride » (1995) 6:3 E.J.I.L. 388 à la p. 388.

⁵ Joe Verhoeven, « À propos de la fonction de juger en droit international public » dans Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove et François Ost, dir., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 447, à la p. 451.

⁶ Mohammed Bedjaoui, « L'avenir de la Cour internationale de justice : hommage au professeur François Rigaux » (1993) 53: 4 Ann. Dr. Louv. 503 à la p. 505.

⁷ *Échange des populations grecques et turques*, « Discours prononcé par le Président Max Huber lors de l'ouverture de la deuxième période présidentielle » (1925), C.P.J.I. (sér. C) n° 7-1, Annexe 1, 14 aux pp. 16-17.

⁸ Aux termes de l'article 35 du *Statut de la CIJ*, seuls les 191 États membres de l'ONU ont capacité pour saisir la Cour en formation contentieuse. *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

l'évolution dont nous entendons témoigner ici. L'arbitralisation, donc, c'est le glissement progressif d'un mode juridictionnel de règlement pacifique des différends à un autre. C'est la lente mais irrépressible mutation d'une instance judiciaire idéale, ou plutôt, nous tenterons de le démontrer, idéalisée (première partie) en un hybride juridictionnel mis au service d'une justice transactionnelle (seconde partie). Non pas que la logique arbitrale ait été totalement absente de l'architecture juridictionnelle de la Cour au moment de sa création. Sans doute la CIJ a-t-elle été, dès sa naissance, marquée du sceau de la souveraineté et, donc, affublée de certains éléments étrangers à la logique judiciaire qui, d'une certaine manière, présuppose l'existence d'un pouvoir légal au-dessus des justiciables. Mais, nous le verrons, cette *arbitralité*, « génétiquement programmée » en quelque sorte, s'est confirmée au fil des années aux travers d'évolutions nulle part suggérées en 1945 et dont ni la *Charte* des Nations Unies, ni le *Statut* de la Cour, ne laissaient vraiment présager la survenance. C'est cette évolution subséquente qui nous autorise à parler d'arbitralisation, et non pas seulement d'arbitralité de la Cour internationale de Justice.

En replaçant la création de la Cour dans son contexte historique, nous voulons démontrer que la Cour a été imaginée et espérée comme une sorte de pierre philosophale du droit international, capable à elle seule de substituer aux vicissitudes de la guerre et au règne de la force brutale, les lumières du *Droit* et de la *Justice*. Dépourvue cependant des moyens juridiques nécessaires à l'accomplissement de cet idéal, la Cour a dû composer très tôt avec cette capacité limitée et, sous l'influence combinée des juges et des parties, prendre ses distances à l'égard du modèle mythique, et largement hypothétique, développé pendant la première moitié du XX^e siècle, et favoriser une participation moins spectaculaire mais non moins significative au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Première partie

Épistémologie d'une instance judiciaire idéal(is)ée

L'expression « justice internationale » est ambivalente. Elle se rapporte à la fois à un ensemble de procédés juridictionnels de règlement pacifique des différends⁹ et à l'idéal vers lequel doivent tendre les relations entre les peuples de la communauté internationale¹⁰.

Cette ambivalence se retrouve au cœur de la Cour de La Haye qui, et ce n'est pas un hasard, est affublée du titre de *Cour de Justice*, comme la précédente Cour permanente de Justice internationale.

⁹ On parlera du recours à la « justice » comme mode de règlement pacifique des différends, en opposition notamment aux autres méthodes non juridictionnelles, telles la négociation, l'enquête, la médiation ou la conciliation.

¹⁰ Voir Gilles Cottreau, « Justice internationale » dans *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 2003 à la p. 2. Sur l'idée de *Justice* en tant qu'objectif ultime de l'ordre juridique international, voir Charles Rousseau, « Le droit international et l'idée de justice » dans Michel Virally, dir., *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, 399.

Elle incarne en effet, théoriquement, une *méthode* unique de règlement des différends (II), caractérisée notamment par la permanence de l'institution, la généralité de la compétence et le recours à la règle de droit, en même temps que le siège d'une institution chargée d'une *mission sacrée* de paix par le droit et censée plus largement marquer « l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale »¹¹, pour reprendre les mots du Président Loder lors de la séance inaugurale de la Cour permanente le 15 février 1922 (I).

I. La « mission sacrée » de la Cour internationale de Justice

La Cour est le fruit d'un projet humain généreux né du double traumatisme des guerres mondiales. On se figure en 1945, alors que deux fois en l'espace d'une vie humaine le fléau de la guerre a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances¹², « que la justice amènera la paix parce qu'on croit qu'elle peut tuer la guerre »¹³.

Pendant bien longtemps, les États n'ont connu, pour le règlement de leurs litiges, d'autre régime que celui de la force brutale. En donnant vie à la Cour internationale de Justice en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, la *Charte* marque l'aboutissement d'un long processus d'épanouissement « d'une certaine pensée dont l'ambition est d'introduire des éléments de civilité et des idéaux de justice dans les relations entre États »¹⁴. Elle ne crée pas seulement *une* cour internationale, mais *la* Cour internationale de Justice dont on dit souvent qu'elle est « la plus prestigieuse des juridictions internationales »¹⁵, et même qu'« elle échappe à toute critique »¹⁶.

Pour « tuer la guerre », donc, on dote la Cour d'une double fonction, consultative et contentieuse, qui au fond relève d'une seule et même mission : le règlement pacifique des différends internationaux (A). Mais réduire la mission de la Cour au seul règlement pacifique des différends, c'est mal comprendre la fantastique novation juridique que la *Charte* introduit dans l'ordre international de l'après-guerre. En réalité, l'idée des pères fondateurs de la *Charte*, en plaçant la Cour au sommet de l'architecture institutionnelle de l'Organisation, aux côtés de l'Assemblée générale et du Conseil de Sécurité, est d'en faire ni plus ni moins un artisan inévitable du maintien de la paix et de la sécurité internationales (B).

¹¹ Cité par Christian Philip et Jean-Yves de Cara, « Nature et évolution de la juridiction internationale » dans Société française pour le droit international, dir., *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, Paris, Pedone, 1986, 3 à la p. 5.

¹² *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 au préambule.

¹³ Nicolas Politis, *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924 à la p. 253.

¹⁴ Santiago Torres Bernardez, « La fonction de la Cour internationale de Justice : tendances actuelles du règlement judiciaire » dans E. Yakpo et T. Boumedra, dir., *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 485 à la p. 485.

¹⁵ Hubert Thierry, « Cour internationale de Justice » dans *Répertoire de droit international*, Dalloz, Paris, 2003 à la p. 2.

¹⁶ Politis, *supra* note 13 à la p. 180. L'auteur vise par sa réflexion la Cour permanente de Justice internationale. Sa remarque s'applique *in extenso* à la CIJ dont le statut fut calqué presque à l'identique sur celui de la CPJI.

A. Deux fonctions : une mission

La Cour internationale de Justice, nous y reviendrons, constitue l'un des organes principaux des Nations Unies. Ainsi, et au même titre que les autres éléments du système onusien, « la Cour apparaît comme l'un des rouages du système pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales conçu à San Francisco »¹⁷.

Mais si l'Assemblée générale est instituée comme organe de *discussion* et *d'étude* de « toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la [...] Charte »¹⁸, si le Conseil de sécurité se voit attribuer la « responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁹, en vue cette fois d'assurer « l'action rapide et efficace de l'Organisation »²⁰, la Cour se doit quant à elle de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis »²¹ [nos italiques].

Organe non pas de discussion ni d'action, donc, mais de règlement pacifique des différends. Les autres organes, bien entendu, ne sont pas systématiquement exclus du règlement pacifique des différends internationaux. On pensera notamment à la contribution du Conseil de sécurité qu'un commentateur avisé a qualifiée de « quasi-judiciaire » lorsqu'il déclare parfois l'« illégalité », l'« invalidité » ou la « nullité » de certaines actions étatiques au regard du droit international²². Mais leur contribution, aussi significative soit-elle, touche en principe à la *gestion* des différends, c'est-à-dire la prévention et la dédramatisation des situations de crise, là où la Cour s'intéresse au *règlement* à proprement parler du litige, de façon définitive, dans la mesure du possible²³.

Nous n'omettons pas que, comme sa devancière, la Cour internationale de Justice est également investie d'une fonction consultative²⁴. Cette fonction fut initialement imaginée comme une fonction d'identification des droits et obligations des organisations internationales. Par l'entremise de ses avis consultatifs, la Cour devait participer au développement du droit des organisations internationales, en remplissant notamment une fonction de définition, de protection et de contrôle des

¹⁷ Alain Pellet, « Le glaive et la balance : remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », dans *International law at a time of perplexity : essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, 539 à la p. 541.

¹⁸ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 12 à l'art. 10.

¹⁹ *Ibid.*, à l'art. 24.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 38.

²² Elihu Lauterpacht, *Aspects of the administration of international justice*, Cambridge, Grotius Publications, 1991 à la p. 37. L'auteur cite à l'appui de cette conclusion des résolutions votées par le Conseil de sécurité à propos, entre autres, du Sud-Ouest africain, de la Rhodésie du Sud, de différents aspects du conflit israélo-palestinien ou de la première guerre du Golfe.

²³ Voir Bernardez, *supra* note 14 aux pp. 494-495.

²⁴ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 65 : « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies, ou conformément à ses dispositions, à demander cet avis ».

pouvoirs des institutions internationales²⁵. Elle s'est effectivement attachée à cette dimension institutionnelle de sa fonction consultative et a contribué, *inter alia*, à la définition de la personnalité juridique des organisations intergouvernementales, de leurs compétences fonctionnelles, du statut de leurs agents ou encore à la question de l'admission d'un nouveau membre au sein des Nations Unies.

Mais si cette finalité purement consultative est la seule qui soit prévue statutairement, on doit constater, à l'observation des activités de la Cour, que « ce recours peut se proposer [parfois] une finalité plus ambitieuse : celle de trancher un différend »²⁶. Souvent en effet, la charge contentieuse présente derrière la question soumise à l'appréciation de la Cour est telle qu'il devient illusoire de maintenir la distinction formelle entre fonction contentieuse et fonction consultative. Dans ces situations, la « question juridique » faisant l'objet de la requête trouve son origine dans un désaccord politique bien plus profond, entre États ou groupes d'États, et déborde très largement la sphère institutionnelle de l'Organisation. Les affaires du *Sud-Ouest africain*, de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et bien entendu, plus près de nous, des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* en sont d'éclatantes illustrations. Et il nous est bien souvent donné de témoigner d'une massive participation des États à ces procédures, comme dans l'affaire de la *Licéité des armes nucléaires* où ce sont 28 États qui ont désiré intervenir devant la Cour²⁷, conseillés par quelques-unes des plus grandes personnalités du milieu académique international. Sur la question des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, pas moins d'un quart des États du globe ainsi que quatre organisations internationales ont présenté des observations écrites²⁸. On admet donc que même dans l'exercice de sa compétence consultative, la Cour tranche un différend²⁹.

²⁵ Voir Terumi Furukawa, « Le double rôle de la Cour internationale de justice à l'égard des organisations internationales : protection et contrôle » dans Daniel Bardonnnet, dir., *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité*. Paris, Pedone, 1981 aux pp. 293-314.

²⁶ Roberto Ago, « Les avis consultatifs 'obligatoires' de la Cour internationale de justice » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter, supra* note 25 à la p. 9.

²⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 225 au para. 5 : « Des exposés écrits ont été déposés par les États suivants : Allemagne, Bosnie-Herzégovine, Burundi, Égypte, Équateur, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Îles Marshall, Îles Salomon, Inde, République islamique d'Iran, Irlande, Italie, Japon, Lesotho, Malaisie, Mexique, Nauru, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Qatar, République populaire démocratique de Corée, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Saint-Marin, Samoa et Suède ».

²⁸ Des exposés écrits ont été présentés par les États suivants : République de Guinée, Royaume d'Arabie Saoudite, République arabe d'Égypte, République du Cameroun, Fédération de Russie, Australie, Palestine, Royaume hachémite de Jordanie, Koweït, République libanaise, Canada, République arabe syrienne, Confédération Suisse, Israël, République du Yémen, États-Unis d'Amérique, Royaume du Maroc, République d'Indonésie, République française, République italienne, République du Soudan, République sud-africaine, République fédérale d'Allemagne, Japon, Royaume de Norvège, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, République islamique du Pakistan, République tchèque, République hellénique, Irlande, République de Chypre, République fédérative du Brésil, République de Namibie, République de Malte, Malaisie, Royaume des Pays-Bas, République de Cuba, Royaume de Suède, Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique, République des Palaos, États fédérés de Micronésie, République des Îles Marshall, République du Sénégal, République populaire démocratique de Corée. Les quatre organisations internationales étant la Ligue des États arabes, l'Organisation de la

On peut mentionner également l'existence de « procédures consultatives spéciales »³⁰ ayant pour objet, en vertu de clauses compromissaires particulières³¹, de donner effet obligatoire aux avis de la Cour afin de trancher un différend auquel une organisation internationale est partie, et qu'elle ne peut soumettre à la Cour en formation contentieuse. C'est une hypothèse qui a été mise en œuvre à plusieurs reprises devant la Cour³² et qui confirme encore que la fonction consultative procède largement de la mission de règlement pacifique des différends internationaux³³.

Nous ne voulons pas reproduire ici la confusion populaire entre avis consultatifs et décisions obligatoires de la Cour. Les procédures contentieuses et consultatives conservent de nombreuses particularités, procédurales notamment, que nous ne cherchons pas à occulter³⁴. Nous croyons simplement utile de rappeler, à propos de la fonction consultative, qu'au-delà de la seule résolution des questions institutionnelles, l'idée originelle des rédacteurs de la *Charte* était « de fournir aux États une procédure supplémentaire de règlement pacifique de leurs différends, moins contraignante que la procédure contentieuse »³⁵. En somme, « à deux fonctions distinctes correspond une mission englobante : le règlement pacifique des différends »³⁶.

C'est là l'essence, donc, de la Cour internationale de Justice. Mais sa finalité ultime, sa raison d'être, est théoriquement plus large encore.

Conférence islamique, l'Organisation des Nations Unies et l'Irlande, en sa qualité de président du Conseil des ministres de l'Union européenne.

²⁹ Voir Philip et Cara, *supra* note 11 à la p. 10.

³⁰ Shabtaï Rosenne, *The law and practice of the international court*, Leyde, Sijthoff, 1965 aux pp. 682 et s. [Rosenne, « Law and practice », 1965].

³¹ Voir Guillaume Bacot, « Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de la CPJI et de la CIJ » (1980) 84 R.G.D.I.P. 1087.

³² *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO*, Avis consultatif, [1956] C.I.J. rec. 77; *Demande de réformation du jugement n°158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, [1973] C.I.J. rec. 166; *Demande de réformation du jugement n°273 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, [1982] C.I.J. rec. 325; *Demande de réformation du jugement n°333 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, [1987] C.I.J. rec. 18.

³³ Sur cette procédure spéciale, voir Ago, *supra* note 26.

³⁴ Voir Franklin Berman, « The uses and abuses of advisory opinions » dans Ando Nisuke *et al.*, dir., *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 809 aux pp. 817-820.

³⁵ Patrick Daillier, « Article 96 » dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1985, 1279 à la p. 1284.

³⁶ En ce sens, voir Philippe Couvreur, « The effectiveness of the International Court of Justice in the peaceful settlement of international disputes » dans Alexander S. Muller *et al.*, dir., *The International Court of Justice : its future role after fifty years*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 83 aux pp. 112 et s.; Abdul G. Koroma, « International justice in relation to the International Court of Justice » dans Kalliopi Koufa, dir., *International justice*, Thesaurus Acroasium, Sakhoulas Publication, 1997, 421 aux pp. 449 et s.; ou Nagendra Singh, *The role and record of the International Court of Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989 à la p. 26.

B. La raison d'être ultime de la Cour : le maintien de la paix et de la sécurité internationales

L'idée d'instituer une juridiction internationale permanente à vocation universelle date du début du XX^e siècle et fut institutionnalisée dès 1921 avec la création de la Cour permanente de Justice internationale³⁷. On a souvent insisté sur la continuité des deux Cours, en soulignant notamment la quasi-similitude de leurs statuts³⁸. Pour beaucoup, « la Cour actuelle [...] est le Doppelgänger ou le reflet de miroir de l'ancienne »³⁹.

Pourtant, la *Charte* a incontestablement insufflé un élan nouveau à l'idéal de paix par le droit en donnant naissance à la Cour internationale de Justice en tant qu'organe *principal* des Nations Unies⁴⁰. C'est là une « innovation radicale » qui met fin à l'anomalie juridique que constituait, au temps de la Société des Nations, la mise à l'écart de la Cour permanente de Justice internationale, qui ne fut jamais formellement incorporée à la structure institutionnelle de l'Organisation⁴¹.

Ainsi, comme le soulignait le Juge Read sous l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian*, la Cour internationale de Justice « est dans une situation différente de celle où se trouvait la Cour permanente »⁴². Dorénavant, la Cour n'existe plus en isolation de l'Organisation mondiale. Elle est bien au contraire associée directement, et à titre principal, à la mise en place des éléments nécessaires à l'avènement du « but des buts »⁴³ de l'Organisation : « maintenir la paix et la sécurité internationales »⁴⁴. Les implications de cette nouvelle position statutaire sont nombreuses.

La conséquence première, et celle qui sous-tend les autres, est l'indissociabilité de la Cour et du projet « constitutionnel » de la *Charte*. Car c'est

³⁷ On sait qu'une Cour permanente d'arbitrage (CPA) fut instituée par la Convention de La Haye de 1899. Mais contrairement à ce que laisse supposer sa dénomination, la CPA n'est pas une juridiction mais une simple liste internationale d'arbitres qualifiés ainsi qu'une institution fournissant aux parties des locaux, un secrétariat ainsi qu'un modèle de règles pour la procédure arbitrale. Sur la CPA, voir notamment Jean-Pierre-Adrien François, « La Cour permanente d'arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir » (1955) 87 R.C.A.D.I. 457.

³⁸ Les articles 36 al. 5 et 37 du *Statut de la CIJ* prévoient d'ailleurs que les acceptations, unilatérales ou conventionnelles, de la compétence de la Cour permanente valent acceptation de la compétence de la Cour internationale de Justice. Voir sur la CPJI, V. Burs, « La C.P.J.I., son organisation et sa compétence », 62 R.C.A.D.I. 551; Manley O. Hudson, *La Cour permanente de justice internationale*, Pedone, Paris, 1936; Krystyna Marek, *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale – I. CPJI*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1974.

³⁹ George Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale : réflexions sur quelques tendances récentes » (1992) 96 R.G.D.I.P. 274 à la p. 275 [Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale »].

⁴⁰ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 12 à l'art. 7 : « Il est créé comme organes principaux de l'Organisation des Nations Unies : une Assemblée générale, un Conseil de sécurité, un Conseil économique et social, un Conseil de tutelle, une Cour internationale de Justice et un Secrétariat ».

⁴¹ Shabtai Rosenne, *The International Court of Justice : what it is and how it works*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989 à la p. 28 [Rosenne, « The International Court of Justice »].

⁴² *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Opinion dissidente du Juge Read, [1952] C.I.J. rec. 142 à la p. 143.

⁴³ Mohammed Bedjaoui, « Article 1 : Commentaire général » dans Cot et Pellet, dir., *supra* note 35 à la p. 24.

⁴⁴ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 12 à l'art. 1 (1).

bien de « références constitutionnelles » dont on parle eu égard à la *Charte*⁴⁵. Sans nécessairement comprendre la *Charte* comme la « loi fondamentale par excellence, le Grundgesetz international »⁴⁶, il faut rappeler qu'elle constitue un acte constitutif incantatoire, programmatique mais également éminemment normateur, qui prescrit les principes fondamentaux devant présider la réorganisation pacifique du monde de l'après-guerre.

Dès lors, le lien juridique qui unit dès sa création la Cour aux Nations Unies fait d'elle, selon la formule de Roosevelt, l'un des principaux « architectes d'un monde meilleur ». Créée, donc, lors d'un véritable « *moment constitutionnel* »⁴⁷, la Cour est plus qu'une simple cour de justice. C'est l'institution judiciaire ultime de l'ordre juridique international moderne. La remarque n'est pas qu'anecdotique. Elle emporte bien des conséquences pour le juriste et notamment la propension évidente chez certains à considérer la CIJ comme véritable cour suprême de la communauté internationale, capable de connaître des différends internationaux en dernier ressort et de censurer la mauvaise application du droit international par les autres tribunaux et institutions internationales⁴⁸. Dans cette perspective, la Cour serait une sorte d'*institution refuge*, gardienne de l'unité et de la cohérence du droit international, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies⁴⁹. Nous avons montré ailleurs que cette proposition n'est ni souhaitable ni réalisable⁵⁰. Demeure toutefois une nette tendance à sacraliser la Cour mondiale et à attendre d'elle qu'elle siège au sommet de la hiérarchie juridique internationale et qu'elle dise, développe et crée même, le cas échéant, le droit international⁵¹. On est bien loin d'un simple organe de règlement des différends. L'inscription qui orne la façade du Palais de la Paix en témoigne parfaitement : *Pacis Tutela Apud Judicem*, « le maintien de la paix incombe au juge ».

Mais à considérer même la Cour, à titre principal, voire exclusif, comme un *forum* pour le règlement pacifique des différends, on doit encore constater le particularisme de l'institution qui, de par sa permanence, sa compétence

⁴⁵ Voir Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, « Préambule » dans Cot et Pellet, dir., *supra* note 35 à la p. 2.

⁴⁶ Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public » (2003) 297 R.C.A.D.I. 9 à la p. 222.

⁴⁷ Bardo Fassbender, « The United Nations Charter as constitution of the international community » (1998) 36 Colum. J. Transnat'l L. 529 à la p. 573.

⁴⁸ Voir Fourret et Prost, *supra* note 1 aux pp. 135-136.

⁴⁹ Voir l'opinion individuelle du Juge Lachs sous l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour dans l'affaire *Lockerbie* : *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, Ordonnance du 14 avril 1992, Opinion individuelle de Manfred Lachs, [1992] C.I.J. rec. 26.

⁵⁰ Fourret et Prost, *supra* note 1 à la p. 136.

⁵¹ Sur le pouvoir normatif de la Cour en droit international, voir le maître-ouvrage de Hersch Lauterpacht, *The development of international law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958 ; *contra* voir Rosenne, « The International Court of Justice », *supra* note 41 à la p. 38 : « The International Court of Justice is not a legislative body established to formulate new rules of law. The Court, like all courts, applies the existing law. It does not 'create' new rules of law either for the parties to a given dispute or for the international community at large ». Voir également Jean-Philippe Bufferne, « La fonction de la Cour internationale de justice dans l'ordre juridique international : quelques réflexions » (2002) 15:1 R.Q.D.I. 141 aux pp. 163-176.

théoriquement illimitée, et ses méthodes de résolution des litiges, incarne l'idéal d'une véritable *justice publique entre les peuples* capable de supplanter la *justice privée entre les princes*.

II. L'idéal mystique d'une instance judiciaire permanente

C'est un fait aisément vérifiable, au moment de la création de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) et, *a fortiori*, de la Cour internationale de Justice, « les uns et les autres [avaient] en tête une sorte de modèle de la fonction juridictionnelle [...]; une image idéale qui doit beaucoup aux mythes et traditions culturelles »⁵². Il suffit pour en avoir le cœur net de se référer aux travaux préparatoires du Comité consultatif de juristes en charge de l'élaboration du *Statut* de la CPJI. Un document de travail soumis à examen du comité de rédaction rapporte que les membres avaient à l'esprit la création d'une institution « dont le caractère serait [...] analogue à celui des Cours de Justice des divers pays »⁵³.

Le parallèle effectué entre la Cour de La Haye et les cours de Justice nationales démontre, s'il en était besoin, que les pères fondateurs de la Société des Nations, et plus encore ceux de l'Organisation des Nations Unies, avaient l'ambition de créer un tribunal éminemment novateur, dont l'autonomie et le particularisme en matière juridictionnelle se déclinent sur le plan institutionnel autant que méthodologique.

A. L'autonomie institutionnelle de la Cour

C'est un usage bien établi, lorsque l'on désire mettre en lumière la particularité de la Cour internationale de Justice, que de la comparer à des institutions voisines, et en particulier aux tribunaux arbitraux. Il semble que l'arbitrage est l'étalon qui permet de mesurer toute la « noblesse » de la Cour. Cette dernière n'a d'ailleurs pas manqué de le rappeler, comme dans l'affaire *Nottebohm*, où elle souligne qu'elle n'est pas « un tribunal arbitral constitué par l'accord spécial des parties en vue de statuer sur un différend particulier, mais une institution préétablie par un acte international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement »⁵⁴.

Sur deux aspects, au moins, l'originalité institutionnelle de la Cour à l'égard des autres modes juridictionnels de règlement des différends est théoriquement incontestable : sa permanence et la généralité de sa compétence⁵⁵.

⁵² Géraud de La Pradelle, « La fonction des juridictions de l'ordre international » (1998) 125 J.D.I. 389 à la p. 391.

⁵³ Comité consultatif de juristes, *Documents présentés au Comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de Justice internationale* à la p. 112.

⁵⁴ *Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)*, Exceptions préliminaires, [1953] C.I.J. rec. 111 à la p. 119.

⁵⁵ Nous verrons plus loin que ces particularismes sont en réalité des postulats théoriques qui, sans jamais être dénués de sens, résistent mal à l'épreuve des faits.

1. LA PERMANENCE DE LA COUR

C'est d'abord la permanence qui caractérise l'« image idéale » accolée à la Cour internationale de Justice. Elle s'exprime à plusieurs égards.

En premier lieu, les parties n'ont, sauf circonstances exceptionnelles et substantiellement circonscrites⁵⁶, aucune influence sur la composition de la Cour devant statuer sur leurs différends. Le *Statut* de la Cour prévoit en effet que les quinze juges sont « élus par l'Assemblée générale et par le Conseil de sécurité »⁵⁷ et non pas désignés par les parties. C'est un élément extrêmement significatif vu que, de tous temps, l'idée a prévalu en matière de règlement des différends que « l'issue d'une procédure juridictionnelle se joue avec le choix des hommes »⁵⁸. Ainsi, siège à la Cour internationale de Justice, de façon permanente, un « corps de magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale »⁵⁹.

Ce n'est pas là le seul élément de permanence cependant. Échappent en effet également à la volonté des parties les règles de procédure gouvernant les travaux de la Cour, puisque le *Statut* de la Cour dispose que cette dernière « fonctionnera conformément aux dispositions du présent Statut » et, un peu plus loin, qu'elle « détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment sa procédure »⁶⁰.

C'est enfin le choix du droit applicable qui est soustrait à la volonté des parties. Il est à peine besoin de rappeler à cet égard que c'est l'article 38 du *Statut* de la Cour qui définit le droit applicable par celle-ci. Il dispose, pour mémoire, que « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a) les conventions internationales [...]; b) la coutume internationale [...]; c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d) [...] les décisions judiciaires et la doctrine [...]; comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

⁵⁶ Voir nos développements relatifs aux Chambres et aux Juges *ad hoc*.

⁵⁷ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 4. Les juges sont élus au terme d'une procédure particulièrement sophistiquée. Le lecteur retiendra que les juges sont élus sur la base de listes de personnes hautement qualifiées présentées par les gouvernements, pour un mandat de neuf ans.

⁵⁸ Daniel Bardonnnet, « Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel des différends interétatiques » dans Jerzy Makarczyk, dir., *Theory of international law at the threshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 737 à la p. 747.

⁵⁹ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 2. Sur l'indépendance des juges, voir notamment Gilbert Guillaume, « De l'indépendance des membres de la Cour internationale de Justice » dans Boutros Boutros-Ghali, dir., *Boutros Boutros-Ghali amicorum discipulorumque liber : paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998 aux pp. 475-487.

⁶⁰ *Ibid.* à l'art. 30 (1).

Ainsi, la Cour est-elle en principe « indépendante des vicissitudes de chaque cas d'espèce »⁶¹. Contrairement à la situation qui prévaut en matière arbitrale, elle n'est nullement « la créature des parties »⁶². C'est une institution préétablie et sa permanence, aux dires de l'Ambassadeur Rosenne, « rend constantes la plupart des variables inhérentes à l'arbitrage international et fait de la Cour l'instrument le plus raffiné à ce jour en matière de règlement pacifique des différends »⁶³.

Pour Léon Bourgeois, l'un des pères fondateurs de la Société des Nations, la permanence de l'institution est un véritable symbole⁶⁴. Au-delà du symbole, elle emporte toutefois un certain nombre de conséquences qui viennent encore, théoriquement du moins, renforcer la singularité de la Cour.

Tout d'abord, et même si cela relève un peu de l'évidence, parce qu'elle est permanente, la Cour « est toujours là »⁶⁵. C'est une alternative qui s'offre aux États en tous temps et tous lieux. La Cour existe même sans affaire. Elle peut exercer une influence sur les négociations internationales du seul fait de son existence, sans même être saisie du différend. Elle peut surtout entrer en action dès sa saisine par une ou plusieurs parties⁶⁶. C'est par exemple ce qui a permis à la Cour de rendre son ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'affaire *LaGrand*, quelques heures seulement après que la requête allemande fut déposée, la veille au soir du jour fixé par les autorités américaines pour l'exécution de Walter LaGrand⁶⁷. L'ordonnance n'a pas empêché l'exécution du prévenu. En rendant son ordonnance dans d'aussi brefs délais, la Cour a toutefois autorisé l'Allemagne à porter l'affaire au fond et à voir les États-Unis déclarés responsables pour la non-exécution de l'ordonnance⁶⁸. C'est une possibilité que nulle autre juridiction n'aurait pu offrir.

Au-delà du symbole, la permanence joue comme un facteur de *continuité* dans l'activité judiciaire de la Cour⁶⁹. La même Cour est amenée à trancher

⁶¹ Cesare P.R. Romano, « The proliferation of international judicial bodies : the pieces of the puzzle » (1999) 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 709 à la p. 713.

⁶² Robert Y. Jennings, « The differences between conducting a case in the ICJ and in an *ad hoc* arbitration tribunal : an inside view » dans Ando Nisuke *et al.*, dir., *supra* note 34 à la p. 894.

⁶³ Shabtaï Rosenne, *The law and practice of the International Court*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1997 à la p. 13.

⁶⁴ Cité par Mohamed Shahabuddeen, « The World Court at the turn of the century » dans Alexander S. Muller *et al.*, dir., *supra* note 36 à la p. 6.

⁶⁵ Robert Y. Jennings, « The 'World Court' is necessarily a regional court » dans Daniel Bardonnnet, dir., *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe : perspectives d'avenir*, Dordrecht, Martinus Nijhoff (Collection de l'Académie de droit international de La Haye), 1991, 305 à la p. 309 [Jennings, « The World Court »].

⁶⁶ Voir Robert Y. Jennings, « The role of the International Court of Justice » (1997) 68 B.Y.I.L. 1 à la p. 57 [Jennings, « The role of the ICJ »]; Richard Bilder, « International dispute settlement and the role of international adjudication » dans Lori F. Damrosch, dir., *The International Court of Justice at a crossroads*, New York, Transnational Publishers, 1987, 155 aux pp. 173-175.

⁶⁷ *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance en indication de mesures conservatoires, [1999] C.I.J. rec. 9.

⁶⁸ *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 2001, [2001] C.I.J. rec. 465 au para. 128.

⁶⁹ Voir Grant Gilmore, « The International Court of Justice » (1946) 55 Yale L.J. 1049 aux pp. 1050-1051.

successivement différents litiges, sur la base de règles prédéfinies et d'une « tradition judiciaire » qu'elle développe au fil de ses décisions. Certes les décisions de la Cour ne possèdent qu'une autorité *relative* de la chose jugée en ce que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »⁷⁰. Formellement, elles n'ont pas valeur de précédent (*stare decisis*). Mais régulièrement, si ce n'est systématiquement, la Cour internationale se réfère de façon précise à sa « jurisprudence constante » en n'hésitant pas à citer des passages entiers de ses décisions antérieures. Si bien qu'une logique de cohérence, de continuité et de sécurité juridique sous-tend les raisonnements et les conclusions de la Cour et l'on peut parler d'une véritable « jurisprudence » de la Cour internationale de Justice, construite sur la base d'arrêtés et d'avis dont le rayonnement juridique, et non seulement scientifique, déborde les frontières du cas d'espèce. Ainsi, donc, la Cour peut-elle contribuer de façon significative au développement du droit international et non seulement régler des différends concrets⁷¹, là où les tribunaux arbitraux *ad hoc*, éphémères par nature, sont sans lien avec ceux qui les précèdent et ceux qui doivent les suivre, et sont ainsi, théoriquement, incapables de générer traditions et jurisprudence⁷².

On pourrait encore mentionner les coûts bien moindres engagés au titre d'une procédure devant la Cour, où les dépenses de justice sont assumées par les Nations Unies, qu'au titre d'une procédure arbitrale, où tous les frais sont à la charge des parties⁷³. Nous ne nous y attarderons pas. La preuve est déjà faite que la permanence représente en principe plus que le symbole. C'est un élément qui, dans l'esprit des pères fondateurs, doit consacrer l'autonomie institutionnelle de la Cour, au même titre que la généralité de sa compétence.

2. LA COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE LA COUR

La seconde caractéristique fondamentale de cette institution judiciaire permanente réside donc dans sa compétence générale et universelle.

Le *Statut* de la Cour dispose à cet effet que « la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront »⁷⁴ et également que sa mission est « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis »⁷⁵ [nos italiques]. Ni la *Charte* ni le *Statut* de la Cour ne prévoient de

⁷⁰ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 59.

⁷¹ Sur cette « manière de concevoir la tâche de la Cour », voir par exemple l'opinion individuelle du Juge Jessup dans l'arrêt rendu par la Cour à l'occasion de l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 4 aux pp. 162-164.

⁷² Politis, *supra* note 13 à la p. 128.

⁷³ Sur ce point, voir Chittharanjan F. Amerasinghe, *Jurisdiction of international tribunals*, La Haye/, Kluwer Law International, 2003 aux pp. 28-29. Devant la CIJ, les parties n'ont pas à payer les juges, dont le traitement est versé par les Nations Unies. Cela peut donc réduire considérablement le coût d'une action en justice, qui reste cependant élevé du fait des frais engendrés par l'engagement des conseils et avocats.

⁷⁴ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 36 (1).

⁷⁵ *Ibid.* à l'art. 38 (1).

limitation géographique ou matérielle à sa compétence. Ainsi, et comme le souligne Sir Robert Jennings, « the jurisdiction of the International Court of Justice is without any regional restriction; it is a World Court. Nor is it restricted as to subject-matter in its contentious jurisdiction »⁷⁶.

En conséquence, et dès lors qu'elle est satisfaite qu'existe, au moment où elle est saisie, « un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties »⁷⁷ et que les États concernés ont consenti à lui soumettre leur différend, la Cour est compétente pour connaître de *toute question* y afférente.

La Cour a maintes fois entendu rappeler le caractère général de sa compétence. On pensera, par exemple, à l'affaire des *Essais nucléaires* où, dès lors qu'était établie l'existence d'un différend entre les parties, elle a déclaré qu'elle n'avait pas « la faculté de choisir parmi les affaires qui lui sont soumises celles qui lui paraissent se prêter à une décision et de refuser de statuer sur les autres »⁷⁸.

Elle s'est continuellement refusé à voir dans la charge politique d'un différend un motif justifiant qu'elle refuse de se prononcer. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, elle a par exemple indiqué que

nul n'a [...] jamais prétendu que, parce qu'un différend soumis à la Cour ne constitue qu'un aspect d'un différend politique, la Cour doit se refuser à résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques qui les opposent [...]; si la Cour, contrairement à sa jurisprudence constante, acceptait une telle conception, il en résulterait une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux.⁷⁹

Elle devait adopter la même attitude en matière consultative en affirmant, dans son avis visant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, que

que cette question revête par ailleurs des aspects politiques, comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de questions qui viennent à se poser dans la vie internationale, ne suffit pas à la priver de son caractère de question juridique et à enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son *Statut*.⁸⁰

À l'égard, enfin, de la question des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, elle a répété que

⁷⁶ Jennings, « The role of the ICJ », *supra* note 66 à la p. 57.

⁷⁷ *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, [1963] C.I.J. rec. 25 aux pp. 33-34.

⁷⁸ *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 au para. 57.

⁷⁹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis c. Iran)*, [1980] C.I.J. rec. 3 au para. 37.

⁸⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 27 à la p. 225 au para. 13.

quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'États au regard des obligations que le droit international leur impose.⁸¹

En définitive, la Cour internationale jouit donc d'une compétence générale et universelle pour traiter de toute question de droit qui lui est soumise. Les vingt-quatre affaires inscrites à son rôle en 2003 viennent le confirmer. Elles proviennent en effet de toutes les parties du monde puisque quatre d'entre elles opposent des États africains, une des États asiatiques, onze des États européens et trois des États latino-américains, tandis que six ont un caractère intercontinental⁸². Elles ont par ailleurs trait à des objets aussi variés que des différends territoriaux, le traitement des nationaux à l'étranger, l'explosion d'aéronefs civils, la destruction de plates-formes pétrolières, la commission de crimes de génocide, l'emploi de la force pour raisons humanitaires, l'agression armée, sans oublier bien sûr les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé.

C'est là, donc, l'élément venant sceller l'autonomie institutionnelle de la Cour internationale de Justice. Permanente, universelle, générale, la Cour de La Haye est toujours là pour ceux qui désirent s'en servir afin de dénouer toute question juridique, même la plus éminemment politique.

Mais ce n'est pas tout. Dans l'ordre international, comme en droit interne, « à l'autonomie institutionnelle du judiciaire répond [...] son autonomie méthodologique »⁸³.

B. L'autonomie méthodologique de la Cour

Il ne suffit pas, pour comprendre le rôle de la Cour internationale de Justice, de souligner sa permanence et la généralité de sa compétence. Ce qui la distingue plus encore des autres institutions, c'est sa *méthode* de règlement pacifique des différends. À deux égards au moins, la justice rendue par la Cour n'est en principe assimilable à aucune autre.

⁸¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cmwp/cmwpframe.htm>>.

⁸² Cour internationale de Justice, *Rapport annuel de la Cour internationale de Justice à l'Assemblée générale des Nations Unies – 1^{er} août 2002 - 31 juillet 2003*, Doc. Off. AG NU, 58^e sess., supp. n° 4, Doc. NU A/58/4/Corr.1 (2003) au para. 10.

⁸³ François Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove et François Ost, dir., *supra* note 5 à la p. 57.

1. LA VISÉE DU SYLLOGISME JUDICIAIRE : TRANCHER DÉFINITIVEMENT LE DIFFÉREND

L'article 33 de la *Charte* des Nations Unies affirme avec force l'obligation de résoudre les conflits par des moyens pacifiques. Il ne contient pour autant aucune obligation pour les États de faire usage d'une modalité particulière. Il se contente de dresser une liste non exhaustive des modes de règlement pacifique des différends sans en imposer un en particulier⁸⁴. Il dispose que « les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organisations ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix ».

Nombreux sont les éléments qui permettent de définir et d'identifier les différents modes de règlement des litiges internationaux. On a parfois suggéré une classification fondée sur l'opposition entre procédés juridiques et procédés politiques. On a plus souvent distingué les procédés juridictionnels et les procédés non juridictionnels. Ces nomenclatures ne sont pas, loin s'en faut, dénuées d'intérêt. Elles ont le mérite de la simplicité et de la clarté. Elles passent toutefois largement sous silence ce qui, à nos yeux, est l'élément distinctif déterminant entre tous ces procédés de résolution des litiges : l'objet et le but de la procédure engagée entre les parties.

L'expression « règlement pacifique des différends », qui englobe tous ces procédés, peut en effet laisser croire à une certaine identité dans l'objectif poursuivi. Il n'en est pourtant rien. Selon qu'il sera négociateur, médiateur, conciliateur, arbitre ou juge, le tiers chargé de « régler le différend » cherchera la solution au différend de diverses manières.

La négociation, « degré minimum de l'obligation de régler pacifiquement les différends internationaux »⁸⁵, vise *l'entame et la poursuite de discussions* entre les parties en vue d'arriver à des accords⁸⁶. C'est, nous y reviendrons, la technique de droit commun et elle constitue le moyen principal, complet et universel, pour régler un différend⁸⁷.

Les bons offices consistent en une intervention modeste et limitée d'un tiers, visant à *proposer des bases de négociations*, un « canal de communication entre les parties », sans jamais toutefois que le tiers lui-même ne contribue aux négociations. Ils se distinguent de la médiation, technique voisine, où le tiers prend cette fois une

⁸⁴ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit International Public*, 7^e éd., L.G.D.J., Paris, 2003 aux pp. 822-823.

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 828.

⁸⁶ Voir *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne* (1931), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér.A/B) n° 41 à la p. 116.

⁸⁷ Voir Grigore Geamanu, « Les négociations. Moyen principal du règlement pacifique des différends internationaux » dans Jerzy Makarczyk, dir., *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, 361 à la p. 387.

part active à la négociation et *suggère des solutions de sa propre initiative*⁸⁸. Sans chercher à imposer une solution, le médiateur vise le rapprochement des points de vue.

La conciliation procède déjà d'un objectif plus ambitieux puisque la commission de conciliation examine en principe les faits et étudie le litige dans tous ses aspects afin de définir les termes d'un arrangement susceptible d'être accepté par les parties⁸⁹. La tâche est donc d'*élucider les questions en litige et d'exposer aux parties les termes d'un arrangement convenable*, au terme d'une procédure souvent contradictoire.

Demeurent enfin les procédés dits « juridictionnels », qui se distinguent des procédés susmentionnés en ce qu'ils conduisent à une solution imposée – nous dirons plutôt imposable – aux parties en litige. Les deux procédés juridictionnels sont bien connus. Il s'agit du règlement arbitral, d'une part, et du règlement judiciaire, d'autre part. On a pu dire à l'occasion, et en grossissant un peu les traits, qu'il n'existe aucune grande différence entre arbitrage et règlement judiciaire des différends⁹⁰. Nous verrons plus loin que cette affirmation relève d'une certaine réalité empirique. Elle ignore toutefois que ces deux procédés font écho à des traditions et à des objectifs sensiblement différents.

L'arbitrage, qui précède historiquement le règlement judiciaire, est en effet fortement marqué par une logique pragmatique favorisant des solutions transactionnelles, acceptables au mieux par les États souverains, et fondées, si ce n'est en théorie, du moins en pratique, sur un certain compromis entre prétentions opposées.

Le juge, pour sa part, met fin au différend sans chercher à « gommer les différences »⁹¹ et avec, comme visée ultime, la justice internationale. Ses décisions sont en principe « de véritables arrêts de justice exprimant la conscience juridique universelle »⁹². Ce faisant « le juge tranche : sa fonction est de décision et d'adjudication : donnant raison à l'un, il donne tort à l'autre [...]. Il ne lui revient ni de conseiller les parties sur la conduite à tenir, ni de prévoir des difficultés ultérieures, ni d'exercer une mission de médiation ou de bons offices »⁹³ [nos italiques]. En théorie, l'issue de la procédure judiciaire est inflexible : « une partie gagne, une partie perd »⁹⁴.

⁸⁸ Voir « Bons offices » dans Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p. 135.

⁸⁹ Voir Institut de droit international, *La conciliation internationale*, (1961), à l'art. 1, en ligne : <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1961_salz_02_fr.pdf>.

⁹⁰ Ian Brownlie, « Arbitration and international adjudication : comments on a paper by Judge Manfred Lachs » dans Alfred H.A. Soons, dir., *International arbitration: past and prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, 55 à la p. 56.

⁹¹ Denis Alland, dir., *Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 2000 à la p. 493.

⁹² Politis, *supra* note 13 à la p. 19.

⁹³ Ost, *supra* note 83 à la p. 45.

⁹⁴ Bilder, *supra* note 66 à la p. 170.

C'est cette logique qui doit animer, dans l'imaginaire d'après-guerre, la Cour internationale de Justice, organe *judiciaire* principal des Nations Unies. Les juges de La Haye ne sont ni administrateurs ni gestionnaires des différends internationaux. Ils en sont les *liquidateurs*. Et les décisions judiciaires de la Cour tirent leur autorité « non pas du fait qu'elle[s] s'adapte[nt] bien aux exigences d'une situation particulière et momentanée, mais de ce qu'elle[s] repose[nt] sur des raisons qui ont une valeur générale en dehors du cas concret et une force conclusive pour tous »⁹⁵. La Cour permanente de Justice internationale l'a exprimé de façon très nette : le jugement « est destiné à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes [...] en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion »⁹⁶.

Cette *liquidation* définitive du différend se fait donc, en principe, sans compromis et par la seule application systématique et dogmatique du droit international.

2. LA MAJEURE DU SYLLOGISME JUDICIAIRE : LA RÈGLE DE DROIT

La logique judiciaire, nous dit François Ost, est « articulée autour de chaînes de syllogismes dont la loi représente la majeure, les données de fait la mineure et le dispositif du jugement, la conclusion »⁹⁷. On considère que le jugement est porteur de « vérité » (*res judicata pro veritae habetur*) et que l'activité judiciaire n'emporte aucune « pondération » des intérêts en vigueur mais plutôt une « administration impartiale du droit »⁹⁸.

Le juge en général, et le juge international en particulier, est donc avant tout un « technicien de l'application du droit ». Sa démarche judiciaire ne laisse en principe place à aucune considération métajuridique d'opportunité⁹⁹. Il serait bien entendu extrêmement réducteur de limiter le rôle du juge à une simple application mécanique du droit. Par un travail d'interprétation « globale et diachronique » de la règle de droit, tendant à trouver l'intelligence historique et juridique d'un principe, le juge ne se contente pas de *dire* ou de *lire* le droit, il le *détermine* en grande partie. Il n'est point un simple *phonographe* mais un véritable ingénieur ou « ministre » du sens¹⁰⁰.

⁹⁵ *Échange des populations grecques et turques*, « Discours prononcé par le Président Max Huber lors de l'ouverture de la deuxième période présidentielle », *supra* note 7 à la p. 18.

⁹⁶ *Interprétation des arrêts n. 7 & 8 (Usine de Chorzow)* (1927), C.P.J.I (sér. A) n° 13 à la p. 20.

⁹⁷ Ost, *supra* note 83 à la p. 40.

⁹⁸ Jennings, « The role of the ICJ », *supra* note 66 à la p. 39.

⁹⁹ Mohammed Bedjaoui, « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice » dans Laurence Boisson de Chazourmes et Vera Gowlland-Debbas, dir., *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : liber amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Nijhoff, 2001, 563 à la p. 563.

¹⁰⁰ François Rigaux, « Le juge, ministre du sens » dans *Justice et argumentation : essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1986 aux pp. 79-95.

Demeure toutefois l'idée de la « suprématie du droit » en matière judiciaire, en ce sens que la justice y est rendue en droit strict, là où l'arbitrage est largement imprégné de considérations extrajuridiques¹⁰¹.

La CIJ fait largement droit à ce particularisme judiciaire. De par son *Statut*, elle règle en effet les différends « conformément au droit international »¹⁰². La Cour a eu maintes fois l'occasion de le rappeler, comme en l'affaire de la *Namibie* où, après que l'Afrique du Sud eut estimé que la Cour devait refuser d'exercer sa compétence en raison des pressions politiques auxquelles elle aurait été soumise, elle a fermement réfuté l'argument sud-africain en rappelant qu'elle « ne se prononce que sur la base du droit, indépendamment de toute influence ou de toute intervention de la part de quiconque, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle confiée à elle seule par la Charte et son Statut »¹⁰³ [nos italiques].

Certes, le *Statut* n'exclut pas la faculté, moyennant l'accord des parties, d'un règlement *ex aequo et bono*, autorisant à écarter la règle de droit au profit d'une solution fondée sur le sentiment de ce qui est « égal et bon », autrement dit de ce qui est « juste »¹⁰⁴. Cette possibilité offerte aux parties n'a toutefois jamais été mise œuvre à ce jour. Elle n'a en outre été imaginée que pour faire face aux situations où la Cour serait confrontée à des lacunes en droit international, conjecture parfaitement hypothétique aujourd'hui.

Ainsi, la Cour tranche-t-elle en droit les différends qui lui sont soumis, sans se laisser influencer par les considérations ou mobiles politiques qui forment l'arrière-plan du tableau. Son travail se caractérise en principe par la rigidité de la référence à la norme de droit en tant que prémisses majeure de sa décision et un refus systématique d'intégrer dans son analyse des éléments de conciliation ou de négociation¹⁰⁵. « Ici toute balance des forces, tout opportunisme, tout marchandage sont exclus » déclarait Max Huber lors de l'ouverture de sa deuxième période présidentielle à la Cour permanente de Justice internationale¹⁰⁶. En somme, la Cour constitue, pour reprendre les propos quelque peu lyriques de l'illustre ancien président, une institution où « seuls comptent l'impartialité, la justice et le droit [...] dans un monde trop souvent dominé par les seules nécessités politiques, par l'opportunisme, par la ruse et la violence »¹⁰⁷.

¹⁰¹ Voir Daniel Bardonnnet, « Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel des différends interétatiques », *supra* note 58 à la p. 742.

¹⁰² *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 38.

¹⁰³ *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. 3 au para. 29.

¹⁰⁴ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 38 (2). Voir sur ce point Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2000 à la p. 329.

¹⁰⁵ Remisguisz Bierzanek, « Some remarks on the function of international courts in contemporary world » (1975) 7 *Polish Y.B Int'l L.* 121 à la p. 128.

¹⁰⁶ *Échange des populations grecques et turques*, « Discours prononcé par le Président Max Huber lors de l'ouverture de la deuxième période présidentielle », *supra* note 7 à la p. 18.

¹⁰⁷ *Ibid.*

Reposant sur les deux piliers que sont la justice, élément moral, et la logique juridique, élément rationnel, la Cour s'élève donc « au-dessus de la mêlée où s'affrontent les intérêts et les passions des hommes, des partis, des classes, des nations et des races »¹⁰⁸ et ne connaît ni de grands, ni de petits États, simplement des États égaux en droit. La pratique de la Cour nous en offre quelques exemples éclatants lorsque, par exemple, les juges donnent raison, sur la base du droit international, à Nauru face à l'Australie¹⁰⁹ ou au Nicaragua face aux États-Unis¹¹⁰.

Dans sa dimension institutionnelle autant que dans sa dimension méthodologique, la Cour est donc créée en 1945 comme une institution inédite qui répond à un modèle de règlement judiciaire des différends que nulle autre juridiction n'incarne aussi bien. Un exemple illustrera peut-être mieux que tout autre développement ce qui distingue théoriquement la Cour internationale de Justice des autres tribunaux internationaux : son emblème. Que le lecteur veuille bien se donner la peine de comparer le cachet de la Cour internationale de Justice et celui de la Cour permanente d'arbitrage. La Cour internationale de Justice est ornée d'un blason représentant Thémis, déesse de la justice, siégeant sur son trône, porteuse de la balance et du rameau d'olivier, et surplombant les deux hémisphères du globe terrestre. Pour sa part, la Cour permanente d'arbitrage est affublée d'un cachet représentant deux princes, chacun porteur du glaive et du rameau d'olivier, pactisant sur le parvis du Palais de la Paix, par une poignée de main scellant le règlement de leur différend. Le tout sous l'œil omniprésent de la Providence. On voit bien que dans un cas, la Justice est le fait exclusif d'un tiers mystique qui répand son bienfait sur Terre, tandis que dans l'autre, la paix entre les princes est le fait, non pas d'un tiers indépendant mais des princes eux-mêmes, et de leur transaction.



CACHET DE LA CPA



CACHET DE LA CIJ

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)* (exceptions préliminaires), [1992] C.I.J. rec. 240.

¹¹⁰ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 14.

Seconde partie

Au-delà du fantasme légitime : l'arbitralisation de la Cour internationale de Justice

La Cour a été imaginée, puis créée, comme une institution quasi sacerdotale à côté de laquelle l'arbitrage et les autres modes de règlement des différends « apparaissent comme des espèces d'arts mineurs »¹¹¹. Mais l'on doit se demander si ce fantasme, légitime, d'une instance judiciaire capable de tuer la guerre par le droit n'appartient pas, en fait, et pour emprunter les termes de François Rigaux, aux « vaches sacrées de la philosophie spontanée des juristes »¹¹². Près de soixante années de pratiques semblent en effet révéler un décalage certain entre cette vision quasi fantasmatique de la Cour mondiale et sa réalité concrète. Véritable cour de justice, tribunal fondé sur le droit et non l'opportunité, dans l'esprit de ses créateurs, elle paraît aujourd'hui constituer un modèle – unique à ce jour – d'hybride juridictionnel mis au service, sous l'impulsion conjointe de ses justiciables et de ses juges, d'une justice transactionnelle plus modeste et discrète, mais nous croyons plus significative, que sa grande soeur Justice – avec un grand « J » – désincarnée et indifférente aux conséquences politiques de sa décision.

Cette arbitralisation de la Cour prend forme en premier lieu du point de vue institutionnel. À y regarder de plus près, on se rend bien compte que la CIJ n'est pas cette juridiction idéale « installée dans une tour d'ivoire » que l'on croit parfois deviner, mais plutôt un *tribunal métis*, pas complètement arbitral mais pas tout à fait judiciaire, à la croisée de deux chemins en somme (I).

L'arbitralisation est également méthodologique. Aussi singulière que soit l'institution, elle n'est en effet aucunement restée « retranchée derrière les barricades de son droit international »¹¹³ et a développé sa politique judiciaire dans un souci croissant de ne jamais ignorer le caractère multidimensionnel du maintien de la paix ni le caractère subsidiaire de sa fonction. Au dogmatisme juridique que semble appeler de prime abord le paradigme judiciaire, la Cour a préféré un pragmatisme salutaire qui, parce qu'il répond au désir – jamais vraiment démenti – des États de conserver un certain degré de contrôle sur « leurs » différends, n'éloigne pas les justiciables de son prétoire et contribue à la diffusion du droit international dans une communauté internationale encore largement « relationnelle » (II).

Parler d'arbitralisation, comme nous le faisons, ne revient en rien à gommer purement et simplement les différences susmentionnées entre la Cour et le règlement arbitral. Nous suggérons seulement un rapprochement sensible entre le travail de la Cour et l'arbitrage, mais jamais une confusion définitive entre les genres. À bien des égards, nous le verrons, la Cour conserve une singularité qui, aujourd'hui encore, fait d'elle une institution unique.

¹¹¹ Prosper Weil dans Société française pour le droit international, dir., *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, supra note 11 à la p. 93.

¹¹² François Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997 à la p. 8.

¹¹³ Mohammed Bedjaoui, « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice », supra note 99 à la p. 573.

Parler d'arbitralisation ne revient pas, non plus, à suggérer la survenance d'un phénomène nouveau et parfaitement inédit. Statutairement, nous le verrons, et en grande partie à cause de certaines données irrépessibles de la collectivité internationale, la Cour était d'emblée prédisposée à fonctionner différemment du tribunal idéal qu'on a imaginé pendant la première moitié du XX^e siècle. Nous le mentionnions plus haut, cette évolution était donc, en quelque sorte, « génétiquement programmée ». Mais l'arbitralisation n'est pas le fait exclusif de ces dispositions statutaires. Elle s'est traduite également au fil des années par des amendements procéduraux et une politique judiciaire qui ne sont nullement prédéterminés par la *Charte* des Nations Unies ou le *Statut* de la Cour. L'arbitralisation ne se réduit donc pas simplement au décalage, presque évident, entre l'image idéalisée de la Cour et sa nature véritable, entre la théorie et la réalité. C'est également une construction prétorienne qui s'est discrètement, mais assurément, développée dans la pratique de la Cour.

I. La Cour comme hybride juridictionnel : l'arbitralisation institutionnelle de la CIJ

Ce qui distingue théoriquement le règlement judiciaire du règlement arbitral des différends c'est, rappelons-le, essentiellement, et en premier lieu, un élément de nature institutionnelle. On admet en principe que le règlement judiciaire est le fait d'une institution préétablie par un acte international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement, tandis que l'arbitrage est conduit par un organe spécial constitué pour statuer sur un différend particulier. Dans son manuel sur le règlement pacifique des différends entre États, le bureau des affaires juridiques des Nations Unies souligne qu'arbitrage et règlement judiciaire sont *structurellement* différents en ce sens que « l'arbitrage est établi par le consentement mutuel des parties à un différend spécifique, sur lequel ces dernières conservent un contrôle considérable par la nomination des arbitres de leur choix. En revanche, le règlement judiciaire est le fait de cours ou tribunaux internationaux dont la composition n'est pas soumise au même contrôle de la part des parties »¹¹⁴ [notre traduction].

Ainsi, ce sont la permanence de l'institution et l'absence d'influence des parties sur la composition, et plus largement le travail, du tribunal qui constituent la « noblesse » de l'institution judiciaire. On ne peut pourtant manquer de remarquer que, à propos de l'un et l'autre de ces critères, la Cour internationale de Justice n'est pas, loin s'en faut, en nette opposition avec l'arbitrage.

A. La fausse permanence de la Cour

La permanence de la Cour internationale de Justice n'est, chose surprenante, nulle part véritablement discutée. Le symbole que représentent les quinze juges,

¹¹⁴ United Nations Office of Legal Affairs, *Handbook of the peaceful settlement of disputes between States*, Nations Unies, New York, 1992 à la p. 55.

siégeant, une fois élus, de façon permanente au Palais de la Paix est fort. On doit pourtant dépasser le symbole et s'interroger sur ce qui fait véritablement la permanence d'une institution.

La permanence, c'est, dans sa définition restrictive, la *continuité*, par opposition à ce qui est occasionnel, temporaire ou intermittent¹¹⁵. De ce point de vue, nul doute que la CIJ est permanente. Comme nous l'exposons plus haut, « la Cour reste toujours en fonction »¹¹⁶, elle « est toujours là »¹¹⁷ et demeure, exception faite des vacances judiciaires, continuellement en activité. C'est bel et bien une juridiction préétablie et préformée par rapport aux litiges.

Mais la permanence c'est bien plus que la seule continuité. C'est aussi, et surtout, la marque d'un organe *compétent pour traiter systématiquement de tout différend qu'une partie habilitée à ce faire lui soumet*. La véritable permanence d'un tribunal, c'est donc, ou ce devrait être, celle qui a trait à sa *compétence juridique* et non pas seulement à sa *constitution organique*.

Or, et il est à peine besoin de le rappeler, la Cour internationale de Justice n'a été affublée, au moment de sa création, d'aucune compétence obligatoire et automatique **(1)**. Une telle hypothèse n'a jamais été totalement et définitivement écartée. Le mécanisme de la clause facultative de juridiction obligatoire a été introduit dans le *Statut* de la Cour afin d'assurer, à terme, une compétence véritablement universelle et une permanence avérée à la CIJ. Mais ce souhait est resté largement lettre morte **(2)**. De fait, sa capacité à trancher un différend donné est, tout autant que pour les tribunaux arbitraux, conditionnée à l'existence conjointe du consentement des parties à le lui soumettre.

1. L'ABSENCE DE COMPÉTENCE OBLIGATOIRE AUTOMATIQUE

C'est un principe général « mille fois répété et réaffirmé qui veut que la Cour n'est compétente pour régler un différend entre États que pour autant que ces derniers le souhaitent et y ont consenti »¹¹⁸. Au risque d'être redondant, rappelons toutefois les données du problème.

En 1920, la proposition d'une juridiction obligatoire automatique pour la Cour permanente de Justice internationale, de la part du Comité de juristes chargé d'en rédiger le *Statut*, s'est heurtée à l'hostilité et à l'opposition vigoureuse des grandes puissances négociatrices, en particulier la France, l'Italie et le Royaume-

¹¹⁵ Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960 à la p. 445.

¹¹⁶ *Statut de la Cour internationale de Justice*, supra note 8 à l'art. 23 (1).

¹¹⁷ Jennings, « The World Court », supra note 65 à la p. 309.

¹¹⁸ Prosper Weil, « Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu : à propos de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada) » dans Calixto A. Armas Barea, dir., *Liber amicorum "in memoriam" of Judge José Mariá Ruda*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 157 à la p. 157.

Uni¹¹⁹. Lorsque, en 1945, la question est à nouveau à l'ordre du jour, c'est cette fois les États-Unis et l'U.R.S.S. qui s'y opposent, bien que le Comité des juristes fût, dans sa majorité, favorable à la compétence obligatoire automatique¹²⁰.

Ainsi la compétence de la Cour est-elle *facultative*. La Cour ne sera compétente pour connaître d'un litige qu'à la condition que les parties y aient consenti par voie de compromis, soit qu'elles aient introduit dans un traité une clause compromissoire renvoyant à la CIJ tout différend ayant trait à l'interprétation ou l'application de l'accord, soit qu'elles aient convenu bilatéralement de reconnaître une compétence à la Cour pour un différend déjà existant¹²¹.

Le principe de la compétence facultative a été rappelé systématiquement et en termes catégoriques par les deux Cours : « la juridiction de la Cour dépend de la volonté des parties »¹²² ; « la juridiction n'existe que dans les termes où elle est acceptée »¹²³ ; « la Cour ne peut pas exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier »¹²⁴.

Certes, la Cour possède la « compétence de sa compétence » (*kompetenz kompetenz*). En vertu de son *Statut*, « en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide »¹²⁵. Elle l'a d'ailleurs exprimé dans l'affaire de la *Compétence en matière de Pêcheries (Espagne c. Canada)* : « Établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties ; elle est du ressort de la Cour elle-même »¹²⁶. Mais il s'agira toujours de déterminer « s'il existe une volonté des parties de lui conférer juridiction »¹²⁷. Et dans l'exercice de sa *kompetenz kompetenz*, la Cour « recherche avec un soin scrupuleux le fondement de ses pouvoirs dans l'assentiment des parties à l'exercice de sa juridiction »¹²⁸.

Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian*, le Juge Alvarez a développé dans sa dissidence une théorie générale très libérale de la compétence de la Cour. Il suggère, en se fondant aussi bien sur « l'esprit de la Charte » que sur les « principes généraux du droit des gens », que limiter la compétence de la Cour aux cas où les parties ont accepté sa juridiction serait un « non-sens ». Selon lui, la combinaison de la position statutaire de la Cour, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, et de l'obligation universelle de règlement pacifique des différends force à conclure que chaque État est lié par une obligation générale de soumettre ses différends à la CIJ, sans qu'il y ait lieu « de distinguer si le plaignant ou si l'État contre lequel la réclamation est dirigée a accepté ou non la juridiction de la Cour ». S'il en était

¹¹⁹ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 6^e éd., 1999 à la p. 858.

¹²⁰ Michel Dubisson, *La Cour internationale de Justice*, Paris, L.G.D.J., 1964 à la p. 145.

¹²¹ Voir Loïc-Charles Marion, « La saisine de la CIJ par voie de compromis » (1995) 99 R.G.D.I.P. 257.

¹²² *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (1928) C.P.J.I. (sér. A) n° 15 à la p. 22.

¹²³ *Affaire des phosphates du Maroc*, (1936) C.P.J.I. (sér. A) n° 28 à la p. 18.

¹²⁴ *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis)*, [1954] C.I.J. rec. 11 à la p. 32.

¹²⁵ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 36 (6).

¹²⁶ *Compétence en matière de Pêcheries (Espagne c. Canada)*, [1998] C.I.J. rec. 432 au para. 37.

¹²⁷ *Ibid.* au para. 38.

¹²⁸ Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953 à la p. 412.

autrement, ajoute-t-il, « cette Cour ne serait alors, en réalité, qu'une Cour internationale d'arbitrage »¹²⁹.

C'est là sans nul doute une proposition très séduisante. Elle n'est toutefois suggérée nulle part dans la lettre de la *Charte* et, si forte qu'ait été l'aspiration à plus de justice dans les relations internationales en 1945, il ne semble pas que l'« esprit » de la *Charte* comprenne véritablement un dépassement de l'axiome fondamental de la souveraineté ni la possibilité d'outrepasser le refus de certains de ses membres, permanents de surcroît, de se voir juger sans leur consentement. Elle n'a, de ce fait, reçu aucune consécration en droit positif.

Demeure donc le principe insurmontable de la compétence facultative de la Cour internationale de Justice, principe que le mécanisme de la clause facultative de juridiction obligatoire n'a jamais vraiment remis en cause.

2. L'ÉCHEC DE LA CLAUSE FACULTATIVE

En l'absence d'une règle préétablie dans la *Charte* accordant juridiction obligatoire à la Cour, les rédacteurs de la *Charte* espéraient que les États, de leur propre chef, finiraient tous par lui reconnaître compétence générale et universelle, par voie conventionnelle ou de façon unilatérale. C'est dans cet espoir que fut en particulier créé le mécanisme de la clause facultative de juridiction obligatoire.

Au terme de l'article 36 (2) du *Statut* de la Cour internationale de Justice, reproduction fidèle de la clause correspondante du *Statut* de la CPJI, « les États parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ». Le *Statut* de la Cour offre donc à chaque État la « faculté » de reconnaître à l'avance la compétence obligatoire de la Cour pour tout différend juridique l'opposant à un autre État ayant fait pareille déclaration. Cette formule, donc, « obvie, en son principe, au volontarisme de la juridiction, en conviant, par une manière de pollicitation, à un engagement indéterminé de se soumettre à la CIJ »¹³⁰.

Aux yeux du Comité de rédaction de la *Charte*, « it is confidently anticipated that the jurisdiction of this tribunal will be extended as times go on, and past experience warrants the expectation that its exercise of this jurisdiction will commend a general support »¹³¹. Ainsi, et comme l'a indiqué le Juge Schwebel, l'idée était que « si la plupart des États venaient progressivement à adhérer au mécanisme de la clause facultative [...] la Cour atteindrait, pas-à-pas, cette compétence générale que les grandes puissances jugeaient prématurée »¹³² [notre traduction]. On place donc

¹²⁹ *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire)*, [1952] C.I.J. rec. 92 aux pp. 130-135.

¹³⁰ Verhoeven, *supra* note 5 à la p. 449.

¹³¹ United Nations Conference on International Organization, Doc. 913 IV/1/74 (1), 393 (1945).

¹³² Stephen M. Schwebel, « Reflections on the role of the International Court of Justice » (1986) *World Law Review* 1054 à la p. 1065.

beaucoup d'espoir dans ce « havre de légalité »¹³³ qui doit marquer « l'étape ultime du chemin parcouru sur la voie de la juridiction obligatoire »¹³⁴.

On doit pourtant se résoudre à constater qu'après un début prometteur¹³⁵, la formule n'a pas rencontré le succès escompté. Seuls soixante-trois États adhèrent aujourd'hui au système de la clause facultative. Sur les cinq membres permanents du Conseil de sécurité, seul le Royaume-Uni a souscrit à la déclaration facultative. La France et les États-Unis ont dénoncé leur acceptation de juridiction obligatoire respectivement en 1974 (après l'ordonnance du 22 juin 1973 dans l'affaire des *Essais nucléaires*) et en 1985 (après l'arrêt du 26 novembre 1984 dans l'affaire du *Nicaragua*). La Chine et la Russie, pour leur part, n'y ont jamais souscrit.

Les clauses facultatives sont de plus presque toujours accompagnées d'un grand luxe de précaution. Des réserves majeures, telle la clause Connally, soustrayant à la compétence de la Cour les différends relevant de la compétence nationale américaine, telle que définie par les États-Unis eux-mêmes¹³⁶, réduisent considérablement la portée du mécanisme, au point, diront certains, de « saper ce qui est la raison d'être même du système de la clause facultative »¹³⁷.

Théoriquement, seule une poignée d'États peut donc être atraite devant la Cour par voie de citation directe. Et l'insuccès du mécanisme de la clause facultative nous renvoie invariablement au « rêve non réalisé de la juridiction permanente »¹³⁸.

L'idée d'une compétence obligatoire et automatique de la Cour, consubstantielle à la permanence de l'institution, demeure donc encore à l'état d'« icône conceptuelle »¹³⁹ puisque la condition essentielle de l'existence de la justice internationale, devant la Cour internationale comme ailleurs, reste le consentement des États¹⁴⁰.

Et la persistance d'un élément synallagmatique de compromis à la base de la compétence juridictionnelle de la CIJ est un élément fort de rapprochement avec le règlement arbitral qui, lui aussi, trouve son « fondement ultime » dans le consentement des parties¹⁴¹.

¹³³ Voir l'opinion dissidente du Juge Weeramantry dans *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 126 aux pp. 510-514.

¹³⁴ Arthur Eyffinger, *La Cour internationale de Justice : 1946-1996*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 à la p. 130.

¹³⁵ À la veille de la Seconde guerre mondiale, 54 des 59 États parties au *Statut* de la CPIJ avaient accepté la clause facultative.

¹³⁶ Voir M.A. Rague, « The reservation power and the Connally amendment » (1978) 11 N.Y.U. J'l Int'l L. & Pol. 323.

¹³⁷ Opinion dissidente du Juge Vereshchetin dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 126 à la p. 576.

¹³⁸ Claude-Albert Colliard, « Débats » dans Société française pour le droit international, dir., *La juridiction internationale permanente. Colloque de Lyon*, *supra* note 11 à la p. 90.

¹³⁹ Brownlie, *supra* note 90 à la p. 57.

¹⁴⁰ Voir Guillaume Fouda, « La justice internationale et le consentement des États » dans Kalliopi Koufa, dir., *supra* note 36 à la p. 887. On remarquera ici l'existence d'une exception notoire à ce principe : la Cour européenne de justice, qui possède une compétence obligatoire.

¹⁴¹ Santiago Torres Bernardez, « L'arbitrage interétatique » dans Daniel Bardonnnet, dir., *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe : perspectives d'avenir*, *supra* note 65 à la p. 205.

Assurément, l'instauration d'un système généralisé de juridiction obligatoire eût été, et est toujours, prématurée et ne servirait guère la cause de la paix puisque, comme nous l'enseigne Alain Pellet, l'expérience démontre que la Cour « contribue bien plus efficacement à l'apaisement des tensions lorsqu'elle est saisie par compromis que par voie de requête »¹⁴². Bien souvent, des réactions que l'on a qualifiées d'« hystériques »¹⁴³ ont accompagné la « poursuite » d'un État devant la Cour sans son consentement. À la non-comparution, phénomène un temps banalisé devant la Cour internationale de Justice mais qui, certainement, a atteint son point de reflux avec l'affaire du *Nicaragua*¹⁴⁴, viennent s'ajouter les retraits d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour ou la déposition de nouvelles réserves aux clauses facultatives. Mais, plus important encore, c'est la non-exécution des arrêts qui vient généralement ponctuer la procédure engagée contre un État sur la base du mécanisme de la clause facultative. Le refus du Nigeria d'évacuer ne serait-ce qu'« un pouce » de la péninsule de Bakassi au profit du Cameroun, à la suite de l'arrêt rendu par la Cour en octobre 2002, n'en constitue que l'exemple le plus récent¹⁴⁵. Ainsi, la persistance du compromis comme fondement de la compétence de la Cour, solution conservatrice s'il en est, est un facteur de respect et de mise en œuvre de ses décisions et donc, paradoxalement, d'efficacité du système¹⁴⁶.

Mais, et c'est bien là l'élément déterminant, la Cour n'est finalement pas plus permanente que certaines institutions arbitrales. On pensera notamment au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institution préformée dont les pouvoirs et la procédure sont largement prédéterminés dans la Convention de Washington de 1965, et dont la juridiction est établie, comme pour la CIJ, par l'entremise de « clauses CIRDI » introduites dans les traités ou accords relatifs aux investissements, ou par voie de compromis¹⁴⁷. On pourra même relever que, d'une certaine manière, le CIRDI, dont la nature est certes différente de celle de la Cour, est plus permanent encore que la CIJ dans la mesure où « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer

¹⁴² Pellet, *supra* note 17 à la p. 544.

¹⁴³ Antonio Remiro Brotons, « Justice among States » dans Calixto A. Armas Barea, dir., *supra* note 118 à la p. 47.

¹⁴⁴ Voir Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale », *supra* note 39 à la p. 285. Sur la non-comparution, voir notamment Ahmad Abu Al-Wafa, *La non-comparution devant la Cour internationale de Justice*, Paris, L.G.D.J., 1986 ; et Pierre-Michel Eisemann, « Les effets de la non-comparution devant la Cour internationale de justice » (1973) 19 A.F.D.I. 351.

¹⁴⁵ Voir Stephen Smith, « Le Nigeria refuse d'évacuer la péninsule de Bakassi au profit du Cameroun » *Le Monde* (15 septembre 2004), en ligne : [Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/recherche>](http://www.lemonde.fr/recherche).

¹⁴⁶ Koroma, *supra* note 36 aux pp. 440-442.

¹⁴⁷ Le compromis peut être exprimé dans un instrument unique soumettant un différend déjà constitué au Centre, ou bien par la rencontre d'une offre faite par l'État hôte dans sa législation nationale de soumettre les différends relatifs à certains investissements au Centre et de l'acceptation écrite de l'offre par l'investisseur étranger. Voir sur ce point Kathirgamar Veeragathy Sinnathurai Kathiramalai Nathan, *The ICSID Convention*, New York, Juris Publishing, 2000, à la p. 117; ainsi que International Center for Settlement of Investment Disputes, *ICSID convention, regulations and rules*, Washington, ICSID, 2003 à la p. 43.

unilatéralement »¹⁴⁸. La chose n'est pas surprenante lorsque le consentement des parties se manifeste de façon explicite dans un accord entre État hôte et investisseur. Dans cette hypothèse, l'irrévocabilité du consentement découle naturellement du principe *pacta sunt servanda*. Mais, et c'est un aspect bien plus révolutionnaire du système CIRDI, l'irrévocabilité s'applique également au consentement unilatéral d'un État hôte, exprimé dans sa législation nationale relative aux investissements, dès lors qu'un investisseur a produit une déclaration réciproque de consentement. Dans cette hypothèse, le consentement de l'État hôte est définitif et irrévocable, dans sa relation réciproque avec l'investisseur, peu importe la survenance subséquente d'un différend ou la saisine du CIRDI (auquel cas, l'État hôte n'aurait bien entendu plus le pouvoir de revenir sur son consentement)¹⁴⁹. La juridiction de la Cour internationale de Justice est bien plus aléatoire puisqu'un État peut, à tout moment, modifier ou retirer sa reconnaissance de juridiction obligatoire, sans continuer à être lié envers les États qui ont également consenti à la clause facultative de juridiction obligatoire.

On pourra objecter que le CIRDI est compétent pour trancher les différends entre États et investisseurs, tandis que la Cour n'a compétence que pour connaître des différends interétatiques. Ce serait toutefois passer à côté de l'essentiel : la Cour n'est pas plus permanente, du moins en ce qui a trait à sa compétence juridictionnelle, que le CIRDI et, plus largement, que l'arbitrage institutionnalisé.

Reste l'absence supposée d'influence des parties sur la composition de la Cour. Sur ce dernier point, encore, l'opposition franche entre le règlement judiciaire au sein de la Cour et l'arbitrage a perdu de sa pertinence au fil des années.

B. L'influence des parties sur la composition de la Cour

Le second aspect présumé incarner la dissemblance entre les deux méthodes juridictionnelles de règlement pacifique des différends est donc le choix par les parties du tiers censé trancher le litige.

La Cour se distingue en principe de l'arbitrage sur ce point puisque les juges siégeant à La Haye ne sont pas choisis par les parties mais « élus par l'Assemblée générale et par le Conseil de sécurité sur une liste de personnes présentées par les groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage »¹⁵⁰. Choisis *intuitu personae* à l'issue d'une procédure complexe¹⁵¹, les juges, ainsi que le rappelait le Juge Loder

¹⁴⁸ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965 à l'art. 25 (1), en ligne : <<http://www.jurisint.org/pub/01/fr/105.htm>> (entrée en vigueur : 14 octobre 1966).

¹⁴⁹ Voir Christoph Schreuer, *The ICSID convention : a commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 aux pp. 252-255.

¹⁵⁰ *Statut de la Cour internationale de justice*, supra note 8 à l'art. 4 (1).

¹⁵¹ Voir George Abi-Saab, « Ensuring the best bench : ways of selecting judges » dans Connie Peck et Roy S.K. Lee, dir., *Increasing the effectiveness of the International Court of Justice*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 165 aux pp. 178-188.

lors de sa séance inaugurale, « ne sont plus à nommer; ils sont là en Cour permanente »¹⁵².

Dans deux hypothèses, toutefois, les parties jouissent d'une influence véritable sur la composition de la Cour et donc supposément, puisque l'idée est encore largement répandue, nous le mentionnions plus haut, que l'issue d'une procédure juridictionnelle se joue avec le choix des hommes¹⁵³, sur l'épilogue du procès.

1. LES JUGES *AD HOC*

Au terme de l'article 31 du *Statut* de la Cour, « si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge. [...] Si la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation d'un juge de la même manière » [nos italiques].

L'institution des juges *ad hoc* a été pensée par les rédacteurs du *Statut* comme une garantie de bonne administration de la justice. Souvent, un État va juger essentiel, au moment de se présenter devant la Cour, de pouvoir désigner un de ses nationaux, plus à même que ses pairs de comprendre ses problèmes nationaux ou son système juridique¹⁵⁴. Il s'agit donc d'offrir à chaque partie une garantie que son point de vue est bien compris par les juges et que la Cour possède toutes les informations pour embrasser, dans toute sa complexité, « la psychologie des peuples dont les intérêts sont en jeu devant elle »¹⁵⁵.

Ainsi, le juge *ad hoc* joue-t-il un rôle particulier. Comme l'a souligné le Juge Lauterpacht dans son opinion individuelle sous l'ordonnance de la Cour dans l'affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, le juge *ad hoc*, bien qu'il soit soumis, dans les mêmes termes que les juges titulaires, à l'obligation d'exercer ses attributions en pleine impartialité et en toute conscience, « est spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure du possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit en fin de compte reflété – à défaut d'être accepté – dans sa propre opinion individuelle ou dissidente »¹⁵⁶.

¹⁵² Cité par Moncef Kdhir, « La méthode de travail du juge international » dans Mohammed Bedjaoui *et al.*, dir., *La méthode de travail du juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997 à la p. 20.

¹⁵³ Voir *supra* note 58.

¹⁵⁴ L'obligation de nommer un national comme juge *ad hoc*, en vigueur au temps de la CPJI, a été abandonnée en 1946. En vertu de l'article 35 (1) du *Règlement* de la Cour, « Le juge *ad hoc* peut être d'une nationalité autre que celle de la partie qui le désigne ». Dans presque la moitié des cas, des juges *ad hoc* possédant la nationalité d'États tiers ont été désignés par les parties.

¹⁵⁵ Pour les observations de José Gustavo Guerrero à propos des amendements à apporter au *Statut de la Cour internationale de Justice*, voir (1954) 45 Ann. inst. dr. int. 455 à la p. 458.

¹⁵⁶ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – Mesures conservatoires*, [1993] C.I.J. rec. 407 aux pp. 408-409.

On a beaucoup critiqué l'institution du juge *ad hoc* comme étant, à la base, en conflit avec l'idée d'une magistrature s'inspirant de considérations de droit, et non de nationalité¹⁵⁷. Partant de la simple vérité empirique selon laquelle les juges *ad hoc* votent presque automatiquement pour le point de vue de leur pays¹⁵⁸, tandis qu'un juge régulier peut très bien ne pas le faire, on a également fait valoir qu'en désirant pallier une inégalité, on en a créé une autre¹⁵⁹. On a enfin souligné le risque que feraient peser les juges *ad hoc* sur le secret du délibéré¹⁶⁰.

D'autres ont préféré insister sur une certaine réalité politique voulant que l'institution du juge *ad hoc*, en augmentant la confiance générale qu'inspire la Cour, est de nature à développer l'extension des cas de recours à la Cour¹⁶¹. Plus récemment, le Juge Schwebel, a relevé le fait que, dans bien des cas où un juge *ad hoc* a voté en faveur de son État national, il l'a fait en même temps que la majorité de la Cour, et non pas envers et contre tous. D'après l'ancien président de la Cour, qui, à onze reprises, a voté contre des positions défendues par son pays d'origine – les États-Unis –, pas plus que celle d'un juge titulaire, l'opinion d'un juge *ad hoc* n'est pas nécessairement biaisée. Au fond, conclut-il, les juges sont « tous prisonniers de [leur] expérience » et les juges *ad hoc*, s'ils « ne font parfois que peu de bien, ne font généralement que peu de mal »¹⁶².

Critiquable ou non, on ne peut ignorer pour notre part que le juge *ad hoc*, qu'il soit ou non le national de la partie qui le désigne, se trouve largement dans la situation d'un arbitre choisi par l'une des parties. Sans être un « avocat déguisé ou indirect, ni une sorte de mercenaire », il n'acceptera d'être nommé par une partie que s'il estime que la position de ce gouvernement est, dans ses grandes lignes, justifiée¹⁶³. Ainsi, l'institution du juge *ad hoc*, concède Hubert Thierry (lui-même ancien juge *ad hoc* dans l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989*), « procède d'une transposition de la logique de l'arbitrage dans le domaine de la justice internationale »¹⁶⁴. Cette « transposition de la logique de l'arbitrage » est confirmée, dans une certaine mesure, par le recours aux chambres *ad hoc*.

¹⁵⁷ Voir en particulier Hersch Lauterpacht, *The function of law in the international community*, Hamden, Archon Books, 1966 aux pp. 228-237.

¹⁵⁸ Voir Edith Brown-Weiss, « Judicial independence and impartiality: a preliminary inquiry » dans Lori F. Damrosch, dir., *supra* note 66 aux pp. 123 et s.; Il Ro Suh, « Voting behaviour of national judges in international courts » (1969) 63 A.J.I.L. 224.

¹⁵⁹ Pour les observations de Gerald Fitzmaurice à propos des amendements à apporter au *Statut de la Cour internationale de Justice*, voir (1954) 45 Ann. inst. dr int. 441 aux pp. 444-446.

¹⁶⁰ Pour les observations de Maurice Bourquin à propos des amendements à apporter au *Statut de la Cour internationale de Justice*, voir (1954) 45 Ann. inst. dr int. 491 à la p. 501.

¹⁶¹ Pour les observations de Albert de La Pradelle à propos des amendements à apporter au *Statut de la Cour internationale de Justice*, voir (1954) 45 Ann. inst. dr int. 524 à la p. 528.

¹⁶² Stephen M. Schwebel, « National Judges and Judges *ad hoc* of the International Court of Justice » (1999) 48 I.C.L.Q. 889 aux pp. 895-899.

¹⁶³ Nicolas Valticos, « Pratique et éthique d'un juge *ad hoc* à la Cour internationale de justice » dans Ando Nisuke *et al.*, dir., *supra* note 34 à la p. 110.

¹⁶⁴ Hubert Thierry, « Au sujet du juge *ad hoc* » dans Calixto A. Armas Barea *et al.*, dir., *supra* note 118 à la p. 289.

2. LES CHAMBRES *AD HOC*

D'ordinaire, la Cour rend ses arrêts en formation plénière. Le *Statut* de la Cour a toutefois toujours prévu la possibilité de constituer des chambres spéciales, des formations restreintes capables de délibérer au nom de la Cour et soumises à un régime autonome par rapport à la Cour plénière.

Trois catégories de chambres peuvent être distinguées. La première est la chambre de procédure sommaire. Composée du Président et du vice-Président, ainsi que de trois autres juges, cette chambre est constituée tous les ans en vue, selon le *Statut*, d'assurer, le cas échéant, la « prompte expédition des affaires » à la suite d'une procédure simplifiée¹⁶⁵. Elle a été imaginée par les rédacteurs du *Statut*, comme un moyen efficace de traiter les affaires qui se prêtent, de par leur nature, à une solution rapide. Cette chambre, toutefois, n'a jamais fonctionné. Il est apparu, en effet, que les États, déjà largement réticents à soumettre leurs différends à un tribunal préconstitué, le sont encore plus à l'idée que le litige soit définitivement liquidé à l'issue d'une procédure sommaire, et par une formation restreinte dont il est pressenti qu'elle aura une autorité fortement amoindrie par rapport à la Cour plénière¹⁶⁶.

La deuxième catégorie est celle des chambres spéciales conçues pour connaître certaines classes d'affaires déterminées. Au temps de la CPIJ déjà, deux Chambres furent constituées afin de traiter des affaires en matière de travail ainsi que de transit et de communications. On en retrouve trace à l'article 26 (1) du *Statut* de la CIJ qui dispose que « la Cour peut, à toute époque, constituer une ou plusieurs chambres composées de trois juges au moins selon ce qu'elle décidera, pour connaître de catégories déterminées d'affaires, par exemple d'affaires de travail et d'affaires concernant le transit et les communications ». La liste, toutefois, n'est pas exhaustive. D'autres chambres spéciales peuvent être constituées, en fonction de la présence, au sein de la Cour, de juges spécialisés dans un domaine particulier, ou en fonction des besoins se faisant ressentir à une époque donnée. C'est ainsi qu'en 1993, la Cour a pris d'elle-même l'initiative d'établir une chambre spéciale de sept membres appelée à connaître de « toute affaire d'environnement relevant de sa juridiction »¹⁶⁷. C'est la seule chambre spéciale en place à ce jour.

Bien plus conséquente pour le sujet qui nous intéresse est l'institution des chambres *ad hoc* qui, bien qu'elle ait été prévue par les rédacteurs du *Statut* dès 1945, n'a véritablement commencé d'exister qu'avec la révision du règlement de la Cour en 1972 et en 1978. En 1945, il est décidé que « la Cour peut, à toute époque, constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée. Le nombre des juges de cette chambre sera fixé par la Cour avec l'assentiment des parties »¹⁶⁸. Le règlement de

¹⁶⁵ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 29.

¹⁶⁶ Voir Eyffinger, *supra* note 134 à la p. 161 ; Robert Y. Jennings, « Chambers of the International Court of Justice and courts of arbitration » dans René-Jean Dupuy et Roberto Ago, dir., *Humanité et droit international : mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 197 à la p. 198 [Jennings, « Chambers of the ICJ »].

¹⁶⁷ Voir Raymond Ranjeva, « L'environnement, la Cour internationale de justice et sa chambre spéciale pour les questions d'environnement » (1995) 40 A.F.D.I. 433.

¹⁶⁸ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 8 à l'art. 26 (2).

1946, cependant, n'y fait que brièvement allusion et la consultation des parties, en application de l'article 26 (2) du *Statut*, ne se fait qu'à propos du nombre de juges devant composer la chambre *ad hoc*. C'est pourquoi les États ne porteront aucun intérêt à l'institution et ne mettront jamais en œuvre ce mécanisme avant 1972.

Le règlement de 1972, en revanche, apporte en la matière d'importantes précisions et vivifie grandement l'institution des chambres *ad hoc* en disposant que la consultation des parties se fera en ce qui concerne le nombre, mais également le nom des juges devant y siéger¹⁶⁹. Ainsi, l'influence des parties s'étend-elle dorénavant à la composition exacte de la chambre, et non plus seulement à sa dimension. Cela explique en grande partie le succès immédiat de ces chambres « d'un nouveau genre »¹⁷⁰ qui, à quatre reprises, seront utilisées entre 1982 et 1990¹⁷¹.

L'originalité des chambres *ad hoc* provient du fait qu'à la différence des chambres spéciales, formations permanentes dont la direction relève de l'appréciation discrétionnaire de la Cour plénière, elles ne sont pas préconstituées mais composées au cas par cas, pour juger d'une affaire déterminée. Plus important encore est le fait qu'elles sont façonnées selon le vouloir des parties.

Certes, le Président de la Cour ne fait en principe que « consulter » les parties sur la composition de la Chambre. En théorie, donc, « les parties proposent, la Cour dispose »¹⁷² et il demeure toujours un élément hypothétique de risque et d'imprévisibilité dans le recours aux chambres *ad hoc*.

On ne saurait pourtant ignorer qu'en pratique le Président avalise systématiquement le choix des parties. Il ne saurait en réalité en être autrement puisque les nouvelles dispositions introduites lors des révisions de 1972 et 1978 répondent aux vœux exprimés ouvertement en ce sens par les États, au cours des années précédentes, et font partie des mesures adoptées en réaction à la sous-utilisation de la Cour dans le sillage de l'affaire de la Namibie¹⁷³. L'institution des chambres apparaît donc comme une procédure qui a pour objectif de mettre en confiance les États pour les inciter à porter leurs différends devant la Cour. Dès lors, si la Cour venait à ne pas avaliser le choix des parties, elle ferait fi de ce désir formulé par les États de se voir accorder un véritable droit de regard sur la composition de l'institution chargée de trancher leurs différends, désir qui, aux dires du Professeur

¹⁶⁹ *Règlement de la Cour internationale de Justice (1972)* à l'art. 26 : « Lorsque, en vertu de l'article 26, paragraphe 2 du Statut, la Cour décide, à la demande des parties, de constituer une Chambre pour connaître d'une affaire déterminée, le Président consulte les agents des Parties sur la composition de la Chambre et rend compte à la Cour ». Cette formule a été confirmée et reproduite à l'identique lors des modifications du règlement intervenues en 1978 et en 2000. Elle est inscrite à l'article 17 du présent règlement de la Cour.

¹⁷⁰ Jennings, « Chambers of the ICJ », *supra* note 166 à la p. 198.

¹⁷¹ *Affaire de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, [1984] C.I.J. rec. 2 [*Golfe du Maine*]; *Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali*, [1985] C.I.J. rec. 6; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 13; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (Salvador c. Honduras)*, [1990] C.I.J. rec. 97.

¹⁷² Elisabeth Zoller, « La première constitution d'une chambre spéciale par la Cour internationale de justice : observations sur l'ordonnance du 20 janvier 1982 » (1982) 86 R.G.D.I.P. 305 à la p. 321.

¹⁷³ Eyffinger, *supra* note 134 à la p. 163.

Toope, constitue « la véritable justification des chambres ad hoc »¹⁷⁴. En conséquence, elle ferait face, selon toute vraisemblance, à une décision des parties de recourir à un tribunal arbitral.

C'est d'ailleurs ce que suggère en toutes lettres le compromis passé entre les États-Unis et le Canada dans l'affaire du *Golfe du Maine*, compromis que le Juge Morozov n'a pas manqué de qualifier dans sa dissidence de « sorte d'ultimatum »¹⁷⁵. Au terme de cet accord, il était en effet prévu que si la chambre *ad hoc* n'était pas constituée conformément à leur volonté, chaque partie pourrait dénoncer le compromis, l'affaire étant alors soumise *ipso facto* à l'arbitrage¹⁷⁶.

Ainsi, sans toutefois qu'elles ne « dictent » nécessairement à la Cour, comme dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la composition de la chambre *ad hoc*, ce sont bien les parties qui en déterminent la composition exacte. L'institution des chambres *ad hoc* constitue donc un système nuancé « à mi-chemin entre le tribunal arbitral et la juridiction préconstituée »¹⁷⁷.

On pourra redouter, avec René-Jean Dupuy, que le système des chambres *ad hoc* ne scinde « en deux catégories les juges de la Cour, certains pouvant bénéficier de la confiance des plaideurs, d'autres non », ébranlant de la sorte l'universalité de la Cour et, *in fine*, celle du droit international¹⁷⁸. C'est là, certainement, une crainte justifiée au vu des choix effectués dans le passé par les parties¹⁷⁹.

Mais l'institution des chambres, « procédure très voisine de l'arbitrage »¹⁸⁰, a indiscutablement constitué un moyen, imparfait mais efficace, de rehausser l'attrait de la CIJ. À l'inquiétude exprimée par certains de voir la Cour réduite à une sorte de Cour permanente d'arbitrage, à une simple liste de juges ou d'arbitres, on répondra d'ailleurs que cette procédure n'a, après un succès certain dans les années 1980, pas vraiment prospéré.

On ajoutera que, voisine de l'arbitrage, la Cour internationale de Justice ne se confond jamais vraiment avec lui. Il suffira, pour s'en convaincre, de rappeler que seule la Cour possède aujourd'hui une compétence matériellement illimitée; que la Cour, seule, est maîtresse de sa procédure; que, une fois le banc constitué, les parties n'exercent plus aucun contrôle sur le travail de la Cour, si ce n'est sur le déroulement des débats et les questions de droit soulevées; et enfin que, contrairement au secret du procès en matière arbitrale, c'est une grande transparence et une grande publicité qui

¹⁷⁴ Stephen J. Toope, « Pragmatic compromise or mere transaction? The use of chambers procedures in international adjudication » (1990) Va. J.Int'l L. 53 à la p. 54.

¹⁷⁵ *Golfe du Maine*, *supra* note 171 à la p. 11.

¹⁷⁶ Voir Zoller, *supra* note 172 à la p. 311.

¹⁷⁷ Geneviève Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : interprétation et pratique*, Paris, Pedone, 1973 à la p. 103.

¹⁷⁸ René-Jean Dupuy, « La réforme du règlement de la Cour internationale de justice » (1973) 18 A.F.D.I. 265 à la p. 273.

¹⁷⁹ Sur l'absence de représentativité des quatre chambres *ad hoc* constituées à ce jour, voir Shigeru Oda, « Further thoughts on the chambers procedure of the International Court of Justice » (1988) 82 A.J.I.L. 556 aux pp. 557-558.

¹⁸⁰ Mohammed Bedjaoui *et al.*, dir., *La méthode de travail du juge international*, *supra* note 152 à la p. 69.

entourent les activités de la Cour internationale de Justice, exception faite du délibéré. La récente télédiffusion, dans son intégralité, sur les grandes ondes aussi bien que sur Internet, des plaidoiries dans l'affaire du mur israélien dans les territoires palestiniens occupés en offre une illustration remarquable.

Sans totalement la dénaturer, les deux institutions du juge *ad hoc* et des chambres *ad hoc* ont donc représenté des éléments notables d'arbitralisation de la Cour internationale de Justice. Ils font de la Cour, aux dires d'un de ses anciens juges, une « combinaison du règlement judiciaire et de la saisine arbitrale dans laquelle l'élément judiciaire prévaut toujours »¹⁸¹.

La Cour, en somme, constitue un *hybride juridictionnel* unique en son genre. Ni tout à fait permanente, ni totalement étrangère à la logique arbitrale, elle intègre, dans sa dimension institutionnelle, deux des caractéristiques fondamentales de l'ordre international contemporain : le besoin de justice et l'inévitable souveraineté des États qui, toute relativisée qu'elle soit aujourd'hui par certains développements communautaristes dans l'ordre juridique international, continue à rendre incontournable le relais consensuel dans l'établissement de la juridiction de la Cour ainsi, dans une moindre mesure, que dans sa composition.

C'est un constat que confirme amplement l'analyse de la politique judiciaire de la Cour.

II. La Cour au service d'une justice transactionnelle : l'arbitralisation méthodologique de la CIJ

Nous exposons plus haut qu'à l'autonomie institutionnelle de la Cour, relative, nous venons de l'établir, répond l'autonomie méthodologique. La Cour diffère à cet égard de l'arbitrage puisque, créature non pas des parties, mais des Nations Unies, elle liquide en principe les différends en tranchant dans le cœur du différend, sans compromis, et par une application franche et dogmatique de la règle de droit. La Cour, donc, est théoriquement indépendante des parties et de l'arrière-plan politique de chaque espèce. Elle s'affranchit de toute mission de conciliation et se dégage de toute inclinaison vers des solutions « politiquement acceptables ». Elle n'œuvre idéalement qu'à l'avènement d'une justice impartiale et aveugle aux vicissitudes de chaque cas d'espèce¹⁸².

La politique judiciaire de la Cour internationale de Justice semble pourtant faire droit à une vision plus modeste, mais nous tenterons de le démontrer, plus appropriée de sa mission. En faisant place dans son travail à un élément de transaction (A), qui se reflète non seulement dans la solution apportée aux différends, mais également, et plus « techniquement », dans l'élaboration des arrêts (B), elle se

¹⁸¹ Manfred Lachs, « Some comments on *ad hoc* chambers of the International Court of Justice » dans René-Jean Dupuy et Roberto Ago, dir., *supra* note 166 à la p. 210.

¹⁸² La Cour, il va sans dire, n'est pas aveugle aux faits de l'affaire qui lui est soumise. Simplement, elle applique en théorie le droit international de façon objective, sans que les faits particuliers d'un différend donné n'en viennent dicter la teneur.

départit, certes, de l'idéal susmentionné, mais répond certainement d'une façon plus adéquate aux attentes des parties. C'est donc là, croyons-nous, un élément, non pas d'érosion, mais de maturité de la Cour internationale de Justice.

A. La visée transactionnelle dans la politique judiciaire de la Cour

Le juge international, rappelons-le, met en principe fin au différend en donnant raison à l'un, et tort à l'autre. Par sa décision, il n'administre ni ne gère le différend, mais le liquide de façon définitive en disant le droit d'une façon qui, normalement, ne peut plus être mise en discussion une fois le litige éteint par l'arrêt.

On doit malgré cela se résoudre à constater qu'une certaine réalité empirique suggère un rôle sensiblement différent pour la Cour internationale de Justice. Il apparaît en effet que cette dernière tend, d'une façon non seulement anecdotique mais de plus en plus générale, à délivrer une justice dont l'objet principal n'est plus la liquidation définitive du litige par l'intervention nette du jugement, mais plutôt la satisfaction minimale des parties par l'intermédiaire d'un arrêt venant « vider » le différend de sa charge contentieuse et offrant aux parties une *tutelle juridique* devant servir à la résolution postérieure du différend, de leur propre chef.

La Cour intervient dans cette perspective non pas comme l'étape finale du règlement pacifique des différends, mais plutôt comme un intermédiaire entre les parties, voué à faciliter les négociations et à normaliser, par le biais du droit, les rapports entre les parties, de façon à faciliter, *in fine*, l'établissement d'un accord entre elles.

La Cour a plusieurs fois affiché ses prédispositions à considérer son travail comme une *étape* dans le règlement pacifique des différends qui lui sont soumis. Déjà dans l'affaire des *Zones franches*, la Cour permanente attestait du fait que « le règlement judiciaire des conflits internationaux en vue duquel la Cour est instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ce conflit entre les parties [et] que dès lors il appartient à la Cour de faciliter [...] pareil règlement direct et amiable »¹⁸³ [nos italiques]. La CIJ devait quant à elle confirmer dans l'affaire des *Pêcheries islandaises* que « la méthode la plus propre à résoudre le différend est de toute évidence celle de la négociation »¹⁸⁴.

Dans certaines affaires, la Cour a d'ailleurs aménagé la procédure de telle sorte que les parties aient le temps de mener à bien, le cas échéant, des négociations, en parallèle à la procédure engagée devant la Cour. Ce fut le cas notamment dans l'affaire des *Prisonniers de guerre pakistanais* où la Cour a, en toute connaissance de cause, accordé de très longs délais aux parties pour le dépôt de leurs mémoires, et a plusieurs fois différé l'examen de l'affaire, autorisant la poursuite des négociations entre le Pakistan et l'Inde. Ce faisant, elle a permis la conclusion de l'accord de New

¹⁸³ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, [1929] C.P.J.I. (sér. A) n° 22 à la p. 13.

¹⁸⁴ *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, [1974] C.I.J. rec. I au paragraphe 73.

Delhi du 28 août 1973 et a autorisé l'extinction extrajudiciaire du différend. Le Pakistan, satisfait du fruit des négociations menées avec l'Inde au dehors du Palais de justice, s'est finalement désisté de l'affaire¹⁸⁵.

La saisine de la Cour n'est donc qu'un moyen, important mais subsidiaire semble-t-il, de régler les différends internationaux. Un moyen, surtout, qui, même lorsqu'il est employé, ne vient pas mettre un terme définitif au litige, mais vient plutôt épauler les parties dans la recherche d'une solution négociée au différend.

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Gabcikovo Nagymaros* est à cet égard tout à fait symptomatique du rôle qu'elle entend jouer dans la résolution du différend, opposant alors la Hongrie à la Slovaquie. Alors que la Cour était priée par voie de compromis de « régler » le différend et de « déterminer les conséquences juridiques, y compris les droits et obligations pour les parties, de l'arrêt qu'elle rendra », elle a en effet bouclé sa décision en affirmant que « la Hongrie et la Slovaquie doivent négocier de bonne foi en tenant compte de la situation existante et doivent prendre toutes mesures nécessaires à l'effet d'assurer la réalisation des objectifs du traité du 16 septembre 1977, selon les modalités dont elles conviendront »¹⁸⁶ [nos italiques].

Non sans avoir constaté et déclaré l'illicéité d'actes commis par la Hongrie et la Slovaquie, offrant de la sorte un *point d'ancrage juridique* aux parties autour duquel elles doivent pouvoir aménager une solution pacifique, elle passe donc le relais aux deux États en litige sans avoir définitivement déterminé la teneur des droits et obligations qui leur incombent. Certes la Cour énonce une obligation stricte de négocier, mais demeure le fait que ce sont les parties, et non la Cour, qui devront trouver les solutions appropriées à un certain nombre de questions et rétablir, de leur propre fait, un « équilibre global » dans leurs droits et obligations¹⁸⁷.

On retrouve une attitude similaire, bien que certainement motivée par des considérations sensiblement différentes, dans l'avis consultatif, ou plutôt le « non-avis », rendu l'année précédente par la Cour à propos de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Appelée à se prononcer sur la question de savoir s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance, la Cour a en effet conclu que « ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires » puis que « ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires »¹⁸⁸. Faisant bel usage de « l'art de l'esquive »¹⁸⁹, la Cour offre donc une conclusion « en forme

¹⁸⁵ *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)*, [1973] C.I.J. rec. 345.

¹⁸⁶ *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 5 à la p. 83 [Projet Gabcikovo-Nagymaros].

¹⁸⁷ Pour l'opinion individuelle du Juge Bedjaoui, voir *Ibid.* aux pp. 140-141.

¹⁸⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 27 à la p. 266.

¹⁸⁹ Jean Salmon, « Quels sont les destinataires des avis? » dans Laurence Boisson de Chazournes et Philippe, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 27 à la p. 34.

d'énigme »¹⁹⁰ puisqu'elle affirme que le droit international n'autorise ni n'interdit formellement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Elle refuse donc manifestement de trancher la question qui lui est soumise, à tel point qu'un commentateur avisé a qualifié l'avis de la Cour de *non liquet*¹⁹¹.

Là encore, la Cour fait preuve de prudence, de mesure et de parcimonie dans son intervention et renvoie finalement les États à eux-mêmes. Elle ne tranche pas. Elle établit simplement un certain nombre de *jalons juridiques* devant guider les États, sans jamais répondre vraiment à la question de la licéité des armes nucléaires.

Il s'agit, bien entendu, d'un avis consultatif, et non d'un arrêt rendu en matière contentieuse. On rappellera toutefois que même dans l'exercice de sa compétence consultative, la Cour tranche un différend. En l'espèce tout particulièrement, un véritable « combat entre États »¹⁹² a caractérisé l'intégralité de la procédure, et, plus que toute autre affaire dans l'histoire de la Cour, cette affaire a été le siège d'une « tension titanesque »¹⁹³ qui, certainement, a pesé lourd dans l'attitude équivoque de la Cour. Cet avis illustre en tous cas notre propos de façon pertinente et suggère à nouveau que la Cour, confrontée à un différend juridique, plutôt que de le liquider, préférera faciliter son règlement en dehors du Palais de la Paix.

Il n'est point de hasard cependant dans cette évolution qui, pour beaucoup, participe à l'arbitralisation de la Cour. Il semble en effet que cette propension de la Cour à intégrer des éléments de transaction dans son activité judiciaire doit beaucoup à l'attitude des parties elles-mêmes. Dans de nombreuses affaires, ce sont en effet les États qui, au moment de porter l'affaire devant la Cour, ont formulé le souhait de la voir jouer un rôle plus limité que celui que semble impliquer spontanément sa fonction judiciaire.

Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, il s'est agi par exemple pour la Cour de dégager « les principes et les règles du droit international applicables à la délimitation entre les parties des zones du plateau continental de la mer du Nord »¹⁹⁴, tandis que les parties se sont réservé le droit d'effectuer elles-mêmes la délimitation à proprement parler, dans un futur traité.

De la même manière, dans l'affaire du *Plateau continental Tunisie/Libye*, la Cour a été appelée à déterminer le droit applicable, tout en tenant compte *inter alia* « des circonstances pertinentes de la région », et à « clarifier avec précision la manière pratique par laquelle lesdits règles et principes s'appliquent dans cette situation précise »¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Éric David, « L'avis de la CIJ sur la licéité de l'emploi d'armes nucléaires » (1997) 79 R.I.C.R. 22 à la p. 25.

¹⁹¹ Martti Koskenniemi, « The silence of law/The voice of justice » dans Laurence Boisson de Chazournes et Philippe Sands, dir., *supra* note 189 à la p. 489.

¹⁹² Salmon, *supra* note 189 à la p. 30.

¹⁹³ Opinion dissidente du Juge Schwebel en l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 27 à la p. 311.

¹⁹⁴ *Affaire du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. rec. 2 à la p. 6.

¹⁹⁵ *Plateau Continental (Tunisie/Libye)*, [1982] C.I.J. rec. 18 à la p. 21.

Dans toutes ces affaires, la Cour est appelée par les parties à rendre des jugements déclaratoires, c'est-à-dire des arrêts où elle doit se prononcer simplement sur l'existence ou l'étendue d'un droit. Dans cette hypothèse, l'activité de la Cour consiste à déclarer une situation juridique préexistante qui, bien qu'elle acquiert par effet de la déclaration du juge un plus haut degré d'efficacité pratique, reste telle quelle à la suite du jugement¹⁹⁶. La Cour, donc, n'opère à proprement parler aucune modification dans les liens juridiques présidant aux relations entre parties. Elle se borne à reconnaître ou à dénier un droit mais laisse le soin aux parties de tirer les conséquences juridiques découlant du jugement¹⁹⁷.

Bien souvent, donc, la Cour n'est pas sollicitée à titre d'« exécuter » du droit international. Il apparaît en effet que ce n'est généralement pas tant de justice dont les États ont besoin, mais plutôt d'un « relais pour leur diplomatie »¹⁹⁸. Dans cette perspective, les États saisissent la Cour non pas pour obtenir d'elle le point final à leur litige, mais plutôt afin d'obtenir une assistance juridique dans la poursuite d'une solution négociée au différend.

Il apparaît même que la Cour est parfois saisie afin non pas d'assister juridiquement la tenue de négociations, mais afin de les provoquer, purement et simplement. Tel fut le cas, notamment, dans l'affaire des *Terres à phosphates à Nauru*, affaire née d'un refus persistant du gouvernement australien d'entamer des négociations avec Nauru à propos de la remise en état de certaines de ses terres à phosphates, exploitées par l'Australie avant l'indépendance de 1968. La saisine de la Cour par Nauru est apparue comme le meilleur moyen de forcer la main à l'Australie et de l'amener à la table des négociations. Entreprise payante puisque, du moment où la Cour a rejeté, dans son arrêt du 26 juin 1992, la totalité des exceptions préliminaires soulevées par l'Australie¹⁹⁹, le gouvernement australien a pour la première fois accepté d'ouvrir des négociations. L'affaire devait d'ailleurs être rayée du rôle l'année suivante, après que les deux parties soient parvenues à un règlement amiable²⁰⁰.

On retiendra de l'ensemble de ces constatations que, souvent, les États s'adressent à la Cour moins pour lui demander un règlement juridique définitif que pour utiliser le forum privilégié qu'elle constitue²⁰¹. En conséquence la Cour a dû repenser son rôle et s'adapter autant que faire se peut au bon vouloir des quelques États qui se présentent à son prétoire. Elle a su, et ce fut certainement salutaire, répondre aux exigences d'États souverains peu enclins à soumettre leurs différends au juge international et généralement désireux de conserver le dernier mot quant à l'issue du litige. Pour ce faire, elle a su se mettre, au moment opportun, au service de la

¹⁹⁶ Gaetano Morelli, « Théorie générale du procès international » (1937) 61 R.C.A.D.I. 253 à la p. 332.

¹⁹⁷ Riccardo Monaco, « Les jugements internationaux déclaratoires ou applicateurs de principes généraux » dans Jerzy Makarczyk, dir., *supra* note 87 à la p. 390.

¹⁹⁸ Manfred Lachs, « Arbitration and international adjudication » dans Alfred H.A. Soons, dir., *supra* note 90 à la p. 41.

¹⁹⁹ *Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie)*, [1992] C.I.J. rec. 239.

²⁰⁰ *Certaines terres à phosphate à Nauru (Nauru c. Australie)*, [1993] C.I.J. rec. 322.

²⁰¹ Brigitte Bollecker-Stern, « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de justice » (1974) 20 A.F.D.I. 299 à la p. 333.

transaction, c'est-à-dire de l'arrangement mutuel par lequel les parties à un différend transigent elles-mêmes, souvent en renonçant chacune à une partie de leurs prétentions.

En réintégrant au cœur de sa fonction l'élément transactionnel que l'idéal judiciaire semble exclure de prime abord, les quinze juges de La Haye ont quelque peu dénaturé leur juridiction. Mais cette arbitralisation, que confirme l'analyse « technique » des arrêts de la Cour, doit être accueillie favorablement et saluée parce qu'elle est toujours inspirée par les exigences du maintien de la paix et par un souci d'apaisement des conflits interétatiques²⁰².

B. Les éléments techniques d'arbitralisation

L'essentiel a déjà été dit plus haut à propos de l'arbitralisation de la Cour internationale de Justice. Nous voulons toutefois achever notre exposé en montrant comment ce glissement juridictionnel se traduit concrètement dans le « produit final » que constituent les arrêts de la Cour.

On insistera sur deux tendances assez nettes dans la production des arrêts de la Cour : l'effort manifeste, tout d'abord, pour ménager les parties et rendre des décisions articulées autour d'un point d'équilibre tolérable pour celles-ci et, le recours, ensuite, à des méthodes qui sont normalement l'apanage de l'arbitre.

L'arbitralisation de la CIJ se traduit donc, en premier lieu, par la recherche d'un certain équilibre dans le dispositif de l'arrêt. Comme le note Thomas Franck, la Cour essaye, dans la mesure du possible, d'introduire dans l'arrêt des éléments rendant sa décision au moins partiellement acceptable pour le « perdant », lorsqu'il en est un. Le « truc », dit-il, c'est de tenter de rendre la décision la moins « douloureuse » possible pour ce dernier²⁰³. Il s'agira généralement d'éviter tout arrêt qui, en donnant totalement raison à l'un, donne totalement tort à l'autre.

La solution de compromis trouvée par la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires français* en est un exemple évident. La Cour, en effet, tout en accueillant les thèses françaises quant à la compétence et au fond, a toutefois cherché à contenter l'Australie et la Nouvelle-Zélande en constatant notamment, et bien que les demandes australiennes et néo-zélandaises soient à ses yeux « sans objet » et donc qu'il n'y ait « pas lieu à statuer », que la France était désormais tenue de ne plus faire d'essais atmosphériques²⁰⁴. On a d'ailleurs qualifié le comportement de la CIJ dans cette affaire comme relevant du « conciliateur juridique »²⁰⁵.

Plus récemment, l'attitude de la Cour dans l'affaire *Avena* rend également compte de son désir de ne pas « condamner » l'attitude d'un État sans nuance. Pourtant confrontée pour la troisième fois, après les affaires *Breard* et *Lagrand*, à la

²⁰² Pellet, *supra* note 17 aux pp. 559-565.

²⁰³ Thomas Franck, *Judging the World Court*, New York, Priority Press, 1986 à la p. 213.

²⁰⁴ *Essais nucléaires français*, [1974] C.I.J. rec. 252.

²⁰⁵ Bollecker-Stern, *supra* note 201.

violation patente de la part des États-Unis de leurs obligations en matière de relations consulaires, la Cour a délivré une ordonnance en indication de mesures conservatoires où, tout en indiquant à l'unanimité l'obligation pour le défendeur de surseoir à l'exécution de trois condamnés mexicains, elle prend soin de rejeter certaines prétentions mexicaines manifestement abusives et démontre qu'elle entend protéger le droit de chacun et non pas seulement celui du demandeur²⁰⁶.

À cet élément de pondération et d'équilibre des intérêts en vigueur dans les arrêts de la Cour s'ajoute également un élément de retenue. Il semble en effet que, passée l'audace manifestée dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour évite de plus en plus soigneusement les considérants de principe et autres *obiter* généraux, et traite chaque affaire en fonction des données de l'espèce, « sans prétention particulière à contribuer à l'évolution dynamique du droit international »²⁰⁷. Cela est particulièrement palpable dans des affaires telles l'affaire du *Timor oriental*, l'affaire *Gabcikovo Nagymaros*, ou encore l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, où la Cour, bien qu'elle eut pu prendre parti sur des questions aussi fondamentales que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le développement durable ou la compétence universelle en matière pénale, a préféré se limiter strictement aux développements que commandait le cas d'espèce qui lui était soumis.

On peut déplorer cette réserve dans les développements de la Cour. Après tout, les considérants ne sont-ils pas, comme le suggérait Max Huber, « l'âme de la sentence », ce qui fait d'un arrêt une chose jugée non seulement entre les parties, mais aussi à l'égard de la Cour et, plus largement, de la communauté internationale²⁰⁸? Elle autorise cependant la Cour à « apprivoiser » les États avec prudence et, mettant un peu d'eau dans son vin, à « naviguer ainsi à vue à la recherche de solutions mutuellement, même si ce n'est que minimalement, satisfaisantes »²⁰⁹.

Mentionnons, pour terminer notre exposé, le recours à des méthodes et techniques qui, d'usuel, sont typiques de l'arbitrage. Le Professeur Abi-Saab relève par exemple la « distanciation des liens entre les motifs et le dispositif », phénomène qui, à ses yeux, conduit à une décision « sans un engrenage logique d'inexorabilité qui rend la décision inévitable »²¹⁰. Cette tendance est particulièrement évidente dans l'affaire *Gabcikovo Nagymaros*, où la Cour elle-même prend soin de souligner cette « distanciation » entre motifs et dispositif lorsqu'elle fait observer que « la partie de l'arrêt où elle répond aux questions posées au paragraphe 1 de l'article 2 du

²⁰⁶ Voir Mario Prost, « L'affaire Avena et autres ressortissants mexicains » (2003) 16:1 R.Q.D.I. 139 aux pp. 145-150. En l'espèce, le Mexique demandait à la Cour qu'elle ordonne aux États-Unis de surseoir à l'exécution de tous ses ressortissants, qu'ils aient été, ou non, victimes d'une violation de leur droit à l'assistance consulaire. La Cour a relevé « qu'elle ne saurait se prononcer sur les droits de ressortissants mexicains dont il n'est pas allégué qu'ils aient été victimes d'une violation de [la Convention de Vienne sur les relations consulaires] » et n'a ordonné la suspension d'exécution qu'à l'égard de trois ressortissants mexicains, victimes d'une telle violation et dont l'exécution a été considérée comme imminente.

²⁰⁷ Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 46 à la p. 476.

²⁰⁸ *Échange des populations grecques et turques*, « Discours prononcé par le Président Max Huber lors de l'ouverture de la deuxième période présidentielle », *supra* note 7 à la p. 18.

²⁰⁹ Voir Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale », *supra* note 39 à la p. 293.

²¹⁰ *Ibid.* à la p. 291.

compromis revêt un caractère déclaratoire. Elle y traite du comportement passé des parties et détermine la licéité ou l'illicéité de ce comportement [...]. Il revient maintenant à la Cour, sur la base de ses conclusions précédentes, d'établir quel devrait être le comportement des parties à l'avenir. La présente partie de l'arrêt est plus normative que déclaratoire »²¹¹.

La tendance de la Cour à reformuler les questions pour éviter de se prononcer sur des questions délicates susceptibles de froisser la sensibilité souveraine d'une des parties²¹², ou encore l'habitude prise par le Président de solliciter les parties sur des questions de procédure, sans attendre que ce ne soit elles qui viennent le solliciter²¹³, sont autant d'autres moyens techniques qui, d'habitude, sont ceux de l'arbitre, et non du juge international.

Remarques conclusives

La CIJ est morte. Vive la CIJ!

La création de la Cour internationale de Justice s'est faite autour d'une idée centrale : on se figure, en 1945, que le progrès de la vie internationale passe par une fonction judiciaire forte et s'affirmant de plus en plus, au point d'assurer, c'est l'espoir partagé par tous au crépuscule de la seconde guerre mondiale, la paix par le droit.

On crée donc une Cour qui doit être le véritable Olympe de l'ordre international, une institution vénérable et quasi-sacrée qui doit présider à l'ordonnement juridique des relations internationales modernes.

Disons le franchement : cette Cour là, *si tant est qu'elle ait jamais vraiment existé ailleurs que dans le songe de ses pères*, est morte!

En lieu et place de cette instance judiciaire idéal(isé)e, c'est, nous avons tenté de le démontrer, une Cour métisse qui a lentement, mais sûrement, déployé son savoir-faire au service d'une justice, certes plus modeste et discrète que la Justice rêvée et fantasmée durant la première moitié du XX^e siècle, mais finalement plus opérante.

Plus opérante, en effet, parce que cette arbitralisation de la Cour internationale de Justice n'est pas un mal indésirable venant la frapper et miner son influence au point qu'elle ne se réduise comme peau de chagrin. Cette arbitralisation, au contraire, est la marque d'une remarquable adaptabilité de la Cour à certaines données irrépressibles de la communauté internationale.

La communauté internationale notamment, et ce malgré la matérialisation croissante d'intérêts communs et une intégration institutionnelle affermie depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, demeure largement définie par la juxtaposition

²¹¹ *Projet Gabcikovo Nagymaros*, *supra* note 186 aux paras 130-131.

²¹² Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale », *supra* note 39 à la p. 291.

²¹³ Manfred Lachs, « Arbitration and international adjudication » dans Alfred H.A. Soons, dir., *supra* note 90 à la p. 45.

anarchique d'États égaux dans leur souveraineté. Certes, la société interne est elle aussi une société d'égaux. Seuls les États, néanmoins, sont souverains. Dès lors, il est exclu qu'un pouvoir légal ne s'exerce sur eux.

En conséquence, les États ont de tous temps manifesté une répugnance à soumettre leurs différends à une autorité judiciaire trop indépendante. Les États sont des plaideurs méfiants qui, repliés sur leur souveraineté, acceptent généralement mal le jugement d'un tiers²¹⁴. Ce n'est pas là nécessairement le signe d'une société malade, mais plutôt la conséquence logique d'une collectivité qui, génétiquement, et intégralement, est prédéterminée par le « chromosome de la souveraineté »²¹⁵.

Dans ces circonstances, l'office du juge ne peut s'exercer qu'avec convenance, sagesse et prudence. La Cour internationale de Justice l'a bien compris : l'important est moins de régler judiciairement un différend que de le régler pacifiquement. Consciente qu'entre États comme entre particuliers « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », la Cour n'a jamais ignoré le caractère subsidiaire de sa fonction, en particulier à l'égard des négociations, qui demeurent, invariablement, le moyen principal de règlement pacifique des différends internationaux²¹⁶. C'est là, certainement, une profession de réalisme nécessaire car, comme l'a très justement souligné Pierre-Michel Eisemann, « malgré la dignité inhérente à la fonction judiciaire, celle-ci ne constitue qu'un moyen au service d'une fin »²¹⁷.

En sachant se délester en temps voulus de la lourde charge idéologique inévitablement associée à l'office du juge en général, et du juge international en particulier, la Cour a contribué à éteindre les différends et non à les attiser. Ce faisant, elle a certes quelque peu désacralisé la justice internationale. Peut-être n'intervient-elle plus que comme « une phase dans le déroulement d'un drame politique »²¹⁸. Elle l'a fait, cependant, au bénéfice de la paix et de la sécurité internationales. Et donc de la Justice! Puisque, comme le rappelle Charles de Visscher, « tant que subsistera la distribution individualiste du pouvoir entre États souverains avec les tensions politiques majeures qu'elle engendre, la paix servira mieux la justice que celle-ci ne servira la paix »²¹⁹.

« Ne reste pas au ras du sol ! Ne t'élève pas trop haut ! C'est à mi-hauteur que le monde apparaît le plus beau » suggère Nietzsche dans *Le gai savoir*²²⁰. La Cour internationale de Justice, c'est notre conviction, est parvenue à se hisser à cette mi-hauteur dont Nietzsche fait les louanges, au risque, diront certains, de se voir cantonner à l'examen de points de détail et non des problèmes majeurs, les plus

²¹⁴ Philip et Cara, *supra* note 11 à la p. 26.

²¹⁵ L'expression est celle de Mohammed Bedjaoui, « Avant-propos » dans Eyffinger, *supra* note 134 à la p. 7.

²¹⁶ Geamanu, *supra* note 87.

²¹⁷ Pierre-Michel Eisemann, « L'arrêt de la Cour internationale de justice du 27 juin 1986 (fond) dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » (1986) 32 A.F.D.I. 153 à la p. 157.

²¹⁸ Rosenne, « Law and practice », 1965, *supra* note 30 à la p. 2.

²¹⁹ De Visscher, *supra* note 128 à la p. 392.

²²⁰ Friedrich Nietzsche, *Le gai savoir*, Paris, Flammarion, 1997 au para 6.

graves politiquement, qui minent la paix et la sécurité internationales. Mais, comme nous le rappelle l'un des plus grands dramaturges anglais du XX^e siècle, Edward Bond : « details make tragedy »²²¹!

En faisant peau neuve, la Cour s'est donné les moyens d'être un artisan véritable du progrès, non pas seulement pour le droit international, au service duquel elle a toujours, et continue, à mettre son leadership intellectuel et sa remarquable autorité scientifique, mais plus largement pour la paix, qu'elle sert en s'attaquant à ces « détails qui font les tragédies ».

La Cour internationale de Justice est morte? Vive la Cour internationale de Justice!

²²¹ Edward Bond, *The Sea*, Londres, Eyre Methuen, 1973.