

LA FONCTION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL : QUELQUES RÉFLEXIONS

Jean-Philippe Bufferne

Volume 15, Number 1, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069416ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069416ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bufferne, J.-P. (2002). LA FONCTION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL : QUELQUES RÉFLEXIONS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 15(1), 141–178. <https://doi.org/10.7202/1069416ar>

Article abstract

This study attempts to explain the jurisdictional function of the International Court of Justice within the structure of the international legal order. Even though the ICJ is the principal organ of the United Nations according to the Charter, it remains somewhat marginalized because of the absence of a mandatory jurisdictional competence, the caution it itself takes to determine the will of states to submit themselves to its jurisdiction, and the absence of a jurisdictional monopoly on international legal interpretation. These caveats must not overshadow the Court's contribution to the regulation of the international political system. The highly decentralized character of the international society and the characteristics of its law, which evolved from intersubjective relations between sovereign states, nonetheless places the ICJ in a position where it can clarify the content of international law and start delimiting contours of an eventual normative hierarchy through its judgments rendered both on contentious issues and in advisory cases. However, the ICJ's contribution to the maintaining of peace exemplifies both the finality and the limits of its judiciary function. As a site of consultation, the Court contributes to the institutionalization of international activity. As a site of peaceful litigation exclusive to state disputes, the Court presents itself as the protector of international public order only in a periodical fashion because of inadequate mechanisms to bring in line the various international actors and thus substitute legal relations to power relations.

LA FONCTION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL : QUELQUES RÉFLEXIONS

*Par Jean-Philippe Bufferne**

Cette étude s'attache à expliquer la fonction juridictionnelle de la Cour internationale de Justice dans la structure de l'ordre juridique international. La Cour, qualifiée d'organe principal par la Charte des Nations Unies, est victime d'une certaine marginalisation du fait de l'absence d'une compétence juridictionnelle obligatoire, des précautions qu'elle prend pour déterminer la volonté des États à se soumettre à sa juridiction et de l'absence de monopole juridictionnel dans l'interprétation du droit. Ces éléments ne doivent pas faire oublier sa contribution à la régulation du système politique international - par la voie contentieuse ou consultative - en développant les compétences de l'ONU, précisant le contenu du droit et les contours d'une éventuelle hiérarchie normative. Du fait de la structure fortement décentralisée de la société internationale et des caractéristiques de son droit - né de rapports intersubjectifs entre États souverains - la contribution de la CIJ au maintien de la paix explique tant la finalité de la fonction judiciaire que les limites de son exercice. En tant qu'organe consultatif, elle contribue à l'institutionnalisation de la vie internationale. En tant qu'organe de règlement pacifique des différends au service exclusif des États, elle n'apparaît que de manière ponctuelle comme un organe protecteur de l'ordre public international en l'absence de mécanismes adéquats permettant de rappeler leurs obligations aux différents acteurs de la scène internationale et, partant à substituer des rapports de droit aux rapports de force.

This study attempts to explain the jurisdictional function of the International Court of Justice within the structure of the international legal order. Even though the ICJ is the principal organ of the United Nations according to the Charter, it remains somewhat marginalized because of the absence of a mandatory jurisdictional competence, the caution it itself takes to determine the will of states to submit themselves to its jurisdiction, and the absence of a jurisdictional monopoly on international legal interpretation. These caveats must not overshadow the Court's contribution to the regulation of the international political system. The highly decentralized character of the international society and the characteristics of its law, which evolved from intersubjective relations between sovereign states, nonetheless places the ICJ in a position where it can clarify the content of international law and start delimiting contours of an eventual normative hierarchy through its judgements rendered both on contentious issues and in advisory cases. However, the ICJ's contribution to the maintaining of peace exemplifies both the finality and the limits of its judiciary function. As a site of consultation, the Court contributes to the institutionalization of international activity. As a site of peaceful litigation exclusive to state disputes, the Court presents itself as the protector of international public order only in a periodical fashion because of inadequate mechanisms to bring in line the various international actors and thus substitute legal relations to power relations.

* Qu'il soit permis à l'auteur de témoigner ici de sa gratitude et ses remerciements au Professeur Katia Boustany (Professeur de droit international à l'Université du Québec à Montréal) pour ses conseils et son attention lors de l'élaboration de cette étude. Je souhaite également associer à ces remerciements Martin Gallié pour ses commentaires.

À la suite des attentats du 11 septembre 2001, on a pu observer une débauche de rhétorique qui s'est appuyée sur des arguments tirés du droit international afin de légitimer l'intervention militaire en Afghanistan¹. Il est certain que le droit international se prête plus que n'importe quel autre droit à l'utilisation comme élément de discours politique². Le 8 juillet 1996, la Cour internationale de Justice [CIJ] avait déjà rendu deux avis consultatifs sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*³ qui mettaient en évidence les considérations politiques qui sous-tendent l'application de la règle de droit. Plus particulièrement, ces deux avis ont montré que la souveraineté étatique est un principe qui innerve l'ordre juridique international et dont la Cour ne peut se départir lorsqu'elle est amenée à se prononcer en droit. Si ces avis ont pu laisser perplexe⁴, il ne faut pas succomber à la critique désabusée. Lors de l'observation de la portée de l'action de la Cour, il est nécessaire de garder à l'esprit, que l'origine du droit international et le contexte de l'exercice de la fonction juridictionnelle, ont une influence déterminante sur la manière dont elle applique le droit.

En effet, il n'est de secret pour personne que le droit international est un droit conçu par, et destiné aux États. De fait la souveraineté est à l'origine et à la fin de toutes les normes. Cette caractéristique essentielle du droit international, celle d'un droit né de rapports intersubjectifs, affecte dans son fondement même le juge puisque son activité dépend de la volonté des États de se soumettre à sa *juris dictio*. Sa fonction a d'ailleurs été conçue pour tenir compte de la nature du contentieux international que seuls les États peuvent actionner⁵. René-Jean Dupuy⁶ a pu qualifier ce droit de « relationnel » en tant qu'il s'agit d'un droit de coopération en l'absence d'un quelconque « super-État » organisant l'utilisation de la contrainte. Cependant, une dynamique nouvelle qui relève de l'institutionnalisation de la vie internationale - à la suite de l'avènement de nouveaux sujets de droit, tel que l'ONU, qui génèrent par leur activité même des situations juridiques nouvelles - a quelque peu modifié la nature et la place de la Cour mondiale, jadis de circonstance, désormais institutionnalisée et permanente⁷. En contraste avec son aînée - la Cour permanente de

¹ Voir Etzioni Amitai et al., « Lettre d'Amérique, les raisons d'un combat » *Le Monde* (15 février 2002) p. 16.

² Voir l'arrêt sur le fond, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 14. [*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1986)*] et l'instrumentalisation par la Yougoslavie de la demande en indication de mesures conservatoires devant la Cour lors de l'intervention de l'OTAN au Kosovo, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 2 juin 1999, [1999] C.I.J. rec. 916 aux pp. 923, 925 [*Licéité de l'emploi de la force*].

³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226 [*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*].

⁴ Voir Jean-Pierre Quéneudec, « E.T. à la C.I.J. : méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs », (1996) 100 R.G.D.I.P. 907 et Abdulhay Sayed, *Quand le droit est face à son néant. Le droit à l'épreuve de l'emploi de l'arme nucléaire*, Bruylant, Bruxelles, 1998 [*Sayed*].

⁵ Art. 34 du Statut de la Cour.

⁶ René-Jean Dupuy, *Droit international*, 11^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, 2001 [René-Jean Dupuy, « Droit international »].

⁷ Voir l'*Affaire Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)*, [1953] C.I.J. rec.111 à la p. 119 où la Cour écrit : « le juge international n'est plus un tribunal arbitral constitué par l'acceptation spéciale des parties en vue de statuer sur un différend particulier, mais une institution préétablie par un acte

Justice internationale [CPJI] - la CIJ est « l'organe judiciaire principal » des Nations Unies dont les membres sont automatiquement parties au Statut⁸. Elle a reçu de la Charte la mission de régler pacifiquement les différends en tranchant les litiges sur la base de la règle de droit⁹. Mais sa mission ne se limite pas à agir comme organe judiciaire principal des États puisqu'elle joue, par la voie consultative, un rôle dans l'action propre de l'Organisation en fournissant des avis destinés à éclairer les organes quant à la nature et la portée de leurs compétences¹⁰.

La Cour s'insère dans un cadre marqué du sceau de la complexité tenant à la diversité et à la pluralité des acteurs - dont elle est - qui interviennent sur la scène juridique internationale, ainsi qu'à la diversité des relations qu'ils nouent entre eux. Ainsi, par opposition à la CPJI, la CIJ a vu sa place se déterminer par la diversification de ses fonctions résultant de son investissement à la fois dans les ordres relationnel et institutionnel.

Le Statut de la Cour détermine son action qui est d'appliquer le droit. Parallèlement, la Charte détermine l'essence de l'exercice de la fonction judiciaire qui doit être comprise comme un élément du fonctionnement du système de l'Organisation des Nations Unies. Mais la relation entre le droit et la Cour n'est pas unilatérale. En effet, si le droit est la condition de l'existence d'un tel organe et le cadre dans lequel elle agit, l'existence d'un organe judiciaire est une condition de l'établissement de la règle de droit grâce à l'autorité revêtue par la décision. Par son activité, elle régule le fonctionnement du système en ce sens qu'elle va lui permettre de rester en équilibre en l'ajustant aux contraintes extérieures et en réglant pacifiquement les différends. L'activité juridictionnelle est, par-dessus tout, conditionnée par celle des autres acteurs de la scène juridique qui n'obéissent pas aux mêmes rationalités. En retour, par son activité spécifique, le juge peut jouer un rôle structurant en régulant le fonctionnement de la société internationale.

Ces considérations amènent à s'interroger sur l'impact des structures de l'ordre juridique international sur l'activité de la Cour en tant que cadre de son activité : c'est à dire en tant que limite et en tant que détermination de la finalité de son activité. L'étude se déploiera dans deux dimensions. D'une part, la mise en relation de la CIJ avec les autres acteurs du système juridique et son rôle dans le système normatif d'autre part. Ceci devrait permettre de dégager les grandes lignes de l'action de la Cour et de mettre en lumière sa fonction dans l'ordre juridique international.

international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement, et, dans le cas présent, l'organe judiciaire principal des Nations Unies. »

⁸ Art. 93 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U), 1982, c.11 [Charte].

⁹ Art. 38 du Statut de la C.I.J., en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

¹⁰ *Supra* note 8, art. 96.

I. Les structures de la société internationale : effets sur le fonctionnement de la Cour internationale de Justice

L'action de la CIJ est en tout premier lieu déterminée par l'article 1 de son Statut. Celui-ci dispose que la Cour, instituée par la Charte « comme organe judiciaire principal de l'Organisation sera constituée et fonctionnera conformément aux dispositions du présent Statut ». Parmi ces dispositions, on trouve l'article 38 au terme duquel, la Cour doit régler les litiges conformément au droit international. Par ailleurs, la Charte assigne à la Cour sa place dans l'architecture institutionnelle de l'ONU. Elle y est définie comme un « organe principal », plus précisément, « l'organe judiciaire principal » dont l'action est de régler les litiges qui naissent dans la société relationnelle.

Au-delà de la simple définition de la fonction de la Cour, la Charte énonce les relations qu'elle entretient avec les autres organes tels que le Conseil de sécurité¹¹ et l'Assemblée générale. Il est nécessaire de prendre en considération ces relations pour comprendre le fonctionnement de la Cour. Le cadre institutionnel mis en place possède cette caractéristique d'ignorer une distinction des fonctions telle que la « séparation des pouvoirs » rencontrée dans les droits nationaux¹². De plus, lorsque l'on cherche à déterminer les conditions de l'exercice de son activité dans le cadre des rapports inter-étatiques, il est nécessaire de prendre en compte le poids que représente la souveraineté des États. Les rapports entre la Cour et le système international ne relèvent cependant pas du plus pur des déterminismes en ce sens que la relation entre la Cour et son environnement immédiat n'est pas caractérisée par une relation unilatérale. En effet, la CIJ est amenée à contribuer au fonctionnement de la société internationale relationnelle et institutionnelle. Son activité se déploie donc dans un milieu rebelle à l'idée de « pouvoir judiciaire » (A) et elle est complexe du fait de la diversification de ses fonctions (B).

A. L'impact du volontarisme sur l'établissement d'une juridiction principale

Au moins deux formes de régulation sont prévues par la Charte : l'une de nature politique assurée par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, l'autre de nature judiciaire exercée par la Cour. Ces formes de régulation sont tournées vers l'extérieur et visent au maintien de la paix et de la sécurité internationales par les actions spécifiques découlant de la nature des organes qui les entreprennent et dans la limite des pouvoirs qui leur sont conférés par le Traité constitutif. La Cour semble être un organe privilégié de la régulation d'une manière générale et de la régulation par le droit en particulier. Cependant, elle n'est qu'un élément du système

¹¹ Art. 36 (2).

¹² Voir *Procureur c. Tadic* (1995), Affaire n° IT-94-1-T, (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), au para 43 [*Tadic*], en ligne Nations-Unies : <<http://www.un.org/icty/judgement.htm>>.

institutionnel. Par conséquent, son activité de régulation est placée sur le même plan que les autres instruments de règlement des conflits. De plus, à côté du système de maintien de la paix institué par la Charte, la société relationnelle secrète ses propres moyens de régulation. La régulation dans le système de la Charte peut aussi être tournée vers l'intérieur et toucher au fonctionnement des institutions. La procédure consultative a été instituée afin de permettre aux organes, dans le cadre de leurs actions, d'obtenir des avis sur l'état du droit concernant leurs compétences.

Mais le rôle interprétatif de la Cour n'est pas exclusif car l'interprétation est consubstantielle à l'application du droit : c'est ainsi que les premiers organes d'application du droit sont les États eux-mêmes¹³. En effet, un juge est dans son principe même saisi par voie d'action pour trancher un litige et partant, substituer un rapport de droit à un rapport de force. Dans l'ordre juridique international, cette limite d'ordre général est accentuée par les contraintes spécifiques qui affectent la fonction juridictionnelle (1) ainsi que par l'absence de monopole juridictionnel au profit de la Cour pour ce qui concerne le règlement des différends (2).

1. LES CONTRAINTES DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

Il s'agit d'abord de mettre en évidence que le règlement judiciaire des conflits tant dans la société relationnelle qu'institutionnelle n'est pas le mode de régulation exclusif (a) ; ensuite, que la fonction d'interprétation n'est pas l'apanage du juge, ce dans la mesure où la fonction contentieuse est révélatrice d'un *pathos* dans les rapports juridiques entre les membres d'une société (b); enfin que la place du juge dépend de la manière dont il gère les contraintes de la société internationale sur l'exercice de sa mission (c).

(a) *Le recours au juge : limitations structurelles*

Le recours au juge est dans tout système juridique l'exception dans la mesure où sa fonction est conditionnée par l'occurrence d'une anomalie dans l'application du droit. Le conflit est au principe même de l'exercice de la fonction contentieuse : rendre justice, c'est redresser un droit lésé. Lorsque le conflit disparaît, l'office du juge s'évanouit. C'est ce qu'a mis en évidence l'arrêt rendu en décembre 1974 lorsque la Cour refuse d'examiner l'affaire en prenant note de l'engagement de la France de ne plus recourir aux expériences atomiques en atmosphère¹⁴.

La spécificité du juge international apparaît justement lors d'un conflit. La CIJ est désignée comme étant l'organe judiciaire principal de l'Organisation mais ceci ne signifie pas pour autant que le recours au juge est le mode le plus approprié pour le

¹³ Voir à titre d'exemple l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, *supra* note 2 à la p. 925.

¹⁴ *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 à la p. 271 [*Affaire des essais nucléaires*].

règlement des différends¹⁵. La formulation de l'article 33 de la Charte, qui ne hiérarchise pas l'utilisation des procédures, est significative de cet état de fait puisque « 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 règlement judiciaire ». L'article 36 ajoute cependant, que « d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice ». Mais la valeur de recommandation qui se dégage du langage utilisé montre que le recours au juge n'est *qu'un* mode de règlement des différends juridiques. En son temps, la Cour permanente avait estimé que son activité n'était qu'un « succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties »¹⁶. La Charte entérine donc un état de choses qui fait du politique un horizon indépassable tant il est vrai que les États préfèrent la souplesse des solutions transactionnelles. D'ailleurs, l'argument de la nature politique d'un différend est récurrent. Il met au défi constamment la Cour malgré sa jurisprudence bien établie selon laquelle l'application du droit international met en jeu par la nature des choses des considérations de haute politique mais que sa fonction judiciaire implique pour elle l'obligation de traiter ces questions sur un plan juridique¹⁷. Enfin, le fait que les États conçoivent le recours au juge comme un acte inamical est révélateur de la prédominance accordée au règlement politique des différends internationaux.

De manière plus fondamentale, la situation du juge international est délicate du fait qu'il ne dispose pas d'une plénitude de juridiction dans le cadre du contentieux. La juridiction obligatoire n'est que facultative et la saisine du juge demeure toujours subordonnée à l'assentiment des parties¹⁸. De plus, pour peu qu'un

¹⁵ Voir Luigi Condorelli, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes » dans Société française pour le droit international, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, 277 aux pp. 282 et s.

¹⁶ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, [1932], C.P.J.I. (sér. A/B) n°22 à la p.13.

¹⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 3 à la p. 234, dans lequel elle rappelle sa jurisprudence constante, notamment : *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies*, Avis consultatif, [1948] C.I.J. rec. 57 aux pp. 61 et 62 [*Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies*]; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 44 aux pp. 6-7 [*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*]; *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif, [1962] C.I.J. rec. 151 à la p. 155 [*Certaines dépenses des Nations Unies*].

¹⁸ Voir la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, en ligne : <<http://www.unhchr.ch>> [*Convention sur le génocide*] dont l'article IX prévoit que la Cour peut être saisie à la demande d'une seule des parties, mais l'affaire opposant la Yougoslavie aux États membres de l'OTAN et notamment les États-Unis a montré que ces derniers ont fait une réserve empêchant la saisine unilatérale de la Cour. Voir aussi *Licéité de l'emploi de la force*, supra note 2 aux pp. 923 et s. où la Yougoslavie n'a cependant pas cherché à discuter la légalité de la réserve devant la Cour, discussion qui entraine dans les prévisions de *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, [1951] C.I.J. rec. 15 [*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*]. Voir aussi l'opinion individuelle du Juge Oda dans *Licéité de l'emploi de la force*, supra note 2, aux pp. 939-940 où il écrit que le système de règlement des différends ne peut correctement fonctionner si les États n'acceptent pas la juridiction de la Cour car "past practice reveals, in cases brought unilaterally in which preliminary objections made by the respondent State were overcome, that there have been only a few cases in which the judgements on the merits were properly complied with. This indicates the reality of

État ait consenti par avance à la juridiction de la Cour, cette acceptation est souvent assortie de réserves¹⁹ qui peuvent non seulement être invoquées par l'État réservataire mais aussi, par le jeu de la réciprocité, par la partie défenderesse²⁰. En ce domaine, le volontarisme qui caractérise la formation des normes se poursuit jusque dans leur application.

Cette réflexion de C. de Visscher résume parfaitement la situation :

la Cour a compris que dans l'application du droit comme dans la justification de ses pouvoirs propres, la souveraineté serait le centre et le symbole des résistances, l'élément critique qu'elle devait s'appliquer à contenir sans provoquer des réactions dangereuses, à respecter sans jamais lui subordonner le droit dont elle a la garde.²¹

(b) *L'interprétation du droit par la Cour internationale de Justice : l'absence de monopole*

Les États sont connus pour être jaloux de leur souveraineté. Celle-ci va se manifester par leur volonté de rester maîtres des obligations auxquelles ils souscrivent et des relations conventionnelles qu'ils ont établies avec les autres acteurs de la société internationale. La première conséquence est qu'ils interprètent pour leur propre compte les engagements conventionnels²². Ensuite, les interprétations qu'ils délivrent agissent comme facteurs de contrainte pour le juge. La Convention de Vienne traduit en effet cette importance de l'interprétation authentique par le rattachement des instruments interprétatifs aux conventions afférentes et par la place déterminante accordée à la pratique subséquente²³. Tout au long du processus, le volontarisme apparaît comme un invariant dont le juge ne peut s'émanciper. En la

judicial settlement in the world community. If States are brought to the Court against their will, then no real settlement of dispute will follow." Quand bien même accepteraient-ils la juridiction obligatoire, celle-ci est soumise à des conditions de bonne foi car "if this good faith is lacking, the system of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court cannot work in the manner in which the drafters of the Statute intended." De plus, il reconnaît que l'acceptation est "the cornerstone of the granting by sovereign States of jurisdiction to the international Court of Justice."

¹⁹ *Ibid.* à la p. 948.

²⁰ *Affaire du plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, [1978] C.I.J. rec. 3 à la p. 17 [*Plateau continental de la mer Égée*].

²¹ Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4e éd., Paris, Pedone, 1971 à la p. 412; voir l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, *supra* note 2 aux pp. 923 et s., où elle déclare « que les États, qu'ils acceptent ou non la juridiction de la Cour, demeurent en tout état de cause responsables des actes contraires au droit international, y compris au droit humanitaire, qui leur seraient imputables. »

²² *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 18 à la p. 27: « Chaque État qui fait objection à une réserve, s'inspirant de son appréciation personnelle de celle-ci... peut ou non considérer l'État qui a fait la réserve comme partie à la convention. »

²³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 8 ILM 679, [*Convention de Vienne*], art. 31, al. 3, a) et b). Mais à bien y réfléchir ceci peut ne pas paraître comme une limite au rôle du juge dans la mesure où même le juge national s'inspire de la pratique pour donner un sens à la règle pour donner plein effet à cette considération que le droit doit être maintenu dans un rapport d'adhérence avec la société.

matière, la règle fondamentale de l'interprétation est le recours au contexte présidant à la formation de l'engagement²⁴. De même, pour ce qui concerne l'interprétation de la Charte par les organes politiques, le juge présume toujours la légalité d'un acte lorsqu'il entre dans les fins de l'Organisation car c'est à chaque organe, « tout au moins en premier lieu de déterminer sa propre compétence »²⁵. Ainsi doit-il prendre en compte dans l'interprétation du traité constitutif, les coutumes institutionnelles comme preuve « d'une pratique générale de l'Organisation »²⁶.

Le juge intervient toujours en aval, et pour interpréter, il doit s'inspirer de la pratique que la société a développé à l'égard des règles qu'elle s'est donnée afin de prendre en compte les nécessités qui ont présidé au développement de telle pratique pour autant que celle-ci ne heurte pas manifestement le sens de la norme. Le droit peut fonctionner sans le recours au juge d'ailleurs, Hans Kelsen reconnaissait la validité d'un système juridique par ce fait qu'il était en gros et en général obéi²⁷. Néanmoins, dans l'ordre juridique international, l'interprétation par le juge s'affranchit douloureusement du fondement consensuel du droit et de la conception que la société a de la fonction de la Cour. Cette constante réagit nécessairement sur la conception que le juge se fait de son office.

(c) *La gestion des contraintes par la Cour*

Son insertion dans le système de la Charte et sa contribution aux buts des Nations Unies peuvent faire penser que la Cour, organe principal, a les moyens d'organiser sa suprématie en tant qu'interprète du droit car c'est un fait que le défaut de liaison institutionnelle avec la Société des Nations [SdN] a placé des limites importantes sur la CPJI²⁸.

D'une part, les liens qui existent entre la Cour et les autres organes peuvent être qualifiés « d'alimentaires » ou « promotionnels », le Conseil étant censé favoriser le recours au juge dans les différends d'ordre juridique²⁹. D'autre part, l'utilisation de

²⁴ Voir opinion individuelle du juge Bedjaoui sous l'arrêt relatif au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie c. Slovaquie*), [1997] C.I.J. rec. 7 à la p. 120 [*Projet Gabčíkovo-Nagymaros*].

²⁵ *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 168.

²⁶ Notamment, l'abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité. Voir Avis relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. rec. 16 à la p. 22 [*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*].

²⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction 2e éd. trad. par Charles Eisenmann, Paris, L.G.D.J.-Bruylant, 1999, à la p. 220.

²⁸ Patrick Daillier et Alain Pellet, dir., Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1999, aux pp. 850 et s.

²⁹ Mohammed Bedjaoui, « Les relations entre la Cour internationale de Justice et les autres organes principaux des Nations Unies – Pour des rapports de seconde génération » dans *Boutros Boutros-Ghali, Amicorum Disciplinamque Liber : paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, aux pp. 175 et s. [Bedjaoui, « Les relations entre la Cour internationale de justice »]. Voir aussi Brigitte Stern, « Commentaire de l'article 36 » dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1991, aux pp. 620 et s. où l'auteur

la procédure consultative par les organes de l'Organisation dans la poursuite de leur action propre révèle ce besoin d'avis éclairés sur l'état du droit. Par la réponse qu'elle donne, la Cour contribue à la réalisation des buts définis par la Charte en permettant le bon fonctionnement des institutions. Seules des « raisons décisives »³⁰ peuvent amener la Cour à ne pas répondre. En général, elle conçoit sa mission comme un devoir³¹ car

la stabilité et l'efficacité des organisations internationales dont l'Organisation des Nations Unies représente l'exemple suprême, sont d'une importance si fondamentale pour l'ordre mondial que la Cour ne saurait manquer d'aider [même] un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies à asseoir son fonctionnement sur des bases fermes et sûres.³²

Consciente de sa responsabilité, elle conçoit son rôle de soutien dans la mécanique de l'Organisation, en termes de courroie de transmission : c'est ainsi que dans l'avis sur les *Conséquences juridiques de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* [Namibie], elle a estimé que lorsque

un organe compétent des Nations Unies constate d'une manière obligatoire qu'une situation est illégale, cette constatation ne peut rester sans conséquence. Placée en face d'une telle situation, la Cour ne s'acquitterait pas de sa fonction judiciaire si elle ne déclarait pas qu'il existe une obligation pour les Membres des Nations Unies, en particulier, de mettre fin à cette situation.³³

Mais face aux États, la Cour doit-elle forcément se soumettre ou se démettre? D'abord, si sa compétence est attribuée par un compromis, par l'acceptation à l'avance de la juridiction et par la question posée, elle conserve une grande latitude dans le choix des moyens lui permettant d'apporter une réponse³⁴. Par ailleurs, elle a dû préciser que les clauses juridictionnelles ne s'interprétaient pas de manière mécanique. Dans l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du*

commente l'article 36 et note que le Conseil de sécurité a adopté une seule fois une résolution recommandant la saisine de la Cour.

³⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 3 à la p. 235.; *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 155 ; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, supra note 26 à la p. 27.

³¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra, note 3 à la p. 235.; *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 18 à la p. 27.

³² *Demande de réformation du jugement n°273 du Tribunal Administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, [1982] C.I.J. rec. 325 à la p. 347.

³³ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, supra note 26 à la p. 54.

³⁴ *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 157.

Conseil de l'OACI, le Pakistan avait tenté d'enfermer l'Inde dans une sorte de piège logique vidant de son objet la clause juridictionnelle. La Cour, en présence d'un cas hypothétique de forclusion, a été amenée à juger que l'interprétation d'une telle clause ne relevait pas de la pure logique formelle. D'abord, l'argument est fallacieux car « il n'est pas possible qu'une suspension unilatérale suffise à rendre inopérantes des clauses juridictionnelles dont l'un des objectifs est précisément de déterminer si la suspension est valable »³⁵; ensuite, « toutes ces clauses risqueraient de devenir lettres mortes [et] les moyens de priver d'effet les clauses juridictionnelles ne manqueraient jamais »³⁶.

Si l'interprétation ne revient pas en premier lieu à une juridiction, il est des cas où de réelles divergences de vues peuvent survenir et empêcher le fonctionnement des institutions ou bien l'application des traités. En réaction, des besoins de régulation peuvent naître et le recours à une juridiction peut s'avérer utile et fondé lorsqu'il s'agit de différends juridiques. La Cour a ainsi été amenée à encadrer le pouvoir discrétionnaire des États en fournissant les critères en vertu desquels ils doivent, en droit, reconnaître la validité des réserves³⁷ ou encore, reconnaître un État comme ayant droit à devenir membre des Nations Unies³⁸. Par ailleurs, la Cour ne s'estime pas liée par les interprétations d'une partie, ce qui est d'autant plus justifié en cas de défaillance d'une des parties au litige. Au contraire, elle s'estime tenue de

³⁵ *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, [1972] C.I.J. rec. 47 à la p. 53.

³⁶ *Ibid.* à la p. 54. Et immédiatement, elle montre la possibilité de retourner l'argument contre le Pakistan... en pure logique. Par ailleurs, elle a fait remarquer aux États-Unis qu'ils ne pouvaient pas lui reconnaître sa compétence pour se déclarer... incompétente. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (1986)*, *supra* note 2 à la p. 23. Par ailleurs, dans *l'Affaire des essais nucléaires*, *supra* note 14, la Cour, qui avait refusé d'examiner le différend avait introduit un paragraphe 63 auquel la doctrine n'avait pas attaché une importance déterminante lorsque vingt ans plus tard, après que la France ait décidé de reprendre ses expériences atomiques dans le Pacifique, la Nouvelle-Zélande décide de le ressusciter pour rouvrir l'instance. La Cour qui a paru interpréter son statut de manière très libérale a jugé qu'elle avait entendu conférer à la Nouvelle-Zélande la possibilité de la saisir de nouveau "conformément à son statut" dans l'hypothèse où le fondement de la décision dans *l'Affaire des essais nucléaires* serait remis en cause. Or, il semblerait que dans son examen de la demande Néo-Zélandaise, elle se soit affranchie des limites à sa juridiction. *Demande d'examen au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Ordonnance du 22 septembre 1995, [1995] C.I.J. rec. 288 ; voir aussi Luigi Daniele, « L'Ordonnance sur la demande d'examen de la situation dans l'affaire des essais nucléaires et le pouvoir de la Cour internationale de Justice de régler sa propre procédure » (1996) 100 R.G.D.I.P. 653.

³⁷ Voir l'avis sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 18 aux pp. 26-27, dans lequel elle énonce « l'obligation commune des États de s'inspirer dans leur jugement, de la compatibilité ou de l'incompatibilité de toute réserve avec l'objet et le but de la Convention ».

³⁸ Voir l'avis sur l'admission où elle encadre le pouvoir discrétionnaire des États qui serait « pratiquement sans limites dans l'exigence de conditions nouvelles [et] incompatible avec le caractère même d'une réglementation, qui par le lien étroit qu'elle établit entre la qualité de membre et l'observation des principes et obligations de la Charte, constitue clairement une réglementation juridique en matière d'admission », *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies*, *supra* note 17 à la p. 63.

prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles du droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre partie car le droit ressorti au domaine de la *connaissance judiciaire*.³⁹

Son insertion dans le système de la Charte l'oblige donc à contribuer au fonctionnement de l'ONU par la résolution des questions juridiques auxquelles doivent faire face les organes qui s'adressent à elle en vue d'obtenir des avis autorisés. La seule activité de *juris dictio* ne suffit pas en elle-même à caractériser la place de la Cour au sein de l'Organisation. En tant qu'organe principal, elle se doit de se mettre au service de l'Organisation pour atteindre les buts que les États lui ont assignés. Enfin, c'est seulement lorsque le droit est jugé utile au règlement d'un différend que le recours aux compétences de la Cour peut avoir lieu⁴⁰.

2. CONSÉQUENCES DE LA MULTIPLICATION DES JURIDICTIONS SUR LA FONCTION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

L'éparpillement de la fonction interprétative a déjà été observé lors de l'examen de la fonction interprétative des États et des organes principaux de l'Organisation ; elle est rehaussée par la diversification des branches du droit et leur institutionnalisation qui se caractérisent par une prolifération diffuse d'organes juridictionnels permanents. Si le développement de nouvelles branches du droit ne peut en lui-même amener à conclure à une « fragmentation » de l'ordre juridique international⁴¹, il n'en demeure pas moins que le rang des juridictions grossit sans cesse au point que la position de la Cour risque de s'amoinrir. La possibilité pour la haute juridiction d'établir une signification univoque, d'uniformiser l'interprétation

³⁹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1986), *supra* note 2 aux pp. 24-25; *Plateau continental de la mer Égée*, *supra* note 20 aux pp. 18 et 20.; *Affaire des essais nucléaires*, *supra* note 14 à la p. 257.

⁴⁰ Ainsi, lorsque dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas)* [1969] C.I.J. rec. 4 [*Plateau continental de la mer du Nord*], les parties ont décidé de soumettre le différend à la Cour pour qu'elle leur indique le droit pertinent pour la résolution du différend. Cette affaire illustre parfaitement la mesure dans laquelle les États peuvent décider de l'étendue et de la nature de la fonction juridictionnelle de la Cour.

⁴¹ Dans l'avis sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 18 aux pp. 21 et s., la Cour tolère l'application du régime des réserves à la *Convention sur le génocide*. Voir cependant Luigi Condorelli, « *Juris dictio* et (dés)ordre judiciaire en droit international » dans René-Jean Dupuy, dir., *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, 281 à la p. 285 [Condorelli, « *Juris dictio* »] où l'auteur soutient que « les divers organes internationaux appelés à *ius dicere* ne font indiscutablement pas partie d'un « ordre » judiciaire, mais constituent des sortes de « monades » repliées sur elles-mêmes : chaque juge, pourrait-on dire, est à lui seul un ordre judiciaire tout entier, autonome et indépendant par rapport aux autres ».

de la règle de droit dans une pratique jurisprudentielle unique⁴² devient dès lors utopique.

L'existence de deux juridictions pénales et la prolifération des juridictions administratives internationales sont des symptômes de cette tendance à confier l'application d'un même droit à plusieurs instances juridictionnelles. Si l'existence de deux juridictions internationales pénales *ad hoc* peut s'expliquer par les particularités de chaque conflit, la nécessité pour le Conseil de sécurité de créer des juridictions-relais adaptées aux circonstances - dans le cadre de sa mission principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales - et surtout, par la nature même du contentieux qui ne laisse qu'une place périphérique à la responsabilité de l'État, le pluralisme juridictionnel semble en revanche plus inquiétant lorsque les différends nés de l'application d'une convention sont confiés à divers organes dont le choix est laissé à la discrétion des États. A titre d'exemple, l'article 287 de la Convention sur le droit de la mer autorise les États à désigner, pour connaître d'un litige, des instances aussi diverses que le Tribunal du Droit de la mer, la CIJ, un tribunal arbitral ou encore un tribunal arbitral spécial! De même, les Organisations spécialisées dans leur « nationalisme d'organisation »⁴³ ont créé une pluralité de juridictions pour connaître du contentieux de la fonction publique internationale.

Le phénomène pourrait paraître inoffensif, et au contraire révéler un certain engouement pour le règlement juridictionnel des différends mais des divergences de jurisprudence sont déjà observées⁴⁴, et risquent de devenir plus inquiétantes dans la mesure où le nationalisme d'organisation n'est pas justifié. En effet, si des relations existent déjà entre certaines branches du droit⁴⁵, des divergences de jurisprudence affecteraient la sécurité juridique, la cohérence des solutions jurisprudentielles et partant, la crédibilité du recours à la procédure judiciaire. D'aucuns suggèrent alors l'introduction d'un principe de hiérarchie afin « d'infléchir le désordre actuel en apportant, dans la mesure du possible, un minimum d'ordre à l'ensemble »⁴⁶. Ce principe de hiérarchie, s'il peut exister dans le cadre de la réformation des sentences arbitrales, demeure conditionné par les termes du compromis ou la volonté des Parties qui de toutes les manières restent maîtresses de l'étendue du pouvoir de la Cour⁴⁷.

⁴² Pour le meilleur et pour le pire à en juger par cette assertion dans l'avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 à la p. 246, au sujet des représailles en temps de conflits armés : « en tout état de cause, tout droit de recourir à de telles représailles serait comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité. » Ce que l'esprit des Conventions de Genève ne peut tolérer.

⁴³ Expression provenant de Alain Pellet, « Les voies de recours ouvertes aux fonctionnaires internationaux », Paris, Pedone, 1982, à la p.19 cité dans David Ruzié, *Le double degré de juridiction dans le contentieux de la fonction publique internationale dans Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, à la p. 370 [Pellet, « Les voies de recours »].

⁴⁴ Pellet, « Les voies de recours », *ibid.*; Hubert Thierry, « Aspects de la juridiction administrative internationale », dans *Mélanges J. Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997 à la p.117.

⁴⁵ OMC, décision du 16 janvier 1998, affaire des mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones). Voir au sujet de cette affaire, Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998 à la p.102 [Pierre-Marie Dupuy, « Droit international public »].

⁴⁶ Condorelli, « *Juris dictio* » *supra* note 41 à la p.11.

⁴⁷ *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, [1960] C.I.J. rec. 192; Pellet, « Les voies de recours », *supra* note 43 à la p. 370.

Les divers organes internationaux appelés à *ius dicere* ne font indiscutablement pas partie d'un ordre judiciaire mais constituent des sortes de monades repliées sur elles-mêmes : chaque juge, pourrait-on dire, est à lui seul un ordre judiciaire tout entier, autonome et indépendant par rapport aux autres.⁴⁸

Ainsi L. Condorelli résume-t-il la situation. La soumission *de facto*⁴⁹ à la jurisprudence de la Cour pourrait-elle se muer en soumission *de jure*? De manière fondamentale, la situation invite à repenser la place de l'organe judiciaire principal (mais non exclusif) dans le système international. Déjà, à l'occasion du cinquantenaire de la Cour, le juge Guillaume⁵⁰ s'était penché sur le problème. Il proposait, ce qui relevait pour lui de l'utopie à moyen terme, de faire de la Cour la plus haute instance de cassation des autres juridictions. Mais la Cour peut-elle abandonner son rôle principal en matière de maintien de la paix pour devenir une sorte de Cour suprême? Une solution plus réaliste, serait selon lui, de créer un mécanisme analogue à celui de l'article 177 du Traité instituant la Communauté européenne. Mais face à l'abondance des juridictions, c'est le fonctionnement interne de la Cour qui est en question alors que la procédure est déjà très longue⁵¹.

Face à une pluralité de juridictions, la mission de la Cour est rendue difficile; si elle devenait une cour suprême, sa fonction deviendrait plus complexe qu'elle ne l'est déjà dans le cadre institutionnel mis sur pied par la Charte. Surtout, la fonction de règlement des différends qui lui est assignée par la Charte risquerait d'être mise de côté.

B. La fonction de régulation : l'impact des tensions dans la sphère institutionnelle sur la fonction de la Cour internationale de Justice

Le problème relevé ici tient au fait que l'Organisation des Nations-Unies est un sujet du droit international qui a une fonction spécifique. L'ONU est chargée du maintien de la paix et de la sécurité internationales, et agit à ce titre comme une entité régulatrice de la société relationnelle grâce à ses organes, dont la Cour. Mais cette dernière n'est pas seulement l'organe judiciaire principal des États. Il a été en effet observé plus haut qu'elle se faisait un devoir de soutenir les autres organes agissant dans le cadre de leurs compétences.

⁴⁸ Condorelli, « *Juris dictio* », *supra* note 41 à la p.11.

⁴⁹ Voir Pierre-Marie Dupuy, « Droit international public », *supra* note 45 à la p. 485 à propos de la décision précitée de l'OMC; voir également l'arrêt *Tadic*, *supra* note 12 au para 16, lorsque la Chambre d'appel se réfère et endosse, entre autres, la Jurisprudence de la Cour relative aux *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis consultatif, [1954] C.I.J. rec. 47 [*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*].

⁵⁰ Gilbert Guillaume, « La Cour internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire » (1996) 100 R.G.D.I.P. 323 aux pp. 329 et s.

⁵¹ Voir en particulier la longueur de la procédure relative à la question de l'application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide entre la Bosnie et la Yougoslavie.

La complexité se manifeste de deux façons. La Charte est un traité par lequel les États ont défini des objectifs qu'ils se sont proposés d'atteindre en créant une structure institutionnelle qui, si l'on se place dans une perspective organiciste, va mener une vie propre et se placer en face des États et - alors qu'elle n'a que des compétences d'attribution - voir sa sphère d'activité s'accroître. En somme, la créature risque d'échapper au contrôle du créateur⁵². La première complexité résulte des problèmes de répartition des compétences générés par l'activité propre de l'Organisation qui va provoquer un besoin de régulation. La Cour a été amenée à connaître de ces situations (1). La deuxième forme de complexité résulte du fonctionnement interne de l'Organisation, et notamment la répartition des tâches entre le Conseil et l'Assemblée d'une part et l'activité de la Cour et des autres organes d'autre part. Elle a été amenée à réguler cet aspect du fonctionnement du système également (2). En ce domaine, l'étude de la fonction de la Cour est d'autant plus intéressante que sa jurisprudence va pouvoir informer sur les lois de structure de l'Organisation.

1. LA « BIVALENCE »⁵³ DE LA CHARTE : CONFLICTUALITÉS ENTRE L'ORGANISATION ET SES MEMBRES

Dans son avis de 1962 relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour s'exprime en ces termes : « la Charte est un traité multilatéral, bien qu'elle présente des caractéristiques spéciales »⁵⁴. Il s'agit en effet d'une convention par laquelle les États ont défini des besoins permanents tels que la Paix, et la Justice dont ils ont confié la réalisation à une Organisation agissant par des organes⁵⁵. Mais la Cour a jugé que l'Organisation des Nations-Unies était plus qu'un « centre où s'harmoniseraient les efforts des nations vers les fins communes définies dans la Charte : elle est placée en face de ses membres »⁵⁶. Le problème provient de ces « caractéristiques spéciales » revêtues par l'Organisation du fait même de son fonctionnement et de son intervention sur la scène internationale qui ont conduit la Cour à reconnaître l'existence de « pouvoirs impliqués » (a). Mais la délimitation de la sphère d'action de l'Organisation est limitée par l'inadéquation des moyens qui sont mis à sa disposition (b).

⁵² René-Jean Dupuy, « Droit international », *supra* note 6.

⁵³ Terme employé dans Pierre-Marie Dupuy, « Droit international public » *supra* note 45 à la p. 138.

⁵⁴ *Certaines dépenses des Nations Unies*, *supra* note 17 à la p. 157.

⁵⁵ Ces entités sont un « procédé permettant aux États de remplir ensemble des fonctions correspondant à des intérêts durables qui leur sont communs », selon Charles M. Chaumont, « La signification du principe de spécialité des Organisations internationales » dans *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, 55 à la p. 57 [Chaumont].

⁵⁶ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] C.I.J. rec. 174 aux pp. 178 et s. [*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*].

(a) *La consolidation par la Cour internationale de Justice de l'étendue des compétences de l'Organisation*

La reconnaissance de la personnalité internationale de l'ONU, dans l'avis relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, est la matrice du raisonnement qui va permettre à la Cour de montrer l'étendue des compétences de l'Organisation reconnues ou impliquées par la Charte. Partant du postulat qu'un système juridique peut comporter des sujets de droit non identiques, elle est par la suite amenée à reconnaître que « pour atteindre ces buts, il est indispensable que l'Organisation ait la personnalité internationale »⁵⁷. Bien qu'elle ne soit qu'un sujet dérivé dont la création dépend des exigences de la vie internationale, « ses droits et devoirs dépendent de ses buts et fonctions énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique ». Ses pouvoirs, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, « sont par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions » de celle-ci⁵⁸. Les bases permettant de développer les compétences de l'Organisation ainsi affirmées, la Cour a pu reconnaître dans le silence de la Charte, que le pouvoir d'exercer une fonction de contrôle était essentielle à l'institution des mandats car leur permanence impliquait nécessairement la pérennité de la fonction de surveillance et ce, malgré la disparition de la SdN⁵⁹. Par ce faire, la Cour permet à l'Organisation de s'adapter à son environnement dans la réalisation de sa mission.

[D]e même que les compétences attribuées à l'organisation pouvaient paraître insuffisantes pour lui permettre de remplir efficacement sa mission, de même, les pouvoirs reconnus aux organes peuvent sembler insuffisants pour leur permettre d'exercer efficacement les pouvoirs affectés à l'organisation.⁶⁰

L'accroissement des pouvoirs de l'Organisation s'est accompagné de celui des organes puisque c'est à travers eux qu'elle agit. La Cour a dû développer les pouvoirs des organes en prenant soin de les rattacher à la mission d'ensemble de l'Organisation et aux règles déterminant les modalités de leur activité. Cela s'est traduit, entre autres, par la liaison entre les pouvoirs du Conseil de la SdN et ceux de l'Assemblée générale qui se déduit des termes généraux de l'article 10 de la Charte, autorisant l'Assemblée à discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre qu'il définit⁶¹. Le développement des compétences de cet organe a été confirmé par la

⁵⁷ *Ibid.* à la p. 178.

⁵⁸ *Ibid.* aux pp. 178-182.

⁵⁹ *Statut international du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 128 à la p. 136 [*Statut international du Sud-Ouest africain*].

⁶⁰ Denys Simon, *L'interprétation judiciaire des Traités constitutifs d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, aux pp. 194-195 [Simon].

⁶¹ *Statut international du Sud-Ouest africain*, *supra* note 59 à la p. 137.

suite dans l'avis sur l'*Effet de jugements du Tribunal des Nations Unies accordant indemnités*, dans lequel est admis le pouvoir de créer des organes subsidiaires et notamment - aux fins de régler les rapports avec le personnel - de créer un tribunal en tant qu'il est

essentiel pour assurer le bon fonctionnement du secrétariat et pour donner effet à cette considération dominante qu'est la nécessité d'assurer les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité. La capacité de ce faire est nécessairement impliquée par la Charte.⁶²

De manière explicite, elle a évoqué la théorie des pouvoirs impliqués dans l'*Affaire du Déroit de Corfou* lorsqu'elle affirme - au sujet de sa propre fonction - que le

Conseil de sécurité entendait indubitablement que le différend soit tranché par la Cour. Si cependant la Cour se bornait à dire que réparation est due sans en fixer le montant, le différend ne serait pas finalement tranché par la Cour. Une partie importante du différend resterait sans règlement.⁶³

C'est en reconnaissant des pouvoirs qui ne sont pas attribués expressément mais que l'on peut justifier par les buts et la qualité de sujet de droit que la Cour parvient à développer, sur le plan du droit, les compétences de l'Organisation. L'efficacité de l'action de l'Organisation est une considération essentielle qui entre en ligne de compte et qui est justifiée par la référence aux fonctions importantes de l'Organisation et la nécessité de lui voir attribuer des pouvoirs plus larges à ces fins. L'efficacité de l'action de l'Organisation est le but de la régulation. Pour M. Simon, « la répartition des compétences entre les États et l'Organisation se trouve affectée à la fois par les obscurités et les lacunes du texte originaire du Traité et l'apparition de domaines matériels se rattachant à la mission d'ensemble de l'Organisation »⁶⁴. L'idée de nécessité en tant que pivot d'implication aboutit incontestablement à « développer les pouvoirs des organes pour leur permettre d'assumer les compétences attribuées à l'organisation dans la mesure nécessaire à la réalisation des objectifs du traité constitutif »⁶⁵. La régulation qu'effectue la Cour permettrait à l'Organisation de

⁶² *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, supra note 49 à la p. 58.

⁶³ *Affaire du Déroit de Corfou*, [1949] C.I.J. rec. 4 à la p. 26 [*Déroit de Corfou*]. De même, après avoir établi que l'obligation de l'Afrique du Sud de se soumettre à la C.P.J.I. lui a été transférée par l'article 37 de son Statut, elle a jugé que la protection judiciaire de la mission sacrée était un aspect essentiel du système des mandats, *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)* Exceptions préliminaires, [1962] C.I.J. rec. 319 aux pp. 334-335 [*Sud-Ouest africain (Première phase)*].

⁶⁴ Simon, supra note 60 à la p. 168.

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 199.

s'adapter à son environnement. En ce sens, on peut considérer qu'elle joue un rôle d'interface, le système institutionnel ne fonctionnant pas en vase clos, il entretient des relations avec son environnement qui l'obligent à s'adapter pour remplir efficacement sa mission. Le développement des compétences organisationnelles pourrait être analysé comme le résultat d'une adaptation spontanée par les organes politiques qui doivent déterminer en premier lieu leur compétence. En reconnaissant des « pouvoirs impliqués par la Charte et développés dans la pratique » et dans la mesure où la Cour intervient *a posteriori*, il semblerait plutôt que cette dernière s'attache à faire en sorte que le droit ne devienne pas une pesanteur. En ce sens, elle favoriserait le développement des pouvoirs de l'Organisation et, par ricochet, ceux des organes. Ceci étant, la limitation des compétences externes est une autre fonction de la Cour qui découle de l'accroissement de la sphère d'action de l'Organisation.

(b) *Résistances des États à l'exercice des compétences organisationnelles*

Les États sont les sujets primaires du droit international qui coexistent avec les sujets dérivés que sont les organisations internationales. Ces dernières ont un champ de compétences circonscrit par les traités qui les instituent. À l'exception des États, « tous les sujets de droit n'ont pas en eux-mêmes leur raison d'être ; ils [les autres sujets tels que les organisations internationales] servent les intérêts d'autrui, les buts déterminés par les États fondateurs »⁶⁶. Si la Charte a placé l'ONU face à ses membres, ceux-ci n'ont pas négligé de poser des limites matérielles à ses compétences. En effet, le paragraphe 7 de l'article 2 n'autorise pas l'Organisation à intervenir dans les domaines relevant exclusivement de la compétence nationale. Les conflits d'attribution gisent donc à l'état latent et apparaissent lorsque l'Organisation accroît et dépasse sa sphère d'action. Sur ce dernier point, l'on a pu remarquer que les outils juridictionnels permettant de trancher les litiges entre l'Organisation - du fait de ses agents - et les États étaient inadaptés⁶⁷. Cependant, le recours à l'avis consultatif auquel les parties confèrent une force « décisive » a pu s'avérer utile tant pour vider le différend que pour permettre le fonctionnement de l'Organisation⁶⁸.

Dans son avis relatif aux *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies*, la Cour avait déjà énoncé la soumission des organes à la légalité de la Charte,

le caractère politique d'un organe ne [pouvant] le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. Pour

⁶⁶ Hermann Mosler, « Réflexions sur la personnalité juridique en droit international », dans *Mélanges offerts à Henri Rolin*, *supra* note 55, 228 à la p. 244 ; et Chaumont, *supra* note 55 à la p.58.

⁶⁷ Voir Bedjaoui, « Les relations entre la Cour internationale de justice » *supra* note 29.

⁶⁸ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Avis consultatif, [1999] C.I.J. rec. 62 à la p. 78; voir également l'avis relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *supra* note 56 aux pp. 178 et s.

savoir si un organe a la liberté de choisir les motifs de sa décision, il faut se référer aux termes de sa constitution.⁶⁹

Plus tard, elle s'est bornée à constater que « dans les systèmes juridiques nationaux, on trouve souvent un procédé pour déterminer la validité d'un acte même législatif ou gouvernemental... [mais qu'on ne rencontrait] dans la structure des Nations Unies aucune procédure analogue. » Elle souligne que « l'avis que la Cour s'apprête à donner ici [n']est [qu']un avis consultatif » - procédure inadaptée à la répartition efficace des compétences⁷⁰. En rattachant les pouvoirs de l'Assemblée aux missions dévolues à l'Organisation, la Cour a énoncé que dans l'hypothèse où elle aurait été confrontée à un dépassement ou à une usurpation de compétences au détriment d'un organe, les opérations n'auraient pas moins été valides dans la mesure où l'irrégularité affecterait seulement l'économie interne de la Charte. Par là, elle a été conduite à reconnaître l'imputabilité à l'Organisation des actes *ultra vires* en distinguant la validité interne de l'opposabilité externe⁷¹. La Cour ne pouvait pas énoncer de manière plus claire la teneur du principe de spécialité qui gouverne l'action externe de l'Organisation :

ces buts sont très vastes, mais ils ne sont pas illimités, non plus que les pouvoirs conférés pour les atteindre. Sauf dans la mesure où ils ont confié à l'Organisation la mission d'atteindre ces buts communs, les États membres conservent leur liberté d'action.⁷²

Mais par principe, une présomption de légalité soutient l'action des organes⁷³, solution qui paraît raisonnable en termes d'efficacité et dans la mesure où seul un organe judiciaire pourra déterminer juridiquement la validité de l'acte si la question lui est posée.

⁶⁹ *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 64. Ce principe de la soumission à la Charte a été rappelé par la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadic*, supra note 12 au para 28, où elle considère que le Conseil ne peut être conçu comme un « *legibus solutus* ». Voir Mohammed Bedjaoui, « Un contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité est-il possible? » dans *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies : Actes du 28^e colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1995, aux pp. 264 et s. .

⁷⁰ *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 168.

⁷¹ *Ibid.* : « S'il est admis que l'action en question relève des fonctions de l'Organisation, mais qu'on allègue qu'elle a été entreprise ou menée d'une manière non conforme à la répartition des fonctions entre divers organes telle que la Charte l'a prescrite, on aborde le plan interne, l'économie interne de l'Organisation. Si l'action a été entreprise par un organe qui n'y était pas habilité, il s'agit d'une irrégularité concernant cette économie interne mais il n'en ressort pas nécessairement que la dépense encourue n'était pas une dépense de l'Organisation. Le droit national comme le droit international envisage des cas où une personne morale ou un corps politique, peut être lié envers les tiers par l'acte *ultra vires* d'un agent. »

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

Par l'affirmation de la soumission à la légalité et de cette distinction, se profilait l'éventuel contrôle de légalité de l'action d'un organe comme acteur de l'ordre relationnel, véritable serpent de mer du droit de l'Organisation. Alors qu'elle a pu connaître, en appel, de la décision du Conseil de l'OACI dans le cadre de sa fonction contentieuse, la Cour a mis en évidence le fait que cette procédure devait être considérée « comme un élément du régime général établi » pour cette Organisation. Pour la Cour, il s'agit d'assurer le bon fonctionnement de l'Organisation concernée et non un acte d'hostilité ou l'éventuelle affirmation d'un gouvernement des juges. Il s'agirait au contraire d'une garantie pour le Conseil lui-même. En fait, « la première garantie pour le Conseil est donc de savoir qu'un contrôle est possible pour vérifier si une décision prise sur sa propre compétence est ou non conforme »⁷⁴. Outre le fait qu'un tel contrôle est un moyen d'assurer la légalité, la doctrine s'accorde à dire qu'il permettrait d'assurer la légitimité de l'action entreprise⁷⁵. En effet, dans l'avis sur la *Namibie*, c'est après avoir vérifié la légalité ou la conformité aux buts de l'Organisation que la Cour a pu énoncer l'obligation des membres de se conformer à la résolution prise par le Conseil de sécurité. Par ce faire, elle a rendu l'acte incontestable juridiquement, ce qui constitue une source indéniable de légitimité. Mais la Cour, relayée par la doctrine, estime que les outils mis à sa disposition ne peuvent permettre d'assurer cette régulation externe parce qu'ils sont dépassés ou bien conceptuellement déficients⁷⁶.

Pourtant, la position de la Cour dans l'*Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie [Lockerbie]*⁷⁷ pourrait également s'expliquer par le souci qu'elle a de ne pas empêcher par le jeu du droit l'accomplissement de sa mission principale par le Conseil au titre du maintien de la paix. C'est pour assurer l'efficacité de l'action de l'Organisation que des moyens d'actions plus larges et plus souples ont été conférés au Conseil. Cette position est conforme au rôle de soutien des autres organes qui serait celui de la Cour. Par cette décision, la Cour se ferait ainsi respectueuse de l'action des autres organes... Probablement trop dans la mesure où cette « abdication » pourrait entraîner un déplacement du centre de gravité de l'Organisation et rompre l'équilibre entre les organes.

2. CONCURRENCES ENTRE LES ORGANES DE L'ORGANISATION : LA RÉGULATION DU FONCTIONNEMENT DE L'ORGANISATION

Sur le plan de l'économie interne de la Charte, et en l'absence de hiérarchie inter-organique, la distribution des compétences peut donner lieu à l'observation de

⁷⁴ *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, *supra* note 35 à la p. 60.

⁷⁵ Voir notamment Florent Mazon, « Le contrôle de légalité des décisions du Conseil de sécurité – Un bilan après les ordonnances *Lockerbie* et l'arrêt *Tadic* » (1997) 10 R.Q.D.I. 105 à la p. 115 [Mazon].

⁷⁶ Bedjaoui, « Les relations entre la Cour internationale de Justice », *supra* note 29 aux pp. 193 et s.; voir également Mazon, *supra* note 75 aux pp. 119-122.

⁷⁷ *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, [1992] C.I.J. rec. 114 [*Lockerbie*].

situations de préséance. C'est ainsi que l'article 12 interdit à l'Assemblée générale d'intervenir dans une affaire dont le Conseil est saisi au titre du Chapitre VII. Le problème se pose donc de l'existence de pouvoirs concurrents.

(a) *La Cour internationale de Justice et l'équilibre organique institutionnel*

L'absence de hiérarchie entre les organes d'une Organisation internationale prévaut jusque dans les relations entre les organes principaux et les organes subsidiaires⁷⁸. Il incombe en premier lieu à chaque organe de définir sa propre compétence⁷⁹. Toutefois il a été remarqué que ce principe ne permettait pas de réguler efficacement les actions des organes. Par ailleurs, la Cour n'a pas les moyens d'assurer le respect de la légalité et le problème de la fonction consultative réside dans ce fait que l'utilisation du Chapitre VII par le Conseil met celui-ci dans une situation d'immunité de juridiction. En effet, l'Assemblée générale ne pouvant s'ingérer dans les affaires faisant l'objet d'un traitement sous l'empire de ce Chapitre, elle ne peut solliciter une demande pour avis auprès de la Cour quant à la légalité de l'action du Conseil. Force est de constater avec que le Conseil lui-même ne risquera jamais une résolution devant la Cour⁸⁰.

Par delà les difficultés inhérentes à l'ordre juridique international, la jurisprudence offre une idée de l'esprit qui doit présider à la répartition des compétences entre les organes. Pour la Cour, chaque organe devrait s'acquitter de ses fonctions en étroite collaboration avec les autres⁸¹, par une action conjointe⁸² ou de soutien⁸³. En somme, elle met en évidence la nécessité de synergies dont l'affaire relative à la *Namibie* est l'exemple suprême d'actions conjointes et concordantes de tous les organes. Tout se passe comme si elle voulait assurer l'effectivité des buts par la cohérence des actions. Mais une autre considération entre en jeu : chaque organe devrait établir des relations basées sur la complémentarité et l'harmonie, et non sur la subordination et l'exclusion⁸⁴. Puisque la Charte n'introduit pas de hiérarchie, il importe,

pour assurer l'efficacité des pouvoirs conférés aux organes, d'éviter que la pratique institutionnelle ne conduise à la subordination d'un organe par

⁷⁸ *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, supra note 62 aux pp. 58-59.

⁷⁹ *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 168.

⁸⁰ Alain Pellet, « Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité? » dans *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies : Actes du 28^e colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1995 [Pellet, « Actions du conseil de sécurité »]. Par conséquent la seule forme de régulation efficace est politique et se traduit par l'usage du veto.

⁸¹ *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 17 à la p. 164.

⁸² Voir par exemple l'avis sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un état aux Nations Unies*, supra note 17 aux pp. 8-9.

⁸³ Voir l'avis sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, supra note 26 à la p. 54.

⁸⁴ Voir l'opinion individuelle du juge Ni ainsi que celle du juge Bedjaoui sous l'ordonnance de *Lockerbie*, supra note 77.

rapport à l'autre [...] Dans chaque cas, le juge international a maintenu leur pleine portée aux pouvoirs de l'organe menacé de façon à éviter un bouleversement de l'équilibre institutionnel et un déplacement du centre de gravité de l'Organisation.⁸⁵

Ce qui est donc en jeu n'est rien d'autre que la performance de l'action des Nations Unies dans sa mission de maintien de la Paix. L'équilibre institutionnel ne serait pas un principe qu'il s'agirait de protéger en soi ; s'il ne doit pas être sacrifié, c'est parce qu'il revêt une importance particulière dans le fonctionnement et le succès de l'Organisation dans la mesure où il est censé assurer l'efficacité de tous les modes de régulation⁸⁶.

(b) *La Cour internationale de Justice et la complémentarité inter-organique des compétences*

Le principe de complémentarité mis en lumière par la nécessité de l'équilibre commande le respect par chaque organe de l'action des autres, tous participant à la réalisation des mêmes buts, selon des modes d'action différents. C'est sur les modes d'action que la Cour fonde la régulation.

Elle a pu ainsi défendre les prérogatives de l'Assemblée face au Conseil en rejetant une interprétation qui la priverait

de toute possibilité d'intervenir dans le domaine du maintien de la paix car d'une part, la responsabilité conférée au Conseil est principale et non exclusive et d'autre part, on ne trouve dans les dispositions de la Charte aucune justification de l'idée que cette répartition exclut des pouvoirs de l'Assemblée générale celui de prévoir le financement des mesures destinées au maintien de la paix.⁸⁷

De même, dans le cadre de la procédure d'admission d'un État comme membre des Nations Unies, elle a refusé de reconnaître à l'Assemblée la possibilité d'admettre un État sans la recommandation du Conseil, car c'est « un pouvoir important que lui confie la Charte, et [ce serait, au delà de la question de la légalité]

⁸⁵ Simon, *supra* note 60 à la p. 205.

⁸⁶ Voir Bedjaoui, « Les relations entre la Cour internationale de justice », *supra* note 29 à la p. 206, où l'auteur affirme qu'il est clair que « toute situation créée par l'un ou l'autre organe qui reviendrait même indirectement à altérer la structure ou le fonctionnement de l'Organisation tels que fixés par la Charte, et en particulier la répartition des tâches entre les organes et la définition précise du rôle de chacun serait contraire à la Charte ».

⁸⁷ *Certaines dépenses des Nations Unies*, *supra* note 17 aux pp. 164-165.

réduire son rôle dans l'exercice d'une fonction essentielle de l'Organisation »⁸⁸ que de permettre à l'Assemblée d'agir seule.

La Cour attribue une grande valeur au respect de l'équilibre de la Charte, mais la solution retenue dans l'affaire *Lockerbie* a amené certains juges à soulever l'hypothèse de « l'abdication » de ses pouvoirs par la Cour⁸⁹. À la lecture de la Charte, les relations entre les deux organes principaux sont placées sous le signe de la collaboration. En effet, le troisième paragraphe de l'article 36 recommande la préséance de la Cour dans les différends qui mettent en cause un différend juridique et au terme du deuxième paragraphe de l'article 94, le Conseil serait dans une relation d'auxiliaire de la Cour puisqu'il peut décider des mesures à prendre pour faire exécuter un arrêt resté lettre morte. Il semblerait enfin qu'il ait à sa charge une obligation d'abstention puisque le deuxième paragraphe de l'article 36 impose au Conseil de prendre en considération toute procédure déjà adoptée.

Le fait que le Conseil agisse en vertu du Chapitre VII ne peut avoir pour effet de l'empêcher, d'une manière générale, de connaître de la même affaire. « [D]'ailleurs, il ne semble venu à l'esprit d'aucun membre du Conseil qu'il eût ou pût y avoir rien d'irrégulier dans l'exercice simultané par la Cour et le Conseil de sécurité de leurs fonctions respectives. Le fait n'est d'ailleurs pas surprenant »⁹⁰. La Cour et l'Assemblée ne sont pas dans la même situation vis à vis du Conseil⁹¹. Si la Cour ne peut être empêchée d'exercer son rôle dans le règlement d'un différend, c'est parce qu'elle s'acquitte d'une mission essentiellement différente de par les moyens de son action. Au contraire, l'Assemblée et le Conseil sont tous deux des organes politiques dont les modes d'action sont de même inspiration avec cette différence que le Conseil exerce une responsabilité principale avec des moyens d'actions plus larges. Il ne serait pas possible de laisser ces deux organes saisis dans le même temps d'une affaire qui requiert des moyens d'action efficaces pour rétablir la paix. Des solutions contradictoires sur un même plan – en l'occurrence sur le plan politique – pourraient être retenues et affecter la légitimité de la décision du Conseil. Pour ce qui concerne l'action simultanée de la Cour et du Conseil, il a été jugé que « même après une constatation faite en application de l'article 39, il n'y a pas forcément incompatibilité entre l'action du Conseil de sécurité et une décision judiciaire de la Cour. » Au

⁸⁸ *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, *supra* note 17 à la p. 9.

⁸⁹ Voir *Lockerbie*, *supra* note 77 aux pp. 138-139 pour l'opinion individuelle du Juge Lachs.

⁹⁰ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, [1980] C.I.J. rec. 3 à la p. 21.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 22 : « Alors que l'article 12 de la Charte interdit expressément à l'Assemblée générale de faire des recommandations au sujet d'un différend ou d'une situation à l'égard desquels le Conseil remplit ses fonctions, ni la Charte, ni le Statut n'apportent de restriction semblable à l'exercice des fonctions de la Cour. Les raisons en sont évidentes : c'est à la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies qu'il appartient de résoudre toute question juridique ; et la résolution de ces questions juridiques par la Cour peut jouer un rôle important et parfois déterminant dans le règlement pacifique des différends. »

contraire, les deux procédures peuvent être menées « parallèlement » et les deux organes peuvent s'acquitter de leurs « fonctions complémentaires »⁹².

Le juge Ni relève d'ailleurs qu'il ne faut pas négliger « la mention de fonction complémentaire ». Les deux organes traitent certes des mêmes questions, mais leur attention ne se porte pas sur les mêmes points [...] ces fonctions peuvent être liées les unes aux autres. Les relations entre les deux organes doivent être caractérisées par une coordination et une coopération et non par une concurrence ou une exclusion réciproque⁹³. Il est clair que dans l'esprit des juges, le problème n'est pas celui de l'exercice de compétences simultanées mais celui de la cohérence des solutions retenues sur deux plans différents⁹⁴. C'est pour cette raison qui sous-tend le fonctionnement de la Charte que la Cour a refusé d'ordonner des mesures conservatoires sur la base de la Convention de Montréal. Il s'agit de donner plein effet à cette considération essentielle qu'est l'effectivité des objectifs de l'Organisation⁹⁵.

Dans son activité de *juris dictio*, la Cour est donc déterminée par l'action des autres acteurs de l'ordre juridique international, et par l'obligation qui lui est faite de participer à la mission d'ensemble de l'Organisation. Mais sa relation aux éléments du système juridique ne se réduit pas à celle qu'elle peut entretenir avec les sujets agissants. Une autre donnée à prendre en compte est celle que constituent les normes du droit international en tant qu'elles sont organisées dans un système juridique spécifique.

II. L'ordre normatif international et la fonction de la Cour internationale de Justice

Établir le droit et l'interpréter sont deux activités consubstantielles. Elles ont pour objet l'indication du sens et de la portée de la règle, de l'état du droit international, de la manière dont il est appliqué, de ses tendances, mais ne sauraient se réduire à la simple déclaration de la norme et à son application mécanique, car tout le droit ne se situe pas dans le texte et existe parfois - dans le cas de la coutume et des principes généraux de droit - sans support textuel.

⁹² *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1984] C.I.J. rec. 392 aux pp. 432 et s. [*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1984)*].

⁹³ Voir l'opinion individuelle du juge Lachs dans *Lockerbie*, *supra* note 77 à la p. 22 : « chacun d'entre eux s'acquitte de ses fonctions concernant une situation ou un différend dont divers aspects figurent à l'ordre du jour de chacun d'entre eux sans porter préjudice à l'exercice des pouvoirs de l'autre. »

⁹⁴ Voir Pellet, « Actions du conseil de sécurité » *supra* note 80 à la p. 230 où l'auteur remarque néanmoins que « c'est indirectement mais certainement à un contrôle de la légalité du Conseil que s'est livrée la Cour » dans *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1986)*. La seule différence est que la Cour n'empêche pas l'action du Conseil dans la mesure où les États-Unis avaient utilisé leur veto.

⁹⁵ Dit autrement, le règlement politique serait plus efficace que le droit qui n'occuperait alors qu'une place marginale dans le fonctionnement de la société internationale.

La recherche du droit applicable n'est pas toujours aisée car le droit international laisse une large place à la coutume. Celle-ci exige de la part du juge une intervention active pour l'établir et lui donner un sens. Son rôle est d'autant plus important que les parties à un traité restent parfois indécises en laissant volontairement des concepts indéfinis (A). Le droit international est aussi connu pour son caractère intersubjectif qui découle de la nécessité d'obtenir des relations basées sur la coopération. Cependant, la Convention de Vienne et la Charte ont introduit l'idée d'une hiérarchie des normes qui, sans bouleverser effectivement la configuration de l'ordre normatif, tend à instituer un droit de subordination. Cet événement met en question le statut de certaines règles et le caractère axiomatique du volontarisme dans la formation du droit, ainsi que les modalités d'exercice de la fonction juridictionnelle (B).

A. L'identification du contenu du droit

Le droit international comporte certaines zones de flou dans la mesure où le sens et l'existence des règles sont malaisés à établir. Le rôle du juge dans sa mission de règlement pacifique des différends est alors d'intervenir activement dans l'interprétation qu'il conçoit comme une activité de connaissance⁹⁶. Ainsi, il peut être amené à replacer le droit dans son contexte de manière à lui faire produire ses effets régulateurs (1). Dans cette optique, la Cour ne peut se contenter de rendre des jugements purement déclaratoires. Au contraire, certains concepts lui permettent de promouvoir un règlement effectif des différends en ajustant les règles aux particularités de la situation qui lui est soumise (2).

1. PAR L'ADAPTATION DU DROIT

Pour conserver sa fonction primordiale de pacification, le juge tend à adapter le droit aux changements de la société, à le maintenir dans un rapport d'adhérence avec son environnement qui est essentiel à la stabilisation de la société internationale. Cette activité a pu être observée dans la jurisprudence relative aux pouvoirs impliqués de l'Organisation. Elle peut également être observée dans le traitement jurisprudentiel de la coutume (a) qui a pu permettre d'avancer l'idée que le juge joue un rôle de législateur (b). L'adaptation du droit à son environnement se manifeste également dans l'interprétation des traités (c).

(a) La plasticité de la coutume

L'accroissement du nombre des États et la diversification des branches du droit international ont amené la Cour à renouveler le concept de coutume qui n'est plus une norme découlant d'une pratique séculaire. Le mode de formation de la règle coutumière s'est considérablement accéléré et la Cour a pris acte de cet état de fait

⁹⁶ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1986)*, *supra* note 2 aux pp. 24-25.

dans l'arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* dans lequel elle considère que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine »⁹⁷.

Par ailleurs, la Cour tend à prendre en compte le rôle que peut jouer la sphère institutionnelle dans la formation de ces règles. Des coutumes objectives peuvent naître des conférences⁹⁸ ou s'enraciner dans les conventions conclues sous l'égide des Nations Unies⁹⁹. Les relations entre ces deux systèmes du droit international existent donc. Cette assertion peut être corroborée par le travail d'élucidation des rapports entre les résolutions de l'Assemblée et le processus coutumier. Si les résolutions ne peuvent avoir de force obligatoire par elles-mêmes du fait que les États ont toujours le monopole de la formation du droit conventionnel et coutumier pour ce qui concerne leurs relations, à moins qu'ils n'aient habilité l'Organisation pour ce faire - ce qui assurément n'est pas le cas des Nations Unies bien que l'Assemblée joue un rôle dans le développement progressif du droit international - les résolutions peuvent servir de preuve pour « établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* » ou en « illustrer l'évolution progressive »¹⁰⁰. Tout l'art de la Cour se portera donc sur l'analyse de la pertinence des résolutions dans le processus coutumier. Le texte peut s'interpréter « comme une adhésion à la valeur de la règle »¹⁰¹, déclaratif du droit coutumier¹⁰², comme ayant un caractère normatif¹⁰³. Mais l'Assemblée générale ne saurait être une « assemblée législative ». Pour entrer en ligne de compte dans la détermination de la règle coutumière, les résolutions doivent remplir le critère de généralité¹⁰⁴ et inclure les États les plus particulièrement intéressés¹⁰⁵. C'est pour cette raison, entre autres, qu'elle a affirmé que

l'apparition en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre d'une part une *opinio juris* naissante et d'autre part une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion.¹⁰⁶

⁹⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 40 aux pp. 38 et 41.

⁹⁸ *Affaire du plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne)*, [1982] C.I.J. rec. 18 à la p. 74.

⁹⁹ Voir par exemple l'avis sur les *Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 22.

¹⁰⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 à la p. 254.

¹⁰¹ *Ibid.*; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1986)*, *supra* note 2 à la p. 100.

¹⁰² *Ibid.* à la p. 103.

¹⁰³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 à la p. 254.

¹⁰⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 40 aux pp. 41-42.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 à la p. 255.

(b) *La relation du juge à la coutume*

L'intervention du juge dans un conflit où est alléguée l'existence d'une règle coutumière est décisive car le droit relève de la connaissance judiciaire. Il s'agit de prendre position en déterminant la pertinence d'une pratique. Ainsi, face à la coutume, « pour le juge, le problème principal est celui de l'apport de la preuve de son existence »¹⁰⁷. De la difficulté de séparer les deux éléments qui la constituent du fait de leur « union inextricable »¹⁰⁸, on peut être tenté d'inférer un pouvoir quasi-législatif du juge¹⁰⁹. Ainsi, ce serait par une « interprétation *a posteriori* que le juge construit lui-même la démonstration de l'existence de la règle de droit plus qu'il ne la dévoile »¹¹⁰.

Si le rôle du juge n'est pas seulement un rôle de connaissance (dévoiler) - ce qu'il ne s'agit pas de nier, d'ailleurs, il a été observé plus haut que dans la théorie des pouvoirs impliqués il ne se limitait pas à la simple déclaration de la règle - la distinction entre la construction de la règle et la fonction de législateur paraît floue. D'abord, il est vrai que l'action du juge dans le procès est conditionnée par le but qui est de rendre un jugement¹¹¹, de faire droit à une prétention. Partant, il doit se détacher des assertions des parties pour traiter des faits que représentent la pratique et *l'opinio juris* à l'égard de l'article 38. Le rapport du juge à la coutume est identique à celui qui existe entre le juge et les faits dans un contentieux portant sur la responsabilité à ceci près qu'est en cause l'existence d'une norme dont l'existence n'est pas formalisée ou qualifiée par le droit lui-même de coutumière. La CIJ a une fonction constitutive¹¹² à l'égard de faits auxquels l'article 38 prévoit une conséquence juridique, en l'occurrence une norme: c'est pour cette raison que sa part active dans l'établissement de la règle coutumière peut être perçue comme une activité législative. Cependant, dire que le juge en re-constituant le processus, en construisant la démonstration *a posteriori* de l'existence de la norme s'attribue une certaine marge d'appréciation dans l'établissement de la *pertinence* de la pratique est une chose, dire qu'il se *substitue* aux États dans la *création* de la règle en est une autre.

Cela reviendrait à dire qu'il substitue son *opinio juris* à celle des États. Or, il n'en est rien. La Cour attache au contraire un soin particulier à déterminer *l'opinio juris* car

¹⁰⁷ Pierre-Marie Dupuy, « Droit international public », *supra* note 45 à la p. 295.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p.296. Voir aussi Peter Haggemacher, « La CIJ et la règle coutumière », (1986) 90 R.G.D.I.P. 1 aux pp. 113-114 où il écrit : « l'établissement d'une norme coutumière ne se réduit pas à vérifier objectivement la réalisation du pseudo-processus de formation suggéré par la doctrine classique et à en constater passivement le résultat : le juge ne se borne pas à cueillir un fruit mûri sur l'arbre de *l'opinio juris*. » [Haggemacher].

¹⁰⁹ Haggemacher, *ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Voir Jean Salmon, « La construction juridique du fait en droit international », (1986) *Archives de philosophie du droit* 135.

l'élément essentiel [...] est que ces actes [...] ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer *l'opinio juris* car pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre, ils doivent témoigner par leur nature et la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit.¹¹³

Lorsque la Cour exprime sa « conscience de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour l'environnement naturel »¹¹⁴, elle se fait le réceptacle des valeurs sociales que le droit traduit. Mais il n'y a qu'un pas entre la prise en compte dans l'interprétation d'une règle, les valeurs sociales que celle-ci transcrit¹¹⁵ et traduire de manière immédiate en norme ces valeurs¹¹⁶.

Pour M. Sur, les deux éléments sont de même nature et « cette nature est de l'ordre des modes de preuve. Quelle que soit la latitude d'appréciation dont dispose la Cour, ces éléments conservent leur extériorité, et il semble très excessif de dire qu'elle les crée »¹¹⁷. En droit, elle ne les crée pas en tant que fait, mais en tant que catégorie juridique, en ce sens que les éléments préexistent dans le réel mais non en tant que faits juridiques. L'article 38 fonctionne comme une obligation méthodologique générale et « l'importance accordée à la méthodologie de la constatation et de la formulation de la coutume souligne que celle-ci est largement le produit d'un raisonnement juridique, raisonnement qui constitue le substitut de l'élément formel de la coutume qui par définition fait défaut »¹¹⁸. Ici, c'est donc le juge qui cristallise le processus coutumier.

Ceci étant posé, le juge doit établir un sens à la règle qui découle du « processus » à la lumière des éléments qu'il a jugés pertinents. Une convention peut « cristalliser » une norme coutumière. Dans ce cas la recherche du sens de la norme sera simplifiée par la stabilité du texte. Le problème peut cependant résulter du fait qu'une convention de codification ajoute au droit général. Ainsi, la Charte consacre le principe de légitime défense, sans le définir tout en ajoutant le régime auquel il est soumis¹¹⁹. La Cour s'attache alors à dissocier ce qui relève du droit coutumier de ce qui relève de la convention. Elle établit les liens qui peuvent exister entre les deux

¹¹³ *Plateau continental de la mer du Nord*, supra note 40 aux pp. 44-45.

¹¹⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 3 à la p. 241.

¹¹⁵ Comme elle l'a fait dans l'avis sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 18 à la p. 23, aux fins de l'interprétation de la Convention.

¹¹⁶ *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)* Deuxième phase, [1966] C.I.J. rec. 6 à la p. 48 [*Sud-Ouest africain (Deuxième phase)*].

¹¹⁷ Serge Sur, *La coutume internationale*, *Juris-classeur Droit international*, 1990, 2^e cahier, à la p.4.

¹¹⁸ *Ibid.* 1^{er} cahier à la p.21.

¹¹⁹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (1986)*, supra note 2 à la p. 94; *Plateau continental de la mer du Nord*, supra note 40 à la p. 38, au sujet de l'ajout à titre expérimental de la règle de l'équidistance.

sources; dans le cas présent, la coutume représentant le noyau dur de la définition de la légitime défense¹²⁰. Elle affirme par là l'irréductibilité de l'existence coutumière à l'existence conventionnelle¹²¹ - fait d'autant plus important que c'est au titre de l'application du droit coutumier qu'elle était saisie - ces normes conservant « une existence distincte » du fait de leur origine respective. Plus loin, elle affirme au surplus que, malgré l'identité de sens dans les deux sources, on ne peut percevoir une hiérarchie au point que la norme coutumière n'a plus d'existence propre¹²².

Les modifications de la configuration de la société internationale ont pu conduire le juge à prendre en compte ce fait dans l'élaboration de la coutume; elle joue un rôle non moins important dans l'interprétation du droit conventionnel malgré les contraintes que peut soulever la souveraineté.

(c) *L'actualisation de l'interprétation du droit*

Le juge est actif dans l'interprétation de certains concepts qui varient au gré du temps dans lequel s'inscrivent les nouveaux besoins de la société internationale. L'ordre normatif voit apparaître en son sein des notions qui ne sont pas « statiques mais par définition évolutives »¹²³ telles que la notion de « mission sacrée de civilisation » dans les *Affaires du Sud-Ouest africain* et, dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer Égée*, la notion de régime territorial. Pour déterminer la signification de telles notions, la Cour a posé le principe que « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »¹²⁴. Ces notions, qui ne vont pas sans rappeler l'idée de « texture ouverte » des règles juridiques de Hart¹²⁵, mettent le juge en position d'attribuer un sens à la règle en prenant en compte les circonstances extérieures à celles-ci du fait de la porosité du langage. Ainsi, le concept générique de régime territorial voit nécessairement son sens « évoluer avec le droit et revêtir à tout moment la signification que pourraient lui donner les règles en vigueur »¹²⁶.

Certaines clauses effectuent un renvoi « mobile » dans le temps et permettent d'interpréter le traité à la lumière de ces clauses dont le contenu est appelé à se modifier. C'est ainsi que le traité conclu entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie en 1977 qui faisait référence au droit de l'environnement a permis, aux fins de l'évaluation d'un risque écologique, de prendre en considération les normes

¹²⁰ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1986), *supra* note 2 à la p. 94.

¹²¹ *Ibid.* aux pp. 94-97.

¹²² *Ibid.* à la p. 23.

¹²³ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, *supra* note 26 à la p. 31; *Plateau continental de la mer Égée*, *supra* note 20 aux pp. 33-34.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. Van de Kerchove, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint Louis, 1976, aux pp. 157 et s.

¹²⁶ *Plateau continental de la mer Égée*, *supra* note 20 à la p. 32.; voir *contra*, à propos de la notion d'armes empoisonnées, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 à la p. 248.

actuelles¹²⁷. Cependant, dans ce processus, les principes de souveraineté et de sécurité juridique jouent le rôle de contrepoids; la règle d'interprétation demeurant la fidélité à l'intention des auteurs. Par conséquent, l'interprétation en fonction du contexte juridique qui avait présidé à la conclusion de l'engagement demeure une règle incontournable¹²⁸. La Cour intègre toujours cette donnée dans l'interprétation des conventions afin de préserver la respectabilité de ses jugements, car dans le cadre de sa fonction judiciaire la Cour interprète mais ne saurait réviser les Traités¹²⁹.

2. PAR L'ANALYSE DU CAS D'ESPÈCE

Les États peuvent introduire des concepts qui ne sont pas déterminés de manière intrinsèque, dont le contenu sera le fruit d'une adaptation à l'espèce. L'équité est un exemple de notions volontairement utilisées par volonté de compromis¹³⁰ (a). Mais la Cour peut également se trouver face à des situations où le droit conventionnel est silencieux quant à une situation donnée (b).

(a) *Le poids des circonstances*

Le problème réside dans ce fait que l'équité est un concept à faible densité normative dont l'application dans le cadre de la délimitation des espaces maritimes peut laisser la place à un subjectivisme sans discernement, à « la méthode de la non méthode »¹³¹, selon le mot de M. Weil, et résulter dans la mise en cause du principe fondamental de sécurité juridique si nécessaire dans les relations internationales¹³². De telles hypothèses se sont d'ailleurs produites. La Cour avait considéré, dans une jurisprudence qui n'est plus d'actualité que, dans le domaine de la délimitation maritime, chaque cas était un *unicum*¹³³ pour l'application du droit, ce qui en rend la détermination impossible du fait de l'absence de définition *ex-ante* des règles applicables¹³⁴. Depuis, la Cour a établi une méthode permettant de discipliner le recours au principe d'équité.

Tout l'art de la Cour consiste donc à insuffler un minimum de prévisibilité à l'équité tout en lui conservant sa souplesse. L'analyse du Professeur Weil révèle que l'équité n'est plus un principe à géométrie variable, mais une méthode juridique structurée en deux temps par le tracé d'une ligne médiane comme démarcation de

¹²⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 24 à la p. 74.

¹²⁸ *Ibid.* aux pp. 121-123 pour l'opinion individuelle du juge Bedjaoui; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 à la p. 248.

¹²⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 aux pp. 237-238.

¹³⁰ Jean Salmon, « Les notions à contenu variable en droit international public » dans Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 251 aux pp. 264 et s.

¹³¹ Prosper Weil, *Écrits de droit international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, à la p.180 [Weil].

¹³² *Ibid.*; voir l'*Affaire des essais nucléaires*, *supra* note 14 aux pp. 268-270; voir aussi l'opinion individuelle du juge Bedjaoui dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 24 aux pp. 121-123.

¹³³ *Plateau continental*, *supra* note 97 aux pp. 62 et 92.

¹³⁴ Weil, *supra* note 131.

premier pas, « pouvant être ensuite ajustée ou déplacée pour permettre d'aboutir à un résultat équitable »¹³⁵. Il s'agit de faire application d'une « règle de rechange, de caractère individuel » lorsqu'une solution s'avère inéquitable. Il s'agit moins, en réalité, de déterminer positivement une solution équitable que d'éviter négativement une solution inéquitable, car c'est moins le sentiment de justice morale qui conduira à préférer la règle du cas individuel à celle du cas normal, que la constatation objective d'un résultat *prima facie* inapproprié, d'une iniquité manifeste, c'est à dire, évidente et immédiatement constatable¹³⁶.

L'indétermination inhérente à ces principes fait justement leur force en habilitant le juge à prendre en considération les situations concrètes. Finalement, leur fonction dans le système juridique est de commander une solution raisonnable en ce sens que les facteurs extra-juridiques pris en considération dans la concrétisation de l'équité permettent au juge de tenir compte des situations particulières et partant, de rechercher une solution qui correspond aux besoins des parties. Ainsi, la contribution de la Cour à la pacification de la vie internationale sera d'autant plus effective que la solution est durable, parce qu'acceptée.

(b) *Le recours des principes généraux du droit international*

Le recours aux principes généraux a été perçu comme une habilitation donnée au juge pour développer le droit international, aux fins d'éviter un *non liquet*, en comblant les lacunes du droit conventionnel ou coutumier¹³⁷. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées sont la première expression de cette source du droit. Par le recours à ces principes, il s'agit clairement d'une autorisation à se substituer à l'État qui est donnée au juge. Ce dernier est à l'origine de la transposition dans le droit international de règles qui existent dans les systèmes juridiques nationaux. Mais ce pouvoir créateur n'est pas absolu puisque le juge ne crée pas du droit *ex-nihilo*. Par ailleurs, si aucun État ne peut être lié à une réserve sans son consentement, il y a lieu d'assouplir l'application de ce principe dérivé du droit des contrats lorsque la Convention « inspirée d'un but purement humain et civilisateur ne [peut] se concevoir que comme ayant une portée universelle »¹³⁸.

Leur deuxième identité est plus floue. Il s'agit des principes généraux du droit international. Selon M. Dupuy, le juge dégage la « quintessence normative »¹³⁹ de certaines règles, c'est à dire le principe qui est à leur fondement. Le raisonnement par induction, qui est à l'origine de leur apparition sert, par la suite, de base à leur développement. En fait, ils permettent au juge d'étendre le champ d'application matériel d'une règle. À titre d'exemple, l'arrêt relatif à l'*Affaire du Détroit de Corfou*

¹³⁵ *Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, [1993] C.I.J. rec. 38 aux pp. 60 et 64.

¹³⁶ Weil, *supra* note 131 à la p. 185.

¹³⁷ Voir André Blondel, « Les principes généraux de droit dans la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ », *Mélanges Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, à la p. 204.

¹³⁸ *Reserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 18 aux pp. 23-24.

¹³⁹ Pierre-Marie Dupuy, « Le juge et la règle générale » (1989) 93 R.GD.I.P. 569 à la p. 584.

énonce certains principes d'humanité sous-tendus par les Conventions de Genève, qui sont encore plus nécessaires en temps de paix¹⁴⁰. Une règle destinée à régir une situation de conflit s'applique désormais en temps de paix. M. Dupuy y voit également une manière pour le juge d'éviter d'être confronté à l'inapplicabilité d'une convention¹⁴¹. Par le recours à de tels principes, la Cour parvient à diminuer les conséquences de la faible densité du réseau normatif du droit international général.

B. Incidence et portée d'une hiérarchie des normes sur la fonction de la Cour internationale de Justice

Le droit international classique conçoit les relations entre les États sur un plan horizontal, et le traité apparaît comme l'instrument majeur du fonctionnement de la société dite « relationnelle » : il s'agit là d'un droit de coordination. Il se caractérise par les rapports bilatéraux entre États égaux et souverains qui peuvent modifier leurs engagements à tout moment, sans contrainte autre que la prise en compte de la souveraineté des co-contractants et des rapports de force politique. *A priori*, la souveraineté peut tout faire puisque des rapports d'équivalence normative s'instaurent entre les conventions et les autres sources du droit.

Aux côtés du droit international « classique » s'élabore un droit de subordination. Le Pacte de la SdN et la Charte des Nations Unies procèdent de l'intention d'instituer une entité ayant la charge de veiller au respect d'intérêts permanents; ces instruments créent des organes eux-mêmes permanents et une Organisation dotée de la personnalité juridique. Un conflit entre la Charte et une autre règle de droit international ne peut se résoudre par l'application du principe *lex posterior derogat priori* du fait de l'importance de la mission qui est confiée à l'ONU. Au contraire une hiérarchie s'établit, que l'on peut qualifier de « fonctionnelle » eu égard à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'Organisation (1). L'introduction du concept de *jus cogens* dans la Convention de Vienne tend à bouleverser la conception classique du droit international en instaurant une hiérarchie matérielle (2). Avec l'idée de hiérarchie normative, le droit international possède une dimension verticale qui ne va pas sans poser de difficultés du point de vue du fonctionnement de la Cour.

1. LA NÉCESSAIRE PRISE EN COMPTE D'UNE HIÉRARCHIE NORMATIVE FONCTIONNELLE

La primauté des obligations découlant de la qualité de membre des Nations Unies est un principe que la Charte organise elle-même en son article 103, et qui puise sa source dans l'aspect « constitutionnel » de l'instrument qui institue une

¹⁴⁰ *Détroit de Corfou*, supra note 63 à la p. 22; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1986), supra note 2 à la p. 212 et s.

¹⁴¹ Pierre-Marie Dupuy, « Les « considérations élémentaires d'humanité » dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice » dans René-Jean Dupuy (éd.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, 117 à la p. 126 [Pierre-Marie Dupuy « Considérations d'humanité »].

Organisation dotée de la personnalité objective et placée face aux États. Cette entité ne peut être comprise comme un simple forum puisqu'elle possède ce trait distinctif d'être dotée d'organes fonctionnant de manière permanente. La mission qui lui est dévolue est d'une importance telle que son fonctionnement ne peut tolérer la conclusion par ses membres, de traités entrant en contradiction avec les obligations qu'elle établit dans leur chef. Le principe a d'ailleurs été réitéré au premier paragraphe de l'article 30 de la Convention de Vienne. La primauté apparaît comme la conséquence logique et nécessaire des fonctions spécifiques assignées à l'Organisation et la condition de l'efficacité de sa mission.

La Cour n'a été que trop rarement en mesure de la consacrer sur le plan contentieux. Elle l'a fait sans ambages dans l'arrêt *Nicaragua* du 26 novembre 1984 en déclarant que

tous les accords régionaux, bilatéraux, et même multilatéraux que les Parties à la présente affaire peuvent avoir conclus au sujet du règlement des différends ou de la juridiction de la Cour internationale de Justice sont toujours subordonnés aux dispositions de l'article 103.¹⁴²

Cette supériorité s'étend au droit dérivé, secrété par les organes dans leur action en faveur du maintien de la paix. Ainsi, dans l'affaire *Lockerbie*, la Cour a-t-elle pu énoncer en prenant appui sur la base de l'article 103, que « les droits que la Libye dit tenir de la convention de Montréal ne peuvent être à présent être considérés comme des droits qu'il conviendrait de protéger par l'indication de mesures conservatoires »¹⁴³. Dans son avis relatif à la *Namibie*, elle tire les conséquences de la constatation de l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en déclarant « qu'il existe des obligations pour les membres en particulier de mettre fin à cette situation ». De manière plus radicale, pour souligner la personnalité objective de l'Organisation, la Cour décide que « la déclaration de l'illégalité de la présence [est opposable] à tous les États, en ce sens qu'elle rend illégale *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international »¹⁴⁴.

Cependant, la hiérarchie établie par la Charte est incomplète dans la mesure où elle a un aspect conventionnel qui n'entrave pas le jeu de l'effet d'équivalence normative. En effet, lorsqu'elle codifie le droit international général, des rapports de substitution¹⁴⁵ peuvent s'instaurer entre les dispositions conventionnelles et la coutume, puisque cette dernière conserve une existence propre. Plutôt que d'une limite, il semblerait que cela soit la conséquence du caractère de *jus cogens* de

¹⁴² *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1984)*, supra note 92 à la p. 440.

¹⁴³ *Lockerbie*, supra note 77 à la p. 15.

¹⁴⁴ *Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, supra note 26 aux pp. 55-56.

¹⁴⁵ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (1986)*, supra note 2 aux pp. 93 et s.

certaines dispositions telles celles du quatrième paragraphe de l'article 2 qui interdit l'emploi de la force, bien que la Cour n'ait pas pris position sur ce sujet¹⁴⁶.

2. LA DIFFICILE PRISE EN COMPTE D'UNE HIÉRARCHIE NORMATIVE MATÉRIELLE

L'introduction de nouveaux sujets de droit et l'institutionnalisation de la société internationale obligent à mettre en question le présupposé de l'équivalence normative qui caractérise les relations entre les normes établies par les États. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit l'hypothèse de normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui seraient donc à l'abri du parallélisme des formes¹⁴⁷. Ce mouvement tendant à constituer une sorte d'ordre public international avait été enclenché auparavant par la Cour lorsqu'elle avait valorisé certaines normes pour le poids spécifique qu'elles représentent dans la société internationale. Ce sont des principes qui revêtent une importance fondamentale, et puisent leur origine dans la structure de la société internationale, comme c'est le cas pour le principe *Pacta sunt servanda*, ou de celui de la bonne foi qui correspondent au besoin de sécurité juridique et de stabilisation d'un ordre par nature instable¹⁴⁸. Elles revêtent un caractère éminemment éthique, ce qui peut amener à les considérer comme des éléments tendant à la « préservation d'un élément d'ordre international »¹⁴⁹.

Ainsi, en reconnaissant l'existence de considérations élémentaires d'humanité qui sous-tendent l'application du droit international humanitaire, la Cour les a érigées en normes disposant d'une applicabilité distincte de celle de la Convention de La Haye qui les déclare¹⁵⁰. Aussi a-t-elle consacré l'interdiction coutumière du crime de génocide en dehors de tout lien conventionnel en ce qu'elle

¹⁴⁶ *Ibid.* à la p. 100. En ce qui concerne le caractère de *jus cogens* de certaines dispositions de la Charte, quelques remarques peuvent être formulées. En premier lieu, il est difficile de savoir si ces normes ont un statut particulier dans l'ordre juridique international du fait de leur appartenance à la Charte ou du fait de leur caractère en soi impératif. En d'autres termes, on ne peut conclure au caractère impératif d'une norme de la Charte par le seul fait qu'elle s'impose vis à vis d'une autre norme de droit international car cela reviendrait à prendre l'effet pour la cause, à savoir que sa primauté découlerait non pas de sa nature même mais du fonctionnement de la Charte. En second lieu, le caractère impératif pourrait être attesté au sein même de la Charte. En effet, du fait de l'impossibilité de faire découler le caractère impératif d'une disposition de la Charte, de la primauté qui en résulte vis à vis d'une autre norme de droit international conventionnel ou coutumier, il devrait être possible d'obtenir une preuve de son caractère en la confrontant avec d'autres normes de la Charte: Voir l'*Affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* Arrêt sur les exceptions préliminaires, [1996] C.I.J. rec. 595 [*Application de la convention sur le génocide*], ainsi que les Mémoires et plaidoiries des parties où le conseil de la Bosnie-Herzégovine, au paragraphe n) de ses conclusions, affirme qu'aucune résolution du Conseil ne peut être interprétée comme portant atteinte au droit naturel de légitime défense. Par ailleurs, voir Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international? » (1982) 82 R.G.D.I.P. 5 à la p. 22 où l'auteur s'est refusé à concevoir la Charte comme un réseau de normes lourdes.

¹⁴⁷ *Convention de Vienne*, *supra* note 23 art.53.

¹⁴⁸ *Affaire des essais nucléaires*, *supra* note 14 aux pp. 268-270.

¹⁴⁹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 18 à la p. 22.

¹⁵⁰ *Détroit de Corfou*, *supra* note 63 à la p. 22.

visé à « sanctionner les principes de morale les plus élémentaires »¹⁵¹. Enfin, s'il n'y a pas lieu de qualifier les principes cardinaux du droit humanitaire de normes de *jus cogens*, ils n'en constituent pas moins des principes « intransgressibles »¹⁵².

Cette valorisation normative implique la redéfinition du régime des réserves dans un cas où la règle de l'intégrité absolue de la convention ne peut s'appliquer¹⁵³. Les principes, que le juge extrait des conventions, ne sont pas seulement des principes de régulation comme ceux rencontrés dans le fonctionnement institutionnel de la Charte (qui produit certes des valeurs, comme l'équilibre ou la complémentarité, qu'il s'agit de protéger pour permettre à l'Organisation d'agir efficacement), mais des valeurs, des « convictions juridiques [des États] sur lesquelles ils ont entendu fonder (ou refonder après 1945) l'ensemble de l'ordre juridique international »¹⁵⁴. Ces règles ou ces conventions ont été adoptées pour protéger l'humanité de l'anéantissement qui la menace.

Pour M. Dupuy, les considérations élémentaires d'humanité présentent « l'avantage indubitable d'intégrer elles-mêmes, dans un même concept, et la règle morale et la règle coutumière qui lui correspond. La considération élémentaire d'humanité apparaît ainsi comme l'instrument judiciaire de la liaison normative entre les fondements éthiques de la norme juridique et cette norme elle-même »¹⁵⁵. C'est ce que la Cour a signifié en affirmant que

la Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain [la règle morale] et civilisateur [le droit]. [Car] on ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires.¹⁵⁶

Par sa fonction de *juris dictio*, le juge fait plus que déclarer le droit, il inscrit la norme dans la société, développe son potentiel régulateur, et par la manière dont il la traite, révèle sa signification dans l'ordre juridique. Au sujet de l'avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, l'intention de la Cour est de « déployer une sorte de pédagogie prétorienne. Il s'agit de bien faire comprendre - et d'abord de bien faire comprendre aux États - que les règles ainsi désignées par les

¹⁵¹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 18 à la p. 23. Mais dans l'arrêt du 11 juillet 1996 sur l'*Application de la convention sur le génocide*, supra note 146 aux pp. 615-616, la Cour n'a pas osé qualifier l'interdiction de commettre un tel crime de norme ayant un caractère de *jus cogens*. Elle s'est bornée à constater que « les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. »

¹⁵² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 3 à la p. 257.

¹⁵³ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 18 à la p. 24.

¹⁵⁴ Pierre-Marie Dupuy « Considérations d'humanité », supra note 141 à la p. 127.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 18 à la p. 23.

considérations constituent une manière de plancher minimal [...] dont les composantes sont intransgressibles »¹⁵⁷. Leur fonction est donc de « constituer » le droit international.

À ce titre, la doctrine a perçu les conséquences que l'on pourrait en tirer. Ces normes pourraient prodiguer la base d'un contrôle de la validité des réserves¹⁵⁸ ou d'un traité¹⁵⁹. Elles pourraient également, de par leur nature, engager la responsabilité devant la Communauté internationale de tout État qui les transgresserait¹⁶⁰. Le régime avait été esquissé dans l'arrêt de 1962 sur les *Affaires du Sud-Ouest africain* lorsque la Cour avait affirmé « que les membres de la Société des Nations [avaient] un droit ou un intérêt juridique à ce que le mandataire [observe] ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses membres »¹⁶¹. Cependant elle en a refusé la mise en œuvre quatre ans plus tard, au motif que le droit international tel qu'il existait alors ne reconnaissait pas l'*actio popularis* comme remède à la violation d'une obligation *erga omnes*¹⁶².

La Cour révèle le décalage entre la constitution d'une structure normative qui établit des relations sur une dimension verticale entre ses composantes et des mécanismes conçus pour répondre aux besoins d'un droit né de l'intersubjectivité qui établit des rapports horizontaux entre ses sujets souverains et ses normes. Le cadre conceptuel du fonctionnement de la CIJ, étant hérité de l'ère où l'on concevait les rapports entre les États sur un mode conventionnel, peut difficilement permettre l'acceptation de l'*actio popularis* puisque le contentieux est, dans son esprit même, conditionné par la lésion d'un droit subjectif. Une hiérarchie des normes au sein du droit international demeure incompatible avec le cadre institutionnel de la Cour.

¹⁵⁷ Pierre-Marie Dupuy, « Considérations d'humanité », *supra* note 141 à la p. 128.

¹⁵⁸ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 18.

¹⁵⁹ *Convention de Vienne*, *supra* note 23 art. 53.

¹⁶⁰ *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3 à la p. 32 [*Barcelona Traction*]. Cependant, dans l'ordonnance rendue le 2 juin 1999 en l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, *supra* note 2 à la p. 925, contre la Yougoslavie, cette dernière invoquait comme base de compétence de la Cour l'article IX de la Convention sur le génocide. Or, les États-Unis ont formulé une réserve à cet article qui fait obstacle à la saisine unilatérale de la Cour par la Yougoslavie. La justiciabilité d'une convention aussi fondamentale que celle-ci ne peut s'affranchir du consensualisme.

¹⁶¹ *Sud-Ouest africain (Première phase)*, *supra* note 63 aux pp. 343-344.

¹⁶² *Sud-Ouest africain (Deuxième phase)*, *supra* note 116 aux pp. 47-48. Ce qui était vrai en 1966, l'est-il toujours aujourd'hui? La clé réside dans l'interprétation de l'*obiter dictum* de l'arrêt *Barcelona Traction* en liaison avec ce que la Cour a affirmé en 1966. Il ne s'agit pas de voir un désaveu de sa jurisprudence antérieure, mais au contraire de voir la continuité. En 1970, la Cour rappelle l'existence d'obligations *erga omnes* qui donnent un intérêt à agir à tout membre de la Communauté internationale ainsi qu'elle l'avait fait en 1962. La première position serait de comprendre cette réitération comme un appel au législateur pour combler la lacune qu'elle ne s'était pas autorisée à combler, ce même en vertu d'une interprétation téléologique. La deuxième position est de comprendre le fameux *dictum* comme une porte que la Cour avait laissée ouverte en 1966. En effet, elle avait refusé de combler la lacune car elle ne pouvait considérer l'*actio popularis* comme un principe général de droit. Le mécanisme de plaintes institués par les articles 26-29 et 31-34 de la Constitution de l'OIT qui n'est pas subordonné à l'existence pour l'État plaignant d'un préjudice subi par lui ou ses ressortissants fournit un exemple *extra-ordinaire* de l'intérêt à agir de la communauté internationale. De là à en tirer un principe général de droit, il y a un pas que nous ne nous autoriserons pas à franchir du fait que l'ONU n'est toujours pas admise à ester en justice.

De plus, force est de constater que les normes de *jus cogens* sont parfois d'origines différentes. L'avis de 1996 le montre parfaitement en opposant clairement le principe d'humanité, et les « circonstance extrêmes de légitime défense » issues de l'ordre juridique international classique. Si un droit international nouveau semble prendre appui sur les normes de *jus cogens*, l'ancien s'enracine également dans cette notion. Le droit international est créé par et pour les États - qui demeurent pour l'instant les sujets primaires - et la Cour ne peut que cristalliser les antinomies.

* * *

L'idée d'une surdétermination de l'activité de la Cour.

L'activité de la Cour est déterminée par deux facteurs structurels. Essentiellement, il s'agit d'une part de la souveraineté qui soumet la Cour au respect du consensualisme et conditionne le fonctionnement du droit international. Les États qui nouent entre eux des rapports intersubjectifs sont maîtres des obligations auxquelles ils souscrivent et de la manière dont elles seront sanctionnées. C'est pour cette raison que la Cour est dans une position ambiguë vis à vis des normes de *jus cogens*. En outre, le faible degré d'institutionnalisation de la société internationale se traduit par la prééminence de la souveraineté et l'inachèvement de la structure institutionnelle de l'Organisation si l'on considère que par la nature des choses le droit international doit évoluer en direction d'une structure juridique semblable à celle des systèmes juridiques étatiques. En ce qui concerne la sphère institutionnelle, l'absence de séparation des « pouvoirs » rend à la fois complexe et compliquée la régulation. La Cour évolue dans un cadre où il lui est demandé de participer à la régulation des sociétés relationnelle et institutionnelle. Son activité a, par sa nature même, un caractère juridique et politique. Juridique, dans la mesure où elle agit par un instrument spécifique qui est la règle de droit, et politique dans la mesure où elle participe à la pacification de la société internationale, dans le même temps que les autres organes. Or, d'une part, elle n'a pas les moyens d'optimiser le potentiel régulateur du droit dans la société relationnelle, et d'autre part, on lui demande de se comporter comme une sorte de Cour constitutionnelle – « au-dessus de la mêlée » - alors qu'elle est partie prenante de la régulation. Sa position est donc difficile et son art se porte sur l'articulation des outils politiques et juridiques de régulation de manière à rendre efficace l'action de l'Organisation.

Parmi les multiples déterminations de l'activité de la Cour, la prise en compte des buts des Nations Unies, et la nécessité de rendre efficace la mission de l'Organisation sont deux considérations dominantes dont la jurisprudence est imprégnée. Ces considérations fournissent une clé de solution par-delà les obstacles que constituent la souveraineté et l'absence d'une structure institutionnelle créant un véritable pouvoir judiciaire. Le fonctionnement de la Cour est conditionné par les besoins des autres organes et, en retour, par la qualité des réponses qu'elle donne, elle permet le bon fonctionnement de l'Organisation. Cette considération majeure qu'est la réalisation des buts de l'Organisation - et notamment l'inscription de la nécessité

du maintien de la paix dans le Préambule de l'Organisation - surdétermine l'acte de *juris dictio* que l'article 38 commande à la Cour. Son activité ne peut être comprise que par la référence à contribuer à la réalisation des buts de l'Organisation. Cette idée-force peut envisager une lecture unifiée de ses arrêts et avis. Ainsi, la fonction consultative sera analysée comme une activité destinée à mettre en mesure les organes et, à travers eux, l'Organisation dans son ensemble, d'agir et de répondre aux besoins de la société internationale. Sa fonction contentieuse sera considérée comme un outil direct de pacification des relations inter-étatiques. En fin de compte, la Cour réalise le but de l'ordre juridique en pacifiant les relations inter-étatiques et en permettant le fonctionnement efficace de l'Organisation¹⁶³.

Dès lors, son action ne s'appréciera plus seulement à la lumière de ses compétences techniques dans l'application du droit, mais à sa contribution au maintien de la Paix. C'est ainsi qu'elle se refusera à rendre un arrêt purement déclaratoire dans la mesure où cet acte ne rentre pas dans le cadre de sa mission, et pourrait la conduire à la méconnaître car « si le règlement judiciaire peut ouvrir la voie de l'harmonie internationale lorsqu'il existe un conflit, il n'est pas moins vrai que la vaine poursuite d'un procès compromet cette harmonie »¹⁶⁴. Par contre, le fait de déclarer les obligations qu'ont les parties de respecter la Charte et le Droit humanitaire entre dans le cadre de ses fonctions, quand bien même n'aurait-elle pas compétence pour connaître du différend¹⁶⁵. Aussi, s'il s'avère qu'elle est conduite à rendre une « non-réponse », son avis relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, n'en a pas moins été considéré comme utile à l'action des autres organes dans la mesure où ceux-ci doivent prendre leurs dispositions pour remédier à une lacune. Si l'on ajoute à cela sa capacité à élargir les perspectives, comme elle l'a fait dans ce même avis, en énonçant l'obligation des États de conclure un traité d'interdiction des armes nucléaires, elle se rend d'autant plus utile¹⁶⁶.

S'il n'est pas juste de dire que le droit international n'est pas une réalité dans l'action des États, il faut cependant reconnaître que la marginalisation de la fonction judiciaire tient à la composition de la société que le droit international régit, et au consensus qui s'est formé en son sein au sujet du rôle de la règle juridique et du juge.

¹⁶³ Voir l'ordonnance du 2 juin 1999 relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, *supra* note 2 à la p. 925 où la Cour dit garder « présents à l'esprit les buts et les principes de la Charte des Nations Unies, ainsi que les responsabilités qui lui incombent, en vertu de ladite Charte et du Statut de la Cour dans le maintien de la paix et de la sécurité ». Sous cette ordonnance, le juge Koroma déclare que « the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, whose primary raison d'être remains the preservation of international peace and security, is under a positive obligation to contribute to the maintenance of international peace and security and to provide a judicial framework for the resolution of a legal dispute, especially one which not only threatens international peace and security but also involves enormous human suffering and continuing loss of life as well as the disintegration of normal society. »

¹⁶⁴ *Affaire des essais nucléaires*, *supra* note 14 à la p. 271.

¹⁶⁵ *Licéité de l'emploi de la force*, *supra* note 2 à la p. 265, lorsqu'elle déclare entre autre que « les parties doivent veiller à ne pas aggraver ni étendre le différend ».

¹⁶⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 3 aux pp. 263 à 265. Voir aussi Abdulhay Sayed, *supra* note 4 où l'auteur relève que l'Assemblée Générale a rappelé dans toutes ses résolutions postérieures l'obligation de négocier un désarmement en se fondant sur l'avis rendu par la Cour. Voir notamment la résolution 51/45 O du 10 décembre 1996, citée par Sayed.

Au demeurant, si la CIJ prend en compte les enjeux politiques qui agitent l'ordre juridique, elle ne manifeste pas pour autant de la complaisance vis-à-vis des impératifs de la souveraineté. La structure de l'ordre juridique international hypertrophie la composante « règlement pacifique des différends » comme finalité de la fonction de la Cour internationale de Justice, ce qui permet d'expliquer le recours peu fréquent à ses services : son activité est nécessaire aux États tant qu'elle permet le règlement des différends, et nécessaire à l'Organisation tant qu'elle lui permet d'atteindre ses buts.