

LA DISTINCTION ENTRE LES DIFFERENDS JURIDIQUES ET LES DIFFERENDS POLITIQUES DANS LA PRATIQUE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES *

par

André BEIRLAEN

Docteur en droit

Licencié spécial en droit international

Licencié en criminologie

Chercheur à la Faculté de Droit de la Vrije Universiteit Brussel

INTRODUCTION

La vie internationale d'aujourd'hui peut être caractérisée (entre autre) par une tension permanente entre les impératifs du droit international (qui tend à réglementer les relations les plus diverses et les plus complexes entre les Etats) et la souveraineté des Etats nationaux.

Cette tension se manifeste particulièrement lors du règlement des différends internationaux. Tandis que le droit international met toute une série de solutions (pacifiques et non pacifiques, judiciaires et non judiciaires) à la disposition des parties au litige, c'est en dernier lieu, sur la base de sa souveraineté et souvent pour des raisons d'opportunité politique que l'Etat national veut choisir la méthode de solution qui lui convient le mieux et veut donc être le seul et dernier juge du droit contesté qui l'oppose à un autre Etat.

La tendance au libre choix du moyen de règlement se manifeste sous différents aspects et sous le masque de différents phénomènes juridiques, comme par exemple, le principe que la compétence d'une juridiction internationale repose

* La présente étude a été rédigée pendant la participation de l'auteur en 1947 au Centre d'étude et de recherche de l'Académie de droit international. Il exprime sa reconnaissance de ce qu'il doit à l'Académie et aux autres participants à cette session du Centre. Mais on ne trouvera ici que le travail et le point de vue personnel de l'auteur, n'engageant que lui.

L'auteur remercie MM. les professeurs D. Bardonnnet (Paris), R. Bierzanek (Varsovie) et J.J.A. Salmon (Bruxelles) pour leurs conseils précieux.

sur le consentement des parties et la formulation de réserves dans les traités d'arbitrage quant à la limitation et la fonction de l'arbitrage¹.

Un autre aspect de la souveraineté nationale est précisément cette doctrine qui, sur la base de critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques, fait la distinction entre les différends juridiques et non juridiques, juridiques et politiques, justiciables et non justiciables. D'après cette doctrine il y a certaines catégories de différends qui ne sont pas susceptibles d'un règlement judiciaire, c'est-à-dire d'un règlement basé sur l'application de la règle de droit (ou de l'équité).

Dans les pages qui suivent, nous essayerons de réfuter la doctrine des différends non justiciables en prouvant qu'il n'y a pas de critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques pour fonder une distinction de nature intrinsèque entre les différends politiques et les différends juridiques. C'est la nature des moyens mis en œuvre pour résoudre le différend qui nous permet de qualifier *a posteriori* un différend de « juridique » ou de « politique ». Après l'approche théorique, une analyse de la pratique, suivie par quelques organisations internationales, nous démontrera le bien-fondé de notre réfutation. En guise de conclusion nous mettrons surtout l'accent sur les conséquences néfastes de la doctrine des différends non justiciables².

I. LA THEORIE DES DIFFERENDS NON JUSTICIABLES

1. L'ORIGINE DE LA THEORIE

Il est remarquable que la théorie des différends non justiciables ne trouve pas son origine dans la pratique des Etats, mais bien dans la doctrine développée par les théoriciens du droit international³.

¹ Il s'agit aussi bien de réserves générales (de l'indépendance, des intérêts vitaux ou de l'honneur) que de réserves plus particulières (de la juridiction domestique, de la législation nationale ou de la légitime défense).

² Dans cet article nous n'étudions pas la notion même de « différend ». La définition donnée par la Cour permanente de justice internationale dans son arrêt en l'affaire des *Concessions Maurommatis en Palestine* nous suffit (série A, n° 2, p. 11) : « Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. » Pour une analyse critique de cette définition voyez tout de même : DE VISSCHER, C., *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Ed. A. Pédone, 1966, pp. 31 et ss.

³ LAUTERPACHT, H., « La théorie des différends non justiciables en droit international », *Recueil des cours*, 1930, IV, (34), pp. 502-503; LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, at the Clarendon Press, p. 6; *contra* : VAN BOGAERT, E., *Volkenrecht*, Brussel, Elsevier, Sequoia, 1973, p. 507. Pour cet auteur éminent c'est bien la pratique arbitrale des Etats qui se trouve à la base de la distinction entre les différends politiques et les différends juridiques.

En effet, bien longtemps avant les Conférences de La Haye (1899 et 1907) et bien avant la conclusion des premiers traités généraux d'arbitrage, la théorie des différends non justiciables était déjà largement répandue.

Il semble en vérité que Vattel ait été un des premiers à faire (*non expressis verbis*) la distinction entre les différends justiciables et non justiciables sur la base du critère de l'importance politique du différend⁴.

La théorie des différends non justiciables répondait au besoin effectif et pratique de plusieurs catégories de juristes⁵. Tout d'abord il y avait surtout ceux qui voyaient dans la théorie des différends non justiciables un moyen pour surmonter l'hésitation des Etats nationaux envers la création de tribunaux arbitraux internationaux. En démontrant que la solution judiciaire ne s'appliquait qu'aux différends de moindre importance, ces juristes espéraient sauver l'existence même de l'arbitrage international. Pour une deuxième catégorie de juristes, la théorie des différends non justiciables, signifiait « le mariage mystique » entre les impératifs de la souveraineté nationale d'une part et le règlement judiciaire international des différends d'autre part.

Le succès remarquable de l'arbitrage international dans quelques affaires célèbres (l'affaire de l'*Alabama* (1872); l'affaire des *phoques de Behring* (1893) et l'affaire de la *frontière des Andes* (1902)⁶); la création de l'Institut de droit international, qui dès sa session de 1874 s'occupait de la procédure arbitrale⁷; les écrits de Westlake⁸ ont posé le problème de la distinction entre différends justiciables et non justiciables d'une façon aiguë⁹. Cette distinction a définitivement trouvé sa place dans le droit international conventionnel par les

⁴ VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, nouvelle éd., augm. rev. et corr., Paris, Janet et Cotelle, 1820, 1^{re} partie, livre II, chap. XVIII, §§ 329 et 332 : « L'arbitrage est un moyen très raisonnable et très conforme à la loi naturelle, pour terminer tout différend qui n'intéresse pas directement le salut de la nation » et « Dans les contestations qui s'élèvent entre souverains, il faut encore bien distinguer les droits essentiels des droits moins importants. On a à ces deux égards une conduite bien différente à tenir. » Remarquons toutefois que la première édition du chef-d'œuvre de Vattel date de 1758.

⁵ LAUTERPACHT, H., « La théorie des différends non justiciables en droit international », *ibidem*; LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 4 et ss.

⁶ Pour plus de détails : POLITIS, N., *La Justice internationale*, Paris, Librairie Hachette, 1924, pp. 36 et ss.

⁷ Voyez le rapport du professeur GOLDSCHMIDT, L., « Projet de règlement pour tribunaux arbitraux internationaux présenté à l'Institut de droit international (session de Genève, 1874) », paru dans *R.D.I.L.C.*, 1874, pp. 421-452. Texte original en allemand (« Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte, dem Institute für Völkerrecht vorgelegt — Genfer Sitzung, 1874 »), paru dans GOLDSCHMIDT, L., *Vermischte Schriften*, Berlin, J. Guttentag, 1901, Erster Band, pp. 537-573.

⁸ WESTLAKE, J., *International Law*, Cambridge, At the University Press, 1904, part I, appendix, pp. 332 et ss.

⁹ BLOOMFIELD, L., « Law, politics and international disputes », *International Conciliation*, n° 516, January 1958, p. 265.

Conventions de La Haye pour le règlement pacifique des différends de 1899 et 1907¹⁰ et a été introduite dans la pratique des Etats par la série innombrable de conventions d'arbitrage conclues surtout après 1903¹¹.

2. LES DEFINITIONS DU DIFFEREND JURIDIQUE

Après avoir étudié en bref l'origine de la théorie des différends non justiciables, il nous semble tout à fait logique de passer en revue les définitions de la notion de différend juridique¹².

a) *La pratique conventionnelle*

1. *La méthode des articles 16 et 38 des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des différends.*

Les articles 16 et 38, paragraphe 1 de ces conventions sont libellés comme suit :

« Dans les questions d'ordre juridique, et en premier lieu dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances signataires comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques. »

Il est bien clair que le texte de ces articles 16 et 38 ne donne qu'une précision assez vague concernant la définition de la notion du différend juridique. En effet, le texte se limite à la constatation que les questions d'ordre juridique sont *en premier lieu* des questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales¹³.

La formule employée par les articles 16 et 38 des Conventions de La Haye,

¹⁰ Article 16 de la Convention de 1899 et article 38 de la Convention de 1907. Voyez *infra*.

¹¹ En effet, c'est surtout le *Traité d'arbitrage entre la Grande-Bretagne et la France* du 14 octobre 1903 qui a donné l'impulsion principale pour la conclusion de toute une série de conventions d'arbitrage.

¹² La raison pour laquelle nous passons en revue les définitions de la notion de différend juridique et non pas celles de la notion de différend politique, est bien mise en évidence par Chapal, lorsqu'il prétend : « La difficulté s'accroît encore lorsqu'on s'efforce de définir les litiges qui ne sont pas juridiques et que l'on appelle des litiges non justiciables ou politiques. Le juriste peut faire abstraction de la volonté des Etats et chercher un critère scientifique en montrant qu'il y a litige juridique chaque fois que le différend peut être résolu par l'application d'une règle de droit international. Mais en ce qui concerne les litiges politiques aucun critère scientifique ne peut être trouvé... » (CHAPAL, P., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, Paris, Ed. A. Pédone, 1967, p. 59.)

¹³ Sur la genèse des articles 16 et 38 : MERIGNHAC, A., *La Conférence internationale de la Paix*, Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1900, pp. 291-292 et *The Reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907*, edited by James Brown Scott, Oxford, At the Clarendon Press, 1917, p. 56 et pp. 327-328.

quoique très incomplète et donc très critiquable¹⁴, a été reprise dans un nombre considérable de traités d'arbitrage¹⁵, surtout après la conclusion du fameux *Traité d'arbitrage entre la Grande-Bretagne et la France* du 14 octobre 1903, dont l'article premier stipulait :

« Les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux parties contractantes, qui viendraient à se produire entre elles et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à la Cour permanente d'Arbitrage établie par la Convention du 29 juillet 1899 à La Haye, à la condition toutefois qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux ni l'indépendance ou l'honneur des deux Etats contractants et qu'ils ne touchent pas aux intérêts de tierces Puissances¹⁶⁻¹⁷. »

Comme nous l'avons déjà souligné, ce sont précisément ces traités, copiés sur la formule des articles 16 et 38 des Conventions de La Haye, qui ont introduit la théorie des différends non justiciables dans la pratique des Etats¹⁸.

Quant à la définition de la notion du différend juridique contenue dans les Conventions de La Haye, remarquons tout simplement que, sans aucun doute, les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales sont des questions d'ordre juridique. Il est pourtant évident que le domaine des questions d'ordre juridique est beaucoup plus large que le domaine de l'application ou de l'interprétation des conventions internationales¹⁹.

2. La formule américaine des différends justiciables.

La formule américaine des différends justiciables a été introduite dans la pratique par les *Traités d'arbitrage signés le 3 août 1911 par les Etats-Unis d'Amérique avec la France et la Grande-Bretagne*²⁰. Ces traités étaient remarquables parce qu'ils ne formulaient pas les réserves habituelles. L'article premier disposait :

« Tous différends s'élevant désormais entre els Hautes Parties contractantes qui, n'ayant pu être aplanis par la voie diplomatique, se rattachant à des questions internationales intéressant les Hautes Parties contractantes et provenant d'une réclamation de droit formée par l'une contre l'autre en vertu d'un traité ou d'une autre cause, et qui sont de nature à comporter un règlement judiciaire

¹⁴ MERIGNHAC, A., « Le Traité d'arbitrage franco-anglais du 14 octobre 1903 », *R.G.D.I.P.*, 1903, t. X, p. 803.

¹⁵ « Before the War the number of treaties of the former type amounted to over one hundred » (LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, p. 31).

¹⁶ Pour le texte de ce traité : *R.G.D.I.P.*, 1903, t. X, 1903, p. 800.

¹⁷ Remarquons que les différends politiques *stricto sensu* sont donc exclus de l'arbitrage.

¹⁸ LAUTERPACHT, H., *La théorie des différends non justiciables en droit international*, p. 510.

¹⁹ VAN BOGAERT, E., *Volkenrecht*, p. 507.

²⁰ Pour le texte de ces traités : *A.J.I.L.*, *Supplement*, 1911, pp. 249 et ss. et pp. 253 et ss.

du fait qu'ils peuvent être résolus par application des principes du droit ou de l'équité, seront soumis à la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye, organisée par la Convention du 18 octobre 1907, ou à tel autre tribunal arbitral qui pourra être institué dans chaque cas par un compromis spécial. Ce compromis pourvoira, s'il y a lieu, à l'organisation de ce tribunal, définira l'étendue des pouvoirs des arbitres, la ou les questions en jeu, et réglera les termes du renvoi et le mode de procédure. »

Quoique jamais ratifiés, ces traités ont quand même reproduit quelque effet pour la formulation des différends justiciables. Ils ont (entre autre) servi d'exemple (sous une forme modifiée) lors de la rédaction du *General Treaty of Inter-American Arbitration*, signé le 5 janvier 1929 par presque tous les Etats américains²¹⁻²².

3. La méthode énumérative des différends juridiques.

Le Pacte de la Société des Nations énumère dans son article 13, paragraphe 2, quatre catégories de différends :

« ... qui sont généralement susceptibles de solution arbitrale, on déclare tels les différends relatifs à l'interprétation d'un traité, à tout point de droit international, à la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la rupture d'un engagement international, ou à l'étendue ou à la nature de la réparation due pour une telle rupture. »

Quoique cette énumération ne soit pas exempte de critiques²³, elle a été

²¹ L'article 1^{er} de ce traité stipule : « The high contracting parties bind themselves to submit to arbitration all differences of an international character which have arisen or may arise between them by virtue of a claim of right made by one against the other under treaty or otherwise, which it has not been possible to adjust by diplomacy and which are juridical in their nature by reason of being susceptible of decision by the application of the principles of law. There shall be considered as included among the questions of juridical character : a) The interpretation of a treaty; b) Any question of international law; c) The existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d) The nature and extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation. (Texte dans : *A.J.I.L.*, *Supplement*, 1929, pp. 82 et ss.)

²² Pour un commentaire de ce traité : MURDOCK, J.O., « Arbitration and Conciliation in Pan America », *A.J.I.L.*, 1929, pp. 282 et ss.

²³ HOSTIE, J., (« Différends justiciables et non-justiciables », *R.D.I.L.C.*, 1928, p. 264, note 5) souligne que : « le 1^o (interprétation), pris isolément, est incomplet; le 1^o rentre dans le 2^o (tout point de droit international) »; DUBISSON, M., *La Cour internationale de Justice*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 162 : « Il n'est cependant que d'examiner cette liste pour s'apercevoir qu'elle recouvre, en réalité, tous les différends susceptibles de naître entre les Etats. Quelque soit, en effet, l'objet d'un différend, la partie demanderesse pourra toujours invoquer, par exemple, l'existence d'un " point de droit international " »; KELSEN, H., « Théorie du droit international public », *Recueil des cours*, 1953, III, (84), p. 181 : « Si l'on se place à un point de vue logique, cette énumération est très problématique, car l'une des matières énumérées, à savoir tout point de droit international, couvre les trois autres matières. »

reprise (précédée de l'expression « d'ordre juridique ») dans les articles 36, paragraphe 2 des statuts de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice²⁴. Ainsi la doctrine des différends non justiciables fait partie de la clause facultative²⁵.

4. La formule des Traités de Locarno.

La formule employée dans les Traités de Locarno a été à la base de la définition courante du différend juridique, employée jusqu'à nos jours²⁶. En effet, d'après l'article premier des traités d'arbitrage, annexes du Traité de Locarno du 16 octobre 1925²⁷ :

« Toutes contestations entre l'Allemagne et la Belgique (la France, la Pologne, la Tchécoslovaquie), de quelque nature qu'elles soient, au sujet desquelles les parties se contesteraient réciproquement un droit, et qui n'auraient pu être réglées à l'amiable par les procédés diplomatiques ordinaires, seront soumises pour jugement soit à un tribunal arbitral soit à la Cour permanente de Justice internationale ainsi qu'il est prévu ci-après. Il est entendu que les contestations ci-dessus visées comprennent notamment celles que mentionne l'article 13 du Pacte de la Société des Nations. »

La définition des différends juridiques comme étant ceux *au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit*, quoiqu'elle soit très peu

²⁴ Voyez aussi la formulation de l'article premier de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (convention élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe, signée le 29 avril 1957 et entrée en vigueur le 30 avril 1958) : « Les Hautes Parties contractantes soumettront pour jugement à la Cour internationale de justice, tous les différends juridiques relevant du droit international qui s'élèveraient entre elles et notamment ceux ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité; b) tout point de droit international; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation internationale; d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'une obligation internationale. » Voyez *infra*.

²⁵ LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 34-35.

²⁶ La même formule avait déjà été avancée par la délégation russe lors de la Première Conférence de La Haye (1899) : « There is no doubt that arbitration, generally speaking, is a more effective and more radical method than mediation; but arbitration being of a legal nature, its application is essentially and even exclusively restricted to cases where there is a conflict of international rights, while mediation, although of a political character, is equally applicable to the conflicts of interests which most often threaten peace among nations. » (*The Reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907*, p. 95.)

²⁷ Annexe B : Traité d'arbitrage entre l'Allemagne et la Belgique;

Annexe C : Traité d'arbitrage entre l'Allemagne et la France;

Annexe D : Traité d'arbitrage entre l'Allemagne et la Pologne;

Annexe E : Traité d'arbitrage entre l'Allemagne et la Tchécoslovaquie.

Pour le texte de ces traités : STRUPP, K., *Das Werk von Locarno. Eine völkerrechtlich-politische Studie*, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1926, pp. 136 et ss.

satisfaisante²⁸ a connu un vif succès²⁹. C'est ainsi que l'article 17 de l'*Acte général d'arbitrage* du 26 septembre 1928 reprend la même formule que celle des *Traités de Locarno*³⁰.

b) *La doctrine*

Il y a *grosso modo* quatre catégories de définitions du différend juridique³¹ :

1. *Le différend juridique est celui qui n'affecte pas les intérêts vitaux des Etats.*

La définition du différend juridique, basée sur l'importance relative du différend, est incontestablement la plus ancienne et la plus répandue³².

Comme nous l'avons déjà mentionné, Vattel réservait bien l'arbitrage pour tout différend « qui n'intéresse pas directement le salut de la nation... »³³. Dans son rapport présenté à la session de Genève de l'Institut de droit international de 1874, Goldschmidt définissait clairement les questions politiques comme des questions de puissance qui ne sont pas susceptibles de la solution arbitrale³⁴.

Cette définition du différend juridique comme étant le différend dont le sujet est de moindre importance a été acceptée par les auteurs les plus éminents

²⁸ HOSTE, J., *Différends justiciables et non-justiciables*, p. 578; KELSEN, H., *Théorie du droit international public*, pp. 177 et ss.; VAN BOGAERT, E., *Volkenrecht*, p. 507.

²⁹ LAUTERPACHT, H., *La théorie des différends non justiciables en droit international*, pp. 512 et ss.

³⁰ Pour le texte de l'Acte général d'arbitrage : COLLIARD, C.A. et MANIN, A., *Droit international et Histoire diplomatique. Documents choisis*, Paris, Ed. Montchrestien, 1971, t. II, pp. 68 et ss.

³¹ LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 19-20.

³² WENGLER, W., *Der Begriff des Politischen im internationalen Recht*, Tübingen, Verlag J.B.C. Mohr, 1956, p. 24.

³³ Voyez *supra*, note 4.

³⁴ GOLDSCHMIDT, L., *Projet de règlement pour tribunaux arbitraux internationaux présenté à l'Institut de droit international*, p. 425 : « Les conclusions politiques de nature complexe où des questions d'égalité de droits, de suprématie, constituent, soit le fond même, soit la cause latente mais réelle du différend, ces contestations, disons-nous, qui, par leur nature même, sont moins des questions de droit que de puissance, se soustrairont toujours à un mode pareil de règlement. Jamais, des Etats possédant quelque force de résistance, ne s'inclineront devant un juge, lorsqu'il s'agira de leurs intérêts suprêmes ou réputés tels. »

en la matière tels que : Westlake³⁶, Dreyfus³⁶, Balch³⁷, Morgenthau³⁸, Fauchille³⁹, Strisower⁴⁰ *et alii*.

Les conséquences pratiques de cette définition spécifique du différend juridique se sont révélées particulièrement néfastes pour le règlement judiciaire des différends en général. En effet, on retrouve cette définition sous une forme ou une autre⁴¹ dans les réserves qui ont accompagné la ratification par les Etats des traités généraux d'arbitrage ou qui ont été formulées lors de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice⁴².

2. *Le différend juridique est celui qui est susceptible d'une solution par l'application de règles de droit international.*

D'après cette définition du différend juridique (qui est moins largement

³⁶ WESTLAKE, J., *International Law*, pp. 332 et ss.

³⁶ DREYFUS, F., *L'Arbitrage international*, Paris, Calmann Lévy, 1892, p. 355 : « Pour étendu que soit l'arbitrage, il est des litiges auxquels il ne peut s'appliquer obligatoirement; quand il s'agit de l'indépendance, de l'intégrité d'une nation, tous les traités du monde ne sauraient forcer cette nation à l'accepter. »

³⁷ BALCH, T.W., *Rechtliche und politische Fragen zwischen Nationen*, Wurzburg, Gebrüder Memminger, 1925, p. 82 : « Rechtliche Fragen sind Streitigkeiten, die nicht das Leben und künftige Geschick der Nationen, keine Sache umfassen, zu deren Gunsten ein richterliches Urteil abgegeben werden könnte. Politische Fragen und Streitigkeiten, welche in ihrer Lösung die künftige relative Macht und so das Schicksal der Nationen in sich schliessen. »

³⁸ MORGENTHAU, H., *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, Universitätsverlag von Robert Noske, 1929, pp. 69-70; MORGENTHAU, H., *La notion du « politique » et la théorie des différends internationaux*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 85.

³⁹ FAUCHILLE, P., dans *l'A.I.D.I.*, 1922, p. 50 : « Je crois qu'on doit se borner à donner une définition générale des différends d'ordre politique, en disant qu'il faut entendre par là tout conflit, même supposant l'examen de droit, qui met en cause l'indépendance, les intérêts vitaux ou l'honneur national des Etats en litige. »

⁴⁰ STRISOWER, L., dans *l'A.I.D.I.*, 1922, p. 55 : « Nous sommes ainsi ramenés à considérer comme conflits justiciables, les conflits dans lesquels on peut se rapporter au jugement d'un tiers sans compromettre des intérêts d'extrême importance » et p. 56 : « Je pense qu'il faut partir d'une formule qui exclue de la soumission générale à la voie judiciaire les conflits de grave importance et particulièrement partir de la notion des intérêts vitaux. »

⁴¹ Sous la forme générale de l'indépendance, des intérêts vitaux et de l'honneur national, ou sous la forme particulière de la juridiction domestique, de la législation nationale ou de la légitime défense.

⁴² Pour contrôler le bien-fondé de cette allégation, il suffit de parcourir la liste des déclaratoires facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice (faites en vertu de l'ar. 36, § 2 du statut), publiée dans *l'Annuaire de la C.I.J.*

répandue que la précédente), l'absence d'une règle de droit international, applicable en l'espèce, ôte au différend son caractère juridique⁴³.

Cette définition est la déduction logique de l'idée que la solution judiciaire du différend est la solution basée sur l'application de la règle de droit : là où la règle de droit manque, la solution judiciaire manque; donc dans ce cas il ne peut y avoir de différend juridique.

3. *Le différend juridique est celui qui est susceptible d'une décision judiciaire juste et conforme aux réalités de la vie internationale.*

Le point de départ de cette catégorie de définitions du différend juridique est le suivant. Il est bien possible que l'arbitre ou le juge international donne une solution à un différend en appliquant la règle de droit existante. Pourtant, la solution proposée peut être tellement injuste et contraire aux réalités de la vie internationale (faute d'un organe supranational qui comble le décalage entre la règle de droit en vigueur et les réalités de la vie internationale⁴⁴) que, loin de mettre fin au différend, elle aggrave encore la situation et fait monter la tension entre les parties au différend. Mieux vaut donc exclure toute cette

⁴³ GOLDSCHMIDT, L., *Projet de règlement pour tribunaux arbitraux internationaux présenté à l'Institut de droit international*, p. 425 : « Il n'y a pas lieu à une décision judiciaire, ni par conséquent à une décision arbitrale dans les différends qui ne sont pas des contestations juridiques (Rechtstreitigkeiten), dont la nature n'admet par un jugement selon les règles du droit »; WESTLAKE, J., *International Law*, p. 340 : « By a legal difference between states, one is meant which can be settled by reference to known rules, having at their back that force which is derived from the general consent of the international society »; POLITIS, N., *La justice internationale*, p. 170 : « ... elle (la Cour) peut se trouver dans l'impossibilité de juger, faute de règles positives ou de principes de droit reconnus par les nations civilisées »; « Projet de résolution concernant la classification des conflits justiciables », *A.I.D.I.*, 1922, p. 40 : « Les causes de l'exclusion du débat judiciaire sont au nombre de trois : 1^o le défaut d'une règle de droit, généralement reconnue, applicable à l'espèce »; BROWN, P.M., « Arbitrage et Justice », *R.D.I.L.C.*, 1924, p. 329 : « Elle (la Cour) devrait être entièrement libre de refuser de se charger de juridiction dans tout cas où l'élément politique prédominerait, ou bien là où aucun principe de droit universellement accepté ne serait applicable au différend »; DE VISSCHER, C., « La codification du droit international », *Recueil des Cours*, 1925, I, (6), p. 406; TRENDELENBURG, A., *Lücken im Völkerrecht, Betrachtungen und Vorschläge aus dem Jahre, 1870*, Leipzig, Verlag von G. Kirzel, p. 21. La raison pour laquelle des auteurs comme Goldschmidt et Westlake employaient en même temps le critère de l'importance relative du différend et le critère de l'existence d'une règle de droit applicable pour la définition du différend est facile à expliquer. Ils remarquaient en effet que le critère de l'importance relative du différend était tellement subjectif qu'il était inapplicable; alors ce critère trop subjectif était rectifié en y liant un critère plus objectif : l'existence d'une règle de droit applicable.

⁴⁴ WILLIAMS, J.F., *Chapters on Current International Law and the League of Nations*, London, etc., Longmans, Green and Co., 1929, pp. 34-35; SCHINDLER, D., « Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations », *Recueil des cours*, 1928, V, (25), pp. 270 et ss.

catégorie de différends de la solution judiciaire en employant d'autres méthodes de règlement telles que la conciliation ou les négociations diplomatiques⁴⁵.

4. *Le différend juridique est celui qui est relatif à des droits.*

Cette catégorie de définitions suppose donc qu'il y a des différends où les parties se contestent un droit et des différends où elles se contestent un intérêt (politique, social, moral, économique, etc.).

D'après cette définition, l'intérêt et le droit s'opposent donc. Lors de la solution d'un différend juridique on se base sur le droit existant, tandis que lors de la solution d'un différend politique on se base sur le droit tel qu'il devrait être⁴⁶.

3. CRITIQUES DE LA DISTINCTION ENTRE LES DIFFERENDS JURIDIQUES ET LES DIFFERENDS POLITIQUES

Dans les pages précédentes nous avons constaté que la pratique conventionnelle, aussi bien qu'une doctrine importante observe scrupuleusement la

⁴⁵ WESTLAKE, J., *International Law*, p. 288 : « We have already referred to three classes of cases in which political action is justifiable... A second class is that in which opinion is felt to be outgrowing a rule, so that a change in the law may be asserted in good conscience to be necessary, and yet, from the want of an international legislature, it is difficult to effect such change otherwise than by setting the example of it »; « Projet de résolutions concernant la classification des conflits justiciables », *A.I.D.I.*, 1922, p. 40 : « Les causes d'exclusion du débat judiciaire sont au nombre de trois : 2° l'impossibilité de trancher le litige sans tenir compte des principes généraux de la justice et de l'équité »; (HOSRIE [*Différends justiciables et non-justiciables*, p. 273] souligne que pour être exacte cette formule devrait être complétée en disant : « trancher le litige d'une manière qui ne soit pas manifestement injuste »); WILLIAMS, J. F., « Justiciable and other disputes », *A.J.L.L.*, 1932, pp. 31 et ss.

⁴⁶ « Projet de résolutions concernant la classification des conflits justiciables », *A.I.D.I.*, 1922, p. 40 : « Les causes d'exclusion du débat judiciaire, sont au nombre de trois : 3° la nécessité de procéder à un règlement d'intérêt »; VERZIJL, J.H.W., « La classification des différends internationaux et la nature du litige anglo-turc relatif au vilayet de Mossoul », *R.D.I.L.C.*, 1925, p. 743 : « ... nous définissons donc les différends d'ordre juridique comme les différends entre Etats où les parties sont divisées sur un point de droit international, c'est-à-dire où les parties, de part et d'autre, s'appuient sur des arguments qui donnent lieu à des doutes, *prima facie* raisonnables, sur le point de savoir si le droit international objectif reconnaît, ou non, l'existence des droits subjectifs invoqués par une partie et contestés par l'autre ou les autres »; WILLIAMS, J.F., « Justiciable and other disputes », pp. 31 et ss.; CASTBERG, F., « La compétence des tribunaux internationaux », *R.D.I.L.C.*, 1925, p. 160 : « Un différend est d'ordre juridique, si les parties se sont placées sur le terrain du droit positif, en d'autres termes, si le différend a trait à des droits ou des obligations existant en vertu des règles de droit »; Bos, M., *De procesvoorwaarden in het volkenrecht*, Dordrecht, Morks, 1951, p. 40 : « Daaronder (onder politieke geschillen) vallen al die geschillen te verstaan, die niet op de concretisering van een abstracte regel van objectief recht, doch op de concretisering van een abstracte regel van beleid, van politiek, betrekking hebben »; la formule des Traités de Locarno : « ... des contestations au sujet desquelles les parties se contesteront réciproquement un droit. »

distinction entre les différends politiques et les différends juridiques. Il nous reste maintenant à examiner si les quatre critères sur lesquels est fondée la distinction entre les différends politiques et les différends juridiques peuvent résister à une critique scientifique, objective, juridique et logique.

1. *Le critère de l'importance relative du différend.*

D'après ce critère c'est bien l'importance relative du différend qui en décide s'il s'agit d'un différend politique ou juridique, en qualifiant de « politiques » (et donc de non justiciables) les différends qui affectent les intérêts vitaux des Etats (*de maximis non curat praetor*).

Tout d'abord on peut faire remarquer qu'il serait bien facile de citer bon nombre de sentences arbitrales qui ont tranché des différends où les intérêts vitaux, l'indépendance ou l'honneur d'un ou de plusieurs Etats étaient concernés⁴⁷.

Un argument plus *ad rem* consiste dans la démonstration que : « ... en règle générale, tout différend international a un caractère politique si nous entendons par là qu'il présente une certaine importance pour l'Etat intéressé »⁴⁸⁻⁴⁹.

La pratique de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice nous démontre clairement un nombre considérable d'arrêts qui ont tranché des différends juridiques, qui pour les Etats en question revêtaient une importance politique plus ou moins grande. Il nous suffit de mentionner ici : l'affaire du *Wimbledon* (1923), l'affaire du *Lotus* (1927), l'affaire de *l'interprétation du statut du territoire de Memel* (1932), l'affaire de *Haya de la Torre* (1951) ou les affaires du *plateau continental de la mer du Nord* (1969), etc....

Si tous les différends internationaux, y compris les différends juridiques, ont un caractère politique, dans le sens qu'ils revêtent une importance plus ou moins grande pour les Etats, le contraire vaut aussi : chaque différend international, si politique soit-il, a quelque base juridique sous-jacente⁵⁰.

⁴⁷ L'affaire de l'*Alabama* est significative; dans l'affaire du *Canal de Beagle* qui oppose actuellement le Chili et l'Argentine, les parties au différend ont eu recours à l'arbitrage quoique des intérêts vitaux militaires et politiques extrêmement importants soient en jeu.

⁴⁸ LAUTERPACHT, H., *La théorie des différends non justiciables en droit international*, pp. 563-564.

⁴⁹ Dans le même sens : ROLIN, H., dans *A.I.D.I.*, 1954, pp. 383-384.

⁵⁰ CHAPAL, P., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, pp. 61-62; HOFFMANN, S., « A World Divided and a World Court Confused : The World Court's Advisory Opinion on UN Financing », *The Process of International Organization*, ed. by Robert S. Wood, New York, 1971, p. 137 : « ... every important political issue in world affairs has legal aspects which it is legitimate to ask a court to clarify... »; BOREL, E., et POLITIS, N., « L'extension de l'arbitrage obligatoire et la compétence obligatoire de la Cour permanente de justice internationale », *A.I.D.I.*, 1927, II, p. 744 : « ... tous différends internationaux peuvent être par un côté ou par un autre, envisagés du point de vue du droit... »

Cette allégation peut être prouvée par un exemple de l'actualité toute récente. Si l'affaire de *Chypre* peut être considérée comme un différend international de caractère hautement politique (mettant en cause des intérêts vitaux militaires, politiques et même économiques), il n'en reste pas moins que la base juridique, *in concreto*, les *Accords de Zurich et de Londres* de 1959, reste sous-jacente⁵¹. En effet, nombre de problèmes juridiques se posent dans le cadre de l'affaire de *Chypre*. Il y a tout d'abord le problème général de l'autodétermination des peuples; ensuite il y a le problème plus spécifique de l'incompatibilité éventuelle entre le *Traité de garantie*, dont le mécanisme de la garantie peut prendre la forme d'une intervention de la part des trois Etats garants et l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies⁵².

De ce qui précède on peut conclure qu'en réalité tous les différends internationaux sont donc susceptibles de la solution judiciaire, parce qu'il n'existe pas de distinction de *nature intrinsèque* entre les différends, mais seulement de *degré*⁵³⁻⁵⁴.

Si un différend international sera résolu par l'application de la règle de droit (donc sera qualifié de « juridique ») dépend exclusivement d'une décision unilatérale et discrétionnaire de l'Etat, qui pour une raison ou une autre peut qualifier le différend d'important (donc de « politique ») parce qu'il met en danger des intérêts vitaux ou l'honneur ou l'indépendance, etc.⁵⁵.

⁵¹ Il s'agit de la *Structure de base de la République de Chypre*, adoptée par la Grèce et la Turquie; le *traité de garantie* entre la République de Chypre, le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie et le *traité d'alliance* entre la République de Chypre, la Grèce et la Turquie. Ces documents furent négociés à Zurich et signés à Londres. Voyez l'article de TÉNÉKIDÈS, G., « La condition internationale de Chypre », *A.F.D.I.*, 1970, pp. 132 et ss.

⁵² L'art. 2, § 4 est libellé comme suit : « Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. »

⁵³ CHAPAL, P., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, p. 61; LE PUR, L., dans *L'A.I.D.I.*, 1927, II, pp. 779-780, note (1); HOSTIE, J., *Différends justiciables et non justiciables*, pp. 580-581.

⁵⁴ Dans cette optique, tout différend international est au début « mixte » ou « complexe » dans le sens qu'il revêt en même temps un aspect politique et un aspect juridique. Si l'Etat accentue l'aspect politique, le différend devient exclusivement politique et vice versa. Voyez p.e. l'art. 18 de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends* : « En cas de différends complexes dont certains éléments relèvent de la conciliation et d'autres du règlement judiciaire, chaque partie au différend aura le droit de demander que le règlement par la voie judiciaire des éléments juridiques du différend précède la procédure de conciliation. »

⁵⁵ A cet égard il est hors de doute, comme le souligne LAUTERPACHT (*The Function of Law in the International Community*, pp. 185-186) que le moindre des différends peut être considéré par un Etat comme affectant ses intérêts vitaux. Ainsi, lorsque la Russie proposait à la première Conférence de La Haye (1899) de rendre l'arbitrage obligatoire pour l'interprétation des conventions concernant des problèmes sanitaires ou vétérinaires, elle prévoyait les réserves habituelles des intérêts vitaux et de l'honneur national (*The Report to the Hague Conferences of 1899 and 1907*, pp. 92-93).

Il va de soi que les circonstances historiques, économiques ou sociales jouent souvent un rôle déterminant dans la qualification d'un différend. Ainsi, lorsque la France et la Grande-Bretagne conclurent un compromis en 1950 pour soumettre l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* à la Cour internationale de justice, il n'y avait, à ce moment, aucune raison majeure pour qualifier ce différend de « politique ». Si, au contraire, le différend serait né une décade plus tard, nous en sommes convaincus que les deux pays auraient qualifié le différend de « politique » et auraient donc exclu la solution judiciaire pour des raisons économiques manifestes⁶⁶.

En tout cas, le critère de l'importance relative du différend est tellement subjectif qu'il rend impossible toute classification objective des différends, même si cette classification serait tentée par un tiers, non impliqué dans le différend⁶⁷.

D'ailleurs, dans la supposition que chaque États aurait toujours la possibilité dans les relations internationales de poser comme seul critère ses propres intérêts (jugés *per definitionem* de « vitaux »), il n'y aurait plus de place pour le droit international dont le but suprême est précisément de mettre en harmonie les aspirations de tous les États⁶⁸ et de protéger en même temps les intérêts vitaux de tous les États.

Pour résumer la critique du critère de l'importance relative du différend :

1° Il n'y existe pas de distinction de nature entre les différends. Chaque différend international a en même temps un caractère politique (dans le sens qu'il représente une certaine importance pour l'État intéressé), et un caractère juridique (dans le sens que la base juridique est toujours sous-jacente);

2° Le critère est trop subjectif pour être utilisé comme moyen de classification objective des différends;

3° L'utilisation du critère dans les relations internationales est en contradiction avec la fonction et l'existence même d'un droit international général.

2. *Le critère de l'existence d'une règle de droit applicable.*

D'après ce critère, il y a des différends qui ne sont pas susceptibles d'une solution judiciaire, parce que précisément la règle de droit international applicable à l'espèce manque⁶⁹.

⁶⁶ La découverte de quantités considérables de pétrole et de gaz naturel dans la mer du Nord.

⁶⁷ LAMMASCH, H., « Ueber isolierte und institutionelle Schiedsgerichte », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1912, p. 102 : « Die Lebensinteressen und die Ehre eines Staates sind Güter von so individueller Gestaltung und so subjektiver Wertung, dass es kaum möglich ist, die Entscheidung darüber, ob sie angegriffen oder gefährdet seien, fremder Entscheidung zu überlassen. »

⁶⁸ LAUTERPACHT, H., *La théorie des différends non justiciables en droit international*, pp. 590-591.

⁶⁹ Nous n'entrons pas dans la discussion sur la définition des notions « règle de droit international » et « applicable ». Voyez LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 56 et ss.

Les partisans de ce critère supposent donc : *primo* que le droit international contient des lacunes et *secundo* que le juge international doit prononcer le *non liquet* sous prétexte du silence, des carences ou de l'obscurité du droit applicable.

A notre avis il est difficile de nier que le droit international contient en effet des lacunes⁶⁰ si on entend par lacunes : « le défaut des traités et de la coutume qui ne prévoient pas la solution d'un cas d'espèce »⁶¹ et si on rejette la doctrine traditionnelle et dogmatique de la « plénitude du droit international »⁶².

Les lacunes en droit international ne sont pourtant que « provisoires » parce qu'il y a des organes qui ont la compétence pour combler les lacunes à l'occasion de l'exercice de l'activité judiciaire internationale.

Ainsi les parties au différend, lorsqu'elles constatent des lacunes au moment de soumettre leur différend au juge international, peuvent ou bien combler elles-mêmes ces lacunes⁶³, ou bien donner au juge le pouvoir de statuer *ex aequo et bono*. Il est pourtant plus fréquent que le juge saisi doit combler lui-même les lacunes *motu proprio*. Ainsi nous sommes emmenés à aborder la question du *non liquet*⁶⁴⁻⁶⁵.

⁶⁰ SALMON, J.J.A., « Quelques observations sur les lacunes du droit international public », *R.B.D.I.*, 1967, p. 445; LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 86 et 134; LAUTERPACHT, H., *La théorie des différends non justiciables en droit international*, p. 547; BOREL, E., et POLITIS, N., « L'extension de l'arbitrage obligatoire et la compétence obligatoire de la Cour permanente de justice internationale », *A.I.D.I.*, 1927, II, p. 757.

⁶¹ SIORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, pp. 23 et 190.

⁶² Pour une critique de la théorie de la « plénitude du droit international » : VERDROSS, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien und Berlin, J. Springer, 1926, pp. 63 et ss.

⁶³ Salmon donne l'exemple des règles de droit pénal international imposées au Tribunal militaire international de Nuremberg par l'art. 6 de la Charte annexée à la Convention de Londres du 8 août 1945 (SALMON, J.J.A., *Quelques observations sur les lacunes du droit international public*, p. 452).

⁶⁴ Pour plus de détails sur cette question : SIORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international*, pp. 199 et ss.; STONE, J., *Legal Controls of International Disputes. A Treatise on the Dynamics of Disputes-and-War Law*, Sydney, Maitland publications, 1959, pp. 153 et ss.; STONE, J., « *Non liquet* and the Function of Law in the International Community », *B.Y.B.I.L.*, 1959, pp. 124 et ss.; LAUTERPACHT, H., « Some observations on the prohibition of *non liquet* and the completeness of the Law », dans : *Symbolae Verzijl*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1958, pp. 189 et ss.

⁶⁵ Remarquons que nous n'étudions ici la question du *non liquet* qu'en relation avec les lacunes du droit international; n'oublions pas qu'un juge international peut prononcer un *non liquet* sans que les lacunes du droit international sont concernés. (SIORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international*, p. 203).

Longuement débattue par partisans et adversaires⁶⁶ la question de savoir si le juge doit prononcer le *non liquet* et refuser de statuer, lorsqu'il se trouve devant une lacune du droit international, peut être considérée comme définitivement tranchée et par la doctrine et par la pratique.

Tandis qu'il y a très peu de traités qui interdisent *expressis verbis* le *non liquet* ou obligent le juge de statuer⁶⁷, il semble qu'en réalité « aucun tribunal international ne paraît avoir prononcé un *non liquet*, c'est-à-dire refusé de juger, motif pris qu'il n'y aurait pas de règle de droit à appliquer »⁶⁸. Le juge international ne prononcera donc pas de *non liquet*⁶⁹ et comblera les lacunes du droit international en vertu de ses pouvoirs implicites qui sont : le pouvoir d'appliquer le droit⁷⁰, le pouvoir d'interpréter le droit et précisément le pouvoir de combler les lacunes du droit⁷¹. Par le fait que la fonction propre du juge est de dire le droit (*jus dicere*) et non de donner le droit (*jus dare*), il s'ensuit que le juge en comblant les lacunes du droit ne peut sortir des limites de sa fonction judiciaire⁷². Ainsi le juge sortirait par exemple manifestement des limites de sa fonction judiciaire s'il modifiait ou révisait le droit au lieu de l'appliquer ou de l'interpréter.

⁶⁶ Voyez déjà le « Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale » adopté par l'Institut de droit international lors de ses sessions de Genève (1874) et La Haye (1875) (*A.I.D.I.*, 1877, pp. 126 et ss.) : « Art. 19, § 1 : Le tribunal arbitral ne peut refuser de prononcer sous prétexte qu'il n'est pas suffisamment éclairé soit sur les faits soit sur les principes juridiques qu'il doit appliquer. »

⁶⁷ Une des exceptions classiques est l'art. 5 du *Traité d'arbitrage et de conciliation germano-suisse* du 3 décembre 1921 (*Recueil des traités. Société des Nations*, vol. XII, pp. 272 et ss.) libellé comme suit : « Si, dans un cas donné, les bases juridiques énoncées ci-dessus accusent des lacunes, le Tribunal prononce selon les principes juridiques, qui, à son avis, devraient faire règle en droit international. Il s'inspire à cet effet des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

⁶⁸ SALMON, J.J.A., *Quelques observations sur les lacunes du droit international public*, p. 440, note (2).

⁶⁹ DE VISSCHER, C., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Ed. A. Pédone, 1963, p. 23, note (1) : « L'interdiction du *non liquet* repose à la fois sur l'intérêt général (*ut sit finis litium*) et sur la volonté des Etats qui, en soumettant la contestation au juge, ont entendu lui donner une solution de droit. » *Contra* : DE LA BARA, F., et MERCIER, A., « Procédure arbitrale », *A.I.D.I.*, 1927, II, p. 583 : « Ainsi donc, il est des cas dans lesquels le *non liquet* paraît s'imposer impérativement à la conscience du juge international dans l'état de développement insuffisant où se trouve encore le droit. »

⁷⁰ D'ailleurs, d'après l'art. 38, § 1 du Statut de la Cour internationale de justice, la Cour applique : « c) les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. » Un de ces principes généraux est précisément l'interdiction du *non liquet*.

⁷¹ SORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international*, pp. 244 et ss.

⁷² « Ayant ainsi défini, conformément à la Convention de La Havane, les rapports de droit entre parties relativement aux questions qui lui ont été soumises, la Cour a rempli sa mission. Elle ne saurait donner aucun conseil pratique quant aux voies qu'il conviendrait de suivre pour mettre fin à l'asile, car, ce faisant, elle sortirait du cadre de sa fonction judiciaire. » (affaire *Haya de la Torre*, arrêt du 13 juin 1951 : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 83).

Ce qui rend cette matière si délicate c'est l'absence de tout critère objectif pour savoir à quel moment précis le juge sort des limites de sa fonction judiciaire; n'oublions pas qu'en réalité c'est le juge lui-même qui décide à quel moment finit l'interprétation et l'application du droit et à quel moment commence la modification et la révision du droit.

Quant aux méthodes employées par le juge pour combler les lacunes, il y a différentes possibilités⁷³ : le raisonnement par analogie avec des règles du droit international et du droit interne, la déduction d'un principe du droit international et le recours à la notion d'abus du droit⁷⁴.

En conclusion, le critère de l'existence d'une règle de droit applicable pour fonder la distinction entre le différend juridique et le différend politique ne résiste pas à la critique juridique. Le juge international ne prononce pas de *non liquet* parce que la règle de droit applicable manque et comble les lacunes éventuelles au cours de son activité judiciaire. Comme l'a souligné un auteur savant : « il n'existe pas de limite technique quant à la possibilité de déterminer judiciairement toute controverse internationale...⁷⁵. »

3. Le critère de la décision juste et conforme aux réalités de la vie internationale.

D'après ce critère il y existe toute une catégorie de différends pour lesquels l'application de la règle de droit existante ne garantit pas toujours une décision juste et conforme aux réalités de la vie internationale. Une attitude réaliste serait donc de chercher une solution politique pour cette catégorie de différends.

Nous ne voulons pas insister sur le fait que ni la solution politique (obtenue par exemple par les négociations diplomatiques ou la conciliation), ni l'intervention d'un organe supranational qui devrait combler le décalage entre la règle de droit et les réalités de la vie internationale, ne nous garantissent de leur côté une solution *a priori* plus juste et plus adaptée que celle obtenue par l'intervention d'un tribunal international.

Il nous semble plus *ad rem* de voir si et de quelle manière les juges internationaux peuvent résoudre eux-mêmes le problème de l'inadaptation du droit à la réalité internationale⁷⁶.

⁷³ SIORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international*, pp. 317 et ss.; LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 110 et ss.

⁷⁴ « En somme, le juge comble les lacunes en développant le contenu de la réglementation existante conformément aux exigences de la logique ou de l'équité et dans les limites de la science ou de la "prudence" de droit » (SIORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international*, p. 451).

⁷⁵ JENKS, W., « Compétence obligatoire des instances judiciaires et arbitrales internationales. Rapport provisoire », *A.I.D.I.*, 1957, I, p. 44, cité par CHAPAL, P., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, p. 65.

⁷⁶ LAUTERPACHT, H., (*The Function of Law in the International Community*, pp. 248 et ss.) a traité ces problèmes d'une façon brillante.

Tout d'abord il doit être répété que le juge n'est pas un législateur : il applique et interprète le droit et comble les lacunes dans les limites de sa fonction judiciaire⁷⁷. Mais dans le cadre de ces activités le juge a un certain pouvoir de légiférer; ce pouvoir étant limité par la nature de sa fonction. Le juge n'applique ni n'interprète le droit, ni ne comble les lacunes d'une façon automatique et mécanique. L'essentiel de la tâche du juge est d'appliquer *in concreto* une règle abstraite. Ce décalage entre l'abstrait et le concret ne peut être comblé par le juge qu'en tenant compte de toute une série de circonstances spécifiques. C'est précisément dans ce cadre que le juge a quelque pouvoir (nous le répétons et nous y insistons) limité de légiférer dans le sens qu'il peut éventuellement adapter le droit aux réalités⁷⁸.

Si le pouvoir du juge de légiférer *motu proprio* est limité, au contraire il peut avoir un pouvoir législatif authentique dans les cas où les parties au différend lui ont expressément donné ce pouvoir, par exemple en stipulant dans le compromis ou dans une convention générale qu'il peut statuer *ex aequo et bono*⁷⁹⁻⁸⁰ ou qu'il peut élaborer une législation authentique comme dans l'affaire des *phoques de Behring*⁸¹⁻⁸².

⁷⁷ Voyez *supra*.

⁷⁸ C'est dans ce contexte que « l'abus des droits » a été condamné par les tribunaux internationaux. Pour les exemples multiples : POLITIS, N., « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *Recueil des cours*, 1925, I, (6), pp. 77 et ss. Voyez aussi : l'affaire des *zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex* où la Cour permanente de justice internationale a fait expressément référence dans son arrêt à la théorie de l'abus des droits (série A/B, n° 46, p. 167); affaire des *pêcheries*, arrêt du 16 décembre 1951 : C.I.J., *Recueil 1951*, p. 142.

⁷⁹ HOSTIE, J., *Différends justiciables et non-justiciables*, pp. 274 et ss.; LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 307 et ss.

⁸⁰ Sur le jugement en équité : DE VISSCHER, C., « Cours général de principes de droit international public », *Recueil des cours*, 1954, II, (86), pp. 540 et ss.; SOHN, L.B., « The Function of international arbitration today », *Recueil des cours*, 1963, I, (108), pp. 41 et ss.; STRUPP, K., « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *Recueil des cours*, 1930, III, (33), pp. 357 et ss.; HABICHT, M., « Jugement *ex aequo et bono* », *Recueil des cours*, 1934, III, (49), pp. 281 et ss.

⁸¹ Dans l'affaire des *phoques de Behring*, l'art. VII du compromis conclu entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne donnait aux arbitres le pouvoir explicite d'édicter une réglementation pour la protection et la préservation des phoques. Les parties étaient aussi convenues de considérer cette réglementation non pas comme une simple recommandation, mais comme obligatoire pour eux. Dans leur sentence les arbitres ont en effet édicté une telle réglementation (MOORE, J.B., *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. I, pp. 906 et 914 et ss.).

⁸² *Contra* : DE LA BARA, F.L., et MERCIER, A., « Procédure arbitrale », *A.I.D.I.*, 1927, II, p. 578 : « Le pouvoir législatif n'appartient pas à une cour de justice et les parties ne peuvent pas le lui conférer »; KUNZ, J.L., « The Problems of revision of international law ("Peaceful change") », *A.J.I.L.*, 1939, pp. 48 et ss.; DAHM, G., *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1961, Band II, p. 550 : « Die Uebernahme der Rechtsetzungsfunktion ist dem Wesen des Gerichts nichts gemäss. »

On peut donc conclure de ce qui précède que le critère de la décision juste et conforme aux réalités ne résiste non plus à la critique. En effet, le juge international a un pouvoir limité de légiférer *motu proprio* et peut donc éventuellement adapter le droit aux réalités de la vie internationale. Dans le cas où les parties lui ont expressément donné ce pouvoir il a même un pouvoir législatif authentique.

4. *Le critère de la distinction entre les différends relatifs à des droits et relatifs à des intérêts.*

Le critère de la distinction entre les différends relatifs à des droits et relatifs à des intérêts ne peut être employé pour fonder la distinction entre les différends juridiques et les différends politiques parce qu'il est, comme nous le verrons, illogique et subjectif et qu'il ne correspond pas à la pratique des Etats.

Tout d'abord le critère est illogique parce que les différends relatifs à des droits sont *per definitionem* des différends relatifs à des intérêts : il ne peut y avoir droit sans qu'il y ait intérêt⁸³⁻⁸⁴.

Ensuite ce critère donne à une des parties au différend le pouvoir discrétionnaire d'exclure la solution judiciaire du différend en prétendant qu'elle fonde sa revendication (ou sa défense) non pas sur la règle de droit, mais sur ses intérêts⁸⁵.

Le troisième argument à l'encontre du critère est puisé dans la pratique internationale. En formulant une revendication, l'Etat cherchera (presque) toujours l'appui d'une règle de droit pour fonder sa prétention, n'était-ce la *clausula rebus sic stantibus*⁸⁶. En effet, l'Etat qui lors d'un différend se met *a priori* hors du droit en accentuant ses propres intérêts purs et simples (donc égoïstes), est en général condamné par l'opinion publique internationale.

⁸³ HOSTIE, J., *Différends justiciables et non-justiciables*, p. 573; VAN BOGAERT, E., *Volkerecht*, p. 507.

⁸⁴ Le contraire ne vaut pas toujours : il peut y avoir intérêt sans qu'il y ait droit.

⁸⁵ HOSTIE, J., *Différends justiciables et non-justiciables*, p. 580 : « ... l'analyse nous a démontré que la distinction entre différends justiciables et non-justiciables, telle qu'elle est faite par les Conventions de Locarno, n'est pas une distinction de nature, puisque *la même demande* sera soit justiciable, soit non-justiciable, selon quelle sera ou non contestée en droit. »

⁸⁶ LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 363 et ss.

4. CONCLUSION

Notre conclusion est simple : il n'y existe pas de critère objectif, scientifique, logique et juridique pour fonder une distinction de nature intrinsèque entre les différends politiques et les différends juridiques⁸⁷. En conséquence la distinction repose sur la volonté des parties au différend qui, pour une raison ou une autre, peuvent qualifier le différend de « politique » ou de « juridique »⁸⁸. En dernier lieu, la seule distinction qu'on peut faire entre le différend politique et le différend juridique est une distinction *a posteriori*, fondée sur la nature des moyens mis en œuvre pour résoudre le différend⁸⁹.

II. LA PRATIQUE INTERNATIONALE

Dans ce deuxième chapitre nous examinons si la pratique des organisations internationales confirme notre conclusion théorique.

Nous étudions successivement la pratique des Nations Unies, du Conseil de l'Europe, de l'Organisation de l'Unité Africaine et de l'Organisation des Etats Américains. Il est évident que, vu la complexité et l'étendue de la pratique des organisations internationales, nous sommes bien obligés de nous limiter à une étude casuistique.

1. LES NATIONS UNIES (L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 3 DE LA CHARTE)

La Charte des Nations Unies ne méconnaît pas la distinction entre les différends juridiques et les différends politiques, entre la solution judiciaire et la solution non judiciaire des différends.

L'article 33, paragraphe 1 énumère les moyens de solution pour mettre fin à un différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Parmi les moyens il y a ceux qui sont non judiciaires (la négociation, l'enquête, la médiation ou la conciliation) et il y a ceux qui sont judiciaires. En plus, d'après l'article 36, paragraphe 3 :

⁸⁷ CHAPAL, P., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, p. 67; LAUTERPACHT, H., *La théorie des différends non justiciables en droit international*, p. 649; KELSEN, H., *Théorie du droit international public*, p. 177; VAN BOGAERT, E., *Volkenrecht*, p. 507.

⁸⁸ LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, pp. 153 et ss.; DAHM, G., *Völkerrecht*, Band II, p. 494; WEHBERG, H., dans l'*A.I.D.I.*, 1922, pp. 57-58; LE FUR, L., dans l'*A.I.D.I.*, 1927, II, pp. 781-782; DUPUIS, C., dans l'*A.I.D.I.*, 1927, II, p. 810.

⁸⁹ SCELLE, G., *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, p. 525; KELSEN, H., *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Co., 1952, pp. 381-382.

« En faisant les recommandations prévues au présent article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de justice conformément aux dispositions du statut de la Cour⁹⁰. »

Le Conseil de sécurité n'a fait qu'une seule recommandation dans le cadre des dispositions de l'article 36, paragraphe 3 de la Charte. En effet, ce n'est que dans l'affaire du *détroit de Corfou* que le Conseil de sécurité adopta un projet de résolution recommandant aux parties de soumettre leur différend à la Cour internationale de justice⁹¹⁻⁹².

Dans l'affaire *égyptienne*, lors de la présentation d'un projet de résolution recommandant aux parties de reprendre les négociations directes, le représentant belge déposa un amendement pour soumettre éventuellement à la Cour internationale de justice les différends portant sur la validité du *Traité anglo-égyptien de 1936*⁹³. Dans la discussion qui procéda le rejet de l'amendement belge on fit valoir que l'article 36, paragraphe 3 traite des différends d'ordre juridique, tandis que, *in casu*, il s'agissait bien d'un différend d'ordre politique, résultant de la présence des troupes britanniques sur le territoire égyptien⁹⁴⁻⁹⁵.

Lors de l'affaire *Inde-Pakistan*, le délégué colombien proposa le 18 février 1957 un amendement à une résolution dans lequel il proposa de soumettre le différend

⁹⁰ Nous n'entrons pas dans la discussion sur la valeur juridique d'une recommandation faite par le Conseil de sécurité dans le cadre de l'art. 36, § 3 de la Charte. Nous sommes d'accord avec la doctrine pour qui une telle recommandation ne lie pas les parties (KELSEN, H., *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London, Stevens & Sons, 1950, pp. 477 et ss.; GOODRICH, L.M., HAMBRO, E., SIMONS, A.P., *Charter of the United Nations. Commentary and Documents*, Third and Revised Edition, New York & London, Columbia University Press, 1969, pp. 281 et ss.; EAGLETON, C., « The Pacific Settlement of Disputes under the Charter », *Ann. of the Am. Acad. of Pol. and Social Science*, july, 1946, p. 26) et n'institue pas un nouveau cas de juridiction obligatoire s'ajoutant à ceux prévus par le statut de la Cour. (Opinion individuelle des juges Basdevant, Alvarez, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Badawi Pacha et Krylov dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt sur l'exception préliminaire, C.I.J., *Recueil* 1948, pp. 31-32.)

⁹¹ C.S., 2^e année, n^o 34, 127^e séance, p. 727.

⁹² Remarquons immédiatement que ce projet de résolution n'a été adopté que parce qu'auparavant l'Union soviétique avait fait usage de son droit de veto lors de la présentation d'un projet de résolution par la Grande-Bretagne recommandant de régler le différend sur la base d'une constatation de fait explicite (C.S., 2^e année, n^o 29, 122^e séance, p. 609). Voyez *infra*.

⁹³ C.S., 2^e année, n^o 80, 189^e séance, S/507/Add. 1, p. 2115.

⁹⁴ C.S., 2^e année, n^o 70, 175^e séance, pp. 1746 et ss.; n^o 70, 176^e séance, pp. 1769 et ss., 1776, et 1783-1784; n^o 73, 179^e séance, pp. 1861 et ss.; n^o 82, 193^e séance, pp. 2166 et 2169; n^o 84, 196^e séance, pp. 2235-2236, 2242-243 et 2252-2253; n^o 86, 198^e séance, pp. 2291-2292.

⁹⁵ C.S., 2^e année, n^o 86, 198^e séance, pp. 2302-2303.

sur l'État de Jammu et de Cachemire à la Cour internationale de justice⁹⁶. Cet amendement ne recueillit qu'une seule voix favorable⁹⁷.

Dans l'affaire du *RB-47* qui opposa les États-Unis et l'Union soviétique, un projet de résolution américain recommandant aux deux parties de résoudre leurs désaccords soit au moyen d'une enquête, soit par le renvoi de la question à la Cour internationale de justice, ne fut pas adopté à cause d'un veto soviétique⁹⁸⁻⁹⁹.

Quoique non expressément prévu par la Charte, l'Assemblée générale elle aussi a reconnu l'existence des deux catégories de différends. Dans sa résolution 171 (II) du 14 novembre 1947 « concernant la nécessité pour l'Organisation des Nations Unies et pour ses organes d'utiliser davantage les services de la Cour internationale de justice », elle a recommandé « ... d'une manière générale aux États membres de soumettre leurs différends d'ordre juridique à la Cour internationale de justice ». Lors du différend qui opposa l'Italie et l'Autriche concernant le statut des habitants de langue allemande de la province de Bolzano, l'Assemblée générale a recommandé aux parties de régler leur différend par les moyens prévus par la Charte des Nations Unies et entre autres par la voie de la Cour internationale de justice¹⁰⁰.

Dans le cadre de notre étude il y a un nombre considérable de questions qui se posent. Pour quels motifs les États (membres du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale) acceptent-ils ou rejettent-ils un projet de résolution recommandant aux parties de se référer à la Cour internationale de justice; pour quelles raisons les États (parties aux différends) acceptent ou refusent-ils de se conformer à une telle recommandation du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale; est-ce que la pratique des Nations Unies nous démontre que les États se laissent guider par des critères objectifs, scientifiques, logiques ou juridiques, pour fonder la distinction entre les différends juridiques et les différends politiques (en d'autres termes pour fonder la distinction entre la solution judiciaire et la solution non judiciaire de leurs différends) ?

Revenons aux quelques affaires que nous avons mentionnées.

Pourquoi dans l'affaire du *détroit de Corfou*, les parties au différend, ainsi que la majorité des membres du Conseil de sécurité se sont-elles mises d'accord

⁹⁶ C.S., 12^e année, suppl. janv.-mars, p. 8, S/3791.

⁹⁷ C.S., 12^e année, 773^e séance, § 125.

⁹⁸ C.S., 15^e année, 883^e séance, p. 39.

⁹⁹ Notons aussi que le Conseil de sécurité a adopté quelques résolutions recommandant aux parties de régler leur différend par la voie de l'arbitrage : l'affaire *indonésienne* (II), résolution du 1^{er} août 1947 (S/459); l'affaire *Inde-Pakistan*, résolution du 30 mars 1951 (S/2017). Ces recommandations sont restées sans conséquences pratiques. Voyez : HIGGINS, R., « The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council », *A.J.I.L.*, 1970, p. 4.

¹⁰⁰ Rés. A.G. 1497 (XV) du 31 octobre 1960 et rés. 1661 (XVI) du 28 novembre 1961.

à un moment donné pour soumettre le différend à la Cour internationale de justice, donc de qualifier le différend de « juridique » ? Certes, des principes fondamentaux du droit international, tels que : l'application de la convention relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (La Haye, 1907) l'interprétation du droit de passage inoffensif, la violation de la souveraineté albanaise par les dragueurs de mines britanniques, étaient concernés. Pourtant l'adoption de la résolution du 9 avril 1947 par le Conseil de sécurité recommandant aux deux parties de soumettre leur différend à la Cour internationale de justice¹⁰¹ n'a été possible parce que tout d'abord des négociations directes entre les parties n'avaient pu être entamées, et ensuite parce que l'Union soviétique avait fait usage de son droit de veto lors d'un projet de résolution britannique recommandant aux parties de régler leur différend sur la base d'une constatation de fait explicite¹⁰². Si nous résumons maintenant l'affaire du *détroit de Corfou* dans l'optique du but de notre étude, il en ressort que :

- 1° Dès le début de l'affaire, des principes fondamentaux du droit international étaient en question;
- 2° La Grande-Bretagne a proposé de résoudre le différend par des négociations politiques directes, ensuite par l'intermédiaire du Conseil de sécurité sur la base d'une investigation portant sur les faits¹⁰³. Ces tentatives de la part de la part de la Grande-Bretagne ont échoué parce que précisément les pays socialistes au sein du Conseil de sécurité (l'Union soviétique et la Pologne) y étaient opposés. L'Union soviétique a même fait usage de son droit de veto pour s'opposer à un projet de résolution britannique qui visait la solution politique du différend;
- 3° Après avoir constaté l'échec définitif d'une solution éventuelle du différend par la voie non judiciaire, la Grande-Bretagne a proposé une résolution recommandant aux parties de se soumettre à la Cour internationale de justice. Finalement cette résolution a été adoptée malgré l'opposition de l'Albanie¹⁰⁴, l'Union soviétique et la Pologne s'abstenant lors du vote.

A notre avis il est donc hors de doute que pendant toute la procédure, les parties au différend (aussi bien que les membres du Conseil de sécurité), se

¹⁰¹ C.S., 2^e année, n° 34, 127^e séance, p. 727.

¹⁰² C.S., 2^e année, n° 29, 122^e séance, p. 609.

¹⁰³ Voyez la déclaration du délégué britannique Sir Cadogan au cours des discussions dans le Conseil de sécurité. (C.S., 2^e année, n° 32, 125^e séance, pp. 681 et ss.)

¹⁰⁴ Voyez la déclaration du représentant albanais Hysni Kapo : « ... La résolution britannique doit être rejetée catégoriquement par le Conseil... » (C.S., 2^e année, n° 34, 127^e séance, pp. 719 et ss.). Cette déclaration du représentant albanais n'a pas empêché l'Albanie par la suite d'informer la Cour qu'elle était disposée à comparaître devant la Cour (lettre du 2 juillet 1947), de produire une exception préliminaire à la requête de la Grande Bretagne et de ne jamais exécuter l'arrêt de fond.

sont laissées guider par des considérations d'opportunité et non par des critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques, pour fonder la distinction entre la solution judiciaire et la solution non judiciaire du différend. Si à la fin il y a eu quand même un certain *consensus* pour soumettre l'affaire à la Cour internationale de justice, c'est simplement parce qu'il n'y avait plus d'autre solution¹⁰⁵. Les considérations ultimes pour la qualification du différend étaient donc des considérations d'opportunité pures et simples¹⁰⁶.

L'affaire *égyptienne* est au moins aussi significative que l'affaire du *détroit de Corfou*. D'une part, l'Égypte considérait la présence de troupes britanniques sur son territoire comme étant en contradiction avec le principe de l'égalité souveraine des membres des Nations Unies et avec la résolution 41 (1) du 14 décembre 1946 concernant les principes régissant la réglementation et la réduction générales des armements. En plus elle contestait la validité (en application de la *clausula rebus sic stantibus*) du Traité d'alliance de 1936 conclu avec la Grande-Bretagne¹⁰⁷. D'autre part, la Grande-Bretagne insistait sur la validité du traité de 1936 en accentuant le principe *pacta sunt servada*¹⁰⁸. Vu donc la validité du traité de 1936 aurait pu être considérée comme le problème central du différend qui opposait les deux parties et qu'un différend concernant la validité du traité soit normalement considéré comme un différend juridique, il aurait été tout à fait logique que les deux parties auraient réglé leur différend par l'application de la règle de droit. Lors des débats au Conseil de sécurité, le délégué belge déposa donc dans ce sens un amendement à un projet de résolution. Le but de l'amendement fut de soumettre éventuellement à la Cour internationale de justice, les différends portant sur la validité du traité de 1936. Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, l'amendement belge fut rejeté. L'intervention du délégué syrien est très significative pour nous. D'après lui, la question de la validité ou la non validité du traité de 1936

¹⁰⁵ SALOMON, A., *Le Conseil de sécurité et le règlement pacifique des différends (Le chapitre VI de la Charte des Nations Unies)*, Paris, Ed. internationales, 1948, pp. 111-112.

¹⁰⁶ JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *Voting and the handling of disputes in the Security Council*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, p. 103 : « They (the representatives in the Security council) are likely to take into account, as their primary consideration, the political interests of their own countries. » ; SCHICK, F.B., « Council and Court of the United Nations », *The Modern Law Review*, 1946, p. 103 : « ... if a majority of States in the Security Council should find it *politically* desirable to withhold a dispute from the jurisdiction of the Court... » ; JIMENEZ DE ARECHAGA, E., « Le traitement des différends internationaux par le Conseil de sécurité », *Recueil des cours*, 1954, I, (85), p. 73.

¹⁰⁷ Il s'agit du *Traité d'alliance entre la Grande-Bretagne et l'Égypte*, signé à Londres, le 26 août 1936, suivi d'un *protocole et de quelques notes* signé à la date du même jour, ainsi que d'un *échange de notes* du 12 août 1936 et d'une *déclaration orale* du 10 août 1936. (Texte dans : *Nouveau recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, par H. TRIEPEL, troisième série, t. XXXIII, Leipzig, Buske, 1937, pp. 325 et ss.)

¹⁰⁸ *Repertoire of the Practice of the Security Council 1946-1951*, New York, U.N. Department of political and Security Council affairs, 1954, pp. 314-315.

est purement académique; la présence de troupes étrangères sur le territoire d'un état membre est une atteinte à l'égalité souveraine et donc en contradiction avec les principes de la Charte; un tel différend est politique et échappe par conséquent à la compétence de la Cour internationale de justice ¹⁰⁹.

Il est clairement établi que dans l'affaire *égyptienne* également, les critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques, n'ont joué un rôle prépondérant dans la qualification définitive du différend : d'ailleurs la valeur de l'aspect juridique du différend (*in casu* l'interprétation du traité de 1936) ne fut considérée que comme purement académique.

Une analyse de l'affaire *Inde-Pakistan*, de l'affaire du *RB-47* et de l'affaire *Italie-Autriche* ne confirme que notre opinion. Quoique les problèmes et les aspects juridiques fussent bien et clairement sous-jacents dans chacune des trois affaires ¹¹⁰, les aspects politiques n'étaient pas moindres. Si les parties (ou une des parties) au différend n'ont pas voulu faire usage de la solution judiciaire, leur attitude n'était certes pas fondée sur quelque critère objectif et scientifique pour établir finalement la distinction entre le différend politique et juridique, justiciable et non justiciable. Ce sont des considérations d'opportunité, telles que les aspirations nationalistes ou expansionistes, la crainte des hommes d'Etat pour leur propre opinion publique, la méfiance de certains Etats envers la juridiction internationale, des intérêts politiques concrets, l'échec des négociations diplomatiques, le prestige international, etc., qui déterminent en dernier lieu l'attitude d'un Etat lors de la qualification d'un différend.

2. LE CONSEIL DE L'EUROPE

D'après l'article premier de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends* du 29 avril 1957 :

« Les Hautes Parties contractantes soumettront pour jugement à la Cour internationale de Justice tous les différends juridiques relevant du droit international qui s'élèveraient entre elles et notamment ceux ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité;
- b) tout point de droit international;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation internationale;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'une obligation internationale. »

¹⁰⁹ *Repertoire of the Practice of the Security Council 1946-1951*, pp. 414-415.

¹¹⁰ L'affaire *Inde-Pakistan* : la non-exécution par l'Inde des engagements qu'elle avait acceptés en vertu des résolutions de la « United Nations Commission for India and Pakistan » (13 août 1948 et 5 janvier 1949); L'affaire du *R.B.-47* : la violation de l'espace aérien soviétique par un appareil militaire américain d'espionnage; L'affaire *Italie-Autriche* : l'interprétation des « Dispositions dont sont convenus à la date du 5 septembre 1946 les gouvernements italien et autrichien concernant le statut des habitants de langue allemande de la province de Bolzano ». (Annexe IV au traité de paix avec l'Italie, signé à Paris, le 10 février 1947. *Nations Unies. Recueil des traités*, vol. 49, 1950, I, n° 749, pp. 69-70.)

Les parties ont la faculté de faire précéder le règlement judiciaire d'une procédure de conciliation (art. 2, § 2) qui n'est obligatoire que pour les différends autres que des différends juridiques (art. 4, § 1). Toutefois les parties peuvent convenir de soumettre un différend non justiciable directement à un tribunal arbitral (art. 4, § 2); tous les différends qui ne sont pas justiciables et qui n'ont pu être conciliés doivent être soumis à un tribunal arbitral (art. 19). Les différends relatifs à la qualification des litiges, seront soumis à la Cour internationale de justice (art. 38, § 1)¹¹¹.

En ce qui concerne la définition des différends juridiques, l'article premier de la convention suit la méthode énumérative de l'article 13, paragraphe 2 du Pacte de la Société des Nations et de l'article 36, paragraphe 2 des statuts de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice. L'énumération de l'article premier de la convention n'est pourtant pas exhaustive comme par exemple l'article 36, paragraphe 2 des statuts, parce qu'elle est précédée par le mot *notamment*¹¹². La définition du différend juridique est donc tellement large, qu'en réalité, elle recouvre tous les différends susceptibles de naître entre les membres du Conseil de l'Europe. Car, comme l'a souligné Dubisson à l'occasion d'une critique de l'article 36, paragraphe 2 du statut de la Cour internationale de justice : « ... Quel que soit, en effet, l'objet d'un différend, la partie demanderesse pourra toujours invoquer, par exemple, l'existence d'un " point de droit international " »¹¹³. Si dans cette optique tous les différends entre les membres du Conseil de l'Europe peuvent être résolus par la voie judiciaire de la Cour internationale de justice¹¹⁴, études maintenant la pratique pour dégager les critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques, qui ont permis aux parties d'échapper ou de se conformer aux dispositions de l'article premier de la convention.

Quant à l'étude de la pratique du règlement des différends entre les membres du Conseil de l'Europe, il faut noter que ni l'affaire de *Chypre* de 1964,

¹¹¹ Pour une analyse plus détaillée de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends* : WEHBERG, H., « La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends », *N.T.I.R.*, Liber amicorum J.P.A. François, vol. VI, 1959, bijzondere aflevering, pp. 391 et ss.; KUNZMANN, K. H., « Die Europäische Konvention über die friedliche Beilegung von Streitigkeiten », *Europa-Archiv*, 1959, pp. 125 et ss.; FRANÇOIS, J.P.A., « La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (29 avril 1957) », *Ann. Européen.*, vol. VI, 1959, pp. 54 et ss.; KISS, A.-C., « Convention européenne pour le règlement pacifique des différends », *A.F.D.I.*, 1957, pp. 489 et ss.; SALMON, J.J.A., « La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends », *R.G.D.I.P.*, 1959, pp. 21 et ss.

¹¹² L'expression « différends juridiques relevant du droit international » semble contenir un pléonasme (WEHBERG, H., « La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends », pp. 395-396 et SALMON, J.J.A., « La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends », p. 28).

¹¹³ DUBISSON, M., *La Cour internationale de justice*, p. 162. Voyez *supra* : chap. I, note 23.

¹¹⁴ Il faut évidemment tenir compte de l'état des ratifications de la Convention.

ni l'affaire des *pêcheries islandaises* de 1958-1961, ni l'affaire de la *compétence en matière de pêcheries* de 1972-1974 ne peuvent nous servir parce que dans chacune de ces affaires, au moins une des parties au différend n'avait pas ratifié la convention de 1957¹¹⁵.

Nous nous limitons donc à l'affaire du *Tyrol du Sud* et aux affaires du *plateau continental de la mer du Nord*.

L'affaire du *Tyrol du Sud*¹¹⁶ revêtait en même temps un double caractère. Politique, parce qu'elle concernait des intérêts vitaux politiques, moraux et militaires de la part des deux parties; juridique, parce que *Les dispositions dont sont convenus à la date du 5 septembre 1946 les gouvernements italien et autrichien* étaient sous-jacentes¹¹⁷. Après des négociations directes infructueuses¹¹⁸, le Conseil de l'Europe¹¹⁹, l'Assemblée générale des Nations Unies¹²⁰ et aussi l'Italie même¹²¹ proposaient de soumettre le différend à la Cour internationale de justice pour résoudre ce différend. Au début l'Autriche hésitait pour accepter la compétence de la Cour internationale de justice pour résoudre ce différend¹²².

Ensuite elle a durci son attitude pour trois raisons essentielles. La première raison était la lenteur de la procédure de la Cour avec comme conséquence directe le maintien du *statu quo* (défavorable pour l'Autriche) pendant une période plus ou moins prolongée; deuxièmement l'Autriche prétendait que le différend était essentiellement politique et qu'en conséquent la solution judiciaire n'était pas la solution appropriée; troisièmement, l'Autriche craignait l'habileté juridique des Italiens¹²³. L'Italie d'autre part prétendait que le différend était de nature exclusivement juridique et que l'Autriche n'avait aucun

¹¹⁵ Ce qui n'empêche évidemment pas que les parties peuvent saisir la Cour directement en dehors de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends*.

¹¹⁶ DONELAN, M.D., and GRIEVE, M.J., *International Disputes : Case histories 1945-1970*, London, Europa publications, 1973, pp. 39 et ss. et *Keesings Historisch Archief*, 1970, pp. 186 et ss.

¹¹⁷ Voyez note 110.

¹¹⁸ Pour des détails précis : FENET, A., *La question du Tyrol du Sud. Un problème de droit international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, pp. 210 et ss.

¹¹⁹ Recommandation 213 (1959) relative à la situation des minorités nationales en Europe (Conseil de l'Europe. Assemblée consultative. Onzième session ordinaire [deuxième partie]. *Textes adoptés par l'Assemblée*, Strasbourg, 1959; document 1002. Rapport sur la situation des minorités nationales en Europe, présenté par M. Struye (Conseil de l'Europe. Assemblée consultative. Onzième session ordinaire [deuxième partie]. *Documents de séance*, t. III, Strasbourg, 1959.)

¹²⁰ Rés. A.G. 1497 (XV) du 31 octobre 1960 et rés. A.G. 1661 (XVI) du 28 novembre 1961, p. 187.

¹²¹ Pour la déclaration italienne : *Keesings Historisch Archief*, 1970, p. 187.

¹²² FENET, A., *La question du Tyrol du Sud*, pp. 237 et 333.

¹²³ *Ibid.*, pp. 237-238-239.

mandat pour « représenter » la population de langue allemande de la province de Bolzano¹²⁴. Finalement, l'affaire a été réglée par des négociations directes¹²⁵. L'affaire du *Tyrol du Sud* démontre une fois de plus que la qualification d'un différend dépend d'un nombre de considérations tactiques, politiques et opportunistes et que l'aspect objectif, scientifique, logique et juridique joue un rôle négligeable¹²⁶.

Dans les affaires du *plateau continental de la mer du Nord*, qui opposaient la République fédérale d'Allemagne d'une part et les Pays-Bas et le Danemark d'autre part, les parties ont saisi la Cour internationale de justice par voie de compromis pour trancher : « What principles and rules of international law applicable to the delimitation as between the parties of the areas of the continental shelf in the North Sea which appertain to each of them beyond the partial boundary determined by the above-mentioned Convention of 1 December 1964¹²⁷. » Dans les deux compromis les parties ont expressément fait référence à l'article premier de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends*¹²⁸. A première vue, on aurait pu avoir l'impression que, le fond du différend étant essentiellement l'interprétation de la *Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental*, les parties ont immédiatement qualifié le différend de « juridique » et cherché la solution judiciaire. Rien n'est moins vrai : les parties ont eu recours à la Cour internationale de justice parce que les négociations directes s'étaient manifestées partiellement infructueuses¹²⁹. D'ailleurs d'après les dispositions des deux compromis il est évident que la décision demandée à la Cour est de la nature d'un arrêt déclaratoire : « The Governments... shall delimit the continental shelf in the North Sea as between their countries by agreement in pursuance of the decision requested from the International Court of Justice. » L'arrêt de la Cour n'était que la base de négociations politiques postérieures¹³⁰.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 208 et 241.

¹²⁵ ROUSSEAU, C., « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1970, pp. 1049-1051; *Keesings Historisch Archief*, 1970, pp. 188-189.

¹²⁶ Comparez : KISS, A.-C., « Le Conseil de l'Europe et le règlement pacifique des différends », *A.F.D.I.*, 1965, p. 670 : « ... elle (la Convention européenne) n'a pas trouvé d'application pratique, probablement à cause de la prédominance des éléments politiques dans les différends les plus importants ayant surgi entre Etats membres du Conseil... ».

¹²⁷ *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, pp. 6 et 8.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Mémoire du gouvernement fédéral allemand (*C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, pp. 26-27; EUSTACHE, F., « L'affaire du plateau continental de la mer du Nord devant la Cour internationale de justice (arrêt du 20 février 1969) », *R.G.D.I.P.*, 1970, pp. 592 et ss.

¹³⁰ *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, pp. 6 et 8-9..

3. L'ORGANISATION DE L'UNITÉ AFRICAINE

La *Charte de l'Unité Africaine* publiée à l'issue de la Conférence d'Addis-Abeba le 25 mai 1963¹³¹ énonce comme un des principes sur lesquels repose l'O.U.A. : « le règlement pacifique des différends, par voie de négociations, de médiation, de conciliation ou d'arbitrage » (art. III, § 4). Pour mettre en pratique ce principe : « Les Etats membres s'engagent à régler leurs différends par des voies pacifiques. A cette fin, ils sont convenus d'établir une commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage. Sa composition et ses règles de fonctionnement seront définies par un protocole séparé à approuver par l'Assemblée des chefs d'Etat et de gouvernement » (art. XIX). Cette commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage a été créée par le *Protocole du Caire* du 21 juillet 1964¹³², qui fait partie intégrante de la Charte de l'O.U.A. (art. 32)¹³³.

Ni la *Charte d'Addis-Abeba*, ni le *Protocole du Caire* n'établissent donc une distinction quelconque entre les différends politiques et les différends juridiques; cette distinction est même jugée dépassée dans le cadre africain¹³⁴. La solution judiciaire d'un différend entre Etats africains en général et, par l'intermédiaire de la Cour internationale de la justice en particulier est complètement négligée par les deux instruments¹³⁵. Les raisons pour lesquelles les Etats africains sont

¹³¹ Pour le texte de *La Charte d'Addis-Abeba* : COLLIARD, C.A., et MANIN, A., *Droit international et Histoire diplomatique*, t. I, II, pp. 604 et ss.

¹³² Pour le texte du *Protocole du Caire* : COLLIARD, C.A. et MANIN, A., *Droit international et Histoire diplomatique*, t. I, II, pp. 604 et ss.

¹³³ Nous n'étudions pas en détail la Commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage qui n'a d'ailleurs jamais bien fonctionné (BEDJAOU, M., « Le règlement pacifique des différends africains », *A.F.D.I.*, 1972, p. 89). Pour une étude plus détaillée de cette commission : WORONOFF, J., *Organizing African Unity*, Metuchen, N.J., The Scarecrow Press, 1970, pp. 176 et ss.; CERVENKA, Z., *The Organization of African Unity and its Charter*, London, Hurst & Company, 1969, pp. 86 et ss.; DEGAN, V.D., « Commission of mediation, conciliation and arbitration of the O.A.U. », *R.E.D.J.*, 1964, pp. 53 et ss.; BIPOUN-WOUM, J.-M. *Le droit international africain. Problèmes généraux - règlement des conflits*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, pp. 207 et ss.; ELIAS, T.O., « The Commission of mediation, conciliation and arbitration of the Organization of African Unity », *B.Y.B.I.L.*, 1964, pp. 336 et ss.; ELIAS, T.O., *Africa and the Development of International Law*, Leiden, Sijthoff, 1972, pp. 160 et ss.; *International Disputes. The legal Aspects*. Report of a Study Group of the David Davies Memorial Institute of International Studies, London, Europa Publications, 1972, pp. 243 et ss.; QUENEUDEC, J.P., « La commission de médiation de conciliation et d'arbitrage de l'O.U.A. », *Annales Africaines*, 1966, pp. 9 et ss.

¹³⁴ BEDJAOU, M., *Le règlement pacifique des différends africains*, p. 99.

¹³⁵ DEGAN, V.D., *Commission of mediation, conciliation and arbitration of the O.U.A.*, p. 70; AKINDELE, R.A., « The Organization of African Unity and the United Nations : A Study of the Problems of Universal-Regional Relationship in the Organization and Maintenance of International Peace and Security », *Canad. Yearb. of Int. Law*, 1971, p. 50; CERVENKA, Z., *The Organization of African Unity and its Charter*, Praha, Academia, 1968, p. 50; BOUTROS-GHALI, B., « The Addis-Abeba Charter », *International Conciliation*, n° 546, 1964, p. 31; *International Disputes. The legal Aspects*, p. 67.

tellement opposés à la solution judiciaire des différends interafricains par la Cour internationale de justice sont *grosso modo* au nombre de trois :

- 1° La sensibilité des Etats africains pour tout ce qui touche à leurs droits souverains; en conséquent ils se méfient d'une décision prise par une autorité supranationale qui échappe complètement à leur contrôle¹³⁶;
- 2° La contestation par les Etats africains du droit international traditionnel appliqué par la Cour¹³⁷. Ce droit est considéré comme le symbole du passé colonial et de l'ancien ordre juridique. En plus, ce droit a été développé sans la collaboration des Etats africains¹³⁸;
- 3° La déception encourue par les Etats africains par l'attitude de la Cour dans l'affaire du *Cameroun septentrional*¹³⁹ et dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase)¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

La solution des différends interafricains a donc été cherchée par des techniques non judiciaires, telles que l'enquête¹⁴², la médiation¹⁴³, la conciliation¹⁴⁴, l'intervention directe des chefs d'Etat¹⁴⁵ dans le cadre des organes politiques de l'O.U.A. (la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement et surtout le Conseil des ministres)¹⁴⁶.

4. L'ORGANISATION DES ETATS AMERICAINS

La *Charte de l'Organisation des Etats Américains* du 30 avril 1948 (dite *Charte de Bogota*), amendée le 27 février 1967¹⁴⁷, énumère dans son article 24¹⁴⁸ les procédures pacifiques pour la solution des différends telles que la négociation directe, les bons offices, la médiation, l'enquête, la conciliation, l'arbitrage, la procédure judiciaire et celles sur lesquelles les parties tomberont

¹³⁶ CERVENKA, Z., *The Organization of African Unity and its Charter*, Praha, p. 50.

¹³⁷ BIPOUN-WOUM, J.M., *Le droit international africain*, pp. 191-192.

¹³⁸ *International Disputes. The legal Aspect*, p. 67.

¹³⁹ *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963 : C.I.J. Recueil 1963*, pp. 15 et ss.

¹⁴⁰ *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, pp. 6 et ss.

¹⁴¹ BIPOUN-WOUM, J.-M., *Le droit international africain*, pp. 193 et ss.

¹⁴² La commission mixte d'enquête dans le différend qui opposa le Niger et le Dahomey sur l'île de Leté (1961).

¹⁴³ La médiation des chefs d'Etat du Mali et de l'Ethiopie dans le différend algéro-marocain (1963).

¹⁴⁴ La commission conciliatrice dans le différend algéro-marocain (1963).

¹⁴⁵ Le fameux « palabre ».

¹⁴⁶ Pour plus de détails sur le règlement concret des différends interafricains : BIPOUN-WOUM, J.-M., *Le droit international africain*, pp. 253 et ss.; BOUTROS-GHALI, B., *L'Organisation de l'Unité Africaine*, Paris, Librairie Armand Colin, 1969, pp. 53 et ss.; ANDEMICAEL, B., *Peaceful Settlement among African States : Roles of the United Nations and the Organization of African Unity*, New York, UNITAR, 1972.

¹⁴⁷ Pour le texte de ces instruments internationaux : COLLIARD, C.A. et MANIN, A., *Droit international et Histoire diplomatique*, t. I, II, pp. 809 et ss. et 915 et ss.

¹⁴⁸ L'ancien art. 21.

d'accord. L'article XXXI du *Traité américain de règlement pacifique* du 30 avril 1948 (dit *Pacte de Bogota*)¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ qualifie les différends d'ordre juridique comme ceux ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité;
- b) toute question de droit international;
- c) l'existence de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation qui découle de la rupture d'un engagement international;

tandis que l'article XXXVIII donne aux parties la faculté de soumettre éventuellement à l'arbitrage les différends quelconques, *juridiques ou non*.

Le *Pacte de Bogota* suit donc aussi la méthode énumérative de l'article 36, paragraphe 2 du statut de la Cour internationale de justice¹⁵¹. Quant au *Traité d'assistance mutuelle inter-américaine*, signé à Rio de Janeiro le 2 septembre 1947¹⁵², il ne se réfère nullement à une distinction quelconque entre les différends politiques et les différends juridiques¹⁵³.

Nous avons déjà eu l'occasion à maintes reprises de constater que la définition du différend juridique de l'article 36, paragraphe 2 du statut (et donc de l'article XXXI du *Pacte de Bogota*) est tellement large qu'elle recouvre tous les différends susceptibles de naître entre les membres de l'O.E.A.¹⁵⁴. Le rôle que

¹⁴⁹ Pour le texte de ce traité : *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 30, 1949, I, n° 449, pp. 85-107.

¹⁵⁰ Le *Pacte de Bogota* est l'élaboration des principes contenus dans le chapitre V (l'ancien chapitre IV) de la *Charte de Bogota* concernant la solution pacifique des différends. Voyez l'art. 26 (l'ancien art. 23) de la *Charte*.

¹⁵¹ L'art. XXXI fait même expressément référence à l'art. 36, § 2 du Statut de la Cour.

¹⁵² Pour le texte de ce traité : COLLIARD, C.A. et MANIN, A., *Droit international et Histoire diplomatique*, t. I, II, pp. 806 et ss.

¹⁵³ Pour plus de détails en ce qui concerne le règlement pacifique des différends dans le cadre de l'O.E.A. : KUNZ, J.L., « Interamerikanische Streitschlichtung unter dem Pakt von Bogota », *Österr.Z.f.ö.R.*, 1949-1950, pp. 486 et ss.; FUCHS, G., « La Commission inter-américaine de la paix », *A.F.D.I.*, 1957, pp. 142 et ss.; FENWICK, C., « Interamerican regional Procedures for the Settlement of Disputes », *International Organization*, 1956, pp. 12 et ss.; GESSNER, V., *Der Richter im Staatenkonflikt. Eine Untersuchung am Beispiel des Völkerrechtsverkehrs der Amerikanischen Republiken*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969; GEROLD, R., *Die Sicherung des Friedens durch die Organisation der Amerikanischen Staaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971; FENWICK, C., *The Organization of American States, The Inter-American Regional System*, s.l., 1963, pp. 171 et ss.; CONNELL-SMITH, G., *The Inter-American System*, London, etc., Oxford University Press, 1966, pp. 220 et ss.; THOMAS, A.V.W. and THOMAS, A.J., *The Organization of American States*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1963, pp. 249 et ss.; *The Inter-American System. Its Development and Strengthening*, Inter-American Institute of International Legal Studies, New York, Oceana Publications, 1966, pp. 69 et ss.

¹⁵⁴ GESSNER, V. *Der Richter im Staatenkonflikt*, p. 104 : « Jeder Konflikt kann zu einer "Frage des internationalen Rechts" gemacht werden ».

peut jouer la Cour internationale de justice dans le règlement des différends interaméricains est même extrêmement étendu puisque d'après l'article XXXII du Pacte la compétence de la Cour reste obligatoire pour les parties en cause, lorsque la procédure de conciliation établie précédemment, n'a pas abouti à une solution et que les parties ne sont pas convenues d'une procédure arbitrale. Il nous semble qu'on peut déduire de cet article que la compétence de la Cour reste obligatoire (dans certains cas du moins) non seulement pour les différends juridiques, mais pour toute sorte de différends, donc aussi pour les différends politiques¹⁵⁵⁻¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

Regardons maintenant la pratique des Etats américains. Dans aucun des différends opposant les Etats¹⁵⁸ les problèmes juridiques ne faisaient défaut; dans chaque différend il y avait donc « une question de droit international » sous-jacente. En vertu de l'article XXXI du *Pacte de Bogota* tous ces différends auraient donc pu être qualifiés de « juridiques » et soumis à la solution judiciaire de la Cour internationale de justice. En réalité, seul le différend entre le Honduras et le Nicaragua concernant la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 a été soumis à la Cour (entre autres) en vertu de l'article XXXI¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

¹⁵⁵ FENWICK, C., *The Organization of American States*, p. 188; WITTMAN, F., *Das Problem des Obligatoriums in der internationalen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung von Artikel 36 Absatz 2 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes*, Diss. München, 1963, p. 133; YAKEMTCHOVCK, R., *L'O.N.U., la Sécurité régionale et le problème du régionalisme*, Paris, éd. A. Pedone, 1955, p. 208.

¹⁵⁶ Comme il a été souligné par Yepes : « Il semble difficile d'aller plus loin sur la voie conduisant au règlement pacifique obligatoire de tous les conflits internationaux » (YEPES, J.M., « La conférence pan-américaine de Bogota et le droit international américain », *R.G.D.I.P.*, 1949, p. 66).

¹⁵⁷ Soulignons que le *Pacte de Bogota* n'a été que très lentement ratifié par les Etats américains (et jusqu'ici ni par l'Argentine et ni par les Etats-Unis) et que plusieurs Etats ont formulé des réserves lors de la signature (e.a. l'Argentine et les Etats-Unis) au sujet du règlement judiciaire tel qu'il est établi par le pacte. (THOMAS, A.V.W. and THOMAS, A.J., *The Organization of American States*, pp. 296 et ss.; GEROLD, R., *Die Sicherung des Friedens durch die Organisation der Amerikanischen Staaten*, p. 26; *International Disputes. The legal Aspects*, p. 242; KUNZ, J.L., *Interamerikanische Streitschlichtung unter dem Pakt von Bogota*, p. 502.)

¹⁵⁸ Pour une étude détaillée de ces différends : THOMAS, A.V.W. and THOMAS, A.J., *The Organization of American States*, pp. 298 et ss.; DONELAN, M.D. and GRIEVE, M.J., *International Disputes : Case histories 1945-1970*, passim.

¹⁵⁹ Voyez l'accord entre les ministres des relations extérieures du Honduras et du Nicaragua sur la procédure à suivre pour soumettre à la Cour internationale de justice le différend signé entre le Honduras et le Nicaragua au sujet de la décision arbitrale prononcée le 23 décembre 1906 par S.M. le roi d'Espagne (*C.I.J. Mémoires, Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 [Honduras c. Nicaragua]*, vol. I, pp. 27-28).

¹⁶⁰ La requête introductive d'instance de la Colombie dans l'affaire du *droit d'asile* ne se réfère pas à l'art. XXXI du Pacte de Bogota pour établir la compétence de la Cour (*Mémoires, plaidoiries et documents. Affaire du droit d'asile [Colombie/Pérou]*, vol. I, pp. 10-11).

L'étude de l'histoire de ce différend est extrêmement significative pour nous¹⁶¹. Le fond du différend était la non-exécution d'une sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne en 1906; depuis plus de trente ans les offres de bons offices, les médiations, les pactes solennels, les commissions médiatrices et les protocoles s'étaient succédés pour tenter de résoudre le différend. En 1957 le différend était devenu tellement aigu à cause de l'invasion du territoire du Honduras, que le Conseil de l'O.E.A. a été saisi de l'affaire. Après la création d'une commission d'enquête et d'une commission *ad hoc*, une résolution fut adoptée par le Conseil de l'O.E.A. recommandant aux parties d'essayer d'obtenir une solution définitive du conflit en premier lieu par des négociations directes. La résolution stipulait qu'en cas d'échec de la solution politique « le corps compétent pour régler définitivement le différend sera la Cour de justice ». Des négociations directes furent entamées mais échouèrent à cause des positions rigides adoptées par les parties au différend. Ce n'est qu'après l'échec politique que les parties se sont finalement mises d'abord pour soumettre le différend à la décision de la Cour internationale de justice.

Cet exemple démontre une fois de plus que la distinction entre le différend juridique et le différend politique ne dépend pas d'un critère objectif, scientifique, juridique et logique, mais d'une série de considérations politiques, historiques et tactiques.

5. CONCLUSION

Si nous résumons la pratique des organisations internationales, nous arrivons aux conclusions suivantes :

1° La Charte des Nations Unies ne méconnaît pas la distinction entre les différends juridiques et les différends politiques (art. 36, § 3). Le Conseil de sécurité n'a fait qu'une seule recommandation dans le cadre des dispositions de l'article 36, paragraphe 3 de la Charte. En effet, ce n'est que dans l'affaire du *détroit de Corfou*, que le Conseil adopta un projet de résolution recommandant aux parties de soumettre leur différend à la Cour internationale de justice. Dans d'autres affaires (l'affaire *égyptienne*, l'affaire *Inde-Pakistan* et l'affaire *du RB-47*) des projets de résolution ou des amendements furent déposés pour recommander aux parties de soumettre leur différend à la Cour internationale de justice, mais furent rejetés par le Conseil.

Lors du différend concernant le *Tyrol du Sud*, l'Assemblée générale a, de son côté, recommandé à deux reprises à l'Italie et à l'Autriche de régler leur

¹⁶¹ THOMAS, A.V.W. and THOMAS, A.J., *The Organization of American States*, pp. 315-316; Mémoire soumis par le gouvernement de la République du Honduras (C.I.J., *Mémoires, affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* [Honduras (Nicaragua)], vol. I, pp. 52 et ss.).

différend éventuellement par la voie de la Cour internationale de justice; ces recommandations n'ont eu aucune conséquence pratique.

Une étude approfondie de chacune de ces affaires nous a démontré d'une façon incontestable que les Etats membres des Nations Unies en général et les parties au différend en particulier ne se sont pas laissés guider par des critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques pour établir une distinction entre les différends juridiques et les différends politiques, entre la solution judiciaire et la solution non judiciaire du différend. En réalité, des considérations d'opportunité pures et simples (telles que la crainte des hommes d'Etat pour leur propre opinion publique, des aspirations nationalistes ou expansionistes, la méfiance envers la juridiction internationale, l'échec des négociations diplomatiques préalables, des intérêts politiques concrets, le prestige international, etc.) ont déterminé les Etats lors de la qualification d'un différend.

2° *La Convention européenne pour le règlement pacifique des différends*, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe donne en son article premier une définition tellement large du différend juridique qu'elle recouvre tous les différends susceptibles de naître entre les membres du Conseil de l'Europe.

Ni dans l'affaire du *Tyrol du Sud*, ni dans les affaires du *plateau continental de la mer du Nord*, les parties ont pris en considération des critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques lors de la qualification du différend. L'analyse des deux affaires a une fois de plus prouvé que l'attitude des parties, lors de la qualification, dépend de considérations tactiques, politiques et opportunistes.

3° Ni la *Charte d'Addis-Abeba*, ni le *Protocole du Caire*, n'établissent la distinction entre les différends juridiques et les différends politiques; cette distinction est jugée dépassée dans le cadre africain.

4° L'article XXXI du *Pacte de Bogota* donne lui aussi une définition extrêmement large du différend juridique qui recouvre elle aussi tous les différends susceptibles de naître entre les membres de l'O.E.A. Ce n'est que le différend entre le Honduras et le Nicaragua concernant la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne qui a été qualifié de « juridique »; dans cette affaire non plus la qualification a été faite en vertu de critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques.

III. CONCLUSION GLOBALE, REMARQUES CRITIQUES ET PERSPECTIVES

Dans un premier chapitre nous avons réfuté la doctrine des différends non justiciables en prouvant qu'il n'y a pas de critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques pour fonder une distinction de nature intrinsèque entre les différends juridiques et les différends politiques et que la distinction repose

sur la volonté des parties qui pour une raison ou une autre peuvent qualifier un différend de « politique » ou de « juridique ».

Dans un deuxième chapitre nous avons examiné la pratique des organisations internationales qui nous a démontré d'une façon incontestable qu'en effet, lors de la qualification d'un différend, les parties (ou les Etats en général) ne prennent pas en considération des critères objectifs, scientifiques, logiques et juridiques, mais des considérations d'opportunité politique, tactique, historique, etc.

Du fait qu'il n'y existe pas de distinction de nature intrinsèque entre les différends juridiques et les différends politiques, il s'ensuit logiquement que tous les différends *peuvent* être qualifiés de « juridiques » et peuvent donc être résolus par la voie judiciaire. Mais est-ce que tous les différends *doivent* être qualifiés de « juridiques » et résolus par la voie judiciaire ? ¹⁶². Le théoricien du droit international incline plutôt à la réponse affirmative, l'homme d'Etat à la réponse négative. Pourquoi l'attitude de l'homme d'Etat est-elle opposée à celle du théoricien du droit ? De Visscher a répondu à cette question d'une façon magistrale ¹⁶³ : « Ce qu'il faut avant tout bien comprendre, c'est que cette notion (de la justiciabilité) n'a pas pour l'homme de droit le même sens que pour l'homme politique responsable des affaires de son pays. Pour l'homme de droit la justiciabilité ne dépend que d'un critère objectif : l'aptitude d'un différend à être réglé sur la base des principes du droit. L'homme politique voit les choses autrement : il tient un différend pour politique et est enclin à le soustraire à la décision du juge quand il estime que les intérêts en jeu sont trop étroitement liés à l'Etat et, pour parler clair, au maintien ou au développement de sa puissance pour qu'il puisse se dessaisir à leur égard de son pouvoir de décision personnelle. C'est seulement quand il n'en est pas ainsi qu'on le trouve disposé à tenir le différend pour justiciable et à le porter effectivement devant le juge international. »

Certes, à première vue, la solution judiciaire d'un différend a quelques avantages sur la solution non judiciaire : l'égalité absolue des parties devant le juge qui applique une règle de droit jugée *per definitionem* d'impartiale, tandis que la solution non judiciaire repose en dernière instance sur des rapports de force ¹⁶⁴. Mais, est-ce que la règle de droit est toujours si impartiale comme on le prétend ? N'oublions surtout pas que le droit international traditionnel a été

¹⁶² Nous sommes d'accord avec DAHM (*Völkerrecht*, Band II, p. 494, note 19) que cette question a été un peu négligée par Lauterpacht et Kelsen.

¹⁶³ DE VISSCHER, C., « Cours général de principes de droit international public », pp. 522-523, cité par CHAPAL, P., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, p. 59.

¹⁶⁴ Nous n'insistons pas sur la procédure excessivement longue et coûteuse p.e. de la Cour internationale de justice.

développé sans la collaboration et même (partiellement) contre les intérêts de l'immense majorité des membres de la société internationale¹⁶⁵.

Dans l'état actuel du développement du droit international et des relations internationales la seule attitude réaliste est, d'après nous, de laisser à l'Etat la faculté de qualifier ses différends sur la base de sa volonté. Il serait utopique et irréalisable d'obliger un Etat de qualifier tous ses différends de « juridiques » et de rechercher la solution judiciaire pour tous ses différends.

Mais en quoi consiste alors le rôle néfaste joué par la théorie des différends non justiciables ? Nous admettons volontiers que dans l'état actuel du développement un Etat possède la faculté de qualifier ses différends sur la base de sa propre volonté. Mais nous ne pardonnons pas à la théorie des différends non justiciables d'avoir mis à la disposition de l'Etat une théorie juridique complètement erronée qui consiste en un arsenal d'arguments soi-disant juridiques, logiques, scientifiques et objectifs, mais qui en vérité ne résistent à aucune critique rigide. La théorie des différends non justiciables s'est révélée comme un masque efficace derrière lequel l'Etat peut cacher ses véritables intentions et derrière lequel il se sent à l'abri de toute critique.

Il est grand temps que les théoriciens du droit et les hommes d'Etat prennent leurs responsabilités en mettant fin à cette situation ambiguë¹⁶⁶. Le droit international est déjà assez contesté sans qu'on y introduise des constructions fausses et hypocrites.

D'ailleurs, si à l'avenir, on veut promouvoir la solution judiciaire des différends, la théorie des différends non justiciables sera un handicap insurmontable parce qu'elle a été introduite dans un grand nombre de traités d'arbitrage et qu'elle fait partie de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2 du statut de la Cour internationale de justice.

En guise de conclusion finale nous voulons porter l'attention des théoriciens du droit à un danger particulier qui est propre à leur science. Au début de notre étude nous avons mentionné que la théorie des différends non justiciables a été inventée par la doctrine pour surmonter l'hésitation des Etats nationaux envers la création des tribunaux arbitraux internationaux. Le but idéaliste de la doctrine était donc de promouvoir la solution judiciaire des différends. Le résultat pratique et final a été tout à fait le contraire. La construction d'une théorie juridique par le théoricien est une chose, son application par le praticien une autre. Tirons-en les conclusions qui s'imposent.

¹⁶⁵ Nous pensons ici aux Etats nouveaux (accédés à l'indépendance depuis la deuxième guerre mondiale) et aux Etats socialistes.

¹⁶⁶ Ne nous faisons pourtant pas d'illusions. LAUTERPACHT (*La théorie des différends non justiciables en droit international*, p. 649) a formulé le même vœu il y a plus de quarante ans.

POST SCRIPTUM

Après avoir terminé cette étude, nous avons eu connaissance du « Projet de convention instituant un système européen de règlement pacifique des différends internationaux », dont l'article 5 est libellé comme suit :

« 1° On entend par différends justiciables ceux qui portent sur l'interprétation et l'application du droit international en vigueur.

2° Tous les autres différends sont dits non justiciables. »

Remarquons que :

- 1° : ce libellé maintient la théorie erronée des différends non justiciables;
- 2° : la définition du différend justiciable contenue dans le paragraphe 1, est si large qu'elle recouvre tous les différends.