

REFLEXIONS SUR « L'ORGANE JUDICIAIRE PRINCIPAL DES NATIONS UNIES »

(Stratégies globales et stratégies sectorielles
de la Cour internationale de Justice)

PAR

André ORAISON

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION
(UNIVERSITÉ FRANÇAISE DE L'OcéAN INDIEN)

En cette fin de deuxième millénaire où l'on constate la multiplication des juridictions internationales permanentes, le rôle de plus en plus grand joué par les Cours de justice de Luxembourg et de Strasbourg et — dans l'ensemble — un certain engouement des États pour le règlement juridictionnel des différends interétatiques, on pourrait s'interroger : la jurisprudence est-elle une source autonome du droit international public général ? Mais à peine aurait-on posé cette horrible question que la plupart « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » se hâteraient de répondre par la négative.

Est-il alors possible d'aborder ce sujet au demeurant classique sous un autre angle en recherchant par exemple les finalités des organismes judiciaires ou arbitraux internationaux même si leur impact paraît encore pusillanime dans une Communauté mondiale dépourvue d'instances exécutive et juridictionnelles à compétence pleinement obligatoire ? Au moment où « le vocabulaire de la guerre envahit tous les domaines » comme le souligne le Doyen Maurice Torrelli, « le problème ne pourrait-il pas être formulé en terme de 'stratégie' même si ce mot est ordinairement réservé aux militaires (1) ? » En partant d'une base axiomatique selon laquelle toute œuvre jurisprudentielle n'est jamais un phénomène stochastique ou accidentel, ne serait-il pas dès lors intéressant de connaître les *stratégies mises en œuvre par les magistrats internationaux*, c'est-à-dire l'ensemble des facteurs ou actions coordonnées qui déterminent leur comportement en vue de parvenir à un but qui est *a priori* l'*application* du droit international public et éventuellement sa *création* ?

(1) Cf. « Stratégies juridiques et stratégies militaires », *Humanité et droit international*, Mél. René-Jean Dupuy, Pedone, 1991, p. 303.

Le cas aujourd'hui le plus saillant est sans conteste celui de la Cour internationale de Justice dont les décisions jouissent *pour la plupart* d'une autorité privilégiée en tant qu'elles émanent de la seule juridiction internationale institutionnalisée accessible à tous les États souverains. Quel est donc l'enjeu stratégique de la Cour de La Haye ? Rassurer à tout prix ses justiciables par nature ombrageux en respectant *scrupuleusement* son Statut ou contribuer *résolument* au « progrès du droit international » ? Quelles sont par ailleurs ses stratégies juridiques mises en œuvre pour atteindre l'un ou l'autre de ces objectifs ? Pareil questionnement suscite inévitablement des difficultés d'ordre théorique. Mais il est crucial d'y répondre quand on sait avec M. Jean Combacau que l'ordre juridique international est celui dans lequel les règles de droit sont dans une très large mesure moins bien établies que dans les autres. Les questions posées sont aussi d'actualité à une époque où le Tribunal judiciaire international qui siège au Palais de la Paix joue un rôle de premier plan en tranchant les conflits les plus retors.

Après avoir observé que son action a connu une intensité appréciable au cours de la décennie « 80 » et que divers pays du Tiers Monde acceptent désormais de prendre le chemin de La Haye, M. Luigi Condorelli prédit que ce flux providentiel n'est pas prêt de se tarir. L'auteur évoque à l'appui l'arrêt *flamboyant Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : « Au contraire, le tournant de 1986 l'accentue sensiblement puisque l'affaire nicaraguayenne a permis de constater que la Cour peut être utilisée le cas échéant par un petit État en développement pour mettre sur la sellette une super-puissance et porter un fier coup à l'image de marque de celle-ci devant l'opinion publique mondiale. » La vaticination du cacique universitaire italien est même d'un optimisme incommensurable ou d'une candeur désarmante : « On dirait que la justice internationale... est promise à des développements prodigieux » (2). Une question nouvelle dès lors se pose : le renouveau jurisprudentiel qu'une fraction de la doctrine célèbre depuis plus de dix ans est-il un *acquis immarcescible* ou un *miroir aux alouettes* ?

Il n'est pas toutefois aisé d'y répondre. L'opinion doctorale dominante considère sans doute que les traités et les coutumes ainsi que les principes généraux et les actes unilatéraux élaborés par les sujets de la Communauté mondiale sont les seules sources formelles du droit international. L'École et le Palais se voient par contre généralement refuser ce « label » par les juristes internationalistes : il en est ainsi même s'il est avéré que l'une comme l'autre ont une part éminente dans l'élaboration et l'évolution du droit international et même si la jurisprudence n'est pas à l'abri des bouleversements qui ébranlent l'ordonnancement juridique interétatique depuis le surgissement de l'ère post-idéologique. Pour étayer leur démonstration,

(2) Cf. « Des lendemains qui chantent pour la justice internationale ? », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mél. Michel Virally, Pedone, 1991, p. 205.

les forces doctrinales académiques et finalisées invoquent l'illustre article 38 du Statut de la C.P.J.I. — créée par un Protocole du 16 décembre 1920 sous les auspices de la S.D.N. — dont les dispositions ont été reprises par le point 38 du Statut de la C.I.J. qui est lui-même incorporé à la Charte de l'O.N.U. du 26 juin 1945 : le paragraphe premier de cette clause ne reconnaît en effet « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » que *comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* (c'est nous qui soulignons).

On peut sans doute affirmer que « les décisions judiciaires » de la Cour de La Haye serviront de support à ses « positions stratégiques ». Quelques annotations liminaires s'avèrent néanmoins utiles. Nous devons dès l'abord surmonter un obstacle d'ordre sémantique. Bien que la locution « décisions judiciaires » employée par l'article 38 du Statut du Tribunal du Palais de la Paix semble nimbée d'une certaine énigmatiçité, il est raisonnable de l'envisager *lato sensu* avec l'ensemble de la doctrine. Le Français Nguyen Quoc Dinh affirme par exemple qu'elle vise autant les verdicts des juridictions occasionnelles que ceux des juridictions permanentes tant nationales qu'internationales dès lors qu'elle est « employée au pluriel et sans épithète » (3). On doit certes se prononcer en ce sens. Mais encore faut-il que les décisions juridictionnelles — quelles qu'elles soient — aient été motivées car seule leur motivation permet de comprendre ce « corps de pensée organisé » que constitue une jurisprudence. L'obligation de motiver apparaît comme une règle indispensable à la bonne administration de la justice. Aussi s'impose-t-elle de nos jours à tout tribunal interne ou international et d'abord à la C.I.J. dont le Statut dispose laconiquement dans son article 56 que « l'arrêt est motivé ».

La problématique afférente à la stratégie adoptée par la Cour de La Haye ne pourrait-elle pas à l'occasion être envisagée d'un point de vue historique ? Sans vouloir s'appesantir ici sur la genèse du règlement juridique des litiges interétatiques, il est nécessaire de se remémorer que le *corpus* jurisprudentiel international a d'abord été arbitral avant d'être judiciaire et qu'il a eu un rôle insigne dans le domaine de l'identification ou de la reconnaissance des coutumes. C'est un fait que la palingénésie de l'arbitrage international remonte à la fin du XVIII^e siècle avec la conclusion du Traité Jay du 19 novembre 1794 entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne. Mais n'est-ce pas déjà reconnaître que les tribunaux arbitraux internationaux du XIX^e siècle ont pu logiquement faire apport de leurs *solutions en principe transactionnelles* aux deux Cours de La Haye et exercer par ricochet une influence non négligeable sur leurs propres stratégies ? La question mérite assurément réflexions.

(3) Cf. *Droit International Public*, L.G.D.J., 1975, pp. 319-320.

La formule « décisions judiciaires » mentionnée à l'article 38 du Statut de la C.I.J. peut être par ailleurs considérée comme synonyme du vocable « jurisprudence » dont nous ferons plus volontiers usage dans cet essai en précisant au préalable sa signification. Mais nous voici alors confrontés à une nouvelle subtilité d'ordre terminologique. Comment en effet définir la jurisprudence ? On pourrait présenter ce concept comme la « science du droit » — la *jurisprudentia* des Romains — ou encore le « droit savant » dans une acception à la fois originelle et obsolète. Mais dans un sens anthropomorphique désormais le plus répandu, la jurisprudence personnifie la stratégie des tribunaux à propos de l'interprétation et de l'application des règles juridiques. Sur un plan plus panoramique, la jurisprudence est la solution communément donnée par l'ensemble des institutions juridictionnelles internationales à une question de droit. C'est dire en d'autres termes avec M. Serge Sur qu'« il n'y a pas lieu de distinguer entre jurisprudence de la C.P.J.I. et de la C.I.J. d'un côté et jurisprudence arbitrale de l'autre, même si elles ne sont ni unifiées ni hiérarchisées, parce qu'elles s'alimentent au même fonds juridique » (4).

Voilà donc élucidé un point de vocabulaire. Mais toutes les difficultés ne sont pas pour autant aplanies. Il est certes déjà acquis que la jurisprudence est le produit spécifique de la fonction juridictionnelle. Mais est-ce à dire que le mot « jurisprudence » n'est acceptable que lorsque des jugements ont été rendus par les magistrats internationaux uniquement dans le cadre de leur mission contentieuse par opposition à l'activité gracieuse qui implique absence de différend ? Il faut *prima facie* répondre par la négative en mettant précisément à niveau les arrêts et les avis des deux juridictions universelles qui se sont succédées aux Pays-Bas à partir de 1920. Il n'y a donc pas lieu pour l'essentiel de faite une discrimination entre *compétence contentieuse* et *compétence consultative* du Tribunal international de La Haye. M. Serge Sur souligne que l'important ne réside pas ici dans l'autorité respective des « décisions judiciaires » : « autorité relative de la chose jugée pour les arrêts » et « autorité simplement consultative pour les avis » (5). La thèse selon laquelle la juridiction gracieuse est l'un des deux versants primordiaux de la fonction juridictionnelle de la Haute Assemblée s'arc-boute au demeurant sur une « jurisprudence constante ». Citons comme spécimen le *dictum lapidaire* enchâssé dans un avis émis dès le 23 juillet 1923 par la C.P.J.I. à propos du *Statut de la Carélie orientale* : « La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité

(4) Cf. « Sources du droit international. La coutume », *Juris-classeur de Droit International*, 1989, fasc. 13, p. 20.

(5) Précité, p. 20. L'argutie selon laquelle les avis n'ont pas force obligatoire est plus théorique que réelle. On peut en effet préciser avec l'Anglais Georg SCHWARZENBERGER que les avis s'imposent pour la plupart en raison du crédit moral qui s'attache à toute solution donnée par la Cour de La Haye tandis que d'autres peuvent parfois acquérir une portée contraignante sur une base conventionnelle. Voir *The Province of the Doctrine of International Law, Current Legal Problems*, Londres, 1956, p. 238, note 10.

de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs » (Série B, n° 5, p. 29). Les avis et ordonnances doivent en fait être placés sur le même plan que les arrêts de la Haute juridiction dans la détermination de sa jurisprudence. Autant dire que les uns et les autres peuvent légitimement être considérés comme autant de « moyens d'action » ou — dans l'optique de cette étude — comme autant d'« armes stratégiques » dont la Haute instance se sert habituellement pour atteindre ses objectifs.

Mais alors que penser des opinions séparées qui sont écrites par les juges à la suite des décisions prises par la Cour de La Haye ? Les opinions individuelles ou dissidentes reflètent en vérité les « états d'âme » des magistrats minoritaires : elles ne représentent donc que la stricte expression de leur point de vue personnel. C'est dire qu'elles ne font juridiquement pas partie des jugements prononcés par la Haute Assemblée et qu'elles n'influencent en rien leur force juridique. Ces dissertations plus ou moins critiques constituent en réalité une inflorescence aujourd'hui dynamique de la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse. Elles ne sauraient par suite être assimilées à la jurisprudence de la Haute juridiction. Elles sont néanmoins très enrichissantes car elles permettent souvent d'éclairer et de comprendre les diverses stratégies mises en œuvre par la Haute instance (6).

Les magistrats qui appartiennent à la cohorte majoritaire de la Cour de La Haye ne doivent-ils pas en revanche être classés parmi les autorités qui créent les règles juridiques dès lors qu'ils imposent la décision de justice ? L'article 38 du Statut de la Haute Assemblée ne serait-il pas en conséquence frappé d'obsolescence quand il présente la jurisprudence uniquement *comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* ? La doctrine ne se prononce pas sur ce point précis par une affirmation unanime. Ses diverses ramifications sont certes au diapason pour dire qu'elle n'est pas elle-même *source formelle de droit* (7). Le point de savoir si la jurisprudence est *source autonome du droit* fait au contraire l'objet de débats érudits. Le problème se pose même de manière récurrente dans l'ordre juridique international comme dans les ordres juridiques internes des pays de *Civil Law* où la question de la création du droit par le juge a déjà généré une littérature *riche jusqu'à l'opulence*. Après avoir ainsi déploré l'attitude de la science française du droit qui exerce une sorte de « tutorat rémanent » sur les juges en remettant en cause de manière endémique leur pouvoir normatif, M. Frédéric Zenati s'inquiète et s'interroge : « La jurisprudence ayant..... une existence dont la présence pressante interpelle sans arrêt les

(6) Cf. HUSSAIN (I.), *Dissenting and separate opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 335 p.

(7) Cf. ORAISON (A.), « Réflexions sur 'la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes notions' (flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées) », *R.B.D.I.*, 1991, pp. 513-516.

juristes, faut-il se résoudre à reconduire éternellement la controverse et vivre la malédiction de Sisyphe » (8) ?

Les interpellations que suscite la jurisprudence en général sont ainsi disparates. La problématique de la stratégie du Tribunal international de La Haye n'est-elle pas en conséquence plus complexe qu'on ne pourrait le croire de prime abord ? Quelle place faut-il en définitive reconnaître à cette institution en tant qu'organe d'application et d'interprétation du droit international ? M. Charles Leben souligne que la réponse à cette question a toujours oscillé dans le temps et selon les publicistes de renom entre une incrédulité radicale proche du nihilisme et un optimisme d'une accablante naïveté : « La 'température' de la doctrine occidentale avoisine actuellement un scepticisme modéré alors qu'une doctrine plus proche du Tiers Monde semble vouloir ressaisir le flambeau d'un 'activisme judiciaire' international qui avait été défendu par de nombreux auteurs européens lors de la constitution de la Société des Nations » (9). Il s'agit là évidemment de vues purement doctrinales. Mais qu'en est-il en réalité ?

Prendre part à ce débat nous amène dans une certaine mesure à rechercher et à analyser les stratégies effectivement élaborées et appliquées depuis 1920 par les Cours de La Haye. Compte tenu des propos déjà exprimés, on peut pressentir que ces stratégies sont particulièrement hétérogènes. Il est également probable qu'elles sont plus ou moins importantes et plus ou moins controversées. Aussi un effort de clarification est-il indispensable pour les appréhender afin de démontrer au besoin que le Tribunal du Palais de la Paix n'est nullement aujourd'hui sur une pente descendante.

Dans les développements suivants, il importe en vérité d'établir une classification dichotomique entre deux grandes catégories de stratégies élaborées par la Cour de La Haye et au demeurant complémentaires dans la mesure où elles tendent essentiellement à inspirer confiance aux Parties plaidantes par une application plus ou moins stricte du droit international positif et un recours non négligeable dans certains cas à l'équité *infra legem*. Il apparaît plus précisément que la Cour internationale de Justice instituée par la Charte de San Francisco en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » est souvent amenée à méconnaître au moins la lettre et parfois même l'esprit de l'article 38 de son Statut et à produire une jurisprudence qui joue un rôle comparable à une source autonome au moins auxiliaire du droit international lorsqu'elle met en œuvre ses *stratégies sectorielles* à l'égard des sources formelles du droit international répertoriées dans cet article (II) et ses *stratégies globales* appropriées à un ordonnement juridique *sui generis* (I).

(8) Cf. « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, p. 361.

(9) Cf. « La juridiction internationale », La fonction de juger. Droits, *Revue française de théorie juridique*, 1989, p. 143.

I. — LES STRATÉGIES GLOBALES DE LA COUR DE LA HAYE

Selon une affirmation que l'on peut lire dans un grand nombre de travaux doctrinaux, le juge international n'est détenteur d'aucun pouvoir normatif. Il a pour objectif de résoudre une contestation en appliquant aux cas d'espèce les normes conventionnelles ou coutumières existantes et non de créer des règles juridiques nouvelles. Le procès-verbal compendieux du Président Manfred Lachs reflète bien cette incontournable *stratégie de l'évidence* : « Toute cour et tout tribunal arbitral ont pour fonction première de régler les litiges dont ils sont saisis » (10). Mais n'est-ce pas déjà reconnaître *a contrario* que la jurisprudence n'est pas une source autonome du droit international ?

Un tel jugement assertorique ne prétend-t-il pas en conséquence nier la réalité ? Au risque de se contredire, la plupart des juristes internationaux s'accordent en effet pour constater l'importance du phénomène jurisprudentiel en dépit de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye qui n'égraine qu'en pénultième position « les décisions judiciaires » et seulement « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». MM. Vincent Coussirat-Coustère et Pierre Michel Eisemann se prononcent notamment en ce sens : « Il n'est pas un ouvrage consacré au droit international qui ne fasse référence à la jurisprudence de l'organe judiciaire principal des Nations Unies » (11). On peut même aller plus loin dans l'analyse : ignorer les « grandes décisions » de la C.P.J.I. et de la C.I.J. n'est-il pas en effet aussi inconvenant pour un Savant que de méconnaître des traités-phares comme par exemple la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 qui assure la refondation du droit international de la mer ?

Il est sans doute bien délicat *a priori* de donner une réponse à la question de savoir si la jurisprudence de la Cour de La Haye est une source formelle au moins auxiliaire du droit international. Il est nonobstant possible et même souhaitable de connaître la « marge de manœuvre » du Tribunal du Palais de la Paix dans le domaine de l'interprétation du droit international et éventuellement dans celui de sa création. Encore convient-il à cette fin de tracer une frontière irréfragable entre deux catégories de stratégies globales concevables : les *stratégies globales autorisées* (B) et les *stratégies globales interdites* (A).

(10) Cf. *Le monde de la pensée en droit international. Théories et pratique*, Economica, 1989, p. 208.

(11) Cf. *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, Pedone, 1984, p. IX.

A. — *Les stratégies globales interdites*

Voici déjà une première certitude. Les hauts magistrats qui siègent au Palais de la Paix n'ont pas toujours été de « grands génies de la stratégie juridique » ou de « fins stratèges ». La C.P.J.I. et la C.I.J. ont parfois manqué leurs cibles en commettant de monumentales erreurs de jugement.

Deux stratégies d'ensemble à la fois *diamétralement* opposées et *absolument* inadmissibles dont l'une incarnerait en quelque sorte le *désastre* et l'autre l'*utopie* n'ont pas en vérité droit de cité à la Cour de La Haye dans la mesure où elles sont contraires autant à la lettre qu'à l'esprit de l'article 38 de son Statut. Nous devons plus exactement faire allusion à la stratégie conservatrice et quasiment suicidaire du « Mécanicien servile » ou *stratégie de la fossilisation* (b) et à la stratégie progressiste et surréaliste du « Gouvernement des juges » ou *stratégie de la rupture* (a).

a) *La stratégie de la rupture*

Les juges du Palais de la Paix n'ont-ils pas la possibilité d'inventer eux-mêmes en certaines circonstances la norme juridique qui fait défaut et dont ils feront ensuite application ? Ne peuvent-ils pas participer directement à la création du droit international ? Les Sages du Tribunal de La Haye ne sont-ils pas en d'autres termes habilités à légiférer ? Ne pourraient-ils pas à la limite statuer *contra legem* ?

Répondre à ces questions fondamentales nous conduit à analyser *la stratégie de la rupture sous un angle pratique* (2) après l'avoir présenté *sur le plan théorique* (1).

1. *La stratégie de la rupture sur le plan théorique*

Nul n'ignore la conception maximaliste du grand juriste Georges Scelle qui assigne ouvertement un « pouvoir normatif » aux magistrats internationaux en tous points semblable à celui que détiennent de manière expresse ou tacite les Sages dans l'ensemble des ordres juridiques internes. L'objectivisme scellien enseigne que la jurisprudence est « une source formelle du droit des gens » au même titre que « la loi conventionnelle » ou « la coutume » en dépit de la clause 38 du Statut de la Cour de La Haye que le Savant estime trop restrictive (12). Mais une telle opinion au demeurant érémitique a été vilipendée par la sciences juridique internationale. Ses contempteurs font en effet valoir qu'elle n'est acceptable en droit strict que pour l'élaboration de normes juridiques individuelles en raison du principe de l'autorité relative de la chose jugée résultant dans l'ordre juridique inter-

(12) Cf. « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'Études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Sirey, 1935, Tome III, p. 426 : « Reste la dernière source formelle de droit, la jurisprudence à laquelle l'article 38 refuse sa reconnaissance ».

national positif du point 59 du Statut de la Haute Assemblée auquel renvoie explicitement l'inévitable article 38.

Savoir si l'on doit admettre la création directe par le juge de règles juridiques générales susceptibles de s'appliquer à un nombre en principe indéterminé de cas d'espèce débouche objectivement sur des débats scolastiques indéfiniment entretenus sinon renouvelés. Il faut par ailleurs reconnaître que cette controverse professorale de théorie générale est comme bien d'autres sans réelle portée sur le plan pratique et cela paraît suffisant pour autoriser quelques auteurs de renom à la déclarer superflue (13). Savoir si la jurisprudence est une source autonome du droit international au même titre que le traité ou la coutume n'est-il pas au demeurant dans l'absolu un problème quasiment insoluble ? Ne conviendrait-il pas en effet de répondre à la fois *non* et *oui* à cette lancinante et sempiternelle question selon que l'on se situe sur le terrain des idées pures ou qu'on prend en considération la réalité des faits ?

Nombre de publicistes parmi « les plus qualifiés des différentes nations » sont pour leur part convaincus que l'apport de la jurisprudence au « progrès du droit international » a un caractère de fait et non de droit. Le Professeur polonais Wojciech Goralczyk se prononce en ce sens lorsqu'il affirme que cet apport dépend notamment de la conformité de la jurisprudence aux tendances du développement du droit international : « Seuls les jugements conformes à ces tendances, même s'ils vont un peu au-delà de l'état du droit actuel, ont la chance d'être reconnus par la Communauté internationale et peuvent accélérer l'évolution du droit coutumier » (14). Le Français Georges Scelle avait déjà lui-même condensé une conception somme toute réaliste en des termes particulièrement bien frappés : « On admet communément que le juge en interprétant la loi peut statuer *praeter legem* mais doit s'arrêter aux limites du *contra legem* » (15).

Autant dire à la suite de ces prolégomènes que la jurisprudence internationale doit être évacuée sans ambages par la société interétatique lorsqu'elle devient un instrument d'une révision qui est en mésintelligence absolue avec la ligne directrice du droit international. Elle n'aura par suite aucun impact sur l'évolution et *a fortiori* sur la transformation de ce droit. Mais ne serait-il pas incidemment utile de s'interroger ? N'a-t-on pas sou-

(13) Certains théoriciens n'éprouvent d'ailleurs aucun scrupule pour l'éluder. M. Frédéric ZENATI déclare par exemple dans l'ordre juridique interne français : « Savoir si la jurisprudence est une source du droit suppose que l'on s'entende sur ce qu'est une source du droit et donc sur ce qu'est le droit. Selon l'idée que l'on a du droit on admettra ou refusera d'admettre la jurisprudence au rang des sources du droit. Le statut de la jurisprudence est affaire d'ontologie ». Voir « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », *Revue précitée*, 1992, p. 360.

(14) Cf. « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit international public », *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges, Travaux de l'Association Henri Capitant* (journées italiennes de Florence), *Economica*, 1982, Tome XXXI, p. 482.

(15) *Précité*, p. 406.

vent entendu dire qu'un jugement *unique* ne fait pas à lui seul une jurisprudence ? L'observation est controversable et elle ne saurait de toute façon être posée en absolu. Une décision de justice isolée ne suffit-elle pas en effet dans certaines circonstances pour légitimer une réplique du Législateur international ? Les modifications que celui-ci apporte au droit jurisprudentiel existent et elles peuvent même en vérité avoir des causes très diverses. Le Législateur amende parfois une norme juridique dont l'application correcte par le Sage révèle néanmoins des inconvénients. Mais il peut aussi *exceptionnellement* redresser une « jurisprudence » qui trahit — *volontairement ou non* — le droit international positif. Le moment ne paraît-il pas alors propice pour envisager la *stratégie de la rupture sur le plan pratique* (2) ?

2. La stratégie de la rupture sur le plan pratique

Dès la prime jeunesse du règlement judiciaire des différends internationaux, un exemple objectif de décision juridictionnelle *contra legem* a mis en garde les magistrats du Palais de la Paix contre les dangers d'une « stratégie de la maximalisation » ou *stratégie de la cassure* en leur faisant prendre conscience qu'ils ne sont pas maîtres des sources formelles du droit international. Nous devons concrètement ici faire une première allusion cursive à la *vieille* affaire du *Lotus* jugée par la première Cour de La Haye dans son arrêt *malencontreux* du 7 septembre 1927. La Haute Assemblée a en l'espèce refusé l'argumentation de la France qui invoquait un principe de droit international coutumier en vertu duquel la compétence pénale est exclusivement réservée aux tribunaux de l'État dont le navire bat le pavillon en cas d'abordage en haute mer. La C.P.J.I. a plus précisément déclaré en des termes autant lapidaires que définitifs : « Il n'existe pas de règle de droit international, relative aux cas d'abordage, qui réserverait les poursuites pénales à la compétence exclusive de l'État du pavillon » (Série A, n° 9, p. 30).

La question fondamentale est alors la suivante : y-a-t-il eu dans ce contentieux franco-turque une intention de la Cour de La Haye de faire passer une création *contra legem* sous l'apparence d'une application *infra legem* ? On pourrait en vérité discourir à l'infini sur l'existence d'une *stratégie de rupture* qui aurait été sciemment mise en œuvre par la Haute Assemblée. Autant chercher à emplir le tonneau des Danaïdes dès lors que ses délibérations « sont et restent secrètes » en vertu de l'article 54 de son Statut. Autant dire que la C.P.J.I. comme tout tribunal garde du sphinx le silence ambigu. Comment à cet égard ne pas comprendre les Savants qui ne voient dans la jurisprudence qu'un « irréductible mystère » quand ce n'est pas le succédané d'une Sylphide ? La Haute juridiction n'a pas semble-t-il bien statué lorsqu'on replace sa décision dans un contexte historique. Elle a donc pu vouloir légiférer. Mais elle a très bien pu aussi — c'est

d'ailleurs fort probable (16) — commettre une méprise grossière au sujet de l'identification d'une règle coutumière. Que penser ? Même si certains exégètes continuent à se perdre en conjectures sur sa position stratégique réelle, la haute instance a bien *objectivement* exercé dans ce cas précis une activité créatrice en substituant à une règle juridique ancienne une norme juridique nouvelle. La solution consacrée en 1927 a d'ailleurs eu à ce titre des répercussions pour le moins néfastes — c'est un euphémisme — sur le prestige du Tribunal du Palais de la Paix. Elle a d'abord provoqué sur un plan pratique « de graves inquiétudes dans les cercles maritimes internationaux » comme l'a rapporté la Commission du droit international des Nations Unies (17). Elle a en outre été l'objet d'une animadversion à peu près unanime de la part des forces doctrinales académiques et finalisées. Elle a enfin et surtout été désavouée par le Traité de Bruxelles du 10 mai 1952 sur la compétence pénale en cas d'abordage. Les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer (article 10) et de Montego Bay du 10 décembre 1982 (article 97) ont à leur tour contredit le verdict de la C.P.J.I. en ne reconnaissant que la compétence de l'État du pavillon ou de l'État dont le responsable a la nationalité.

Un premier enseignement général s'impose au terme de cette analyse. N'est pas législateur qui veut dans un ordonnancement juridique *sui generis* caractérisé — selon la formule de M. Pierre-Marie Dupuy — par le « primat de la volonté des États ». L'avanie infligée à titre posthume à l'ancienne Cour de La Haye a au moins le mérite de montrer que le dernier mot appartient toujours au Législateur international et non à la juridiction qui tranche un litige (18). La *stratégie de la rupture* ou *stratégie de la cassure* est contraire autant à la lettre qu'à l'esprit de l'article 38 du Statut de la Haute Assemblée tel qu'il a été élaboré en 1920. C'est dire qu'une construction jurisprudentielle ne peut perdurer qu'à la condition *sine qua non* de ne pas combattre ce que M. Joe Verhoeven appelle les « souveraines volontés étatiques » (19). Il est désormais patent pour les juristes internationaux que le Tribunal du Palais de la Paix ne saurait méconnaître ni les exigences ni surtout les limites de la fonction juridictionnelle telle qu'elle est définie par

(16) Le sentiment selon lequel les stratèges de la Cour de La Haye n'ont pas volontairement légiféré est étayé par l'ensemble de l'exposé des motifs de l'arrêt de 1927 et notamment par un *dictum concis* mais *décisif* dans lequel la C.P.J.I. dispose : « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci » (Série A, n° 9, p. 18).

(17) Cf. *A.C.D.I.*, 1956, II, p. 281.

(18) La C.P.J.I. pouvait toutefois exciper de sa jeunesse en 1927 pour se faire pardonner son erreur de diagnostic.

(19) L'hypothèse d'une *stratégie frontale et brutale de résistance* de la part de la Cour de La Haye à la volonté non équivoque du Législateur international est une vue de l'esprit. Les membres de la Haute Assemblée n'ont en définitive la latitude de poser des règles de droit que sous la tutelle des « Princes qui gouvernent les Nations ». On peut certainement avancer sous cet angle que la jurisprudence internationale est une variété de législation. Mais elle n'est jamais alors qu'une législation dérivée et auxiliaire.

son Statut. La stratégie globale des Sages est ainsi déjà bien circonscrite dès lors qu'ils doivent impérativement rejeter toute fonction législative *contra legem*.

On pourrait à la suite de ces développements évoquer une réflexion profonde de M. Gérard Cornu : « Dans l'imagination des remèdes, la grande illusion est.... d'attendre le salut du pouvoir normatif de la jurisprudence ». L'éminent privatiste français signifie en d'autres termes qu'il ne faut pas trop compter sur « le génie de la jurisprudence prétorienne » (20). Le propos est certes pessimiste. On souhaiterait évidemment qu'il le soit trop. Mais ce qui apparaît comme une quasi-tautologie dans un système aussi intégré qu'est le système juridique français doit l'être *a fortiori* dans le système juridique international en raison de son primitivisme endémique. Voici dès lors la première conclusion partielle de cette étude : *il est absolument vain d'espérer des maîtres reconnus du droit international qui siègent dans « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » des miracles qu'ils ne sauraient accomplir.*

La pratique non équivoque des États après l'arrêt *malheureux* de 1927 a certainement dissuadé la Haute Assemblée de maintenir la *stratégie de la rupture* à laquelle il nous faut désormais assimiler par ses conséquences la *stratégie de l'erreur*. Mais comment la Haute juridiction a-t-elle pu alors passer *objectivement* de la *stratégie de la chimère* à la *stratégie de la déconfiture* ? La Haute instance est en effet tombée en 1966 — assurément le plus mauvais millésime de la C.I.J. depuis sa création en 1945 — dans une aporie catastrophique avec sa stratégie antinomique du « Mécanicien servile » ou *stratégie de la fossilisation* (b).

b) *La stratégie de la fossilisation*

Voici une autre façon de poser le problème de la fonction juridictionnelle de la Cour de La Haye. Les juges du Palais de la Paix n'ont-ils été institués que pour mettre en œuvre le droit existant ? Ne sont-ils pas autre chose que des caudataires inconditionnels ou des panégyristes obséquieux du droit positif ?

Répondre à ces nouvelles questions fondamentales nous conduit à analyser la *stratégie de la fossilisation sous un angle pratique* (2) après l'avoir présenté *sur le plan théorique* (1).

1. *La stratégie de la fossilisation sur le plan théorique*

La plupart des Savants se rangent sous la bannière du courant positiviste et soutiennent subséquemment qu'il est impossible de compter la jurispru-

(20) Cf. « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », *Revue précitée*, pp. 342-343.

dence au nombre des sources formelles du droit international. La *stratégie de la circonspection* qu'il recommandent aux Sages repose apparemment sur le principe cardinal de la séparation des pouvoirs qui proscrit aux juges — expressément ou tacitement et dans tous les ordres juridiques — de s'immiscer dans la fonction législative en posant des règles générales.

La thèse traditionnelle s'appuie au demeurant sur les chartes constitutives de certaines juridictions à vocation universelle et à compétence générale qui citent empiriquement les sources du droit international. Ainsi en est-il de l'omniprésent article 38 du Statut de la C.I.J. qui égraine les conventions et les coutumes ainsi que les principes généraux sans toutefois fixer de hiérarchie entre les sources ainsi énumérées. Ce texte de droit positif n'est cependant pas exempt de scolies ou de critiques comme le souligne notamment le Russe Grigory Tunkin (21). Il est déjà en vérité ambigu dans certaines de ses formulations. Il n'est pas davantage un prototype de clarté quand il met dans une même corbeille *décisions judiciaires* et *travaux doctrinaux* « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Il est en effet inexact de mettre à niveau *fonction juridictionnelle* et *fonction doctrinale* même si l'Ecole et le Palais forment un « vieux couple bien accordé » et même s'il existe de fait une coopération eurhythmique de la doctrine et de la jurisprudence à une *stratégie globale* qui vise à assurer le respect et le « progrès du droit international ». Il en est ainsi essentiellement parce que le Savant « enseigne » alors que le Sage « décide ». Nombre d'auteurs ont enfin relevé que la disposition pragmatique insérée dans le point 38 est loin d'être univoque. On peut par exemple observer avec le Professeur Ian Brownlie que les mots « applique » et « auxiliaire » pourraient laisser accroire que cette clause vise dans un sens littéral des sources autonomes du droit dès lors qu'elle ne trace aucune ligne de démarcation entre *sources formelles du droit international* et *moyens susceptibles de les identifier* (22). L'aléa conceptuel ne paraît-il pas à l'abord d'autant plus fâcheux que l'article 38 cite les unes et les autres dans un même paragraphe ? Pareil syllogisme est toutefois inadmissible. Rares en vérité sont les phénix universitaires qui ont pris prétexte de cette « faille rédactionnelle » pour consolider la thèse selon

(21) Cf. *Droit International Public*, Pedone, 1965, pp. 112-114.

(22) Cf. *Principles of public international law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 4.

La notion de « source du droit » est complexe dans la mesure où elle est polysémique. On oppose ainsi les *sources écrites* comme le traité aux *sources non écrites* comme la coutume ou les *sources directes* comme la convention et la coutume aux *sources indirectes* comme la doctrine et la jurisprudence qui ne seraient même — pour la plupart des publicistes — que des *autorités* et non des *sources du droit*. On peut toutefois retenir le vocable « source » malgré son aspect amphibologique et métaphorique. Mais il faut alors savoir qu'il a deux sens principaux. Il peut signifier l'ensemble des données politiques et économiques ou sociales qui conditionnent la formation et l'évolution du droit. Ces données de base correspondent dans la genèse du droit à ce qu'il est convenu d'appeler les « sources matérielles » par opposition aux « sources formelles » : on désigne par là avec le Recteur Jacques DEHAUSSY « tout processus juridique créateur de normes générales destinées à régir des rapports internationaux ». Voir « Sources du droit international. Introduction générale », *Juris-classeur de Droit International*, 1958, fasc. 10, p. 4.

laquelle « les décisions judiciaires » sont sur le même rang que les autres sources du droit international (23). Nguyen Quoc Dinh fait pour sa part remarquer qu'« un moyen de détermination du droit n'équivaut pas à un moyen de création du droit » (24). La doctrine et la jurisprudence ne sont donc pas pour la doctrine dominante des forces directement créatrices de normes juridiques : elles ne sont pas des sources autonomes du droit international mais plus humblement des « moyens auxiliaires » de nature à permettre l'application idoine des règles conventionnelles ou coutumières existantes.

Quel est donc le rôle exact de la Cour de La Haye dans le cadre notamment de ses activités contentieuses ? L'ensemble de la doctrine avance que la Haute Assemblée a pour stratégie élémentaire de découvrir la norme juridique qui lie les Parties et de l'appliquer à un cas concret. La Haute juridiction doit donc statuer dans cette perspective en se conformant aux règles du droit international répertoriées à l'article 38 de son Statut. Sa stratégie globale semble dès lors enfermée dans une double limite. La Haute instance ne peut d'abord dire le droit que pour ceux qui le lui ont expressément demandé (25). Comme le spécifie ensuite M. Erik Suy : « Un autre corollaire du principe en vertu duquel la Cour statue en droit est que le droit applicable par la Cour est le droit international positif, la *lex lata*. Fonder sa décision de *lege ferenda* serait dépasser les limites de la fonction judiciaire » (26). La doctrine majoritaire entend ainsi souligner que toute instauration de règles liant les États n'étant pas Parties plaidantes comme toute compétence créatrice du droit *ex officio* par le juge sont exclues. Sa conviction repose en dernier ressort sur le principe incontestable selon lequel les « souveraines volontés étatiques » refusent généralement d'être

(23) Le Britannique Sir Hersch LAUTERPACHT indique pour sa part que le *limes* entre l'attestation de nombreuses normes juridiques internationales et leurs sources est beaucoup moins net qu'on ne le croit lorsqu'on dissèque la jurisprudence des Cours de La Haye : « Their decisions are evidence of the existing rule of law. That does not mean that they do not in fact constitute a source of international law. For the distinction between the evidence and the source of many a rule of law is more speculative and less rigid than is commonly supposed. » Voir *The development of international law by the international Court*, Stevens and Sons Limited, 1958, p. 21.

(24) Précité, p. 318. Guy LADREIT DE LACHARRIÈRE enchérit sur un ton quelque peu sardonique au sujet de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye « Cette disposition s'interprète comme signifiant que les décisions judiciaires ne peuvent 'créer' le droit mais seulement contribuer à faire reconnaître un droit qui est, par rapport à elles, antérieur et extérieur. La doctrine, rarement du reste, a pu le regretter mais les États en paraissent fort satisfaits ». Voir *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983, p. 58.

(25) Le Sage reste ainsi dans la dépendance des faits. C'est dire qu'il ne prend jamais l'initiative de poser une règle juridique inédite qui lui paraît profitable comme pourrait le faire le Législateur international. Le magistrat doit attendre que deux États le saisissent d'un litige à l'occasion duquel il pourra éventuellement forger une norme nouvelle en cas d'*archaïsme* ou de *mutisme* du droit positif. Ne faut-il donc par une nouvelle fois mettre l'accent sur le caractère subsidiaire de la création prétorienne de la règle de droit par le juge de La Haye ?

(26) Cf. « Contribution de la jurisprudence internationale récente au développement du droit des gens », *R.B.D.I.*, 1965, p. 345.

engagées par des normes juridiques qu'elles n'élaboreraient pas elles-mêmes.

Nombre d'auteurs sont ainsi persuadés que l'obsession rémanente du Sage dans les cas rarissimes où il est appelé à intervenir est d'assurer une *sécurité optima* dans les relations juridiques interétatiques. Cette opinion est *a priori* vraisemblable. Mais est-elle bien confirmée par la jurisprudence du Tribunal international de La Haye ? Le moment ne paraît-il pas alors propice pour envisager la *stratégie de la fossilisation sur le plan pratique* (2) ?

2. La stratégie de la fossilisation sur le plan pratique

Une telle stratégie que l'on peut encore appeler « stratégie de la minimalisation » ou *stratégie de la pétrification* paraît conforme à la lettre sinon à l'esprit de l'article 38 du Statut de la juridiction du Palais de la Paix. Elle a apparemment été soutenue par Frederico de Castro dans son opinion individuelle sous l'arrêt au fond prononcé le 25 juillet 1974 par la Cour de La Haye à propos de la *Compétence en matière de pêcheries*. Le Juge espagnol déclare en effet qu'il n'appartient pas *prima facie* à la Haute Assemblée d'assurer le progrès du droit international (*Rec.*, p. 95) : « La tâche consistant à encourager le développement progressif du droit international, dont l'initiative revient à l'Assemblée (Charte, art.13), a été confiée à la Commission du droit international (statut de la Commission, art.15). La Cour n'est pas un organe législatif (C.I.J., Recueil 1966, p. 48). Elle a pour fonction de régler conformément au droit international en vigueur les différends qui lui sont soumis (Statut, art.38) ». Une telle assertion doctorale ne repose-t-elle pas en vérité sur un postulat ultra-simpliste selon lequel les juges auraient *uniquement* reçu mandat des États souverains pour vider leurs querelles juridiques en mettant *strictement* en œuvre le droit positif ? On peut le penser. Mais on doit néanmoins déplorer qu'une telle stratégie « conservationniste » ait reçu une application quasi caricaturale dans les *sulfureuses* affaires du *Sud-Ouest africain* où des arrière-pensées politiques ont vraisemblablement plané au-dessus de la Haute juridiction. Mal lui en prit.

On sait que l'Éthiopie et le Liberia avaient saisi la Cour de La Haye de la violation par l'Afrique du Sud de ses obligations en tant que mandataire au *Sud-Ouest africain* à la suite de sa politique de ségrégation raciale. Or la C.I.J. a adopté à quatre ans d'intervalle des *stratégies antagonistes* sur la question de l'existence et du contenu des obligations *erga omnes*. Après avoir rejeté un certain nombre de moyens dirigés contre la recevabilité du recours et avoir ainsi « entrebâillé » la porte à la reconnaissance d'une action visant à assurer le respect de telles obligations dans un premier arrêt *encourageant* rendu le 21 décembre 1962 (*Rec.*, p. 343), force est de reconnaître avec Mme Brigitte Stern que le Tribunal du Palais de la Paix « l'avait refer-

mée dans l'arrêt du 18 juillet 1966 en refusant, sans la moindre ambiguïté, d'admettre en l'espèce une action populaire » (27) :

« La Cour estime que, même à l'époque de la Société des Nations, même en tant que Membres de cette organisation..., les demandeurs ne possédaient à titre individuel comme États aucun droit propre et autonome pouvant être invoqué indépendamment ou en plus du droit conféré à la Société des Nations de réclamer, dans l'accomplissement de son activité collective et institutionnelle, la bonne exécution du Mandat... Ce droit revenait exclusivement à la Société des Nations... » (*Rec.*, p. 29, par. 33).

Dire que la décision de la Haute Assemblée de renoncer à un examen au fond a généré un malaise serait un nouvel euphémisme. C'est en vérité l'équivalent d'une secousse tellurique d'une magnitude de 9 sur l'échelle ouverte de Richter qui a été enregistrée au Palais de la Paix. L'épicentre du « séisme » était exactement situé dans ce haut lieu du droit et de la justice où les dommages ont été d'une ampleur exceptionnelle. Le jugement *cauchemardesque* du 18 juillet 1966 a aussitôt été perçu par certains pays du Tiers Monde comme l'illustration d'une *stratégie du sabordement* ou *stratégie de l'autodestruction* mise en œuvre par ses propres sociétaires (28). Aussi a-t-il incité par contrecoup la majorité des membres de l'Assemblée générale des Nations Unies à se substituer à la Haute juridiction et à adopter un comportement plus drastique à l'égard du Gouvernement de Pretoria. Une résolution votée dès le 27 octobre 1966 à la quasi-unanimité par l'organe plénier de l'Organisation mondiale déclare en effet que l'Afrique du Sud avait failli à ses obligations avant de « décider » que le mandat international qui lui avait été confié en 1920 dans le cadre de la S.D.N. était révoqué et que le *Sud-Ouest Africain* — rebaptisé *Namibie* — relevait désormais de la responsabilité de l'O.N.U. Les commentateurs ont eux aussi fait connaître leur profond « désaccord stratégique » avec le verdict *catastrophique* de la Haute instance : ils ont tout simplement dénoncé « l'injustice des juges » de La Haye. La catilinaire de M. Alain Pellet est à cet égard dépourvue de toute mansuétude :

« Dans la malheureuse affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour s'est targuée de ne pas 'servir des fins politiques qu'il n'entre pas dans les fonctions d'un tribunal de favoriser, si désirable cela soit-il...' Cette position... correspond à une vision bien mécaniste et rigide et du droit international et de la fonction judiciaire et ne reflète ni la réalité du premier, du moins dans son état actuel, ni l'objet de la seconde. Organe des Nations Unies, la Cour doit s'ac-

(27) Cf. « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *J.D.I.*, 1992, p. 742.

(28) Cet arrêt apparaît *objectivement* comme la décision la plus controversée dans l'histoire des deux Cours de La Haye.

quitter de ses fonctions exclusivement judiciaires sans jamais perdre de vue les buts et principes énoncés dans le chapitre I^{er} de la Charte » (29).

Comment la Cour a-t-elle pu alors passer ainsi rapidement de la *stratégie de la fossilisation* à une *stratégie d'ouverture* ? Les juges du Palais de la Paix ont su effectivement très tôt adapter leur plan aux évolutions du combat. Les vitupérations tous azimuts furent en vérité telles à l'égard de la volte-face entre la phase des exceptions préliminaires et celle du fond que la C.I.J éprouva par la suite le besoin de se prononcer sur le problème des obligations *erga omnes* par le subterfuge ou stratagème de l'*obiter dictum*. Ce procédé insolite consiste à sertir un acte juridictionnel d'un argument qui demeure en dehors de la *ratio decidendi* afin d'amorcer éventuellement ce qu'on pourrait appeler dans cet essai une « bifurcation stratégique ». M. Gérard Cornu précise qu'un tel ajout a seulement pour but de faire connaître par avance et à toutes fins utiles « le sentiment du juge sur une question autre que celle que la solution du litige en cause exige de trancher » (30). Ces prolégomènes permettent de comprendre pourquoi la stratégie prévisionnelle des *obiter dicta* est rarissime dans l'ordre juridique international. Une telle stratégie indirecte que l'on peut encore nommer *stratégie de l'anticipation* et plus exactement ici *stratégie de la rédemption* a pourtant été mise en œuvre par un tribunal dont la composition avait été au préalable remaniée au lendemain du jugement rendu dans les affaires du *Sud-Ouest africain*. Elle a été appliquée dans la décision *salvatrice* du 5 février 1970 prononcée à propos de l'affaire *Barcelona Traction* (deuxième phase) afin d'effacer le traumatisme émotionnel provoqué par l'arrêt *apocalyptique* du 18 juillet 1966 :

« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors-la-loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale » (*Rec.* p. 32, par. 33-34).

La situation est-elle pour autant plus claire après l'arrêt *salutaire* du 5 février 1970. On peut sans doute affirmer avec Mme Brigitte Stern que « la C.I.J. a ouvert la voie à une acceptation de l'*actio popularis* pour la

(29) Cf. « Le glaive et la balance », *Mél. Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 559.

(30) Cf. *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, p. 545.

mise en œuvre de certaines normes de *jus cogens* même si elle n'emploie pas ce terme » (31). Mais on doit aussi rappeler que la Cour n'a pas de pouvoir normatif. Elle encourt donc toujours le risque de ne plus dire le droit lorsqu'elle procède par *obiter dictum*. En commentant la décision *Barcelona Traction*, M. Luigi Condorelli a pour sa part mis en avant le « caractère superfétatoire » de telles déclarations « sur les obligations *erga omnes* » (32). Ces proclamations incitent objectivement à penser que la Haute Assemblée a voulu se rédimier en montrant que son credo ultra-conservateur n'était pas insubmersible et qu'elle savait le cas échéant adopter une « stratégie alternative » ou *stratégie de substitution* par rapport à celle qu'elle avait appliquée dans le jugement *cauchemardeux* du 18 juillet 1966 lorsqu'elle avait conclu que les deux États africains membres de la S.D.N. puis de l'O.N.U. n'avaient pas justifié d'un « droit ou intérêt juridique » suffisant pour exiger l'anathématisation de la République Sud-Africaine.

Un second enseignement général s'impose au terme de cette analyse. Nous savions déjà que la Cour de La Haye n'est pas un *Corps législatif* dès lors qu'elle ne doit jamais se prononcer *contra legem* mais rendre la justice dans le cadre des limites qui lui ont été assignées par son Statut. Nous savons désormais qu'elle n'est pas davantage une *Académie juridique* ou une *Chambre d'enregistrement* qui appliquerait de manière purement mécanique le droit international dans une conception « européocentriste » digne du XIX^e siècle. Deux hypothèques majeures paraissent ainsi définitivement levées. Voici dès lors la seconde conclusion partielle de cette étude : « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » ne saurait recourir à la *stratégie du casino* qui consiste à miser indifféremment sur toutes les cases d'une table de jeu. Autant dire que les magistrats de La Haye ne sont pas des magiciens capables de faire sortir n'importe quel lapin de n'importe quel chapeau.

Il ne faudrait cependant pas exagérer l'intérêt des *stratégies globales interdites* — *stratégie de la rupture* ou *stratégie de l'erreur* et *stratégie de la fossilisation* ou *stratégie de la fermeture* — objectivement et respectivement mises en œuvre en 1927 par la C.P.J.I. dans l'affaire du *Lotus* et en 1966 par la C.I.J. dans celles du *Sud-Ouest africain*. Les arrêts prononcés dans ces deux contentieux sont certes enrichissants quand on veut connaître les confins des pouvoirs du Tribunal du Palais de la Paix. Ces arrêts *défectueux* révèlent par ailleurs que les stratèges de La Haye ne sont pas toujours infaillibles. Mais il sont *exceptionnels* : ils ont en effet été rendus pour la première fois dans l'histoire des deux Cours universelles après partage d'opinions et avec la voix prépondérante du Président. Autant dire qu'on risque-

(31) Cf. « La responsabilité internationale. Aujourd'hui... Demain... », *Perspectives du droit international et européen. Recueil d'Etudes à la mémoire de Gilbert Apollis*, Pedone, 1992, pp. 92-93.

(32) Précités, p. 207, note 7.

rait de passer à côté du principal en voulant trop braquer les projecteurs sur des décisions prises dans des circonstances singulières et qui incarnent de toute façon la *stratégie de l'échec* ou *stratégie de l'impasse*. Allons donc à l'essentiel : des majorités parfois très confortables se sont dégagées parmi les juges de La Haye dans le cadre des *stratégies globales autorisées* (B).

B. — *Les stratégies globales autorisées*

Certains publicistes modernes ont tendance à rompre avec les vues traditionnelles en soutenant que la jurisprudence est bien assimilée en pratique à une *source autonome au moins auxiliaire du droit international*. D'autres Savants ont certes recours à des formules plus nuancées. Mais ils n'en considèrent pas moins l'œuvre des stratèges du Tribunal du Palais de la Paix soit comme une *source officielle* du droit soit comme une *source de fait*. Le Juge japonais Kotaro Tanaka s'est prononcé en ce sens dans une opinion individuelle sous l'arrêt rendu par la C.I.J. dès le 24 juillet 1964 à propos de l'affaire *Barcelona Traction* (exceptions préliminaires) : « La fonction la plus importante de la Cour en sa qualité de principal organe judiciaire des Nations Unies consiste non seulement à régler des différends concrets mais aussi, par son raisonnement, à contribuer au développement du droit international » (*Rec.*, p. 65). Cette doctrine considère en d'autres termes que le Sage peut exercer *de facto* une fonction créatrice au-delà de l'espèce dans l'ordre juridique international comme d'ailleurs dans la plupart des ordres juridiques internes.

Toute comparaison entre les systèmes nationaux et le système international doit cependant rester dans des limites étroites pour plusieurs raisons. La jurisprudence internationale est d'abord peu étoffée par rapport à la jurisprudence interne. Elle est aussi et surtout dans son ensemble peu novatrice. Elle constitue enfin un ensemble éclectique dans la mesure où n'existe dans la Communauté mondiale aucune structure pyramidale des juridictions arbitrales et judiciaires dont la Cour de La Haye constituerait le sommet.

Ces remarques générales étant faites, la Haute Assemblée a aujourd'hui recours à plusieurs stratégies globales dont deux nous paraissent fondamentales tout en étant par ailleurs *antinomiques* l'une à l'autre et *contraires* à la lettre des articles 38 et 59 de son Statut. La Haute juridiction applique en effet chaque fois que faire se peut la *stratégie de la transaction* ou *stratégie du compromis* afin de ne pas froisser l'extrême susceptibilité des justiciables qui sont toujours des États souverains au plan contentieux (b). Mais sur un autre plan et pour des raisons parfaitement compréhensibles, son objectif prioritaire est d'assurer la stabilité du droit international général : aussi met-elle principalement en œuvre la *stratégie de la « continuité judiciaire »* ou *stratégie de la concrétion* (a).

a) *La stratégie de la concrétion*

Une observation préalable s'impose. On sait que le précédent jurisprudentiel peut avoir selon les ordres juridiques internes *valeur d'exemple* ou *autorité de fait* et parfois même *caractère obligatoire* (33). Dans l'ordre juridique international où le principe du *stare decisis* intimement lié à la civilisation juridique anglo-saxonne n'a pas été transposé, les arrêts de la Cour de La Haye sont toujours revêtus de l'autorité relative de la chose jugée conformément à l'article 59 de son Statut en vertu duquel « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé » (34). Cette clause signifie que la Haute Assemblée ne peut considérer ses jugements antérieurs comme faisant loi pour elle dans l'avenir. Autant dire que la Haute juridiction n'est nullement obligée de donner une solution identique aux cas semblables qui se présentent à elle. L'autorité relative de la chose jugée est de surcroît une présomption de droit qui s'attache à un acte juridictionnel : c'est plus exactement une présomption en vertu de laquelle les faits constatés et les droits reconnus par cet acte sont conformes à la vérité et ne peuvent plus désormais être contestés. Cette présomption est au demeurant confortée par l'article 60 du Statut de la Haute instance selon lequel « l'arrêt est définitif et sans recours ». Le principe quasi hiératique de l'autorité relative de la chose jugée a ainsi été rappelé dans le jugement de la Chambre *ad hoc* qui résout le 13 septembre 1990 le *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador/Honduras) : « Ces États sont... convenus de donner à la Cour compétence pour trancher l'affaire par une décision qui aura force obligatoire comme le prévoit l'article 59 du Statut » (*Rec.*, p. 133, par. 95).

La Cour de La Haye pourrait ainsi théoriquement moduler sa position stratégique au fil des espèces. Or pratiquement il n'en est rien. On doit en effet constater avec le Professeur Ian Brownlie que la Haute Assemblée s'efforce d'assurer la pérennité de sa jurisprudence bien que le système du précédent obligatoire (*binding precedent*) des pays de *Common Law* soit

(33) C'est le cas des pays de *Common Law* dont le droit anglais est l'archétype : la règle juridique énoncée dans une décision de justice est en principe obligatoire en ce sens qu'elle s'impose à l'avenir au tribunal même qui a statué ainsi qu'aux juridictions inférieures.

(34) La jurisprudence des tribunaux internationaux a assurément une autorité supérieure à celle de la doctrine dans la mesure où les décisions de justice sont obligatoires pour les Parties en conflit — elles bénéficient de la *res judicata* — tandis que « les publicistes » — même « les plus qualifiés des différentes nations » — ne représentent qu'eux-mêmes. L'Ecole n'a en effet aucune compétence officielle pour formuler la norme juridique internationale alors que le Palais est statutairement investi d'une telle compétence que l'on peut même qualifier — selon une locution scelliste — de « compétence liée ». En mettant sur la même marche du podium ces *deux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit* que sont la jurisprudence et la doctrine, l'article 38 du Statut de la C.I.J. ne renferme pour autant aucun vice de conception. En faisant une référence ostensible à la clause 59, il a en effet tenu compte du principe de l'autorité de la chose jugée dont sont *toujours* revêtues « les décisions judiciaires » et que ne posséderont *jamais* les études doctrinales.

inconnu en droit international (35). Les forces doctrinales observent sur un plan général que la proscription des arrêts de règlement et l'onction corrélatrice du principe de l'effet relatif de la chose jugée n'excluent ni la création par la Haute juridiction de normes prétorienne *praeter legem* dans le cadre de son activité juridictionnelle ni la formation d'une authentique jurisprudence.

La Haute instance du Palais de la Paix met effectivement en œuvre la *stratégie de la concrétion* dont il importe de préciser le contenu (2) et les limites (3) après en avoir recherché le fondement (1).

1. Le fondement de la stratégie de la concrétion

La règle officielle est claire : le juge international n'est pas lié par ses propres décisions antérieures ou précédents judiciaires. Or il existe dans la pratique une certaine constance juridictionnelle à laquelle la C.P.J.I. et la C.I.J. se sont montrées dans l'ensemble très attachées depuis leur création. Mais pourquoi le Tribunal du Palais de la Paix accorde-t-il aux précédents judiciaires une importance que ne prévoit pas son Statut ? Les motivations sommitales aptes à ancrer le choix des magistrats-stratèges ne font pas en vérité défaut. Un triple fondement à la force quasi obligatoire de la jurisprudence engendrée par la Cour de La Haye peut être mis en exergue dans les développements suivants.

Il faut d'abord tenir compte du fait que la Haute Assemblée est communément convaincue de l'opportunité et même de l'obligation sociologique de se référer aux précédents judiciaires. Mais qui en vérité pourrait nier leur force d'impact ? Les Sages ayant consacré une solution seront ainsi tentés de l'adopter pour l'avenir dans des situations semblables. Leurs précédents provoqueront en outre un effet d'entraînement sur leurs collègues qui auront une propension naturelle à s'en inspirer. Le Président Jules Basdevant a pour sa part légitimé très tôt et avec beaucoup d'ingéniosité ce qui apparaît comme un réflexe quasi pavlovien : « Le juge international qui crée un précédent jurisprudentiel le fait en fondant sa décision sur une règle qu'il considère comme une règle existante » (36). Le précédent s'impose en quelque sorte aux magistrats internationaux dans la mesure où la première décision de justice n'a été que l'occasion de révéler une norme juridique préétablie qui était en quelque sorte diffuse jusque-là dans la conscience populaire. Une seule décision judiciaire a ainsi vocation à faire jurisprudence d'après cette habile exégèse. N'est-il pas au demeurant permis de penser avec Georges Scelle qu'une règle jurisprudentielle est une règle de droit incontestable dès le premier jugement qui l'a formulée alors même

(35) Précité, p. 21 : « Strictly speaking, the Court does not observe a doctrine of precedent but strives nevertheless to maintain judicial consistency ».

(36) Cf. « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936-IV, Tome 58, p. 513.

qu'un acte unique de soumission au droit international est toujours insuffisant pour créer la coutume ?

On doit en second lieu souligner que les décisions de justice précédemment rendues ont été en principe méticuleusement motivées ou justifiées par le raisonnement après avoir été éclairées par les débats conduits devant la Haute juridiction par les avocats éminents des Parties plaidantes et assez fréquemment d'ailleurs sur les suggestions de la doctrine. Faut-il à cet égard spécifier que les sociétaires du « barreau international » — selon la formule du Président Manfred Lachs — comptent souvent eux-mêmes au nombre « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » ? Un « choix stratégique » a généralement été opéré entre les options en présence au cours du « duel juridictionnel » selon l'expression de M. Jean Combacau. Le magistrat *lambda* n'est-il pas alors en droit d'inférer que la solution juridique retenue était la plus appropriée lorsqu'elle a été réitérée de façon globale dans la même direction ?

La Haute instance en tant qu'institution judiciaire permanente a enfin et surtout conscience de la nécessité de la référence aux précédents pour satisfaire un impérieux besoin de sécurité dans les relations juridiques internationales. Après avoir constaté que le juge est d'abord désireux de résoudre le différend qui lui est soumis et que chaque cas concret constitue un *unicum* qu'il tranche en fonction des caractéristiques propres de celui-ci, MM. Laurent Lucchini et Michel Voelckel précisent : « Mais il est tout aussi soucieux d'assurer à la jurisprudence une cohérence que l'on serait tenté de qualifier de 'normative'. Bien qu'il n'obéisse pas à la règle *stare decisis*..., il prend grand soin de s'appuyer sur les décisions antérieures... et de veiller à ce que les arrêts rendus forment un *corpus* homogène » (37). Le Sage est par atavisme enclin à faire preuve de prudence afin que sa contribution au droit ne soit pas erratique ou synonyme d'arbitraire. La jurisprudence peut être définie dans ce contexte comme un agrégat ou une accumulation de décisions juridictionnelles ayant un lien entre elles et prenant appui les unes sur les autres pour former à un moment donné un ensemble uniforme (38). La *stratégie de la concrétion* a été clairement exposée par Kotaro Tanaka dans son opinion individuelle précitée rédigée sous l'arrêt *Barcelona Traction* du 24 juillet 1964 : « L'existence de précédents doit être prise en considération pour toute affaire que la Cour est appelée à trancher. Il ne fait aucun doute que le respect des précédents et le maintien de la

(37) Cf. *Droit de la Mer*, Pedone, 1990, Tome I, pp. 60-61.

(38) Certains Savants parlent dans un sens anthropomorphique de cet « être » singulier qu'on nomme la *Jurisprudence* comme on évoque parfois la « figure » du *Législateur* ou la « voix » de la Doctrine. Mais le parallèle est erroné. On ne dit pas en effet de la doctrine qu'elle vise à former un *corpus* cohérent car le propre des vues scolastiques est bien de se heurter les unes aux autres. Il faut en revanche admettre avec M. Pierre MAYER que « la jurisprudence est un phénomène de convergence » de nature à engendrer une solution qui évincera à un moment donné toutes les autres. Voir « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre jurisprudence », *R.C.A.D.I.*, 1989-V, p. 428.

continuité de la jurisprudence sont éminemment souhaitables dans l'intérêt de la certitude du droit... Les affaires du même genre doivent être tranchées de la même manière et si possible par le même raisonnement » (*Rec.*, p. 65). Max Sorensen souligne pour sa part que la crédibilité des stratèges de La Haye auprès des États est directement et étroitement liée à la continuité de leurs actions avant de préciser qu'en toute hypothèse « la cohérence judiciaire est la meilleure façon d'écarter le reproche de partialité » (39).

La Cour est en dernier ressort focalisée sur l'autorité de ses verdicts antérieurs pour des raisons qui tiennent à un triple impératif : *autorité morale, justice pure, sécurité juridique*. Voici brièvement exposé le *fondement de la stratégie de la concrétion* mise en œuvre par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies ». Quel est alors *son contenu* (2) ?

2. Le contenu de la stratégie de la concrétion

La *stratégie de la concrétion* est tout le contraire d'une *stratégie à haut risque* : elle implique concrètement que des décisions de justice prennent expressément ou tacitement appui sur d'autres décisions de justice. A cet égard, on peut déjà observer sous un angle négatif avec M. Dominique Carreau que « la Cour de La Haye (C.P.J.I., C.I.J.) s'est très rarement référée à des sentences arbitrales précises ». L'auteur ajoute que la Cour n'a fait le plus souvent que « se référer à la 'jurisprudence des tribunaux arbitraux' sous cette forme générale et indifférenciée » (40).

En faisant par contre fréquemment allusion dans les motifs de ses jugements à ses décisions antérieures, la Haute Assemblée a recours à ce qu'on pourrait appeler ici la *stratégie de la courte échelle*. Il n'est d'ailleurs pas inutile de préciser à titre incident avec M. Georges Abi-Saab que la C.I.J. apparaît à bien des égards comme « le successeur officiel et le continuateur jurisprudentiel » de la C.P.J.I. De fait, elle a toujours reconnu « les décisions judiciaires » *lato sensu* de sa devancière comme faisant partie intégrante de sa propre jurisprudence. Qu'il suffise de citer ici un paradigme notoire pour se convaincre de l'existence d'une « stratégie du *linkage* » ou « stratégie de l'intrication » dans l'activité juridictionnelle de la Haute instance. Dans son arrêt *fondamental Plateau continental de la mer du Nord* prononcé le 20 février 1969, la C.I.J. devait reprendre à propos de la coutume les termes mêmes employés en 1927 par la C.P.J.I. dans l'affaire du *Lotus* en décidant d'une manière ostentatoire qu'elle « fait sienne » l'opinion de sa devancière

(39) Cf. *Les sources du droit international*, Editions Einar Munksgaard, Copenhague, 1946, p. 175.

(40) Cf. *Droit International*, Pedone, 1991, p. 303.

Il existe toutefois une exception notable avec l'arrêt rendu par la Cour de La Haye le 14 juin 1993 dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (Danemark/Norvège). Dans cette affaire, la Cour a en effet expressément fait référence à la sentence rendue le 30 juin 1977 par le Tribunal arbitral franco-britannique dans l'affaire du *Plateau continental de la mer d'Irlande* (*Rec.*, 1993, p. 58).

« telle qu'elle est énoncée dans le passage suivant et dont le principe est applicable par analogie à la présente espèce presque mot pour mot *mutatis mutandis* (C.P.J.I., série A, n° 10, 1927, p. 28) » : « Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver... était une preuve suffisante du fait invoqué..., il en résulterait simplement que les États se sont abstenus en fait d'exercer des poursuites pénales et non qu'ils se reconnaissent obligés de le faire. Or c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir. Par contre,... il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire » (*Rec.*, p. 44, par. 78).

Quitte à s'écarter de la lettre de l'article 59 de son Statut, la Cour de La Haye va même parfois beaucoup plus loin en démontrant au besoin que des règles générales peuvent naître de l'exercice normal de la fonction juridictionnelle internationale. Il en est tout particulièrement ainsi lorsque la Cour se rapporte dans la motivation de ses propres décisions judiciaires à ce qu'elle appelle expressément « une jurisprudence constante » ou mieux encore « sa jurisprudence constante ». La Haute Assemblée a notamment agi en ce sens dans les grands contentieux internationaux qui ont marqué la décennie « 80 ». On peut à cet égard citer les arrêts *médiatiques Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* du 24 mai 1980 (*Rec.*, p. 20, par. 37) et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* du 26 novembre 1984 (*Rec.*, p. 420, par. 64). Faut-il à l'occasion préciser que cette fameuse « jurisprudence constante » a une grande autorité sur les arbitres et les juges internationaux ainsi que sur les États ? Il est certain que « l'œuvre serait menacée à tout instant si elle devenait inconstante » comme le souligne M. Jean-Pierre Cot avant d'ajouter : « Le règlement judiciaire n'est pas encore accepté par tous dans la vie internationale. La Cour doit apprivoiser les États en leur offrant un minimum de stabilité » (41).

La Haute juridiction ne se contente pas au demeurant d'invoquer en termes généraux « sa jurisprudence constante ». Elle se montre en vérité beaucoup plus claire lorsqu'elle fait explicitement référence à l'une de ses décisions passées. Là encore les exemples ne font pas défaut. On peut notamment citer l'arrêt au fond rendu le 27 juin 1986 au sujet des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et plus exactement le *dictum* suivant (*Rec.*, p. 95, par. 177) : « L'existence de règles identiques en droit international conventionnel et coutumier a été clairement admise par la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ». La Haute instance a notamment cité le passage selon lequel « il lui est apparu clairement que certains autres articles du traité en question étaient 'consi-

(41) Cf. « Jurisprudence et juridictions internationales. Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1961, p. 237.

dérés comme consacrant... des règles de droit international coutumier relatives au plateau continental, règles établies ou du moins en voie de formation' (C.I.J., Recueil 1969, p. 39, par. 63) ». On peut à cet égard spécifier avec le Président Eduardo Jimenez de Arechaga que la Haute instance a d'autant plus aisément recours à ce qu'il convient d'appeler la *stratégie de l'enchaînement* qu'elle est une institution juridictionnelle internationale *préétablie* et *permanente* de nature à « survivre à la solution de chaque différend » contrairement aux juridictions arbitrales internationales qui, par définition, sont *contingentes* ou *occasionnelles* (42).

Il existe bien d'une manière générale une préoccupation pérenne de la part des stratèges de la Cour de La Haye à édifier un *corpus* jurisprudentiel homogène. N'a-t-on pas souvent entendu dire qu'« une hirondelle ne fait pas le printemps » ? Cet aphorisme apodictique est certes avéré. Mais une série de décisions de justice se prononçant dans la même direction laisse-t-elle vraiment planer un doute quant à l'élaboration d'une règle jurisprudentielle ? La réponse est assurément négative. Il nous paraît dès lors possible dans ce contexte de souscrire aux vues de Mme Simone Dreyfus lorsqu'elle déclare : « Ce n'est... que dans la mesure où la référence à un 'précédent' équivaut en fait à reprendre et donc à confirmer une solution juridique antérieure que l'on peut considérer que la jurisprudence joue un rôle comparable à celui d'une source de droit » (43).

L'examen radioscopique de la jurisprudence du Tribunal du Palais de la Paix atteste en définitive que ses jugements sont les plus souvent rationnels et ont bien pour objectif principal de consolider l'autorité du droit international positif. Mais comment s'en étonner ? La *stratégie de la concrétion* est vraiment la seule qui soit de nature à faciliter l'observance de ce droit par les États souverains. Ne faudrait-il pas alors, en guise d'épilogue sur ce point précis, reconnaître que l'on s'éloigne au moins de la lettre des articles 38 et 59 du Statut de la Cour de La Haye pour se rapprocher *de facto* des conditions de continuité jurisprudentielle propres à la tradition des pays de *Common Law* où le précédent judiciaire a pour le juge une force en principe obligatoire ? « L'organe judiciaire principal des Nations Unies » a finalement recours à la *stratégie de la concrétion* comme l'ensemble des juridictions internes ou internationales permanentes. Une telle stratégie vise certainement à assurer l'indispensable stabilité de « l'ordre juridique jurisprudentiel » dans la mesure où elle exclut les fougades et les incohérences ainsi que les pulsions souvent contradictoires de ses membres. Mais elle risque aussi de figer le droit et de s'identifier à la *stratégie de la fossilisation* ou *stratégie de l'enlisement* lorsqu'elle est appliquée dans toute sa rigueur. Aussi comporte-t-elle *des limites* (3).

(42) Cité in COT (J.-P.) et PELLET (A.), *La Charte des Nations Unies*, Economica, 1991, p. 1253.

(43) Cf. *Droit des relations internationales*, Editions Cujas, 1992, p. 153.

3. Les limites de la stratégie de la concrétion

A défaut de l'indispensable *monomanie* de la part de la Cour de La Haye à édifier par accrétion un édifice jurisprudentiel compact, il y aurait une incertitude et une versatilité intolérable aux yeux des États-plaideurs dans la mesure où ces derniers ne sauraient jamais par anticipation dans quel sens doit être décrypté la règle de droit. Voici sans doute déjà pourquoi une *stratégie du chambardement* ou *stratégie de la volte-face* n'est absolument pas la préoccupation prioritaire des magistrats modèles et moins que toute autre celle des « stratèges tranquilles » qui siègent au Palais de la Paix. Voilà encore pourquoi les audacieuses constructions jurisprudentielles sont rarissimes dans l'ordonnancement juridique international au même titre d'ailleurs que les spectaculaires retournements de jurisprudence.

Ces retournements de jurisprudence ne sont pas pour autant de simples hypothèses d'école. La jurisprudence la mieux assise peut toujours en effet être modifiée. Encore convient-il de noter que la Cour de La Haye ne dira jamais carrément qu'elle opère un revirement de jurisprudence. Cette *stratégie de la discrétion* ainsi mise en œuvre — que l'on peut encore appeler *stratégie de la dédramatisation* — a pour finalité première de ne pas décontenancer des justiciables qui entrent dans l'enceinte du Palais de la Paix avec l'espoir légitime de gagner leur procès (44). Ceci dit, on peut faire grief à la jurisprudence de la Haute Assemblée de ses *fluctuations* ou de ses *contradictions* quand ce n'est pas de son *byzantinisme* dans certains départements importants du droit international. Il en est notamment ainsi dans le domaine de la détermination des frontières maritimes entre pays limitrophes où les juges de La Haye ont mis en œuvre une *stratégie de l'incertitude* avec des décisions souvent imprévisibles.

Les conclusions de la Haute juridiction ont même un caractère essentiellement prétorien en matière de démarcation du plateau continental entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face. Les solutions de caractère jurisprudentiel de la Haute instance se sont par ailleurs métamorphosées même si chacune d'elles s'efforce par cartésianisme de s'inscrire dans la ligne tracée par ses aînées. Cette *stratégie du changement dans la continuité* au moins apparente se vérifie quand on met en parangon les jugements *antinomiques* prononcés par la C.I.J. le 20 février 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* et le 24 février 1982 dans celle du *Plateau continental* (Libye/Tunisie). Le premier s'était efforcé d'établir un corps de « principes équitables » permettant aux pays appelés à délimiter leurs plateaux continentaux de trouver un dénouement approprié à défaut d'une théorie générale. M. Pierre-Marie Dupuy observe qu'il s'appuyait principalement sur le concept de prolongement naturel de l'État côtier sous la mer

(44) C'est une stratégie subtile que l'on constate en vérité dans tous les ordres juridiques et qui repose sur le principe suivant : *plus un juge est novateur, moins il cherche à le montrer.*

et que la C.I.J. « privilégiait alors la prise en compte des données morphologiques de la géographie littorale et du sol sous-marin ». L'éminent auteur ajoute que le second a par contre pratiquement abandonné ce concept en faisant « des données morphologiques, notamment celles de la géographie, un usage largement arbitraire et unanimement critiqué » (45). Un arrêt *simplificateur* rendu le 12 octobre 1984 par une Chambre *ad hoc* de la Cour à propos de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* a encore amplifié la marcescence des règles générales dégagées par les Sages dans leur jugement *initial* de 1969 en stipulant que « chaque cas concret est.. un *unicum* » qui doit être résolu en fonction des circonstances propres à l'espèce (*Rec.*, p. 290. par. 81).

Il faut bien admettre que la méthode de démarcation du plateau continental entre pays limitrophes a cessé d'être monolithique si l'on fait exception du principe cardinal — *lui-même emprunt de relativisme* — selon lequel chaque cas concret peut trouver une solution idoine à condition d'aboutir à un « résultat équitable ». Un arrêt *explicatif* du 3 juin 1985 prononcé par la Cour au sujet du litige malto-libyen a en effet précisé que le « résultat équitable » implique en particulier la prise en considération de « la disparité des longueurs des côtes pertinentes des Parties et la distance qui les sépare » (*Rec.*, p. 57, par. 79) tandis que la décision prise le 14 juin 1993 dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (Danemark/Norvège) affirme qu'une « solution équitable comporte l'accès raisonnable de chacun des deux États aux ressources détenues par les espaces maritimes à délimiter » (*Rec.*, par. 72-78). La méthode ainsi retenue confère aux juges internationaux de La Haye une faculté d'appréciation inévitablement subjective comme le soulignent MM. Patrick Daillier et Alain Pellet avant de conclure : « Force est de constater... que l'impressionnisme dont la jurisprudence actuelle porte la marque assure très imparfaitement la sécurité des rapports juridiques entre États » (46).

Quelques réflexions complémentaires s'imposent au terme de ces développements. Les Savants qui refusent à la jurisprudence le caractère de *source* de droit international insistent souvent sur le manque de permanence de la norme juridique d'origine juridictionnelle. La solution que le Sage a *sacrée* un jour ne peut-elle pas en effet être *niée* le lendemain ? Aussi les théoriciens qui ne voient dans le Palais qu'une *autorité* mettent-ils l'accent sur cette précarité. Mais cette argumentation paraît peu convaincante. Il en est ainsi d'abord parce que les palinodies jurisprudentielles ne sont pas légion et correspondent en fait le plus souvent à des changements dans les données

(45) Cf. *Droit International Public*, DALLOZ, 1993, p. 501.

(46) Cf. *Droit International Public*, L.G.D.J., 1994, p. 1094.

de fait ou de droit du problème considéré (47). Il y a sûrement des mutations jurisprudentielles importantes. Mais elles sont rares. Il faudra en réalité de très sérieux motifs pour inciter la Cour de La Haye à adopter à l'avenir dans un cas semblable une conclusion divergente en tenant compte par exemple du « progrès du droit international ». On peut ensuite faire valoir que la prétendue précarité de la règle juridictionnelle devrait pouvoir être opposée à la pérennité plus grande des autres sources du droit. Or les conventions et les coutumes sont souvent l'objet de transformations véloces et plus ou moins substantielles dans la société internationale de cette fin de siècle. Faut-il enfin ajouter qu'un renversement de jurisprudence n'empêche pas plus la jurisprudence d'être règle de droit qu'un bouleversement conventionnel ne retire au traité son caractère essentiel de source de droit ? Dans une perspective scelliste à laquelle nous adhérons ici bien volontiers, un « chambard jurisprudentiel » est tout à fait conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 38 du Statut du Tribunal du Palais de la Paix : c'est dire

(47) On peut ici faire allusion à la décision *Elettronica Sicula* (ELSI) prise le 20 juillet 1989 par la C.I.J. près de vingt ans après l'arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970. Dans ce dernier contentieux, la Cour de La Haye avait refusé à la Belgique le droit d'exercer sa protection diplomatique au profit des actionnaires belges majoritaires d'une société de droit canadien installée en Espagne et qui avait fait l'objet de mesures préjudiciaires de la part des autorités ibériques. Pour justifier son refus, la Haute Assemblée a déclaré que la structure d'une société de capitaux conduit à dissocier le dommage causé à la société (*préjudice direct*) de celui qui est causé à ses actionnaires (*préjudice indirect*) avant de spécifier que seul l'*État national de la société* est habilité à exercer sa protection diplomatique. Le Canada pouvait donc seul en l'espèce mettre en œuvre une telle protection qu'il avait en fait renoncé à exercer. La solution retenue avait pour but de protéger la souveraineté économique de l'*État du siège* contre l'*État national de la majorité des actionnaires*. Mais cette « jurisprudence » semble avoir été remise en cause dans une décision prononcée par la Haute juridiction internationale à propos d'une affaire opposant les États-Unis à l'Italie.

Une société ELSI de droit transalpin était entièrement entre les mains d'actionnaires américains. Mais les difficultés rencontrées par l'ELSI amenèrent par la suite une société ELTEL contrôlée par l'État italien à se faire consentir la cession de l'ELSI. Les U.S.A. mirent alors en jeu la responsabilité du Gouvernement de Rome en invoquant une expropriation déguisée qui aurait constitué une violation d'un Traité de commerce italo-américain conclu le 2 février 1948. Bien que ce grief n'ait pas été retenu par la Chambre *ad hoc*, celle-ci a cependant admis la recevabilité de l'action du Gouvernement de Washington au nom de ses ressortissants actionnaires alors qu'il s'agissait d'une société de droit italien. La doctrine s'est donc interrogée sur le verdict de la Haute instance qui a pu être perçu comme un changement jurisprudentiel par rapport à l'arrêt *Barcelona Traction*. M. Gérard BLANC souligne que la décision du 20 juillet 1989 va dans un sens « qui plaide pour une protection plus absolue des investissements étrangers » (voir « Peut-on encore parler d'un droit du développement ? », *J.D.I.*, 1991, p. 920). Mme Brigitte STERN semble avoir une opinion plus nuancée même si elle ne rejette pas l'hypothèse d'un retournement de jurisprudence (voir « La protection diplomatique des investissements internationaux. De *Barcelona Traction* à *Elettronica Sicula* ou les glissements progressifs de l'analyse », *J.D.I.*, 1990, p. 944).

Il est en vérité difficile d'être catégorique dans la mesure où le jugement du 5 février 1970 a été rendu par la Cour en formation plénière tandis que celui du 20 juillet 1989 a été prononcé par une Chambre spéciale comprenant un nombre plus restreint de magistrats. Il est vrai aussi — c'est d'ailleurs l'argument principal — que le droit international coutumier était seul en cause dans l'affaire *Barcelona Traction* alors que la Chambre spéciale de la Haute Assemblée s'est essentiellement livrée à une exégèse étroite de dispositions purement conventionnelles dans l'affaire *Elettronica Sicula*.

qu'il est aussi « légitime » que la révision d'un traité ou l'« infléchissement de la coutume » (48).

Nous avons déjà constaté que la Cour de La Haye doit observer une prudente continuité dans le cadre de sa fonction juridictionnelle. Le voudrait-elle d'ailleurs qu'elle pourrait difficilement opérer une volte-face jurisprudentielle spectaculaire pour une autre raison. La jurisprudence est par principe une « source » rétroactive. Le Sage statue inévitablement sur des faits chronologiquement antérieurs à la décision qu'il rend. Dans l'hypothèse d'une innovation jurisprudentielle, la nouvelle règle de droit ne s'appliquera pas seulement pour l'avenir : elle va aussi et d'abord s'appliquer à la situation litigieuse dont le magistrat est saisi, c'est-à-dire en amont de la décision de justice. La rétroactivité de la règle jurisprudentielle est liée par la force des choses à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Elle risque par suite de ne plus satisfaire l'une des exigences primordiales qui est la sécurité dans les relations interétatiques. La rétroactivité peut ainsi apparaître comme une des raisons principales de la rareté des revirements de jurisprudence au Tribunal du Palais de la Paix. A ceux qui refuseraient néanmoins de voir dans la jurisprudence une source au moins subsidiaire du droit au prétexte qu'elle est rétroactive, n'est-il pas possible de rétorquer que la coutume internationale présente elle aussi des traits singuliers par rapport au traité diplomatique et que nul n'en a jamais tiré prétexte pour lui dénier le caractère de source formelle du droit international ?

Mais revenons au principe cardinal : la Cour de La Haye *veut* manifestement contribuer par son action à assurer la stabilité du droit international public général lorsqu'elle met en œuvre sa *stratégie de la concrétion* ou *stratégie de la continuité judiciaire*. Encore convient-il de préciser aussitôt que le bon « vouloir » des éminents stratèges du Palais de la Paix est étroitement subordonné à leur « pouvoir ». Toute stratégie juridique des Sages requiert logiquement dans l'absolu *liberté d'action* et *marge d'initiative*. Ce sont là autant de conditions qui apparaissent particulièrement limitées par un certain nombre de données inhérentes à la Communauté internationale contemporaine. Afin de ne pas blesser la susceptibilité des Parties plaidantes qui sont toujours des entités souveraines au plan contentieux, « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » a de plus en plus ouvertement recours à la *stratégie de la transaction* (b).

b) *La stratégie de la transaction*

Dans la mesure où elle cherche de plus en plus fréquemment à faire « œuvre de conciliation » à l'égard des États qui sont jusqu'à nouvel ordre les moteurs essentiels des relations internationales, la jurisprudence de la Cour de La Haye présente un aspect pragmatique non négligeable. Cette

(48) Cf. SCELLE (G.), précité, p. 405.

jurisprudence implique par ailleurs le recours à une procédure qui est une nouvelle fois en opposition avec la lettre de l'article 38 du Statut de la Haute Assemblée.

La Haute instance du Palais de la Paix met effectivement en œuvre dans certaines circonstances *la stratégie de la transaction* ou *stratégie du « juste milieu »* dont il importe de préciser *le contenu* (2) et *les limites* (3) après en avoir recherché *le fondement* (1).

1. *Le fondement de la stratégie de la transaction*

Il faut partir de très loin si l'on veut pleinement appréhender la *stratégie de la transaction* appliquée par les juges de La Haye. Aussi une série de remarques générales s'imposent-elles. Voici la première.

Attirer un particulier devant une juridiction interne est chose aisée : la justice est normalement obligatoire en ce sens que les tribunaux nationaux peuvent être saisis par voie de citation directe au moyen d'une requête unilatérale émanant d'une Partie au litige. Il en va en revanche tout autrement dans l'ordre juridique interétatique qui est toujours régi par le « primat de la volonté des États ». La nécessité d'un agrément des Parties plaidantes pour que le juge international puisse exercer sa compétence contentieuse est par suite toujours évoquée en termes catégoriques par les Cours de La Haye qui au demeurant s'appuient sur l'article 36 de leurs Statuts respectifs. La C.P.J.I. a ainsi énoncé ce principe indiscutable dans un avis *précurseur* édicté le 23 juillet 1923 dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* : « Aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement » (Série B, n° 5, p. 27).

N'est-ce pas déjà reconnaître que la *stratégie globale* de la Cour de La Haye reste tributaire jusqu'à nouvel ordre du « bon vouloir » des États ? Or il apparaît que ces entités souveraines ne font appel que très peu fréquemment à la justice internationale. Elles n'y recourent de surcroît que pour faire trancher le plus souvent des questions d'intérêt secondaire (49). Mais pourquoi les États-stratèges manifestent-ils une méfiance instinctive aussi ostentatoire à l'égard du règlement judiciaire des différends internationaux ? Pourquoi ces plaideurs potentiels hésitent-ils pour la plupart à franchir le seuil du Palais de la Paix alors même qu'ils savent que devant la Cour de La Haye ils se trouveront placés sur un pied de stricte égalité ?

(49) Les Cours de La Haye ont été peu sollicitées jusqu'à la fin de la décennie « 70 ». Certaines années ont été particulièrement creuses : aucune décision n'a ainsi été prise en 1977 (ni arrêt ni avis consultatif). La C.P.J.I. a rendu entre 1922 et 1940 31 arrêts ainsi que 27 avis et 28 ordonnances dans des litiges opposant pour l'essentiel des États européens. De 1948 à 1994 inclus, la C.I.J. a prononcé 58 arrêts, 21 avis et 80 ordonnances (si l'on excepte les ordonnances portant uniquement fixation ou prorogation de délais).

L'une des raisons majeures est peut-être l'appréhension quasi atavique que nourrit la plupart d'entre eux à l'égard d'une forme de règlement des litiges qui revient à donner le pouvoir décisionnel à une « instance tierce ». Il en est ainsi même si l'instance en question est l'Aréopage du Palais de la Paix et plus exactement « un corps de magistrats indépendants... possédant une compétence notoire en matière de droit international » aux termes de l'article 2 de son Statut (50). Ce premier fondement immarcescible depuis 1920 a par ailleurs été complété jusqu'à une époque récente par des motivations conjoncturelles. La première résultait jusqu'en 1989 de l'attitude réfractaire au règlement juridictionnel international des États socialistes Est-européens à direction communiste pour des motifs autant politiques qu'idéologiques. Aucun d'eux n'a ainsi été Partie plaidante à un procès porté devant la Haute Assemblée à l'exception de l'Albanie dans des circonstances particulières au lendemain immédiat de la Seconde guerre mondiale. La C.I.J. a ainsi été privée pendant plusieurs décennies du concours d'une fraction importante de la société interétatique et d'abord de celui de l'Union soviétique. Les États nouveaux — issus de la décolonisation à partir des années « 50 » — étaient pour leur part peu familiarisés avec la technique du règlement judiciaire international et par suite peu enclins à en affronter les difficultés en l'absence de services juridiques expérimentés. Certains d'entre eux témoignent toutefois depuis le début des années « 80 » d'un engouement évident à l'égard de la Haute juridiction. Ce comportement prometteur peut s'expliquer par une plus grande représentation en son sein de nouveaux courants de la pensée juridique et des diverses régions du monde. La création en 1989 d'un Fonds d'affectation spéciale par les Nations Unies en vue d'aider les justiciables à faire face aux frais dispendieux de la justice internationale devrait par ailleurs inciter les États en développement à recourir davantage à la Haute instance pour vider leurs querelles.

Le rémora rédhibitoire de constituer dans la Communauté internationale une véritable autorité juridictionnelle à compétence pleinement obligatoire explique dans une très large mesure la modestie du *corpus* jurisprudentiel comme la pusillanimité de la jurisprudence internationale en dépit d'une faible « armature » des normes conventionnelles et coutumières. Il est dès lors bien difficile de ne pas partager une réflexion nimbée d'amertume exprimée par nombre de publicistes de renom et résumée en ces termes par M. Charles Leben : « Si donc... l'on observe la réalité des relations internationales..., on ne peut accorder à la fonction judiciaire internationale... qu'un rôle mineur aussi bien en tant que moyen de règlement des diffé-

(50) C'est dire que l'« organe judiciaire principal des Nations Unies » donne toutes garanties de technicité et d'impartialité et que ses membres ne sont pas *a priori* des « apprentis juristes » ou des « stratèges en chambre » ou encore des « stratèges du Café du Commerce ».

rends... qu'en tant qu'instrument privilégié d'affirmation et de développement du droit » (51).

Le temps ne serait-il pas alors venu de prendre conscience de la nécessité de l'*aggiornamento* de l'administration de la justice internationale sur certains points jugés encore tabous afin de permettre son bon fonctionnement ? Comment résoudre par exemple le conflit majeur entre le droit de l'État souverain et l'état de droit dans la société internationale ? Que faire à l'orée des temps nouveaux pour aboutir à la plénitude du règlement judiciaire des différends internationaux ? Dans une résolution 47/32 adoptée le 25 novembre 1992 dans le cadre de la *Décennie des Nations Unies pour le droit international*, l'Assemblée générale de l'O.N.U. a pour sa part souhaité que les États et les associations scientifiques « réfléchissent notamment sur la question du recours à la Cour internationale de Justice et au plein respect de cette institution ». Des propositions ont par ailleurs déjà été formulées par la doctrine académique en vue de remettre en cause le principe selon lequel seuls les États sont autorisés à se présenter devant la Cour au plan contentieux. M. Elihu Lauterpacht a ainsi déclaré qu'il conviendrait d'accorder aux Organisations intergouvernementales — au-delà de la possibilité de s'impliquer dans le cadre d'une procédure consultative — un droit d'accès au Tribunal du Palais de la Paix dans le cadre de procédures contentieuses. Le Savant britannique s'est également déclaré convaincu qu'une réflexion constructive s'impose afin d'envisager une suppression de la nécessité de l'accord des États à la juridiction internationale de La Haye (52). Cette réforme est assurément séduisante. Mais est-elle vraiment possible ?

On peut en vérité prédire que le recours à une procédure juridictionnelle internationale quelconque restera pendant longtemps encore soumis à l'agrément de toutes les Parties au litige. La refondation du « système onusien » qu'impliquerait une solution contraire ne semble pas en vue. Une contre-attaque ou contre-stratégie visant à protéger davantage les justiciables de la Cour de La Haye permet au demeurant de corroborer un diagnostic plutôt pessimiste. Cette stratégie de défense qu'on pourrait nommer *stratégie de la suspicion* est elle-même à géométrie variable : elle peut notamment être décelée dans « la montée en puissance » des Chambres *ad hoc* comme dans l'« agonie programmée » de la *clause d'option*.

La Haute Assemblée peut certes être saisie par voie de requête émanant d'un État lorsque les Parties plaidantes ont préalablement accepté sa juridiction en signant la *clause d'option* ou clause facultative de juridiction obligatoire prévue par l'article 36 de son Statut. Mais le mécanisme conçu à l'origine pour introduire une forme atténuée de juridiction forcée dans

(51) Précité, p. 144.

(52) Cf. Aspects of the administration of international justice, Hersch LAUTERPACHT *Memorial Lectures*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1991, respectivement pp. 60-66 et 48-54.

l'ordre juridique international se révèle peu efficace. Il y a même échec partiel pour plusieurs motifs. Le crédit limité des États dans la Haute juridiction est d'abord attesté par le faible nombre de pays ayant souscrit la *clause d'option* (un tiers environ des entités souveraines composant la société interétatique en Décembre 1995). Il est vrai que les États connaissent parfaitement les risques encourus lorsqu'ils acceptent sans restriction la compétence de la Haute instance sur la base du point 36 de son Statut. C'est certainement la raison pour laquelle les déclarations faites en vertu de cette disposition sont souvent assorties de conditions ou de réserves majeures qui excluent diverses catégories de litiges et réduisent d'autant le champ d'application de la juridiction reconnue à la C.I.J. d'un point de vue matériel comme sur le plan temporel. On peut même déplorer avec M. Jean Touscoz que certaines réserves privent parfois « l'engagement de toute portée pratique » (53). Voici une nouvelle conclusion partielle : les *clauses d'option* dans leur diversité incarnent déjà la *stratégie de défense à géométrie variable* mise en œuvre par les États souverains face aux juges du Tribunal international de La Haye. Il arrive enfin qu'un plaideur dénonce la *clause d'option* au lendemain du prononcé d'une décision qui lui déplaît. Les U.S.A. ont ainsi notifié le 7 octobre 1985 le retrait de leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour après l'arrêt *audacieux* du 26 novembre 1984 qui reconnaît la compétence du Tribunal du Palais de la Paix dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (54). Le Gouvernement américain n'est cependant pas le premier au monde à exprimer son désappointement et même sa rancœur après un verdict défavorable et à répudier la *clause d'option*. La décision regrettable de défiance et même de dépit prise par la France à l'égard de la C.I.J. le 10 janvier 1974 est en effet présente dans tous les esprits. Le résultat négatif est là en 1995 : quatre des cinq membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies ne sont pas liés par le paragraphe second de l'article 36 (55).

(53) L'auteur fait allusion à la « réserve CONNALLY » formulée par le Gouvernement de Washington et en vertu de laquelle n'étaient pas justiciables de la Cour les différends relatifs à des questions relevant de la compétence nationale des États-Unis « telle qu'elle est déterminée par les États-Unis ». Voir *Droit International*, P.U.F. 1993, p. 369.

(54) Cette décision a sans doute le mérite d'entériner une conception large de la « justiciabilité » des différends internationaux. Mais elle n'est certainement pas de nature à encourager les États à souscrire la *clause d'option*. Voir CHARNEY (J.), « Compromissory clauses and the jurisdiction of the International Court of Justice », *A.J.I.L.*, 1987, pp. 855-887.

(55) Apparaît peu réaliste — c'est un euphémisme — dans un tel contexte le rapport « Agenda pour la paix » présenté par le Secrétariat général de l'O.N.U. en application d'une déclaration du Conseil de sécurité en date du 31 janvier 1992. Ce rapport suggère en effet que « tous les États Membres devraient accepter la juridiction générale de la Cour internationale conformément à l'article 36 de son Statut, sans aucune réserve, avant la fin de la Décennie des Nations Unies pour le droit international en l'An 2000 ». Voir Rapport de la C.I.J. (1^{er} août 1991-31 juillet 1992), Assemblée générale, Documents officiels de la Quarante septième session, supplément, n° 4 (A/47/4), p. 31.

La nouvelle donne internationale qui a surgi avec la décennie « 90 » autorise-t-elle alors un renversement de situation ? Rien n'est moins sûr si l'on s'en tient à une observation somme toute peu roborative faite dès 1988 par le Juge sénégalais Kéba Mbaye : « Quand les États recourent au règlement juridictionnel, ils font plus volontiers appel à l'arbitrage. Et quand en définitive ils viennent à la Cour internationale de Justice, il leur arrive... depuis quelques années de demander la constitution d'une chambre... dans le but évident de se soumettre à la Haute juridiction dans des conditions qui se rapprochent de celles de l'arbitrage » (56). On sait que la C.I.J. exerce ordinairement ses attributions en séance plénière. Mais les justiciables peuvent toujours demander que leur démêlé soit tranché par une formation *ad hoc* composée d'un nombre plus restreint de magistrats. L'établissement de tels organismes de jugement dans le cadre de la Cour de La Haye a été facilité à l'origine pour remédier à ce qu'il convenait d'appeler « la crise de la justice internationale ». Il s'agissait concrètement de rendre plus attrayante la saisine de la C.I.J. en offrant aux plaideurs la possibilité d'influer sur sa composition (57). Tel fut en partie l'objet des révisions de son règlement intervenues au cours de la décennie « 70 ».

Mme Elizabeth Zoller s'est voulue à cet égard rassérénante en déclarant qu'il est « inexact de présenter la réforme introduite en 1972 et complétée en 1978 comme une sorte de 'machine infernale' qui livrerait la Cour à la merci des États » (58). Il est certain que la création en son sein de formations réduites est d'abord de nature à affermir la confiance des États dans la Haute Assemblée. La Chambre *ad hoc* paraît tout particulièrement attractive pour les pays du Tiers Monde qui peuvent ainsi trouver dans cet organisme un ersatz à une juridiction arbitrale sans avoir à en supporter les frais généralement élevés de constitution et de fonctionnement. La réforme vise également à multiplier le nombre des instances de jugement et à accélérer par voie de conséquence le traitement du contentieux international. On peut enfin présumer que la possibilité reconnue aux Parties d'influer sur la composition des Chambres spéciales renforcera la souplesse d'adaptation de la C.I.J. aux multiples types de querelles interétatiques qui lui sont confiées. Des perspectives stratégiques favorables semblent donc se

(56) Cf. « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *R.C.A.D.I.*, 1988-II, p. 246.

(57) L'article 26 du Statut dispose que la Cour de La Haye peut à toute époque constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée avant de spécifier : « Le nombre des juges de cette chambre sera fixé par la Cour avec l'assentiment des Parties » (par. 2). Les États peuvent ainsi, sinon choisir les stratégies qui seront désignées par la C.I.J. elle-même, au moins exercer une influence directe sur ce choix. La Haute Assemblée avalise en fait les *desiderata* des justiciables de peur de les voir recourir à l'arbitrage dans l'hypothèse contraire.

(58) Cf. « La première constitution d'une chambre spéciale par la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 322 et LACHS (M.), « Some comments on *ad hoc* chambers of the International Court of Justice », *Mé. René-Jean Dupuy*, précitées, pp. 203-210.

dessiner dans le cadre de cette vénérable institution. Mais il y a toujours l'envers du décor.

La restructuration du Tribunal du Palais de la Paix a en effet été l'objet de philippiques doctorales plus ou moins judicieuses. Elle a d'abord été contestée par certains membres éminents de la doctrine finalisée qui considèrent qu'elle est susceptible de poser de délicats problèmes de compétence et de procédure. Sous une ordonnance *lilliputienne* (4 pages) de la Cour prescrite le 28 février 1990 à propos du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (El Salvador/Honduras), le Juge russe Nikolaï Tarassov exprime ainsi dans une opinion dissidente son inquiétude de voir les Chambres *ad hoc* « transformées en une sorte d'hybride à mi-chemin entre le processus judiciaire international et l'arbitrage » (*Rec.*, p. 17). Il est indéniable qu'avec l'instauration des Chambres spéciales on s'éloigne quelque peu du règlement judiciaire international authentique qui suppose toujours l'existence d'un tribunal préconstitué et organisé en dehors du concours des Parties en conflit pour se rapprocher du règlement arbitral dont l'objet est de résoudre des différends entre États « par des juges de leurs choix ». La réforme a également incité certains phénix de la doctrine académique à formuler des scolies intéressantes dont la principale peut être présentée sous forme d'interrogation. Une utilisation de plus en plus répandue des Chambres *ad hoc* ne risquerait-elle pas de porter atteinte à l'unité de jurisprudence de la Haute juridiction dans l'hypothèse nullement invraisemblable de *stratégies divergentes* de la part de la Cour plénière et des Chambres spéciales dont la composition est — faut-il le rappeler — à géométrie variable ? L'objection est d'autant plus plausible que « tout arrêt rendu par l'une des Chambres prévues aux Articles 26 et 29 sera considéré comme rendu par la Cour » en vertu de la clause 27 de son Statut alors même que les Chambres spéciales — contrairement à la juridiction plénière — ne sont nullement obligées d'assurer « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde ».

Il n'est donc pas absolument certain à long terme que l'essor de l'institution des Chambres *ad hoc* soit à l'origine d'une renaissance de la fonction jurisprudentielle de la Cour de La Haye. Après avoir pour sa part noté que la Chambre spéciale n'avait pas mentionné dans l'arrêt *Elettronica Sicula* du 20 juillet 1989 l'importante décision prononcée le 5 février 1970 par l'instance plénière dans l'affaire *Barcelona Traction*, Mme Brigitte Stern s'est rangée parmi les contempteurs de la réforme en exprimant une perspective alarmiste tout à fait compréhensible : « Les Chambres telles qu'elles ont été désignées dans les faits émanent aujourd'hui plus des Parties que de la C.I.J. qu'elles représentent donc difficilement » (59).

(59) Cf. Chron. précitée, 1991, p. 749. M. Elihu LAUTERPACHT se montre pour sa part favorable à l'institution des Chambres spéciales tout en suggérant néanmoins que le consentement des États à leur composition soit supprimé (précité, p. 85).

Voici brièvement exposé le *fondement au sens large du terme de la stratégie de la transaction* mise en œuvre par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » dans certains contentieux internationaux. Quel est alors son contenu (2) ?

2. Le contenu de la stratégie de la transaction

L'étoile du règlement judiciaire des différends internationaux commencerait-elle à pâlir à l'aube du XXI^e siècle ? C'est un fait que l'usage très fréquent du mécanisme classique du juge *ad hoc* ou juge occasionnel en l'absence d'un juge national afin de garantir aux plaideurs une saine administration de la justice ainsi qu'un déclin relatif de la déclaration facultative de juridiction obligatoire et une certaine fascination des États pour les Chambres spéciales — qui semblent aujourd'hui fonctionner à la satisfaction générale — tendent à atténuer la distinction traditionnelle entre le règlement judiciaire et le règlement arbitral des différends interétatiques. *N'y-aurait-il pas déjà sur un plan purement structurel une inclination de la Cour de La Haye vers l'arbitralisation ?* On peut effectivement le penser.

Mais on doit aller plus loin dans l'analyse en tenant compte précisément de ce nouveau et insolite contexte stratégique. Il est d'abord rationnel de penser que l'issue d'un procès porté devant la Haute Assemblée n'est pas aveuglante dans la plupart des cas dès lors que des arguments convaincants existent de part et d'autre. Il est de surcroît raisonnable d'induire que chaque Partie plaidante est persuadée de son bon droit et met dans les magistrats de la Haute juridiction l'espoir légitime de voir se concrétiser son aspiration à la justice. Dans un ordonnancement juridique *sui generis* où les justiciables sont toujours au contentieux des entités souveraines, il faut bien par ailleurs déceler « un mouvement vers l'arbitralisation... dans le produit final » comme le souligne M. Georges Abi-Saab avant de préciser que les décisions mêmes de la Haute instance internationale « démontrent une tendance progressive (surtout pendant les années soixante-dix et quatre-vingt) vers une justice transactionnelle » (60). Voici assurément un constat intéressant.

La Cour de La Haye met effectivement et fréquemment en œuvre depuis la fin de la décennie « 60 » la *stratégie de la transaction* qui va manifestement à l'encontre de la lettre de l'article 38 de son Statut. Cette stratégie lénitive de nature à générer le *consensus* s'oppose à la « *stratégie du tout ou rien* » dans la mesure où elle implique globalement un rapprochement des points de vue ou de sensibilités contradictoires afin d'aboutir à l'établissement d'un *modus vivendi* ou arrangement plus ou moins équilibré entre des prétentions antinomiques. Elle revient *grosso modo* sinon à « marier la carpe et

(60) Cf. « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 290.

le lapin » du moins à « ménager la chèvre et le chou » et parfois même à « couper la poire en deux » selon l'expression du Juge américain Stephen Schwebel (*Rec.* 1984, p. 353). La *stratégie de la transaction* a plus précisément pour objectif de parvenir à une solution concrète qui soit *minimalement acceptable* pour les deux États en conflit. Aussi est-elle particulièrement appropriée dans les contentieux internationaux où les droits des Parties plaidantes apparaissent concurrentiels.

C'est le cas par exemple en matière de détermination des frontières terrestres ou maritimes entre pays limitrophes. La Haute Assemblée semble avoir défini dans ce domaine une nouvelle conception de son rôle qui serait plus exactement celui d'une « Cour transactionnelle » — selon la locution du Juge français André Gros (61) — quand ce n'est pas celui d'un « Conciliateur amiable » comme le stipule implicitement la Chambre *ad hoc* dans l'arrêt *type* prononcé le 12 octobre 1984 à propos de l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* : « Le recours à une délimitation par voie arbitrale ou judiciaire n'est en dernière analyse qu'un succédané au règlement direct et amiable entre les Parties » (*Rec.*, p. 266, par. 22). La Chambre spéciale a même spécifié en des termes irréfutables cette *stratégie du compromis transactionnel* : « Toute délimitation doit se faire consensuellement entre les États concernés, que ce soit par la conclusion d'un accord direct ou éventuellement par une voie de substitution, mais ayant toujours une base consensuelle » (*Rec.*, p. 292, par. 89).

Ce *positionnement stratégique* n'est en fait ici qu'une variante de la *stratégie de la séduction* qui incite par ailleurs la Cour de La Haye à se comporter comme une « Cour d'équité ». Il la conduit plus exactement à faire jouer à l'équité dite « complémentaire » ou « équité accessoire » un rôle de moins en moins négligeable à l'appui de la règle de droit international et une fonction « modératrice » ou « harmonisante » de plus en plus officielle depuis sa féconde décision *Plateau continental de la mer du Nord* rendue le 20 février 1969. On peut également citer son arrêt *significatif* du 22 décembre 1986 prononcé à propos de l'affaire du *Différend frontalier* (Burkina Faso/Mali). Après avoir écarté expressément « tout recours à l'équité *contra legem* » comme à « l'équité *praeter legem* », la Chambre *ad hoc* déclare qu'elle prendra en considération l'équité telle qu'« elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités » (*Rec.*, pp. 567-568, par. 28). Dans le *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la décision *cyclopéenne* du 11 septembre 1992 — également rendue par une Chambre spéciale — se détermine dans le même sens (*Rec.*, p. 514, par. 262) en stipulant

(61) Cf. « La Cour internationale de Justice (1946-1986) : les réflexions d'un juge », *Mél. Rosenne*, précitées, p. 306.

explicitement qu'« il y a lieu de s'appuyer sur l'équité *infra legem* » (62). Est-il besoin de préciser que tout autre emploi de l'équité par la Haute instance serait hasardeux car il aboutirait à une décision *ex aequo et bono* de fait ? L'équité ne serait alors dans ce cas précis qu'un prétexte à un *renversement radical de stratégie* pour les juges dès lors que ces derniers cesseraient de rendre justice et commenceraient à légiférer. Faut-il rappeler pour la énième fois que la *stratégie de la rupture* ou *stratégie de la cassure* n'a pas droit de cité dans la grande salle de justice du Palais de la Paix ? Les stratégies de la C.I.J. ont bien été institués pour « rendre la justice » et en aucun cas pour « refaire » la loi internationale.

Une autre observation apparaît aussitôt nécessaire. On peut sans aucun doute dire que la jurisprudence judiciaire se rapproche de la jurisprudence arbitrale lorsque la Cour de La Haye met en œuvre la *stratégie de la transaction*. Mais ses « décisions de transaction » ne correspondent absolument pas à un revirement de jurisprudence opéré par la Haute Assemblée comme certains auteurs seraient tentés de le croire. Elles incarnent en réalité un processus spécifique auquel la Haute juridiction a recours pour régler certaines catégories de litiges entre États. *La stratégie du compromis transactionnel n'est pas en d'autres termes une stratégie révolutionnaire*. La conception selon laquelle la Haute instance est une « Commission de conciliation » ou un « auxiliaire de négociation » avait en effet déjà été admise par une *vieille* ordonnance édictée le 19 août 1929 en l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (63). La C.P.J.I. y déclare notamment que « le règlement judiciaire des conflits internationaux en vue duquel la Cour est instituée n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties » (Série A, n° 22, p. 13). Cette conception s'applique même depuis l'origine du règlement juridictionnel des différends internationaux dans le domaine spécifique de l'évaluation des indemnités dues par des États reconnus coupables de dommages causés à d'autres sujets de la Communauté mondiale. Le juge du Palais de la Paix à l'instar de l'arbitre international est en effet généralement conduit à procéder à une détermination équitable du montant des indemnités dues.

La *stratégie de la transaction* ou *stratégie du compromis* est certainement contraire à la lettre de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye en raison de son ambiguïté. Mais qui pourrait sérieusement se plaindre de cette méthode de travail si les Parties plaidantes sont elles-mêmes d'accord pour

(62) Ce n'est d'ailleurs pas le fruit du hasard si les juges *ad hoc* désignés dans cette affaire par El Salvador et le Honduras ont chacun rédigé une opinion individuelle et non une opinion dissidente (*Rec.* 1992, pp. 621-628 et 629-731). Il est certain comme l'indique M. ABI-SAAB que « le recours à l'équité ou aux principes équitables, sans trop les définir ni leur donner un contenu objectif identifiable, rend plus aisée la tâche d'arriver à des solutions transactionnelles d'espèce » (précité, p. 292).

(63) L'expression « auxiliaire de négociation » est notamment employée par Mme Brigitte STERN. Voir Chron. précitée, 1987, p. 763.

laisser au Sage le soin de se prononcer dans un litige avec son intuition et sa sensibilité et de le trancher par le biais de *décisions transactionnelles* ? L'important n'est-il pas d'abord que le plus grand nombre de contentieux interétatiques soient effectivement résolus de manière pacifique ? La fonction judiciaire de la Haute Assemblée ne peut-elle pas être définie dans ce contexte comme un moyen au service d'une fin diffuse qui est « l'harmonie internationale » ? Encore convient-il aussitôt de préciser que *la stratégie de la transaction* n'est pas toujours adéquate. Aussi comporte-t-elle *des limites* (3).

3. *Les limites de la stratégie de la transaction*

Les propos précédemment tenus ne sauraient en aucun cas être systématisés. La Cour de La Haye ne peut pas toujours se comporter comme un tribunal arbitral classique et se satisfaire d'un « exercice discret de la justice internationale » comme l'aurait pourtant souhaité le Juge André Gros dans une étude pleine de saveur amère (64). La Cour ne saurait être en toutes circonstances un *gentil Conciliateur*. Elle doit aussi parfois s'ériger en *inflexible Sanctionnateur* par des prises de position tranchées conformément à la lettre et à l'esprit de l'article 38 de son Statut. Quand la violation d'une règle de droit international par une des Parties à un conflit est flagrante ou de notoriété publique, on ne saurait en effet tolérer que la Haute Assemblée ait recours à la *stratégie de la justice transactionnelle* qui ne serait dans cette hypothèse qu'une *stratégie de la capitulation* ou — ce qui est pire — une *stratégie de la trahison*. Dans ce cas de figure, les internationalistes dans leur ensemble veulent voir les magistrats de la Haute juridiction mettre en œuvre la *stratégie de l'intransigeance* ou *stratégie de la « frappe chirurgicale »* et assurer par là même leur rôle de « sentinelles du droit » ou de « gardiens du Temple ». M. Joe Verhoeven constate à cet égard que la Haute instance a su prendre toutes ses responsabilités dans la décennie « 80 » en prescrivant au besoin une thérapie de choc. L'éminent auteur belge précise que les Sages du Palais de la Paix ont bien agi comme les défenseurs résolus du droit international positif en démontrant avec éclat l'objectivité de la C.I.J. dans la *tumultueuse* affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* avant de ponctuer en ces termes : « L'arrêt du 27 juin 1986 emporte une condamnation claire, même si elle demeure modérée dans sa formulation, des pratiques suivies par les États-Unis au Nicaragua » (65).

Cette décision *retentissante* et *rédemptrice* de 135 pages adoptée à une large majorité fera certainement date dans les annales de la justice internationale. Elle apparaît d'ailleurs déjà comme la cerise sur le gâteau de la restauration de l'autorité et du prestige de la Cour de La Haye après l'arrêt

(64) Cf. *Mél. Shabtai Rosenne*, précités, p. 303.

(65) Cf. « Le droit, le juge et la violence (les arrêts *Nicaragua c. États-Unis*) », *R.G.D.I.P.*, 1987, p. 1161.

désastreux qu'elle avait rendu le 18 juillet 1966 dans les *fameuses* affaires du *Sud-Ouest africain*. Les magistrats ont en effet totalement rejeté l'argumentation américaine selon laquelle la querelle qui opposait les États-Unis au Nicaragua était en quelque sorte trop politique pour être « justiciable » de la Haute Assemblée avant de spécifier qu'un différend interétatique n'a pas un caractère exclusivement politique. Les juges ont surtout rappelé que nul État — y compris une Puissance mondiale — n'est au-dessus de la loi et que l'emploi de la force est en principe contraire au droit international. Ils ont en conséquence décidé que la responsabilité des U.S.A. se trouvait engagée par l'assistance multiforme fournie aux forces contre-révolutionnaires (*contras*) du Nicaragua et par les attaques directes perpétrées contre ce pays ainsi que par le survol de son territoire et la pose de mines dans ses eaux intérieures ou territoriales. Pour faire semble-t-il bonne mesure, les Sages ont encore décrété qu'en l'espèce les faits reprochés par les U.S.A. au Nicaragua ne justifiaient pas l'exercice du droit de légitime défense (*Rec.*, p. 146).

Dans le même ordre d'idée, la *stratégie de l'intransigeance* ou *stratégie du tout ou rien* a été récemment appliquée par l'institution judiciaire suprême des Nations Unies dans l'affaire du *Différend territorial Tchado-Libyen*. Son arrêt du 3 février 1994 décide en effet à la quasi-unanimité — par 16 voix contre 1 — que la frontière terrestre entre la Libye et le Tchad est clairement définie par le Traité d'amitié et de bon voisinage conclu le 10 août 1955 entre la France et la Libye. C'est dire que la décision de justice reconnaît sans état d'âme que la bande d'Aouzou annexée par la Libye en 1973 est exclusivement et entièrement placée sous la souveraineté du Tchad.

Un dernier enseignement général s'impose au terme de cette analyse. La stratégie d'ensemble de la Cour de La Haye nous paraît plutôt pragmatique à l'époque contemporaine pour des raisons qui sont autant intrinsèques qu'extrinsèques à la Haute Assemblée. Cette stratégie « de survie » très circospicte et somme toute très réaliste est en fait conditionnée par les propres stratégies ultra-défensives des États qui — sans le crier sur tous les toits — redoutent toujours le règlement judiciaire des différends internationaux même lorsque celui-ci a tendance à se rapprocher du règlement arbitral. Les principales *stratégies globales* auxquelles la Haute juridiction a recours — *stratégie de la concrétion* et *stratégie de la transaction* — visent manifestement à assurer le respect du droit international public en évitant de saper sa propre crédibilité auprès de sa clientèle naturelle qui est aujourd'hui comme hier uniquement composée au plan contentieux par des États qui se proclament souverains et qui demeurent de toute façon et jusqu'à nouvel ordre les acteurs principaux des relations internationales. Encore convient-il d'ajouter que ces *stratégies globales* — certainement contraires à la lettre de l'article 38 de son Statut — n'empêchent nullement d'assimiler la jurisprudence de la Haute instance à une source autonome au moins auxiliaire du droit international. C'est dire qu'elles sont à ce titre en

eurythmie avec la plupart des *stratégies sectorielles* que la Cour de La Haye met en œuvre à l'égard des sources formelles du droit international (II).

II. — LES STRATÉGIES SECTORIELLES DE LA COUR DE LA HAYE

C'est une simple évocation. Les juges internationaux n'ont pour stratégie officielle que de dire le droit positif. La C.I.J. a d'ailleurs spécifié dans son arrêt *Sud-Ouest africain* du 18 juillet 1966 que « sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer » (*Rec.*, p. 48, par. 89). Force n'est-il pas de constater avec le courant positiviste dominant que les États se sont bien gardés de donner aux Sages le pouvoir de faire du droit lorsqu'ils ont adopté le Statut de la première Cour de La Haye ? Max Sorensen remarque en effet que tous les membres du Comité de juristes chargé d'élaborer le Statut de la C.P.J.I. étaient d'avis en 1920 qu'« il ne fallait pas autoriser la Cour à créer elle-même de nouvelles règles de droit international ». L'éminent publiciste danois étançonne au demeurant sa thèse avec une apostille de poids : « Un accord... régnait à l'égard de l'inadmissibilité d'accorder à la Cour une fonction législative » (66).

M. Pierre-Marie Dupuy précise pour sa part que la lettre de l'article 38 du Statut du Tribunal international de La Haye n'est dans ce contexte que « le reflet du dogme d'après lequel, dans un ordre juridique où les sujets primaires sont seuls souverains, il ne saurait y avoir à côté d'eux, ni *a fortiori* au-dessus, d'autorité investie du pouvoir quasiment régalien d'édiction de la norme ». L'éminent juriste corrige cependant quelque peu « le tir » en des termes qu'on ne peut qu'avaliser : « En s'affranchissant à des degrés divers de la référence à la pratique internationale pour affirmer la validité juridique de certaines règles générales, la Cour a sans doute bien des fois méconnu les conditions statutaires dans lesquelles elle est habilitée à appliquer le droit international » (67).

Sachant que la jurisprudence de la Cour de La Haye ne peut être le fruit de n'importe quelle décision de justice rendue dans n'importe quelles conditions, quelles sont les motivations profondes qui permettent de justifier ses diverses *stratégies sectorielles* à l'égard des traités diplomatiques et des coutumes internationales ou encore des principes généraux mentionnés dans le

(66) Précité, p. 32.

(67) Cf. « Le juge et la règle de droit », *R.G.D.I.P.*, 1989, respectivement pp. 587 et 580.

point 38 de son Statut (68) ? En répondant à ces questions, nous montrons que la Haute Assemblée peut avoir au moins en théorie et parfois même sur le plan pratique une activité créatrice au-delà de l'espèce — en dépit même de l'autorité relative de la chose jugée — dès lors que ceux qui profitent de ses activités juridictionnelles ne se limitent pas aux seules Parties plaidantes. Encore convient-il aussitôt de nuancer ces réflexions certainement stimulantes en répertoriant concrètement une *triple stratégie de proximité* de « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » à l'égard des sources formelles du droit international. Envisageons plus exactement la *stratégie du redéploiement dans le processus d'identification des normes coutumières* (C), la *stratégie de la neutralité dans le domaine de la formulation des principes généraux* (B) et en tout premier lieu la *stratégie de la « jurisprudence retenue » en matière d'interprétation des traités diplomatiques* (A).

A. — *La stratégie de la « jurisprudence retenue »
en matière d'interprétation
des traités diplomatiques*

L'intervention de la Cour de La Haye porte le plus souvent sur des différends juridiques opposant les sujets originaires et principaux de la Communauté mondiale et ayant notamment pour objet « l'interprétation d'un traité » conformément à l'article 36 de son Statut (par.2). Le Sage a pour stratégie basique d'appliquer l'engagement international de l'État après avoir déterminé les faits. Rien n'est plus facile lorsque la norme conventionnelle a été clairement établie par les autorités gouvernementales qualifiées. Le travail du juge sera alors presque machinal. Mais souvent les choses sont moins évidentes. Le magistrat n'est-il pas parfois placé devant la nécessité de décoder des règles de droit avant de les mettre en œuvre ? N'est-ce pas précisément le cas lorsque le support écrit d'un accord est ésotérique ? Il est en vérité exceptionnel qu'une norme juridique s'applique mécaniquement à un cas concret en raison de la généralité de ses termes. Pour être certain qu'elle s'applique, il faudra donc d'abord s'efforcer de dissiper les ambiguïtés qu'elle contient du fait même de cette généralité : telle est la mission d'interprétation des traités internationaux qui revient tout naturellement au Tribunal du Palais de la Paix.

(68) Cet article se caractérise néanmoins par son incomplétude. Il ne donne pas en effet une liste exhaustive des sources formelles du droit international contemporain. Certaines d'entre elles dégagées par la pratique sont ainsi passées sous silence. C'est le cas par exemple des actes unilatéraux élaborés par les collectivités étatiques ou des décisions émanant des Organisations intergouvernementales. M. Pierre-Marie DUPUY note à ce propos que le *mutisme* de la clause 38 à leur égard est révélateur par défaut du *positivisme volontariste classique* qui voit « un obstacle de principe à ce qu'un État puisse par l'expression unilatérale de sa volonté conditionner celle des autres, également souverains, sans leur assentiment » (précité, p. 249). Il faut néanmoins reconnaître que son « audace calculée » dans l'affaire des *Essais nucléaires* ponctuée par l'arrêt *concluant* du 20 décembre 1974 a conduit la C.I.J. à développer et à enrichir avec beaucoup de flexibilité la notion d'acte unilatéral en tant que source autonome du droit international.

L'interprétation de la règle de droit est sans doute reconnue dans tous les ordres juridiques. Aucun magistrat ne saurait sérieusement se retrancher derrière l'inintelligibilité d'une norme de toute façon applicable pour échapper à son office. La position du juge international est cependant nettement inférieure à celle de son homologue interne. L'hétérogénéité des juridictions internationales ainsi que la double absence de tribunaux obligatoires et de voies de recours ne permettent pas en effet une « uniformisation juridictionnelle » du décryptage des dispositions conventionnelles. La fonction d'interprétation est pourtant inévitable — répétons-le — lorsque de telles dispositions sont nébuleuses ou sibyllines.

Quant au fond, « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » met en œuvre la *stratégie de la rectification* afin de tenir compte aujourd'hui de l'évolution de plus en plus rapide de l'ordre juridique international (b). Mais sur le plan formel et afin de convaincre les « souveraines volontés étatiques », il applique de manière concomitante et de plus en plus ostentatoire la *stratégie de la clarification* (a).

a) *La stratégie de la clarification sur le plan formel*

Il faut d'emblée noter que cette *stratégie de la persuasion* est tout à fait compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye dans la mesure où elle vise simplement à révéler le sens exact de l'*instrumentum*. On pourrait à cet égard penser que le travail de clarification est l'œuvre exclusive des magistrats. La vérité est cependant plus complexe. L'herméneute ne doit-il pas en effet opter entre deux et parfois même plusieurs sens possibles ? Or ces derniers sont habituellement inspirés aux juges par les avocats des Parties en conflit et assez souvent d'ailleurs sur les suggestions du corps professoral comme l'atteste le Président Manfred Lachs : « Il n'est pas rare que la doctrine que constituent les 'enseignements' guident les tribunaux dans leurs jugements » (69). Ne pourrait-on pas à la suite de ces prémices poser une question iconoclaste ? Qui fait réellement la jurisprudence ? Est-ce bien le Sage ? N'est-ce pas plutôt le Savant ? La *stratégie de la clarification* permet de constater que l'œuvre de jurisprudence est en réalité le produit d'un « partenariat stratégique » entre le Palais et l'Ecole dès lors que ces deux autorités ont l'ambition d'assurer le respect et le « progrès du droit international ». La remarque est intéressante. Mais là n'est pas l'essentiel.

Ne dit-on pas parfois que les jugements de la Cour de La Haye « disant le droit » sont plus ou moins basés sur la libre appréciation ? Sans doute. Mais cela ne signifie nullement qu'ils soient arbitraires. Il faut certes supposer que des décisions de justice aient été rendues pour que l'on puisse faire état de l'existence d'une jurisprudence. La condition est certes nécessaire.

(69) Précité, p. 192.

Mais elle n'est pas suffisante. Encore faut-il que les sentences judiciaires soient motivées. C'est en effet leur motivation systématique qui facilite la tâche du scoliaste dès lors que celui-ci n'a pas à dégager de façon divinatoire la *ratio decidendi* des circonstances de l'espèce. L'obligation de motiver le dispositif de l'arrêt est pour tout plaideur et notamment pour tout État souverain la plus précieuse des garanties car elle le protège contre la « tyrannie des juges » en lui prouvant que sa demande et ses moyens ont bien été examinés.

Ne pourrait-on pas toutefois se demander si « trop de prolixité » dans la motivation de certains verdicts récents de la Cour de La Haye n'est pas de nature à nuire à la connaissance du droit international ou entraver des évolutions indispensables ? Faut-il souligner que la Haute Assemblée doit dans trois affaires sur quatre environ procéder à l'interprétation d'un traité diplomatique ? Faut-il également ajouter que l'arrêt *océanique ou pantagruélique* prononcé par une Chambre *ad hoc* le 11 septembre 1992 dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* compte — record absolu — 267 pages (*Rec.*, pp. 351-618) ? Mais pourquoi la Haute juridiction écarte-t-elle la *stratégie de la concision* mise en œuvre par certaines Cours suprêmes dans les ordres juridiques internes où la motivation des arrêts est généralement synthétique et parfois même elliptique ? N'est-il pas *a priori* logique de penser avec Michel Virally que toute décision juridictionnelle requiert « autant de rigueur dans l'art d'élaguer que dans la technique de l'argumentation » ? N'attend-t-on pas en principe des stratégies de la C.I.J. un style sinon étincelant du moins intelligible et des prises de position plutôt que des digressions ?

Ce qu'on pourrait toutefois appeler ici la *stratégie de la motivation luxuriante* ou *stratégie de la boulimie rédactionnelle* mise en œuvre par la Haute instance s'explique notamment par le fait que son travail est « collégial » et son arrêt « le produit d'une œuvre collective » d'une quinzaine de magistrats comme le souligne le Président Mohammed Bedjaoui avant de préciser qu'il n'est pas étonnant dans ce contexte que le Tribunal du Palais de la Paix soit amené à « des subtilités verbales ou à l'usage fréquent d'infinies nuances pour rendre le texte acceptable pour tous » (70). On doit par ailleurs préciser avec MM. Patrick Daillier et Alain Pellet qu'une telle *stratégie de groupe* émanant des juges pédagogues de La Haye est tout à fait compréhensible quand on sait que les principaux justiciables n'ont pas pour « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » les yeux de Chimène : « Parce que sont en cause des États souverains dont le juge tient à ménager la susceptibilité et parce que le règlement juridictionnel n'est souvent qu'un élément d'un processus plus vaste de règlement du différend, la motivation est

(70) Cf. « La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice », *Mél. Michel Virally*, précités, p. 105.

nécessairement très développée. Ce qui, outre le style narratif adopté, explique la longueur des arrêts » (71).

En mettant en œuvre avec extrême minutie sa *stratégie de la clarification*, en ayant pleinement recours aux « armes du raisonnement », la Cour de La Haye entend être à l'égard de plaideurs généralement ombrageux irréprochable comme la femme de César. Mais elle ne se contente pas d'être « explicative » sur le plan formel. Que penser alors sur le plan substantiel de sa *stratégie de la rectification* (b) ?

b) *La stratégie de la rectification sur le plan substantiel*

La remarque a déjà été faite : les Savants ont vocation à décoder les normes conventionnelles au même titre que les Sages. Mais là s'arrête une nouvelle fois la comparaison entre l'Ecole et le Palais. L'éclairage doctrinal d'un traité n'est jamais en effet « source de droit » au sens formel du terme à l'inverse de son interprétation juridictionnelle qui lie au moins l'ensemble des Parties plaidantes. Cette dernière activité est même dans l'absolu créatrice de règles de droit dans la mesure où il est mal aisé de déchiffrer un texte sans lui apporter un élément nouveau. Même si la C.I.J. clame avec détermination que sa *stratégie sectorielle* vise à « interpréter les traités » et « non à les réviser » dans son avis *orthodoxe* prononcé le 18 juillet 1950 à propos de *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (deuxième phase), il n'en reste pas moins vrai qu'elle fait en un certain sens œuvre prétorienne (*Rec.*, p. 229). C'est dire que la convention n'est plus *exclusivement* élaborée par les autorités investies du *treaty making power* dans une telle hypothèse au demeurant peu compatible avec le positivisme juridique. Elle se prolonge de façon parfois subreptice et pour une part si modeste soit-elle dans l'interprétation qui émane de la Cour de La Haye dont chaque décision correspond à un grain de sel dans l'édification d'un ordonnancement juridique international toujours plus centralisé.

Ne serait-il pas une nouvelle fois judicieux d'attribuer au moins à titre auxiliaire le label de source formelle du droit international à la jurisprudence lorsque celle-ci précise ou complète le texte d'un traité (72) ? La

(71) Précités, p. 854. M. Serge SUR approuve lui aussi en ces termes la *stratégie de la boulimie rédactionnelle* mise en œuvre par les juges de La Haye : « Les décisions de la Cour., par l'importance de leur motivation, qui utilise une méthode dissertative, comportent des exposés très élaborés sur l'état du droit international et un examen extensif de ses différents aspects ». Voir COMBACAU (J.) et SUR (S.) *Droit International Public*, Montchrestien, 1993, p. 46.

(72) Le Sage du Palais de la Paix a conscience en appliquant le droit positif que la stabilité du droit conventionnel est un important facteur de sécurité dans les relations internationales. Mais la *stratégie de la concrétion* quasi hiératique dans son esprit n'autorise pas pour autant la « pétrification » du droit international. Destiné à organiser la vie en société, ce droit ne doit-il pas en effet évoluer afin d'être toujours accepté par la société qu'il régit ? Il n'est pas en vérité de disposition qui soit pérenne ni de décodage des engagements qui ne doivent se transformer sous la pression des nécessités sociales. Cette adaptation revient formellement aux États qui expriment seuls en principe leurs volontés dans une société encore primitive. C'est pourtant le juge

réponse ne peut être que positive : le juge réalise toujours une rectification si minime soit-elle par le biais du décryptement. Encore faut-il ajouter que la *stratégie de la rectification* — qui revient bel et bien à créer du droit — ne sera jamais ouvertement reconnue par les stratèges avisés du Palais de la Paix. Ces derniers ne tiennent surtout pas à jouer le rôle de croque-mitaines auprès de leurs principaux justiciables. C'est là un argument majeur. On peut donc considérer que la jurisprudence est bel et bien une source auxiliaire du droit international dans certains cas de figure. Mais ne convient-il pas de préciser — en reprenant une locution de l'éminent privatiste français Olivier Dupeyroux — qu'elle est « une source en quelque sorte honteuse parce qu'officiellement inavouable et inavouée » (73) ?

Il nous faut cependant aller encore plus loin dans l'analyse. Le Tribunal du Palais de la Paix a bien le *pouvoir* et même le *devoir* d'interpréter le droit international conventionnel en vertu même de son Statut. Mais ce dernier ne renferme pour autant aucune règle de décodage des traités. Etant donné l'importance de la jurisprudence comme source de la norme juridique, quelles sont alors les méthodes d'interprétation des conventions auxquelles il a recourt ? Les tendances du décryptage sont pour le moins bigarrées. Quelques principes sont cependant certains. Les magistrats embrassent la seule stratégie qui paraît inattaquable lorsqu'ils décident que tout engagement clair et net n'a pas à subir le traitement intellectuel de l'herméneutique. Les Sages n'ont ici aucun rôle à jouer dans la « fabrication » du droit. Ils n'en sont que les serviteurs zélés comme l'a très tôt indiqué la C.P.J.I. dans un avis *cartésien* rendu le 15 septembre 1923 à propos de l'affaire de l'*Acquisition de la nationalité polonaise* : « Le devoir de la Cour est nettement tracé. Placée en présence d'un texte dont la clarté ne laisse rien à désirer, elle est tenue de l'appliquer tel qu'il est » (Série B, n° 7, p. 20). C'est aussi la conviction de M. Jean Combacau qui exprime tout uniment la vision de l'ensemble des internationalistes : « Là où la règle est aussi précise et aussi sûre que le sont habituellement les normes du droit interne, la doctrine attend du juge qu'il se conduise *en juge* et qu'il applique purement et simplement la règle » (74).

L'opération de décryptage d'un accord est plutôt difficile en droit international lorsque l'*instrumentum* est amphigourique. Il en est ainsi parce que les entités souveraines ne veulent jamais être liées au-delà de ce qu'elles ont véritablement consenti. Aussi les magistrats s'attachent-ils dans ce contexte à donner le pas à l'esprit de la convention (la *ratio legis*) sur sa lettre. Mais il arrive parfois qu'ils s'en tiennent à cette dernière. C'est en

qui sera parfois confronté le premier à l'inadéquation du droit positif. Ce dernier pourra dès lors réaliser l'ajustement nécessaire par voie d'interprétation *lato sensu* que l'on peut qualifier de « créatrice ».

(73) Cf. « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *Mél. Gabriel Marty*, 1978, p. 475.

(74) Cf. Travaux précités de l'Association Henri CAPITANT, p. 404.

fait pour eux une question sinon de circonstances du moins de bonne justice. Il ne faudrait pas autant déduire de ces prolégomènes que la *stratégie sectorielle* de la Cour de La Haye est erratique ou arbitraire. L'idée maîtresse est que le décryptement d'un traité doit toujours avoir pour fin la recherche de la « commune intention des Parties » comme le rappelle l'arrêt *niagaresque* prononcé le 11 septembre 1992 par une Chambre *ad hoc* dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* (Rec., p. 583, par. 374). C'est dire qu'il ne faut pas attendre que la justice rendue par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » aille au-delà. La *stratégie de la rectification* est en effet dictée par le souci permanent d'assurer le double respect du principe cardinal de la souveraineté des États et de la règle d'or *pacta sunt servanda*. Mais comment y parvenir ?

Il existe en fait depuis longtemps divers processus interprétatifs des dispositions conventionnelles qu'on pourrait présenter en distinguant *grosso modo* le recours à l'interprétation restrictive et le recours à l'interprétation extensive. Au premier système se rattache l'*Ecole de l'interprétation exégétique* — qui prône un strict attachement au texte du traité — et au second l'*Ecole de l'interprétation téléologique* — qui suppose un décodage en fonction de l'objet et du but de la convention internationale — et son prolongement qui est l'interprétation « déductive ». Mais cette dernière technique est rarissime puisqu'on ne la rencontre que dans la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice de Luxembourg (75).

Le Tribunal du Palais de la Paix paraît toutefois hésiter de moins en moins à recourir à la méthode de l'interprétation extensive du droit international conventionnel depuis le début de la décennie « 70 » même si une telle méthode paraît contraire à la lettre de l'article 38 de son Statut. Sa stratégie sensiblement évolutive en ce domaine mérite alors réflexions. Les voici.

Tout comme ceux de la C.P.J.I., les juges de la C.I.J. étaient en majorité à l'origine de formation « occidentale » en raison de la composition initiale de l'O.N.U. Ayant par la suite accédé à l'Organisation mondiale, les pays du Tiers Monde ont exigé que la Cour de La Haye soit appelée à assurer « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » afin de se conformer à l'article 9 de son Statut. L'arrêt *hérétique* qu'elle avait rendu le 18 juillet 1966 dans les *chaotiques* affaires du *Sud-Ouest africain* a d'ailleurs renforcé cette doléance dès lors

(75) La Cour de La Haye s'estime en principe tenue d'interpréter restrictivement les traités diplomatiques par respect du principe de la souveraineté des États. En tant que juridiction de nature pré-fédérative, la Cour de Luxembourg considère au contraire que les finalités d'intégration des conventions communautaires autorisent des interprétations allant au besoin au-delà ou même à l'encontre des souverainetés étatiques. De là à évoquer à son égard le spectre du « Gouvernement des magistrats » ou la *stratégie de la rupture*, il n'y a évidemment qu'un pas qui a parfois été franchi. Voir COLIN (J.-P.), *Le Gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, L.G.D.J., 1966, notamment pp. 36-38.

qu'il donnait raison à l'Afrique du Sud dans le litige qui l'opposait à l'Éthiopie et au Liberia. On sait que la Haute Assemblée ne s'était nullement embarrassée de circonlocutions pour transmettre un message ultra-conservateur. Elle avait même fait preuve d'un *juridisme étroit* ou *excessif* en estimant dans un articulet sentencieux qu'elle devait tenir compte exclusivement de la situation prévalante en 1920 pour interpréter le mandat du Gouvernement de Pretoria sur le *Sud-Ouest africain* et que l'évolution ultérieure était « sans pertinence » (*Rec.*, p. 23). La décision de la Haute juridiction de s'envelopper d'un manteau de frilosité en renonçant à un examen au fond fut une tragique surprise. Nul ne l'attendait. Le jugement *méphisto-phélique* du 18 juillet 1966 qui donnait une caution autant inespérée que scandaleuse aux autorités de Pretoria pour leur politique d'*apartheid* au *Sud-Ouest africain* a aussitôt provoqué des réactions importantes tant sur le plan politique que sur le plan juridique (76).

La physionomie de la Cour de La Haye a d'abord été modifiée dès le mois d'Août 1966 par une place plus grande faite aux juristes afro-asiatiques. Sa nouvelle stratégie en matière d'interprétation des traités diplomatiques s'est par suite révélée plutôt décapante. La C.I.J. a en effet pris le chemin d'un ostensible rachat dans son avis *salvateur* du 21 juin 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*. Cet avis consultatif confirme l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie décidée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 27 octobre 1966. La Cour a concrètement opéré un virage à cent quatre-vingts degrés en abjurant la *stratégie de la fossilisation* qui vise à engoncer le droit international dans un carcan immuable et en embrassant dans un *dictum laconique* mais *décisif* une *stratégie d'ouverture* qui prend désormais en compte les exigences de la vie contemporaine : « Tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu » (*Rec.*, p. 31, par. 53).

La Cour de La Haye entend ainsi désormais rejeter toute approche purement statique en matière d'interprétation des traités. Elle prend enfin conscience que « nulle norme ne revêt un caractère d'éternité qui la protégerait contre l'érosion du temps » pour reprendre l'expression heureuse du Président Mohammed Bedjaoui (77). Les stratèges entreprenants de la Haute Assemblée savent aujourd'hui qu'ils peuvent éventuellement formuler par paliers — *stratégie de la gradation* — une nouvelle norme juridique plus assujettissante pour les États afin de ne pas provoquer des réactions de rejet trop vives de la part de ces derniers et pour finalement les familia-

(76) L'année 1966 restera assurément comme l'*annus horribilis* pour les institutions judiciaires internationales de La Haye depuis leur fondation en 1920.

(77) Cf. Pour un *Nouvel ordre économique international*, Publications de l'U.N.E.S.C.O., 1979, p. 104.

riser au nouvel état du droit. L'épilogue fragmentaire de notre essai pourrait dès lors paraître plutôt lénitif même si le décryptage par « tierce partie » demeure exceptionnel en raison des conditions très particulières et très restrictives de saisine de la Haute juridiction. On peut en effet parfaitement concevoir la richesse au moins potentielle de la contribution de la Haute instance au « progrès du droit international » dans l'exercice de sa mission d'exégète quand on sait que la portée d'un engagement interétatique peut parfois dépendre de l'acception d'une locution ou même d'un mot.

Faut-il pour autant laisser croire que la C.I.J. serait passée à partir de 1971 de la *stratégie du grand sommeil* à la *stratégie du grand chambardement* ? Que penser plus précisément de la thèse de Mme Michèle Sicart-Bozec lorsqu'elle affirme de manière péremptoire que « les méthodes extensives, téléologiques, malgré les risques d'altération, de déformation qu'elles peuvent entraîner, seront choisies » dans ce contexte nouveau « pour réactualiser le droit, le dépoussiérer, pour lui permettre de régir la communauté internationale et régler équitablement ses disparités politiques, économiques, culturelles, sociales » (78) ? La réponse est claire : rien n'est moins sûr. La Cour de La Haye a certainement rectifié « le tir » en 1971 par rapport à 1966. Mais elle garde toujours « le cap » en 1995. Celui-ci consiste à respecter la souveraineté des États en conflit. Voici dès lors une nouvelle conclusion partielle : la Haute Assemblée s'en tient toujours à l'orée du XXI^e siècle à la *stratégie de la « jurisprudence retenue »*. C'est dire en dernière analyse qu'elle fait preuve de beaucoup de ménagement et même d'une suffisante hystérésis (79).

Mais qu'advient-il lorsque le Sage se trouve en présence d'un « *vacuum juridique* » — selon la locution de Lord Arnold Mc Nair — et non d'une clause simplement hermétique ? Son ministère consiste sans doute ordinairement à assurer le passage de la règle abstraite au cas concret dont il est saisi. Mais le juge ne doit-il pas aussi parfois forger des normes juridiques nouvelles en l'absence de coutume ou de traité ? La solution à une telle problématique est en vérité loin d'être limpide quand on analyse la *stratégie sectorielle de la neutralité du Tribunal de La Haye dans le domaine de la formulation des principes généraux* (B).

(78) Cf. *Les juges du Tiers Monde à la Cour internationale de Justice*, Economica, 1986, p. 303.

(79) C'est un fait que le Tribunal international de La Haye n'hésite pas à utiliser simultanément plusieurs méthodes d'interprétation afin que les unes et les autres consolident le sens à attribuer à une clause conventionnelle frappée d'herméticité et concourent ainsi à dégager la « commune intention des Parties ». Dans l'affaire relative aux *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua/Honduras), son arrêt *indiscutable* du 20 décembre 1988 sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête fait par exemple apparaître une interprétation de l'article XXXI de la Charte de Bogota du 30 avril 1948 qui est une interprétation à la fois exégétique et téléologique. Cette *stratégie tous azimuts* en matière de décryptement des traités diplomatiques a conduit en l'espèce la C.I.J. à dire qu'elle a bien « compétence » pour connaître de la requête déposée par le Nicaragua et que ladite requête est « recevable » (Rec., p. 107).

B. — *La stratégie de la neutralité
dans le domaine de la formulation
des principes généraux*

Une remarque clarificatrice s'impose d'emblée afin d'éviter ce que M. Hubert Thierry appelle un « piège terminologique ». Bien que l'article 38 du Statut du Tribunal du Palais de la Paix ne l'indique pas, la notion de « principes généraux » est polysémique. Le droit international public général permet en effet d'en répertorier traditionnellement deux grandes catégories : les principes généraux *propres* à l'ordre juridique international ou principes généraux *du* droit et les principes généraux *communs* à l'ordre juridique international et à la plupart des ordres juridiques internes ou principes généraux *de* droit.

Il importe tout naturellement dans les développements suivants de préciser les stratégies mises en œuvre par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » à l'égard de ces deux catégories de principes généraux : *ses stratégies spécifiques* (b) comme *ses stratégies communes* (a).

a) *Les stratégies communes à l'ensemble des principes généraux*

La Cour internationale de Justice a traditionnellement recours à deux *stratégies communes* aux principes généraux *du* droit et aux principes généraux *de* droit. Elle applique quant au fond *la stratégie de l'efficiencia* (2) et sur le plan formel *la stratégie de l'anorexie* (1).

1. *La stratégie de l'anorexie sur le plan formel*

Il faut dès l'abord noter avec Charles de Visscher que le juge international ne peut pas toujours « dégager le véritable sens des dispositions d'un traité sans replacer celles-ci dans le cadre de certains principes généraux qui les dominent » (80). Même s'il est vrai que la Cour de La Haye a très rarement l'opportunité de les formuler, les principes généraux ne représentent-ils pas dans ce contexte une création jurisprudentielle du droit international ? Cette question ne saurait en vérité recevoir une réponse péremptoire. Peut-être importe-t-il dans un premier temps de chercher à démystifier le processus de formation de l'ensemble des principes généraux ? A ce sujet, la doctrine a très tôt mis l'accent sur l'humilité et même la componction du Sage lorsqu'il paraît procéder à la formulation de normes prétorienne.

On retrouve en effet une constante dans les décisions de la juridiction du Palais de la Paix. Ce tribunal ne prend pratiquement jamais la peine de prouver l'existence des principes généraux. Comme le dit en termes com-

(80) Cf. « Contribution à l'étude des sources du droit international », *R.D.I.L.C.*, 1933, p. 405.

pendieux M. Alain Pellet : « Il les déclare » (81). Le Sage apparaît en ce domaine comme un virtuose dans l'art du non-dit. Il a recours à ce qu'on pourrait appeler ici la *stratégie de l'ellipse* ou *stratégie de l'anorexie*. Le juge ne clame jamais par ailleurs *urbi et orbi* que les principes généraux constituent des créations *ex nihilo*. La Haute Assemblée ne reconnaîtra en aucune circonstance qu'elle « fabrique » du droit car elle a bien trop conscience de n'être investie d'aucun pouvoir normatif même dans l'hypothèse où n'existe aucune règle juridique applicable. La Haute juridiction se veut en d'autres termes concise à l'extrême car elle a toujours peur d'être perçue comme un juge qui légifère en catimini. Ses sociétaires redoutent de scier la branche sur laquelle ils sont assis : ils appréhendent par dessus tout de porter atteinte au crédit de l'institution judiciaire internationale auprès de sa clientèle naturelle incarnée par des États souverains. Ils savent par ailleurs que ces derniers aiment aujourd'hui comme hier à se croire source de tout droit et sont généralement prompts à jeter l'anathème sur « l'impérialisme des juges » (82). M. Pierre-Marie Dupuy a dans ce contexte proposé un fondement ingénieux à ce qui peut être ici présenté comme la *stratégie de la dis-création partagée* ou *stratégie des connivences implicites* mise en œuvre par les États souverains et les magistrats de La Haye à l'égard notamment des principes généraux :

« Les uns ne peuvent pas reconnaître la fonction normative du juge puisque tout État pose en principe le primat de sa souveraineté et ne veut pas reconnaître d'autorité extérieure à lui pour créer ou simplement développer le droit existant. Les autres, c'est-à-dire les juges, ne peuvent généralement pas davantage reconnaître leur apport à la formation du droit parce que leur Statut les polarise, sur la base d'une saisine exclusivement consensuelle, sur le règlement des différends et qu'ils sont peu soucieux, par ailleurs, de risquer d'apparaître pour des concurrents des États dans l'énonciation créative de la norme internationale » (83).

La Cour internationale de Justice en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » met ainsi en œuvre la *stratégie de l'anorexie au niveau formel*. Encore convient-il d'ajouter qu'elle applique concomitamment la *stratégie de l'efficiencia sur le plan substantiel* (2).

(81) Cf. *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse dactylographiée, Paris, 1974, p. 363.

(82) On peut noter que la jurisprudence apparaît également à certains Savants comme un phénomène d'autorité contrairement à la coutume dont l'analyse romano-canonique cherche le fondement de la force obligatoire dans l'adhésion des assujettis eux-mêmes. C'est notamment la thèse de Paul REUTER lorsqu'il écrit dans une perspective exogène à l'article 38 du Statut de la C.I.J. mais particulièrement pénétrante : « On peut considérer chaque jugement comme une norme individuelle et voir dans la jurisprudence une forme ancienne de la source autoritaire ». Voir *Droit International Public*, 1983, p. 93.

(83) Précité, p. 377.

2. La stratégie de l'efficiencia sur le plan substantiel

On n'examinera pas ici la problématique de la nature juridique des principes généraux qui fait l'objet d'une sempiternelle chamaille byzantine selon que les théoriciens affirment qu'ils sont d'origine coutumière ou représentent une catégorie *sui generis* de règles de droit. Par delà les nombreuses controverses scolastiques qui résultent de conceptions divergentes relatives au phénomène juridique lui-même, on doit au moins reconnaître avec Lawrence Oppenheim que la faculté de jugement sur la base des principes généraux apparaît comme l'*ultima ratio* pour qui réclame justice et se trouve en présence d'une « béance juridique » (84). La thèse du Savant britannique a pour but de légitimer ce que l'on pourrait appeler ici la *stratégie de l'efficacité* ou *stratégie de l'efficiencia* en vertu de laquelle la Cour de La Haye doit toujours être à même de s'acquitter de sa fonction juridictionnelle en créant au besoin directement du droit lorsque les sources principales font totalement défaut. Cette explication doctrinale admet implicitement que les principes généraux sont dépendants de l'activité juridictionnelle en général et notamment du Tribunal du Palais de la Paix. Mais n'avait-elle pas déjà été pressentie avec un zeste d'ironie par le Baron belge Edouard-Eugène-François Descamps ? Le Président du Comité consultatif de Juristes chargé de préparer le projet de Statut de la C.P.J.I. avouait en effet dès 1920 : « On ne voit pas les juristes s'abstenir de rendre la justice sous prétexte d'insuffisance du droit conventionnel ou coutumier » (85).

La *stratégie de l'efficiencia* s'appuie au demeurant sur une règle oecuménique en vertu de laquelle le déni de justice est inadmissible dans l'ordre juridique international comme dans les ordres juridiques internes. Une telle stratégie a de surcroît été soutenue par la doctrine majoritaire. Celle-ci attribue en effet aux principes généraux un rang « subsidiaire » par rapport aux autres sources du droit visées par le Statut de la Haute Assemblée et analyse par suite la jurisprudence de la Cour comme une véritable « fonction de suppléance législative » selon la formule de M. Luigi Condorelli. M. Jean Combacau reconnaît pour sa part que les principes généraux « constituent le seul élément de la légalité internationale qui ne soit destiné qu'à la solution juridictionnelle des litiges et n'ont du reste été intégrés au droit applicable par la Cour en vertu de l'art. 38... de son Statut que pour lui permettre, en cas de carence complète du droit coutumier ou conventionnel, de se frayer un chemin entre le jugement d'équité qui lui est normalement fermé et le *Non liquet* qui n'a pas paru souhaitable » (86).

La Haute juridiction a donc au moins virtuellement la possibilité de s'attribuer une fonction créatrice du droit et de produire une « législation internationale » quand n'existe ni règle conventionnelle ni règle coutumière sur

(84) Cf. *International law. A Treatise*, Longmans, Green and Company, Londres, 1958, p. 30.

(85) Cité par Charles de VISSCHER, précité, p. 407, note 27.

(86) Précité, p. 397.

une matière donnée. Il en est ainsi dès lors que la clause 38 de son Statut admet les principes généraux en tant que source autonome du droit international au même titre que les traités ou les coutumes. Les principes généraux permettent sans doute au Sage de faire face au caractère lacuneux du droit international positif. Leur rôle est cependant dans l'absolu plus grand que ces propos ne le laisseraient paraître. C'est en effet en fonction desdits principes généraux que seront décodées les normes conventionnelles ou coutumières nouvelles qui seront en suite insérées dans l'ordonnement juridique international et conciliées avec celui-ci. Sous cet angle et en raison de leur quasi-immarcescibilité, on peut à juste titre les considérer comme d'importants facteurs de stabilité. Cependant, sur un plan concret, leur rôle est plus modeste : l'observation peut notamment être vérifiée quand on analyse les stratégies spécifiques à chaque catégorie de principes généraux (b).

b) *Les stratégies spécifiques à chaque catégorie de principes généraux*

Le Tribunal du Palais de la Paix adopte d'une manière générale ce que l'on pourrait appeler ici la stratégie de la non-intervention à l'égard des principes généraux du droit (2) et la stratégie du désengagement à l'égard des principes généraux de droit (1).

1. *La stratégie du désengagement à l'égard des principes généraux de droit*

Il faut dès l'abord souligner que la Cour de La Haye a pour mission « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » et qu'elle « applique » à cette fin « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » conformément à l'article 38 de son Statut (87). Cette clause appelle une remarque préalable. Elle représente à première vue un jalon précieux dans l'évolution du droit international à partir de 1920. La réalité est cependant moins extatique. Sans vouloir ici s'appesantir sur la nature des rapports entre *jurisprudence arbitrale* et *jurisprudence judiciaire*, il faut une nouvelle fois convenir avec Lawrence Oppenheim que la reconnaissance de cette troisième source autonome du droit international distincte de la convention et de la coutume fut le résultat d'une pratique commune et pérenne suivie par les juridictions internationales occasionnelles bien avant la fondation de la C.P.J.I. (88). La notion de « principes généraux de droit » a plus précisément été concrétisée au fur et à mesure que se développait l'institution de l'arbitrage dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Le point 38 ne constitue donc pas en soi une révolution lorsqu'on veut bien le replacer dans son contexte historique : il n'a fait qu'entériner une « norme fondamentale » élaborée au siècle dernier par les

(87) Cf. MC NAIR (A.), « *The general principles of law recognized by civilized nations* », *B.Y.B.I.L.*, 1957, pp. 1-19.

(88) Précité, p. 30.

tribunaux arbitraux internationaux en vertu de laquelle les principes généraux *de droit* sont dotés de force obligatoire dans l'ordonnement juridique international au même titre que les traités ou les coutumes.

Quelle lecture peut-on alors donner de la disposition sibylline contenue dans l'article 38 ? Il est d'emblée évident que la formule frappée en 1920 a beaucoup vieilli. Elle apparaît même comme un archaïsme sur le plan formel à l'orée du troisième millénaire. Mais elle est aussi critiquable quant au fond en raison de son incomplétude. On n'insistera pas ici sur ce point (voir *infra*).

Il est néanmoins acquis que les principes généraux comprennent déjà ceux qui sont à la fois « consacrés » par l'ensemble des nations *in foro domestico* et « transportables » — le mot est du Président Jules Basdevant — dans l'ordre juridique international. Retenons pour faire bref à titre de spécimens le principe de la bonne foi ou celui de la réparation du dommage causé « reconnu » dans l'arrêt *granitique* du 13 septembre 1928 prononcé par la C.P.J.I. à propos de la célèbre affaire de l'*Usine de Chorzow* : « La Cour constate que c'est... une conception générale du droit que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer » (Série A, n° 17, p. 29). En reprenant une locution scelliste, on pourrait voir *in globo* dans les principes généraux *de droit* une « sorte de fonds commun » à la plupart des systèmes juridiques internes dans lequel toutes les instances juridictionnelles internationales arbitrales ou judiciaires seraient conviées à puiser pour pallier le déficit du droit international positif. Les Sages sont en fait contraints de vérifier leur quasi-oecuménicité en ayant recours à ce qu'il convient d'appeler ici la *stratégie du comparatiste* même si — comme le note M. Dominique Carreau — la Cour de La Haye « ne s'est jamais expressément référée au droit comparé pour exprimer son point de vue sur un principe général de droit » (89). Une telle stratégie ne rend-elle pas finalement justice à la thèse de la fonction purement déclarative de la jurisprudence internationale vis-à-vis de cette première catégorie de principes généraux ?

Force est par ailleurs de reconnaître que le recours à ce fonds juridique a tendance à se raréfier dans le cadre du règlement judiciaire des différends internationaux alors qu'il était fréquent au XIX^e siècle dans celui du règlement arbitral. Il faut même constater avec M. Hubert Thierry que « la C.P.J.I. et la C.I.J. ont fait un usage modéré des principes de l'article 38 et donc de la faculté de compléter ainsi le droit international » (90). On doit surtout regretter que la Cour internationale de Justice ait totalement manqué le coche dans les *lamentables* affaires du *Sud-Ouest africain*. N'a-t-elle pas en effet refusé d'admettre l'existence d'une sorte d'*actio popularis* ou « droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la

(89) Précité, p. 283.

(90) Cf. « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », R.C.A.D.I., 1990-III, p. 40.

défense d'un intérêt public » dans son *funeste* arrêt du 18 juillet 1966 ? Après avoir pourtant constaté que « certains systèmes de droit interne connaissent cette notion » alors que « le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas », la Haute Assemblée a conclu d'une manière qui nous paraît totalement erronée : « La Cour ne saurait y voir l'un des 'principes généraux de droit' mentionné à l'article 38, paragraphe 1 c), de son Statut » (*Rec.*, p. 47, par. 88).

La Haute juridiction internationale de La Haye met ainsi en œuvre la *stratégie du désengagement* ou *stratégie de la fermeture* au moins relative à l'égard des principes généraux de droit. Mais elle semble appliquer à l'égard des principes généraux du droit une stratégie négative encore plus radicale : la *stratégie de la non-intervention* (2).

2. La stratégie de la non-intervention à l'égard des principes généraux du droit

Une nouvelle remarque préliminaire s'impose. Les principes généraux de droit sont évidemment inassimilables à ceux qui sont spécifiques à la société internationale et qui au demeurant n'ont pas été mentionnés dans la clause 38 du Statut de la Cour de La Haye. Mais cet important hiatus n'a pas empêché la C.P.J.I. de reconnaître très tôt leur existence. Est ainsi présent dans toutes les mémoires le *dictum* de l'arrêt *défectueux* du 7 septembre 1927 qui ponctue l'*énigmatique* affaire du *Lotus* : « Le sens des mots 'principes du droit international' ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale » (Série A, n° 9, pp. 16-17). Autant dire que les stratèges de la Haute Assemblée se reconnaissent *a priori* compétents sur le plan théorique pour compléter la liste officielle des sources formelles du droit international telle qu'elle est établie depuis 1920 par l'article 38 de son Statut. Mais qu'en est-il exactement dans la pratique de la Haute juridiction ?

On peut sans doute donner un échantillonnage restreint des principes généraux du droit « énoncés » par la Cour de La Haye avec le principe du règlement pacifique des différends interétatiques ou la règle de l'épuisement des voies de recours internes avant saisine d'une juridiction internationale. Dans son épilogue à l'avis du 26 avril 1988 rendu à propos de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, la C.I.J. fait par ailleurs état du « principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne » (*Rec.*, p. 34, par. 57). Ce principe général du droit avait déjà été formulé par sa devancière dans l'avis *explicite* du 31 juillet 1930 émis au sujet de la *Question des « Communautés gréco-bulgares »* : « C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les disposi-

tions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité » (Série B, n° 17, p. 32). Encore faudrait-il aussitôt ajouter que ce principe cardinal — comme les autres — avait déjà été « reconnu » expressément et à plusieurs reprises par les juridictions internationales arbitrales avant même la fin du XIX^e siècle et notamment dans l'affaire bien connue du *Vapeur Montijo* (91).

Certains publicistes de renom ont pour leur part mis en avant les dangers qu'il y a de faire passer sous forme de règles de droit positif dans la Communauté internationale des principes empruntés pour la plupart au droit naturel ou à la morale quand ce n'est pas à l'équité comme le souligne par exemple le Juge américain Stephen Schwebel dans son opinion dissidente rédigée sous l'arrêt *audacieux* du 26 novembre 1984 prononcé à propos des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Rec., p. 610). Il faut toutefois reconnaître que les hauts magistrats du Palais de la Paix n'ont fait jouer dans la pratique qu'un rôle plutôt pusillanime aux principes généraux du droit. Leur *stratégie non-interventionniste* est en réalité conforme à la solution volontariste prônée par les États souverains qui ne veulent à aucun prix voir la Cour de La Haye entrer en concurrence avec eux et légiférer à leur place dans un esprit au demeurant totalement étranger à l'article 38 de son Statut. Trois observations principales permettent à l'occasion de montrer que la Cour ne souhaite pas passer pour une force destabilisatrice résultant de la mise en œuvre d'une *stratégie de sape* du pouvoir étatique.

Voici la première observation. Nombre de Savants affirment parfois que certains principes généraux confèrent à l'ordonnancement juridique international un caractère dynamique. Ils citent comme exemple le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qu'un courant doctrinal important considère à juste titre comme une « norme fondamentale » de l'ordre international contemporain. Il est vrai que la C.I.J. a attribué à l'autodétermination des peuples coloniaux le rang de principe du droit international dans ses *importants* avis consultatifs donnés respectivement le 21 juin 1971 dans l'affaire de la *Namibie* (Rec., p. 31, par. 52) et le 16 octobre 1975 dans celle du *Sahara occidental* (Rec., p. 31, par. 54). Dans l'arrêt du 22 décembre 1986 rendu à propos du *Différend frontalier*, une Chambre *ad hoc* de la Cour a également précisé la signification du principe corrélatif de l'*uti possidetis juris* ou principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation : « Il faut voir, dans le respect par les nouveaux États africains des limites administratives et des frontières établies par les puissances coloniales, non pas une simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un

(91) La sentence rendue le 26 juillet 1875 dans un litige opposant les U.S.A. à la Colombie pose le principe selon lequel un État ne peut invoquer une faille de son droit interne pour échapper à ses responsabilités : « Un traité est supérieur à la Constitution. La législation de la République doit s'adapter au traité, non le traité à la loi » (R.S.A., Tome III, p. 663).

principe de droit international coutumier dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique, mais bien l'application en Afrique d'une règle de portée générale » (*Rec.*, p. 565, par. 21). Nous devons cependant souligner qu'il est souvent bien malaisé dans la pratique de fixer un *limes* irrécusable entre les *normes coutumières à portée universelle* et les *principes généraux du droit international*. Il y a même habituellement un confusionnisme plus ou moins volontaire entre ces deux catégories de concepts juridiques dans une opinion professorale largement répandue. C'est précisément le cas pour les règles du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de l'intangibilité des frontières coloniales.

La seconde observation est alors la suivante. La Haute Assemblée fait souvent référence dans ses décisions aux « principes bien établis du droit international ». Mais ces derniers ne sont en réalité le plus souvent que des corollaires obligés de l'incontournable principe de la souveraineté étatique. Ce sont plus exactement des règles inhérentes à un ordonnancement juridique international ancien qui prend racine à la fin du Moyen Age et au début des Temps Modernes. Un seul exemple suffira ici pour asseoir notre conviction. La C.I.J. évoque en ces termes le champ d'application du principe de la souveraineté dans l'arrêt *historique* du 27 juin 1986 qui ponctue la *retentissante* affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : « Le concept juridique fondamental de la souveraineté des États en droit international coutumier, consacré notamment par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, s'étend aux eaux intérieures et à la mer territoriale de tout État ainsi qu'à l'espace aérien au-dessus de son territoire » (*Rec.*, p. 111, par. 212).

Voici enfin la troisième observation. La Cour de La Haye a parfois recours à des tournures sibyllines qui pourraient suggérer — à tort — des « audaces stratégiques ». Il en est ainsi quand elle joue le rôle d'une « Cour d'équité ». C'est le cas plus exactement quand elle utilise la notion d'équité *infra legem* dans le domaine de la démarcation du plateau continental entre États limitrophes dont les côtes sont adjacentes ou se font face. Dans son arrêt *nourricier* rendu le 20 février 1969 à propos des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Haute Assemblée a par exemple déclaré que « la délimitation doit être l'objet d'un accord entre les États intéressés » avant de préciser que « cet accord doit se réaliser selon des principes équitables » (*Rec.*, p. 46, par. 85). La position stratégique de la Haute juridiction est par la suite restée intangible quant au fond. Dans son jugement *confirmatif* du 24 février 1982 concernant la *Délimitation du Plateau continental* (Tunisie/Libye), la C.I.J. a même pris soin de « distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de rendre une décision *ex aequo et bono*, ce que la Cour ne peut faire que si les Parties en sont convenues » (*Rec.*, p. 60, par. 71). La terminologie employée par la Haute instance n'était pas néanmoins dépourvue d'ambivalence dans ces deux contentieux.

Mais l'hypothèque a finalement été levée dans l'affaire relative à la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*. L'arrêt *clarificateur* prononcé le 12 octobre 1984 par une Chambre de la C.I.J. déclare en effet que le droit international exige que « tout accord » se rapportant à la démarcation des espaces maritimes « se traduise par l'application de critères équitables, à savoir de critères empruntés à l'équité, mais qui — qu'on les qualifie de 'principes' ou de 'critères', comme la Chambre le croit préférable pour des raisons de clarté — ne sont pas eux-mêmes des principes et règles de droit international » (*Rec.*, p. 292, par. 89). Après avoir suggéré que le sentiment de devoir rendre une justice d'équité est ancré comme une exigence primordiale dans la stratégie d'ensemble de toute juridiction, Michel Virally souligne que la préférence donnée dans cet arrêt *éclairant* « à l'expression de 'critères équitables'... ne donne naissance à aucune équivoque » contrairement à « celle, précédemment utilisée, de 'principes équitables', source de confusion avec la notion de principes juridiques » (92). Les « critères équitables » ne sont donc ni une application de la troisième source formelle du droit international expressément répertoriée à l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye ni une illustration des principes généraux du droit international.

Il paraît en conséquence bien délicat dans ce contexte de rallier le point de vue de M. Pierre-Marie Dupuy selon lequel « le juge pose... des principes du droit international dont la catégorie se trouve ainsi largement enrichie et ne mérite sans doute pas le dédain dans lequel la tiennent encore si souvent les auteurs même si à proprement parler l'article 38 du Statut de la Cour n'en fait aucune mention » (93). La C.I.J. pratique en vérité la *stratégie de l'abstention* dans la mesure où elle laisse à d'autres structures internationales le soin de formuler les principes généraux du droit. Ces derniers sont le plus souvent « reconnus » par voie conventionnelle en raison par exemple de leur intégration dans la Charte de San Francisco ou par voie de déclarations solennelles insérées dans des résolutions qui sont votées à la quasi — unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies : on peut à cet égard citer comme prototype la célèbre Résolution 2749 (XXV) du 17 décembre 1970 qui contient la *Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans ainsi que leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale*.

L'épilogue fragmentaire de cet essai semble dès lors inévitable. Le double recours aux principes généraux du droit et aux principes généraux de droit reste jusqu'à nouvel ordre un cas exceptionnel de mise en œuvre du pouvoir normatif de la jurisprudence par une instance judiciaire internationale qui ne désire surtout pas générer parmi ses justiciables le sentiment d'une « dic-

(92) Cf. « L'équité dans le droit. A propos des problèmes de délimitation maritime », *Mél. Roberto Ago*, 1987, p. 533.

(93) Précité, p. 583.

tature des juges ». La *stratégie de la neutralité* appliquée par la Cour de La Haye dans le domaine de la formulation des principes généraux contraste alors singulièrement avec la *stratégie du redéploiement* qu'elle adopte dans le processus d'identification des normes coutumières (C).

C. — *La stratégie du redéploiement
dans le processus d'identification
des normes coutumières*

Les deux Cours universelles — C.P.J.I. et C.I.J. — ont assurément contribué depuis 1920 à la formation des règles générales du droit international. Nous devons toutefois préciser qu'un pourcentage important de litiges résolus par la première juridiction de La Haye concernait des questions relatives à l'interprétation et à l'application des traités de paix qui ont mis un point final à la Première guerre mondiale tandis que nombre d'affaires examinées par la seconde ont plutôt porté sur la mise en œuvre de la source coutumière. Ce procès-verbal laconique mérite à nouveau réflexions. Les voici.

Il faut dès l'abord souligner que la Cour de La Haye a pour mission « de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » et qu'elle « applique » à cette fin « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » conformément à l'article 38 de son Statut. On doit par ailleurs reconnaître que la jurisprudence présente en ce domaine un intérêt considérable même dans l'hypothèse où le Sage met simplement en œuvre les normes coutumières existantes. C'est en effet la jurisprudence qui donne à la règle coutumière son véritable visage au stade de l'identification en la faisant passer d'une expression abstraite à la réalité concrète. Mais là n'est pas le seul point positif. Ne convient-il pas de rappeler que l'interprétation de la coutume est plus impérieuse que celle du traité en raison de l'imprécision et de l'incertitude des normes engendrées par l'usage ? C'est dire aussi combien leur décryptage est difficile. Ce décryptage est d'autant plus délicat que le droit coutumier est capable de s'adapter de lui-même aux changements incessants de la réalité sociale en raison de sa ductilité. Le concours de la Haute Assemblée à la « germination » et à la « floraison » des sources non écrites du droit international apparaît dès lors déterminant comme l'indique Michel Virally : « La constatation de l'existence d'une règle de droit et l'énoncé de son contenu représentent des opérations intellectuelles qu'un organe politique est très mal outillé pour entreprendre... C'est là normalement la tâche d'un organe juridictionnel dont les membres possèdent toutes les qualifications nécessaires et sont aidés dans leur recherche du droit applicable par le débat judiciaire » (94).

(94) Cf. « A propos de la *lex ferenda* », *Mél. Paul Reuter*, 1981, p. 527.

Les juridictions internationales arbitrales et judiciaires disposent en fait depuis la fin du XIX^e siècle d'un quasi-monopole dans la détermination du contenu ou du substrat des normes coutumières. Il n'y a pas lieu par ailleurs en matière de décryptement d'instaurer une différenciation symptomatique entre le droit international de formation spontanée et le droit international de formation volontaire. Le point de vue doctrinal largement répandu selon lequel les juges de La Haye adoptent une stratégie tous azimuts en matière d'interprétation des coutumes a en effet été confirmé par Kotaro Tanaka dans une opinion dissidente sous l'incontournable arrêt *Plateau continental de la mer du Nord* rendu le 20 février 1969 : « La méthode d'interprétation logique et téléologique peut être appliquée au droit coutumier comme au droit écrit » (*Rec.*, p. 181).

Nous devons préciser dans les développements suivants la portée de la stratégie du redéploiement mise en œuvre par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » dans le processus d'identification des normes coutumières (b) après en avoir présenté le contenu (a).

a) *Le contenu de la stratégie du redéploiement*

Il est depuis longtemps avéré que les tribunaux judiciaires assurent *volens nolens* dans la Communauté internationale des responsabilités nettement plus étendues que celles qui leur sont normalement dévolues par leurs Statuts et qui consistent à trancher des litiges par application du droit positif (*fonction juridictionnelle*). Sans outrepasser leurs compétences en allant jusqu'à « fabriquer » du droit à partir de rien, les Sages participent en effet par leur action à un processus de concrétion et d'épanouissement du cadre juridique des relations interétatiques (*fonction jurisprudentielle*). Dans son arrêt *médiatique Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* en date du 24 mai 1980, la C.I.J. a ainsi identifié le principe de l'inviolabilité des locaux d'une mission diplomatique déjà codifié par l'article 22 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (*Rec.*, pp. 30-31, par. 62). Dans l'affaire relative à la *Délimitation du plateau continental (Libye/Malte)* résolue par un *important* arrêt du 3 juin 1985, elle a de même décidé que « le différend doit être régi par le droit international coutumier ». Cette dialectique l'amènera plus exactement à tenir compte de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 dont « certaines de ses dispositions expriment dans une certaine mesure le droit international coutumier en la matière » (*Rec.*, p. 29, par. 26). Le Juge Roberto Ago observe à la suite de ce paradigme qu'une « tendance se dessine » au Tribunal du Palais de la Paix pour « considérer les articles formulés dans le texte écrit

issu de la codification comme l'expression pure et simple du droit international général en la matière » (95).

Mais la Cour de La Haye est allée beaucoup plus loin. On peut même dire qu'elle a su épouser son temps en adaptant la coutume à l'évolution de la société internationale à la suite notamment d'une interprétation très élastique de l'article 38 de son Statut. Les pièces de choix exposées dans la vitrine du contentieux international contemporain permettent effectivement d'apprécier dans toute son ampleur le rôle éminent joué par la Haute Assemblée dans le domaine de l'identification et de la « modélisation » des normes coutumières. Ses sociétaires ne se contentent pas par exemple d'appliquer des règles de droit coutumier dans l'arrêt *prodomique* du 12 avril 1960 rendu à propos de l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal/Inde). Ils se prononcent également avec une « audace innovatrice » — selon la formule de M. Georges Abi-Saab — sur des sujets importants relatifs à la nature *sui generis* de la coutume et à ses composants. Sans reconnaître que la répétition d'une pratique est en soi suffisante, la Haute juridiction estime en l'espèce que le *consuetudo* ou élément matériel — une fois solidement établi — peut aussi entraîner la preuve de l'*opinio juris* sive *necessitatis* ou élément psychologique de la coutume alors même que la réunion de ces deux éléments est absolument nécessaire pour que naisse la coutume internationale en tant que règle de droit en vertu même de l'article 38 de son Statut. Dans la même affaire, la Haute instance a également admis sans la moindre restriction la possibilité d'une norme coutumière liant seulement deux entités souveraines alors même que la « coutume particulière » ou « coutume bilatérale » n'a pas été expressément prévue par l'article 38 : « La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux

(95) Cf. « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *R.G.D.I.P.*, 1988, p. 572.

La reconnaissance d'une coutume par le Sage a toujours une force supérieure à celle qui est proposée par le Savant puisqu'elle est faite en vue d'une décision obligatoire pour les justiciables. La remarque est certes fondée. Mais elle doit une nouvelle fois être tempérée dès lors que la jurisprudence prend souvent appui sur la doctrine. On peut ainsi observer que la C.I.J. a souvent prêté attention aux travaux juridiques de la C.D.I. qu'elle a parfois utilisés avant même leur approbation par les États. Ceux portant sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales ont par exemple été exploités par la Haute Assemblée dans son avis du 20 décembre 1980 émis à propos de l'*Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'O.M. S. et l'Égypte* (Rec., pp. 94-95, par. 47). M. Luigi FERRARI BRAVO conclut qu'un tel échantillon prouve « l'attention de la plus haute juridiction internationale à la phénoménologie contemporaine de la pratique des États » (voir « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », *R.C.A.D.I.*, 1985-III, p. 314). La littérature du droit international rend sans conteste les services les plus éminents à la C.I.J. dans l'exercice de ses fonctions gracieuses ou contentieuses. Elle apparaît en dernier ressort comme *un vrai moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* que la Haute instance utilise pour mettre notamment en œuvre une *stratégie promotrice ou innovante* à l'égard de la coutume internationale sans toutefois le placer sous les feux de la rampe et sans lui conférer une autorité indépendante de ses propres décisions.

comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États » (*Rec.*, p. 39).

L'étroite imbrication entre le *consuetudo* et l'*opinio juris* a de surcroît été renforcée par le raccourcissement des délais indispensables à la gestation de la coutume. La C.I.J. a ainsi été amenée à se prononcer sur le processus d'élaboration du droit coutumier en effaçant quasiment la coordonnée paramétrique de la durée dans l'inévitable arrêt *Plateau continental de la mer du Nord*. Il est à cet égard judicieux de se remémorer le *dictum novateur* extrait de la *fertile* décision du 20 février 1969 : « Le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine » (*Rec.*, p. 43, par. 74).

La Cour de La Haye a également apporté une contribution fondamentale à la question des rapports entre les diverses sources formelles du droit international énumérées à l'article 38 de son Statut quand elle met notamment l'accent sur l'autonomie du *droit spontané* par rapport au *droit volontaire*. La C.I.J. se prononce explicitement en ce sens dans son jugement *exemplaire* du 27 juin 1986 rendu à propos des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : « Quand bien même la norme coutumière et la norme conventionnelle auraient exactement le même contenu, la Cour n'y verrait pas une raison de considérer que l'incorporation de la norme coutumière au droit conventionnel doive lui faire perdre son applicabilité distincte » (*Rec.*, pp. 94-95, par. 177). Ce *dictum* en apparence *tautologique* ou « pléonasmatique » n'est nullement dépourvu d'intérêt pratique comme le souligne notamment M. Julio Barberis : « Lorsque le traité codificateur prend fin ou que l'un de ses signataires le dénonce, le droit coutumier s'applique de nouveau aux États qui ont cessé d'être parties au traité, de la même façon qu'avant la conclusion du traité en question » (96).

L'apport de la jurisprudence du Tribunal de La Haye à l'identification et à l'élaboration du droit international coutumier a été imposant depuis 1945 comme le prouvent ces exemples au demeurant non limitatifs. La *stratégie de l'innovation* ou *stratégie de l'ouverture* adoptée par la Cour pourrait de surcroît être encore plus spectaculaire à l'avenir dans le domaine sensible de la détermination des normes de *jus cogens* dégagées par la coutume. Un paradigme représentatif mérite d'ailleurs d'être mentionné. Le *substantiel* paragraphe 190 de l'arrêt précité du 27 juin 1986 est en effet du plus haut intérêt en ce qui concerne le principe de la proscription du recours à la violence. Au cours de sa démonstration du caractère coutumier d'une règle par ailleurs codifiée à l'article 2 de la Charte des Nations Unies, la C.I.J. prend appui sur une citation du commentaire que la C.D.I. avait elle-même effec-

(96) Cf. « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, 1990, p. 46.

tué de la clause 50 de son projet d'articles (futur point 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États) d'après laquelle « le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens* » (97). M. Pierre-Marie Dupuy fait observer que les stratégies avertis du Palais de la Paix se sont en l'espèce acquittées de leur mission en alliant une nouvelle fois *hardiesse technique* et *précaution formelle* : « Pour la première fois dans sa jurisprudence, la Cour accepte d'abattre la norme *joker* de *jus cogens* en osant la nommer. Mais, comme retenue par une ultime prudence, elle s'abrite encore derrière l'opinion des autres dont elle semble pourtant avaliser le contenu ». Avant de spécifier que son rôle pourrait s'affermir dès lors que l'avènement inéluctable d'un ordre public international « suppose la présence diligente d'un traducteur-interprète des exigences de la solidarité sociale », M. Dupuy évoque le fameux paragraphe 33 de l'arrêt *rédempteur Barcelona Traction* en date du 5 février 1970 (*Rec.*, p. 32) où « la Cour n'avait pas parlé de *jus cogens* mais d'obligations *erga omnes*, notion différente même si elle recouvre très largement la même réalité » (98).

Nous mesurons peut-être mieux maintenant l'*étendue de la stratégie du redéploiement* adoptée par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » dans le processus d'identification ou de reconnaissance des normes coutumières. Reste alors à en préciser la *portée* (b).

b) La portée de la stratégie du redéploiement

Un enseignement partiel a été tiré en 1991 par le Président Eduardo Jimenez de Arechaga : « La contribution la plus importante faite par la Cour internationale de Justice au développement progressif du droit international, dans les quinze dernières années, se trouve, plutôt que dans ses décisions concrètes, dans les conceptions jurisprudentielles qu'elle a avancées en matière de sources et, en particulier, à propos de la source coutumière ». Le publiciste uruguayen reconnaît ainsi que le Tribunal du Palais de la Paix — dont il fut l'un des membres les plus éminents — a adopté en ce domaine « une attitude qu'on pourrait décrire comme innovatrice et potentiellement féconde » (99). Ce diagnostic est évidemment correct. Il appelle cependant une double apostille. La voici.

(97) Cf. *A.C.D.I.*, 1966, II, p. 270 cité in *Rec.* 1986, p. 100, par. 90.

(98) Précité, p. 589, note 47. L'éminent auteur étonne son jugement thétique en renvoyant au besoin les lecteurs sceptiques à l'opinion individuelle du Président de la C.I.J. Le juge indien Nagendra SINGH précise en effet que le Tribunal international de La Haye « a fait œuvre méritoire en soulignant que le principe du non-emploi de la force relevait du *jus cogens* » (*Rec.*, p. 153) La conviction de M. Pierre-Marie DUPUY ne fait alors plus l'ombre d'un doute : « Ici, on le voit, l'imputation de la qualification est directement opérée au bénéfice de la Cour. On aurait peine à croire qu'il s'agit d'un *lapsus calami* ! » (précité, p. 589, note 48).

(99) Précité, p. 1260.

La première apostille pourrait être présentée sous forme d'interpellation. Est-il bien rationnel de dire que le Sage « applique » le droit international coutumier au sens où l'entend formellement la clause 38 du Statut de la Cour de La Haye ? Le verbe *applique* est-il en d'autres termes adéquat ? La réponse est en réalité complexe. Ce mot est sûrement approprié dans certaines circonstances. La Haute Assemblée reconnaît même souvent que le différend interétatique qui lui est soumis peut être résolu en vertu d'une norme coutumière existante. Mais le vocable *applique* susvisé est manifestement usurpé dans d'autre cas. Il faut en effet parfois reconnaître la *stratégie créatrice ou innovatrice du juge* et — par ricochet — la *formation jurisprudentielle du droit international coutumier*. La jurisprudence de la Haute juridiction n'est-elle pas alors dans cette dernière hypothèse une « source abusive » du droit international en opposition flagrante avec la lettre et l'esprit de l'article 38 de son Statut ? La réponse est certainement positive. Ce regain d'optimisme doit nonobstant être relativisé.

Une seconde apostille permet en effet de nuancer la portée extatique de la précédente. On doit faire montre de réalisme en admettant que l'âge d'or de la jurisprudence de la C.I.J. est derrière elle au moins dans le domaine spécifique de l'identification et de la « modélisation » des coutumes internationales. Il en est ainsi à une époque où le domaine du droit international conventionnel est de plus en plus vaste dans la Communauté mondiale au détriment du droit international coutumier qui est lui-même entré pour des raisons autant diverses qu'évidentes dans une phase de déliquescence au moins relative mais indubitable au lendemain du Premier conflit mondial. Est-ce vraiment une coïncidence si l'article 38 du Statut de la C.P.J.I. cite dès 1920 le traité avant la coutume en tant que source formelle du droit international ?

Que penser en définitive de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye qui place « les décisions judiciaires » au même titre que « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » *comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* dans l'ordonnancement juridique international ? Une telle question présente-t-elle au demeurant un quelconque intérêt à la veille du troisième millénaire ? Voici en guise de réponse quelques *réflexions finales*.

RÉFLEXIONS FINALES

Il ne paraît pas en effet utile de tirer de véritables enseignements de ce qui vient d'être exposé. Il est plutôt opportun de rédiger quelques notes additives à propos des répercussions des diverses stratégies mises en œuvre par la Cour mondiale en sa qualité d'« organe judiciaire principal des Nations Unies ».

Il ne faut surtout pas en premier lieu désespérer d'une juridiction qui a déjà le grand mérite d'exister depuis 1920. La Cour de La Haye sait par ailleurs exactement ce que *stratégie* veut dire dès lors qu'elle a su tirer un trait sur un passé parfois douloureux et humiliant en évitant après 1927 de dériver vers la *stratégie de la rupture* ou *stratégie de l'erreur* qui méconnaît le rôle prépondérant de la volonté des États dans le processus de formation du droit international et en abjurant officiellement à partir de la décennie « 70 » la *stratégie de l'immobilisme* ou *stratégie de la fossilisation* qui l'empêche d'exprimer les besoins changeants ressentis dans la Communauté internationale. C'est dire que la Haute Assemblée a bien conscience aujourd'hui de n'être ni un *Parlement mondial* ni une *Chambre d'enregistrement*. Sa marge de manœuvre existe néanmoins en dépit des apparences. La plupart des développements antérieurs ont en effet montré que sa jurisprudence peut être assimilée à une source formelle au moins auxiliaire du droit international dans le domaine de l'interprétation des traités diplomatiques et dans le processus d'identification ou de reconnaissance des normes coutumières malgré les prescriptions draconiennes de l'article 38 de son Statut. Il est donc déjà erroné dans ce contexte de placer en 1995 la jurisprudence sur le même plan que la doctrine en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » comme le fait ledit article 38 rédigé il y a maintenant 75 ans.

Mais si la marge de manœuvre de la Haute juridiction existe, elle est néanmoins étroite en raison de la grande méfiance qui perdure à l'égard du juge dans de nombreux secteurs de la Communauté internationale. L'acquiescement préalable des « souveraines volontés étatiques » à sa compétence oblige la Haute instance à tenir essentiellement compte de leurs pratiques. Comment alors s'étonner dans ce contexte stratégique que le *corpus* jurisprudentiel international soit loin d'être herculéen ou titanesque quand on ose le mettre en parangon avec celui des ordres juridiques internes ? On a souvent entendu dire que le droit international public général est fondamentalement *coutumier* et non *jurisprudentiel*. Qui pourrait ratiociner sur une telle remarque ? La jurisprudence judiciaire internationale n'est certainement pas un moyen privilégié de création des règles de droit. Les éminents stratèges du Palais de la Paix ne pourront jamais jusqu'à nouvel ordre développer une jurisprudence prétorienne abondante et spectaculaire. Il ne faut donc surtout pas se voiler la face.

On peut certes déplorer la marginalisation de la Cour de La Haye dans le domaine du règlement pacifique des différends interétatiques. Il est exact que la Haute Assemblée est encore peu occupée comme il est vrai qu'elle est souvent saisie de questions mineures. Le fait de s'en remettre à une institution aussi prestigieuse que la Haute juridiction n'est cependant pas le seul moyen de résoudre pacifiquement les querelles d'ordre juridique qui surgissent au sein de cette famille tumultueuse qu'on appelle par anticipation la « Communauté internationale ». Il existe heureusement de nombreux

systèmes facultatifs permettant plus ou moins efficacement et depuis longtemps aux États de régler leurs différends comme le souligne le Professeur Prosper Weil : « L'immense majorité des conflits se résout sans qu'il soit fait appel à l'application de règles juridiques ou au ministère d'un juge » (100). On pourrait même enchérir avec M. Jean-Flavien Lalive : « L'utilité de la Cour ne se mesure pas seulement au volume de sa jurisprudence mais tout autant... au nombre de litiges qui, grâce à sa seule existence, ont pu être réglés dans le silence des chancelleries » (101). Ne s'agit-il pas là d'un hommage mérité adressé à « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » ? On peut évidemment le penser. Encore convient-il aussitôt d'ajouter qu'il n'est pas le seul.

Il faut en effet prendre conscience que le recours au règlement judiciaire par la Cour de La Haye présente le précieux avantage de dédramatiser au maximum les différends internationaux tandis que les Parties plaidantes peuvent toujours espérer que la décision de justice — quelle qu'elle soit — leur permettra avec le temps qui passe de vider honorablement un conflit. Rédigée à la suite de l'arrêt *irréprochable* sur les exceptions préliminaires prononcé par la Haute Assemblée le 20 décembre 1988 dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua/Honduras), la courte mais *prophétique* déclaration du Président Manfred Lachs va même plus loin : « Il suffit parfois d'ouvrir la voie à l'examen au fond pour qu'un différend trouve sa solution » (*Rec.*, p. 108). A la suite de la signature d'un accord extra-judiciaire visant à favoriser leurs relations de bon voisinage, le Nicaragua et le Honduras ont effectivement informé la C.I.J. qu'ils ne souhaitent pas poursuivre la procédure au fond. La Haute juridiction a en conséquence édicté le 27 mai 1992 une ordonnance afin que « l'affaire soit rayée du rôle » (*Rec.*, p. 223).

Depuis le début de la décennie « 90 », la Cour de La Haye semble par ailleurs donner une singulière priorité à la *stratégie de la dissuasion sur celle de l'action* en incitant les États qui l'ont saisie sur le plan contentieux à résoudre si possible leur brouille par voie de conciliation. Dans l'affaire du *Passage par le Grand Belt*, la Haute Assemblée a ainsi encouragé les Parties plaidantes à négocier directement « en attendant qu'elle prenne une décision sur le fond » par une ordonnance en indication de mesures conservatoires en date du 29 juillet 1991. La Finlande et le Danemark lui ayant par la suite fait savoir qu'ils étaient parvenus à un *modus vivendi*, la Haute juridiction internationale a une nouvelle fois radié l'affaire du rôle par une ordonnance du 10 septembre 1992 (*Rec.*, p. 349).

(100) Cf. « Droit international public et droit administratif », *Mél. Louis Trotabas*, L.G.D.J., 1970, p. 515.

(101) Cf. « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées (arbitrage Texaco/Calasiatic c/ Gouvernement libyen) », *J.D.I.*, 1977, p. 348.

Il ne faut pas alors confondre cette *stratégie de la dissuasion* avec que ce que Mme Geneviève Burdeau nomme la *stratégie de l'évitement*. La Cour de La Haye a ainsi appliqué une telle stratégie par déférence *peut-être excessive* à l'égard du Conseil de sécurité des Nations Unies à propos de la *Question d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien du Lockerbie*. Dans ce litige qui l'opposait aux États-Unis et au Royaume-Uni, l'État libyen demandait à la Haute Assemblée de protéger le droit — qu'il tenait de la Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile — de ne pas extraditer deux de ses ressortissants accusés d'être impliqués dans l'attentat de Lockerbie du 21 décembre 1988. Mais dans la mesure où le Conseil de sécurité avait adopté le 31 mars 1992 la résolution 748 exigeant de la Libye l'extradition de ses nationaux avant que la C.I.J. ne tranche, le problème se posait pour la Haute juridiction en des termes radicalement différents. La Haute instance a en l'espèce considéré que les résolutions adoptées sur la base du chapitre VII de la Charte de San Francisco par le Conseil de sécurité étaient obligatoires en vertu de l'article 25 de ladite Charte et l'emportaient sur toutes les normes conventionnelles contraires par application de l'article 103 de la Charte. Le Tribunal du Palais de la Paix en a ainsi déduit qu'il ne pouvait au stade des exceptions préliminaires que prendre acte de la résolution 748 qui a gommé en quelque sorte les droits que l'État libyen tenait éventuellement de la Convention de Montréal. Ses ordonnances du 14 avril 1992 ont subséquemment refusé d'indiquer des mesures conservatoires à la demande de la Libye (102).

La *stratégie de l'évitement* ou *stratégie de l'esquive* et la *stratégie de la dissuasion* sont cependant des stratégies négatives tout à fait exceptionnelles. C'est dire en d'autres termes que le rôle de la C.I.J. n'est nullement négligeable même s'il repose sur une approche prioritairement orientée vers l'identification ou la reconnaissance des normes coutumières ainsi que sur l'interprétation et l'application des règles conventionnelles. Ce bilan plutôt positif peut au demeurant se vérifier à un double point de vue.

La jurisprudence de la Haute Assemblée influence d'abord et souvent la jurisprudence des tribunaux internationaux arbitraux malgré l'absence de hiérarchie entre juridictions internationales permanentes et juridictions

(102) Cf. SOREL (J.-M.), « Les ordonnances de la Cour internationale de Justice du 14 avril 1992 dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie », *R.G.D.I.P.*, 1993, pp. 689-725.

La *stratégie de l'évitement* ou *stratégie de l'esquive* a été également mise en œuvre par la Cour de La Haye dans les ordonnances du 8 avril et du 13 septembre 1993 édictées à propos de l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-herzégovine/Yougoslavie). La C.I.J. n'a pas pris position en l'espèce sur l'existence d'un droit de légitime défense revendiqué par la Bosnie-Herzégovine et l'autorisant par voie de conséquence à recevoir des armes. La Cour a eu conscience qu'une telle prise de position l'aurait fait entrer en conflit ouvert avec le Conseil de sécurité des Nations Unies qui avait préalablement décrété l'embargo sur les armes. Voir STERN (B.), Chron. précitée, *J.D.I.*, 1994, notamment pp. 722 et 746.

internationales occasionnelles. Le charisme de « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » sur les institutions juridictionnelles arbitrales est même de plus en plus visible dès lors qu'il met en œuvre sa *stratégie globale du réalisme pragmatique*. En voici deux illustrations. La sentence arbitrale du 17 juillet 1986 édictée à propos du litige franco-canadien relatif au *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent* fait ainsi état de plusieurs décisions de la Haute juridiction (103). Elle déclare de surcroît : « Le Tribunal ne peut, en conséquence, accueillir l'argumentation du Canada sur ce point car il lui faut avant tout tenir compte de ce que la Cour internationale de Justice a appelé 'la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les Parties lors de sa conclusion' (C.I.J., Avis consultatif du 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, Recueil 1971, p. 31, par. 53) ». Rendue à propos du différend franco-néo-zélandais dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la sentence arbitrale du 30 avril 1990 a pareillement consacré sans en changer un iota la jurisprudence de la Haute instance selon laquelle la déclaration par les Sages de l'illicéité de l'acte incriminé représente en soi « une satisfaction appropriée » (104). Cette « jurisprudence » avait été clairement établie par la C.I.J. dans son arrêt *précurseur* rendu le 9 avril 1949 au sujet de l'affaire du *Détroit de Corfou* dans les termes suivants : « Le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée » (*Rec.*, p. 36). Ces exemples nullement exhaustifs permettent incidemment de dégager une réflexion plus synthétique. Bien que le droit international contemporain ne consacre ni le procédé anglo-saxon du *stare decisis* ou du *précédent obligatoire* ni celui de l'*arrêt de règlement* en vigueur en France avant 1804, il apparaît qu'une seule décision de justice suffit parfois pour créer une nouvelle règle jurisprudentielle. Mais ce n'est pas tout.

Les organismes juridictionnels internationaux qui ont élaboré un droit qualifié de prétorien peuvent dans certains cas être suivis par les autorités investies du *treaty making power*. Le Tribunal international de La Haye peut ainsi contribuer au développement du droit objectif lorsqu'il intervient notamment dans la droite ligne de sa *stratégie de la transaction* mise en œuvre avec éclat dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Son rôle dans la gestation du droit positif peut même à cet égard être déterminant. Il est par exemple acquis que la délimitation des plateaux continentaux entre États limitrophes doit s'effectuer par voie d'accord entre les Parties intéressées afin d'aboutir à un « résultat équitable ». Cette règle révolutionnaire posée très clairement par la Haute Assemblée dans son arrêt *bâtisseur* du 20 février 1969 n'a jamais été remise en cause dans

(103) Cf. *R.G.D.I.P.*, 1986, notamment pp. 739, 743, 749 et 752.

(104) Cf. *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 878.

les contentieux ultérieurs. Elle a même été ratifiée par l'article 83 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982. Le moment paraît alors judicieux pour rendre un hommage appuyé à la Haute juridiction dont les décisions prétoriennes ont contribué à l'enrichissement du *corpus* du droit international de la mer au cours des trois dernières décennies. La recherche d'une « solution équitable » a de surcroît été désignée par la Haute instance le 12 octobre 1984 dans l'affaire du *Golfe du Maine* comme une norme fondamentale en matière de délimitation maritime. Ce paradigme prouve qu'un arrêt de la C.I.J. ne se borne pas à résoudre un litige donné : la décision judiciaire est parfois « fontaine de jouvence » dès lors qu'elle concourt à assurer le « progrès du droit international ».

Il peut être à l'occasion intéressant de souligner que la jurisprudence internationale peut parfois être victime de son propre succès lorsque les normes qu'elle pose sont entérinées par la loi internationale. La Cour de La Haye se trouve en fait sinon en droit dans l'obligation d'appliquer une règle juridique à l'origine de laquelle elle n'aura pas été étrangère. Ses sociétaires ne sont plus maîtres du principe jurisprudentiel qu'ils ont posé dès lors que celui-ci est repris tel quel par le traité diplomatique ou la coutume internationale. La stratégie de la Haute Assemblée cesse en principe d'être novatrice dans une telle hypothèse : c'est dire en d'autres termes que la « compétence de revirement » ne lui appartient plus.

En dépit des remontrances qui lui sont adressées par certains États qui reprochent à ses *stratégies globales* ou *sectorielles* d'être « trop progressistes » — c'est le cas de certains pays occidentaux depuis l'arrêt *sanctionnateur* rendu le 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* — ou « trop conservatrices » — ce fut le cas de la plupart des pays du Tiers Monde jusqu'au jugement *cauchemardesque* prononcé le 18 juillet 1966 dans les affaires du *Sud-Ouest africain* — il faut bien reconnaître en 1995 que la Haute juridiction n'a rien perdu de son prestige. Elle est même sur une pente ascendante dès lors qu'elle est de plus en plus sollicitée depuis quelques années sur le plan contentieux. Sa décision *crépusculaire* et même *suicidaire* de 1966 — qualifiée à juste titre d'« arrêt-chant-du-cygne de la vision classique » par M. Pierre-Marie Dupuy — constitue en vérité la dernière grande application d'une *stratégie positiviste* « *européocentriste* » ou *stratégie de la ghettoïsation* mise en œuvre sans discontinuité depuis 1920 par la C.P.J.I. et la C.I.J. et reposant sur le *culte du droit pour le droit en tant que fin en soi*. Son anathématisation quasi unanime est à l'origine d'un nouveau comportement des Sages de La Haye dès lors que ces derniers ont de plus en plus souvent recours à une *stratégie d'ouverture* — ou *stratégie du redéploiement* — en vertu de laquelle le droit n'est plus qu'un moyen utilisable en vue d'un objectif complexe que l'on pourrait ici appeler l'« harmonie internationale ». C'est un fait que les stratèges du Palais de la Paix refusent aujourd'hui de s'enfermer dans leur tour d'ivoire.

Nous pouvons alors souscrire dans ce contexte aux vues de M. Edward Mc Whinney lorsque l'éminent auteur canadien affirme que l'approche essentiellement fonctionnelle et pragmatique de la Haute instance est aujourd'hui le meilleur garant de sa participation active au maintien de la paix et de la sécurité internationales en sa qualité d'« organe judiciaire principal des Nations Unies » (105). Grâce à la diversité d'origine des stratégies qui le composent depuis la fin de la décennie « 60 » et qui fait certainement sa force, le Tribunal du Palais de la Paix est véritablement représentatif de la Communauté internationale sans être pour autant déchiré par des affrontements claniques comme on l'a parfois prétendu. Il serait par exemple tout à fait malséant de dire que la Cour de La Haye était une « juridiction raciste » ou une Cour des « Blancs » contre les « Noirs » en 1966. La Cour mondiale n'était pas davantage un « tribunal anti-occidental » ou une « officine pro-tiers-mondiste » en 1986.

Nous devons aujourd'hui être réalistes. La Cour internationale de Justice ne saurait nous étonner par une « stratégie de coups » ou par une succession de « coups de théâtre ». Elle ne change pas de *stratégie globale* ou de *stratégie sectorielle* au gré des circonstances dès lors que les stratégies avisés du Palais de la Paix sont en général peu enclins aux dérives sentimentales ou politiques. La jurisprudence de la Haute Assemblée n'est pas dans l'ensemble erratique ou arbitraire dès lors qu'elle repose essentiellement sur la *stratégie de la concrétion* ou *stratégie de la continuité judiciaire*. Elle n'est ni téméraire dans la mesure où elle doit tenir compte des *stratégies de défense* de ses justiciables ni pusillanime dès lors que la Cour veut assurer le « progrès du droit international ». La Haute juridiction incarne en vérité la « force tranquille » dans la mesure où elle dit *imperturbablement le droit* en ayant conscience de s'acquitter de sa mission dans le cadre d'une *stratégie de coopération* (qui mérite d'être précisée) avec les autres organes principaux ou subsidiaires de l'Organisation des Nations Unies. M. Alain Pellet a pu dans ce contexte établir un « diagnostic de santé » et porter un jugement laudatif partagé par l'ensemble « des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » : « La Cour contribue sans aucun doute à l'affermissement et au développement progressif du droit international et ses décisions ont d'autant plus de force que, sauf en de très rares occasions, elle a su tenir la balance égale entre le poids des traditions et les nécessités du changement » (106).

D'autres indices favorables permettent de penser que l'avenir de la justice internationale incarnée par le Tribunal du Palais de la Paix est prometteur même si les interventions de cette juridiction seront pendant longtemps encore limitées à des litiges interétatiques qui ne mettent pas en jeu

(105) Cf. « *Judicial settlement of international disputes. Jurisdiction and justiciability* », R.C.A.D.I., 1990-II, p. 194.

(106) Précité, p. 565. Voir également BEDJAOU (M.), « Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité », *Mél. François Rigaux*, Editions Bruylant, 1993, p. 49 : « La Cour internationale de Justice a montré sa capacité à témoigner d'audaces mesurées et de retenues calculées ».

les intérêts vitaux des États. On a en effet le sentiment diffus que l'étiollement de la souveraineté absolue de l'État-nation suit son cours lent mais inexorable. Nous savons également que la Convention de Montego Bay entrée en vigueur le 16 novembre 1994 prévoit à côté du règlement arbitral le règlement judiciaire des différends internationaux par le biais d'une instance juridictionnelle nouvelle — le Tribunal international du droit de la mer — ou par la Cour internationale de Justice elle-même. Il est en conséquence déjà bien difficile de parler de déclin de la fonction juridictionnelle dans la société internationale contemporaine.

Il conviendrait pourtant d'aller plus loin. Au moment où le droit international frappe de plus en plus fort à la porte d'une société mutante à l'aube du XXI^e siècle, nous pensons peut-être ingénument comme une partie de la doctrine des années « 20 » que le règlement judiciaire des démêlés interétatiques devrait jouer un rôle plus dynamique. La jurisprudence de la Cour de La Haye devrait plus précisément permettre au système juridique international en pleine métamorphose d'être de moins en moins retardataire par rapport aux réalités sociales. Encore faudrait-il — condition *sine qua non* pour lui permettre d'entrer enfin dans son âge d'or — que les « souveraines volontés étatiques » toujours plus nombreuses dans la Communauté mondiale veuillent bien lui faire pleinement confiance.

C'est reconnaître une dernière fois dans cette étude que les *stratégies de défense* à géométrie variable élaborées par la plupart des États depuis 1920 — même si ces entités se composent parfois un « masque d'avant-garde » comme le souligne M. Jean-Pierre Cot — conditionnent dans une très large mesure aujourd'hui comme hier dans une société internationale de juxtaposition l'ensemble des *stratégies globales* et l'ensemble des *stratégies sectorielles* conçues et mises en œuvre par « l'organe judiciaire principal des Nations Unies ».