

LES MOTIFS DES MOTIFS DES ARRETS ET AVIS DE LA CIJ

FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO *

« [La] décision [de justice] constitue l'expression écrite de la fonction du juge (...). C'est pourquoi il apparaît utile – avant d'aborder les questions techniques liées à la rédaction proprement dite – de partir de l'analyse de cette fonction du juge (...) »¹.
« (...) l'ensemble de la réalité institutionnelle repose sur un type de Déclaration qui crée des fonctions-status (...) »².

Comme son titre l'indique, la présente contribution n'a pas vocation à traiter de manière exhaustive de la question des motifs explicitement avancés par les juges de la Cour internationale de Justice (CIJ), lorsque ces motifs sont présentés ou compris comme non-juridiques³. Son objet n'est pas non plus de rechercher de ce qui guide sourdement le choix de tel ou tel dispositif. Il est de se pencher sur les motifs pour lesquels la Cour adopte explicitement tel ou tel motif juridique – ou d'ailleurs non-juridique –, et aussi les raisons pour lesquelles elle développe un motif ou s'en abstient, le présente comme principal ou subsidiaire, etc.

Dans la déclaration commune que firent les juges Ranjeva, Guillaume, Higgins, Kojoimans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby sous l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, ceux-ci indiquent certains aspects de ce que doit être la politique de la Cour en matière de motivation. Selon eux, la Cour est en principe libre de choisir la

* Maître de conférences en Droit public à l'École Normale Supérieure (Ulm), Université de recherche Paris Sciences et Lettres, membre du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit (UMR CNRS 7074) et chercheur associé à l'Institut de Hautes Etudes Internationales (Université Panthéon-Assas).

¹ J.-P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », *RDC*, 1998, n°3, p. 841.

² « Les institutions sont-elles dans la tête ? – Entretien avec John Searle », propos recueillis par E. MONNET ET P. NAVARRO, trad. de C. Détras, *Tracés – Revue de sciences humaines*, 2009, vol. 17 (*Que faire des institutions ?*), p. 257.

³ Sur l'ensemble des « motifs non-juridiques » formulés par la CIJ ou par ses membres, de nombreuses informations se trouvent dans notre texte introduit. Pour un point de vue plus général et très complet sur la motivation de la CIJ, v. spéc. G. CAHN, « La motivation des décisions de la Cour internationale de Justice », in H. Ruiz-Fabri, J. M. Sotri (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. *Contentieux international*, 2008, pp. 9-90.

motivation qui lui convient, tant qu'elle justifie en Droit la réponse qu'elle fournit à une question qui lui a été posée⁴. Toutefois, dans le choix de sa motivation, la Cour doit être attentive à sa cohérence avec le reste de sa jurisprudence, elle doit prêter les motivations « certaines » en Droit – c'est-à-dire probablement les règles sur lesquelles les juges, et donc possiblement les Etats, s'accordent de la manière la plus nette – ; enfin, « en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies », elle doit « être attentive aux implications et aux conséquences éventuelles de ce choix dans les autres affaires pendantes »⁵.

Tout le paradoxe de la motivation juridique, et peut-être de la *juris dictio* au sens le plus large, se trouve dans ce type de réflexion : d'un côté, celui qui est habilité à dire le Droit est libre, puisque c'est par hypothèse lui et non un autre qui dit ce que le Droit impose, et en premier lieu les règles qui régissent sa propre activité ; mais d'un autre côté, son habilitation ne peut être considérée comme une véritable habilitation juridique, et son discours comme un véritable discours juridique, que s'il se prononce dans le cadre et par référence à des règles qui ne tiennent pas qu'à son arbitraire, que s'il est lui-même titulaire de véritables obligations juridiques qu'il doit respecter dans l'exercice de ses fonctions. Appliquée à la question de la motivation des arrêts de la CIJ, ce paradoxe s'exprime dans le fait que la Cour peut en principe librement choisir ses motifs, mais qu'elle doit fournir des motifs, des motifs juridiques, cohérents, et relativement « sûrs ». En d'autres termes, elle est libre mais elle a des devoirs.

Sur ce point, il n'y a en vérité paradoxe que si l'on oppose la liberté et les devoirs, donc uniquement si l'on retient une conception moderne, libérale, et à vrai dire très superficielle de la liberté. Selon celle-ci, la liberté désigne une situation où l'homme peut faire des choix absolument inconditionnés, ou parfaitement arbitraires. A partir d'un exemple connu, nous montrerons que les « motifs des motifs » ne tiennent pas exclusivement ou plutôt pas

⁴ Pour une telle interprétation de l'a. 53 §2 de son Statut par la Cour, v. not. CIJ, *Sud-Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du sud ; Libéria c. Afrique du sud) (deuxième phase)*, arrêt du 18 juillet 1966, Rec. CIJ, 1966, p. 19 §8 ; CIJ, *Application de la convention de 1902 pour régler la limite des miniers (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, Rec. CIJ, 1958, p. 62, paragraphe du milieu ; CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) (fond)*, arrêt du 6 novembre 2003, Rec. CIJ, 2003, p. 180 §37. V. également, plus spécialement sur la liberté dont dispose la Cour de se fonder « sur le motif qui, selon elle, est plus direct et décisif » pour fonder sa compétence : CIJ, *Emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957, Rec. CIJ, 1957, p. 25 (qui discute assez longuement la question de savoir quel « motif » avancé par la Norvège pour démontrer l'incompétence de la Cour, doit être considéré comme principal, précisant en fin de compte qu'il lui revient de se fonder sur celui qu'elle considère le plus opportun) ; CIJ, *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde) (compétence de la Cour)*, arrêt du 21 juin 2000, Rec. CIJ, 2000, p. 24 § 26.

⁵ Déclaration commune sous CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni) (exceptions préliminaires)*, arrêt du 15 décembre 2004, Rec. CIJ, 2004, pp. 1353-1354 §§2-3.

fondamentalement à ce qu'imposent des règles « positives », mais pas non plus à un choix radicalement inconditionné – en vérité impossible – de la part des juges. Il tient plutôt aux fonctions ou responsabilités que les membres de la CIJ doivent assumer (I). Ensuite, nous montrerons que la CIJ doit remplir une pluralité de fonctions, que ce qu'exige l'une de ses fonctions dans un cas d'espèce peut apparemment diverger de ce qu'exige une autre fonction, et que les juges doivent donc trancher entre ces différentes exigences sur la base d'un ou plusieurs principes ou motifs, logiquement plus fondamentaux et moins « positifs » que tous les autres motifs identifiables (II).

I. LES FONCTIONS DE LA CIJ COMME MOTIFS « ULTIMES » DE SES ARRÊTS ET AVIS

Découvrant sur le tard que les juges ne se fondent jamais purement et simplement sur une formulation positive unique et à la signification « claire » du Droit en vigueur, mais toujours sur une interprétation « ouverte » de multiples textes, une partie du courant positiviste a réagi en remplaçant l'absolutisme du texte par l'absolutisme de la liberté de l'interprète. Marqués de manière évidente, mais peut-être inconsciente, par des pensées influentes au ^{XX}^e siècle (la théorie nietzschéenne de la volonté de puissance, celle, heideggerienne, de la « résolution », l'existentialisme, etc.), les auteurs de ce courant ont qualifié d'illusion ce qu'ils qualifiaient d'évidence jusque là, à savoir la possibilité que des décisions de justice trouvent leur justification la plus importante dans des énoncés de règles, ou même dans des règles. Ils ont alors associé le Droit, non plus à ses formulations positives, mais à ces formulations positives spécifiques, choisies par les acteurs juridiques qui ne sont pas, dans les faits, sanctionnés par les autres pour avoir tenus tel ou tel discours sur le Droit. Dérivant vers le décisionnisme, cette partie du positivisme a soutenu que les décisions prises par ces acteurs influents, et notamment qu'un grand nombre de décisions juridictionnelles n'étaient pas – parce qu'elles ne pouvaient pas – être fondées, et donc être discutables sur un plan juridique ou même rationnel. Les choix des juges suprêmes et de la plupart des juges internationaux étaient nécessairement radicaux, et la liberté de ces juridictions, abyssale : elles décidaient d'absolument tout dans leurs décisions, et de manière absolument libre et incontrôlée en Droit.

Un tel avis a fait douter certains, non pas de l'opportunité de continuer à considérer que les juges sont tenus en Droit par de nombreuses règles, mais de la vérité, pourrait-on dire, des devoirs qui pèsent sur eux, ou encore de l'influence réelle de ces devoirs sur leurs décisions. Or, répéter publiquement que les juges « suprêmes », européens et internationaux sont des décideurs absolument libres et naturellement incontrôlables n'est pas seulement une

attitude éthiquement discutable et politiquement dangereuse, c'est aussi une erreur. On peut le montrer par un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, on peut rappeler que la liberté totale des juges n'est admise par personne en Droit, et que ces juges seraient très aisément et rapidement sanctionnés, informellement mais très efficacement et pour des motifs juridiques, s'ils voyaient les choses autrement et cessaient de tenir compte de leurs statuts ou de leurs fonctions (A). En conséquence, s'opposer à cette interprétation dominante – y compris chez les juges – du Droit en vigueur, c'est naturellement s'éloigner de la description des représentations effectives qu'ont les acteurs juridiques de leurs devoirs et de leurs activités juridiques, et qui déterminent la manière dont ils décident, dont ils forment, appliquent, interprètent, etc. le Droit. Autrement dit, c'est faire œuvre normative et non descriptive, ce qui suppose d'indiquer les fondements des choix d'interprétation originaux effectués. Bien que le fondement de cette représentation normative de l'activité juridictionnelle – et notamment de l'activité de motivation – ne soit généralement pas fourni, il est assez clair qu'il gît dans une conception particulière de la liberté de l'être humain. Cette conception d'une liberté humaine radicale, et d'une liberté illimitée (en Droit et en raison) des juges, doit être rejetée, car elle ne correspond en rien avec la liberté humaine telle que les hommes, et notamment les juges qui composent la CIJ, la vivent réellement (B).

A. L'explication et l'appréciation de la motivation par la liberté ou les fonctions des juges : l'exemple des « raisons d'opportunité judiciaire » de la CIJ

La première démonstration annoncée peut être menée à partir de l'exemple des « raisons d'opportunité judiciaire » que la CIJ a souvent évoquées. En effet, on retrouve à ce sujet le dilemme liberté-devoirs qu'on a mentionné au début de ce texte : d'un côté, la Cour considère qu'elle dispose d'un « pouvoir discrétionnaire de décider si elle doit ou non donner l'avis consultatif qui lui a été demandé, une fois qu'elle a établi sa compétence pour ce faire »⁶, elle estime disposer du « pouvoir d'apprécier

si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à la demande d'avis »⁷, mais d'un autre côté, elle dit clairement tirer ces pouvoirs des articles 65 et 68 de son Statut, et non du fait qu'elle soit seule à interpréter ce que ces articles exigent dans l'exercice de ses fonctions. Elle ne se fonde pas sur un « isolement » imaginaire de son discours, sur la « supériorité » ou sur l'« immunité » dont son discours bénéficierait à ces titres, et ce, tout simplement parce que cette affirmation serait jugée, et légitimement jugée inacceptable, et qu'elle serait donc « fausse » en Droit.

Tout comme les déclarations de principe des autres juridictions en effet, celles de la CIJ ne sont jamais lues, et ne doivent pas être lues de manière isolée. Parce que le langage et plus encore le langage et le discours juridiques sont des systèmes de renvois – d'un mot à un autre, d'un discours à un autre, d'un contrôle de la rationalité du discours à un autre –, tout prononcé de la CIJ sur son pouvoir ou ses « raisons » est confronté à d'autres discours de sa part sur ce sujet, et à ce qu'elle a concrètement décidé au nom de ce « pouvoir » ou de ces « raisons ». On pourrait d'ailleurs remarquer à cet égard que la CIJ n'a tout simplement jamais refusé de fournir un avis sur la base de « raisons d'opportunité judiciaire », même dans des affaires aussi politiques que celles de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, du *Kosovo* ou du *Mur en Palestine*.

Naturellement, on peut répondre que la Cour a « librement » choisi de répondre aux questions qui lui étaient posées dans ces affaires, comme elle a « librement » décidé de se considérer garante de son intégrité judiciaire, et de voir en cette fonction un motif de refuser les avis consultatifs. Toutefois, il est aisé de remarquer que la préservation de l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour est bien la raison pour laquelle les auteurs de son Statut lui ont laissé une grande liberté d'appréciation⁸, de sorte que rendre compte correctement des passages où la Cour justifie ainsi son pouvoir, implique de remarquer cette concordance... comme elle implique de noter que la Cour affirme juste après son *dévoir* d'exercer son pouvoir conformément à l'acte qui l'en habilite. Dès son avis dans l'affaire des *Traité de Paix*, en 1950, la Cour a ainsi estimé que l'exercice de sa fonction consultative « constitu[ant] une participation de la Cour, elle-

⁶ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec. CIJ, 1996-I, pp. 234-235 §14 (les italiques sont ajoutées) (dans la suite de l'article, tous les italiques des citations sont ajoutés). L'avis de base à cet égard est celui rendu dans l'affaire relative à *Certaines dépenses* (CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies* (article 17, paragraphe 2 de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, Rec. CIJ, 1962, p. 155). Cette position a encore été rappelée récemment. V. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. CIJ, 2004-I, p. 156 §44 ; CIJ, *Conformité de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, Rec. CIJ, 2010, pp. 415-416 §29, et auparavant : CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité du Sud consultatif du 21 juin 1971, Rec. CIJ, 1971, p. 27 §41 ; CIJ, *Sahara occidental*, avis consultatif du

16 octobre 1975, Rec. CIJ, 1975, p. 21 §23 ; CIJ, *Demande de réformation du jugement n°333 du TANU* (Tanzanie), avis consultatif du 27 mai 1987, Rec. CIJ, 1987, p. 31 §25.

⁷ CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, Rec. CIJ, 1951, p. 19.

⁸ V. spéc. Préparation du règlement de la Cour du 30 janvier 1922, in CPJL, *Série D*, n°2, p. 161 (intervention de Lord Finlay) ; *Aide-Mémoire* du juge Moore, in *Ibid.*, pp. 383-385, 397-398.

même organe des Nations Unies à l'action de l'Organisation », une demande d'avis, « en principe, (...) ne devrait pas être refusée »⁹. Mieux, dans l'affaire des *Jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO*, elle a affirmé que seules des « raisons décisives » (*compelling reasons*) devaient l'amener à opposer un refus à une demande¹⁰. Cette position a été constamment réitérée, y compris dans la jurisprudence née avec l'affaire relative à *Certaines dépenses* en 1962, qui soutient que le choix de la Cour de répondre ou non à une demande d'avis est discrétionnaire¹¹.

En apparence, il y a là deux aspects contradictoires de la jurisprudence de la Cour : qu'est-ce qu'un pouvoir *discrétionnaire* de dire « oui » ou « non », s'il doit être employé conformément à un principe selon lequel il faut dire « oui » ? Et que signifient *l'affirmation* et le *maintien* d'un pouvoir discrétionnaire, systématiquement suivis de *l'affirmation* et du *maintien* que ce pouvoir est si peu discrétionnaire qu'il doit être exercé en suivant un principe prédéfini ? D'une manière similaire, en quoi une décision de refus est-elle fondée sur des raisons d'*opportunité* si ces raisons doivent nécessairement être d'un type prédéterminé, à savoir « décisives » ? De telles discordances s'expliquent peut-être, à un premier niveau, par le souci d'intégrer aux textes des avis, les points de vue différents de plusieurs juges, de manière à former une forte majorité à leur soutien. Mais précisément, que la Cour soit amenée à tenir compte de ce type de considérations (avoir une forte majorité) et à en tirer des conséquences (ici, intégrer deux passages en apparence contradictoires dans son avis), en raison de sa composition ou des procédures qu'elle doit suivre, ou du fait du rapport aux Etats que son Statut lui impose et dont elle ne peut faire fi sans s'autodétruire durablement, montre que le caractère discrétionnaire de son pouvoir n'est au fond qu'une formule rhétorique. En pratique, tout le monde est d'accord pour dire que l'opportunité du refus de la Cour de répondre à la question qui lui est posée, doit être appréciée au regard des fonctions de cet organe, et notamment de la responsabilité qui est la sienne, de veiller à l'intégrité de sa fonction judiciaire.

C'est notamment l'avis des Etats qui estent devant la Cour, puisque ce n'est pas seulement « de sa propre initiative », mais également « à la demande d[es] Etat[s] », que la CIJ s'est posée de multiples questions au titre des « raisons décisives », par exemple « si l'avis consultatif pourrait nuire à la paix et à la sécurité internationales » ou « si la Cour manquait des éléments de fait nécessaires pour donner l'avis demandé »¹².

On peut difficilement ne pas voir là des considérations fonctionnelles, à partir desquelles il faut à la fois comprendre et apprécier la pertinence de la jurisprudence de la Cour relative aux « raisons décisives » d'écarter sa compétence consultative. C'est ce que ne manquent pas de faire des auteurs réputés, dont un nombre particulièrement impressionnant vont jusqu'à nier le caractère discrétionnaire du pouvoir de la Cour, que cette dernière affirme pourtant nettement¹³.

A la vérité, il est impossible de considérer que la décision d'exiger d'une cour de justice des motifs juridiques, mais également le choix inverse d'affirmer le caractère incontestablement valide de toutes ses décisions (ou le caractère juridique de tous ses motifs), soit autre chose qu'une réponse à la question des fonctions que les juges doivent remplir : si l'on veut faire des juges des oligarques omnipotents, on n'exigera évidemment rien d'eux et on affirmera contre le Droit positivement édicté et reconnu (contre le statut des juridictions, et contre le serment et les obligations déontologiques des juges, notamment), et contre la réalité des représentations dominantes (des juges comme des autres), que toutes leurs décisions sont forcément valides, leurs motifs juridiques, et que leur puissance ne connaît aucune limite en Droit ; si l'on veut faire des juges des garants parmi d'autres, mais des garants

⁹ CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (première phase)*, avis du 30 mars 1950, Rec. CIJ, 1950, p. 71 ; CIJ, *Réserves*, avis précité, 1951, p. 19.

¹⁰ CIJ, avis consultatif du 23 octobre 1956, Rec. CIJ, 1950, p. 86.

¹¹ CIJ, *Certaines dépenses*, avis précité, 1962, Rec. CIJ, 1962, p. 155. V. également CIJ, *Namibie*, avis précité, 1971, p. 27, §41 ; CIJ, *Demande en réformation du jugement n°273 du TANU*, avis consultatif du 20 juillet 1982, Rec. CIJ, 1982, p. 347 §45 ; CIJ, *Sahara occidental*, avis précité, 1975, p. 21 §23 ; CIJ, *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, Rec. CIJ, 1989, p. 191 §37 ; CIJ, *Mar*, avis précité, 2004, p. 156 §44 ; CIJ, *Kosovo*, avis précité, 2010, p. 416, §30.

¹² La Cour internationale de Justice, manuel rédigé par le Greffe de la Cour, 2004, 5^{ème} éd. (mise à jour : 31/12/2013), pp. 90-91. Dans un sens comparable mais dans le cadre de sa fonction contentieuse, la Cour a indiqué « que, même si, une fois saisie d'une requête, elle estime avoir compétence, elle n'est pas obligée d'exercer cette compétence dans tous les cas. Si la cour est convaincue, quelle que soit la nature de la réclamation demandée, qu'il serait incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur le fond d'une requête, elle doit refuser de la faire » (CIJ, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni) (exceptions préliminaires)*, arrêt du 2 décembre 1963, Rec. CIJ, 1963, p. 37). Sur la base de ce passage de l'arrêt, et de la décision finale de la Cour (selon laquelle l'objet du différend avait disparu), le Nigéria a contesté la compétence de la Cour dans une affaire qui l'opposait au Cameroun. Dans cette affaire en effet, le Nigéria a exposé « [à] titre subsidiaire » que, compte tenu de la démarcation en cours au sein de la commission du bassin du lac Tchad, la Cour « devrait pour des raisons d'opportunité judiciaire, imposer des limites à l'exercice de sa fonction judiciaire dans la présente affaire » et se refuser à statuer au fond sur la requête du Cameroun, comme elle l'a fait en 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria) (exceptions préliminaires)*, arrêt du 11 juin 1998, Rec. CIJ, p. 308 §72). La Cour examina l'argumentation nigérienne tenant aux « raisons d'opportunité judiciaire » d'écarter sa compétence, avant de rejeter ce moyen.

¹³ R. KOIB (La Cour internationale de Justice, Paris, Pedone, 2013, pp. 1127-1128) cite à cet égard les positions (qui comportent évidemment des nuances) de Ch. DE VISSCHER, H. ACCIOLY, A. HAMMARSKJÖLD, H. W. LESSING, D. NEGULESCO, P. BENVENUTI, H. LAUTERPACHT et G. ABI-SAAB.

importants d'une vie sociale pacifique, équitable, prévisible et si possible démocratique ou au moins participative, ou encore si l'on veut expliquer de manière honnête la manière dont la plupart des juges et des autres acteurs juridiques envisagent les fonctions juridictionnelles, on ne dissimulera pas le fait que nos critères de lecture, de compréhension et d'interprétation des discours juridiques, traduisent nos propres attentes (ou notre souci que les activités juridiques répondent aux attentes du grand nombre).

S'il admet le caractère inévitablement évaluatif et normatif de son discours, l'universitaire (ou d'ailleurs le juge pris individuellement¹⁴), est en mesure d'assumer la proximité manifeste du langage qu'il emploie avec celui qu'emploient les autres acteurs juridiques, l'entrelacement de fait de ses représentations et de celles des autres, et le fait qu'il a lui aussi le devoir de justifier ses positions sans se retrancher derrière d'autres discours censés être « objectifs », et donc ne pas faire l'objet d'interprétations « ouvertes » de sa part. Dans cet état d'esprit, il participe de manière franche et ouverte à l'incessante demande d'explications et de justifications qui est peut-être la racine même de tout le langage juridique, et de toutes les activités consistant à formuler, édicter, interpréter, invoquer, contester ou appliquer le Droit. Dans l'exemple que nous avons pris, il est d'ailleurs frappant que les affirmations de la Cour relatives aux caractères discrétionnaire de son pouvoir, ou « d'opportunité » de ses « raisons », soient immédiatement suivies par des affirmations contraires se référant au Statut de la Cour et à ses fonctions, comme si la CJI avait pensé qu'elle cesserait d'être elle-même, c'est-à-dire un organe tenant un discours juridique, sans ce tempérament à sa volonté de puissance.

Bien entendu, il est possible d'opposer à cette tendance « justificative » du langage juridique (et d'ailleurs probablement du langage lui-même) et d'opposer également aux représentations des juges ainsi qu'aux règles mêmes de leur Statut, qu'après tout peu importe ce qu'ont d'objectifs le langage, les représentations dominantes du Droit et ses formulations positives, puisque le juge suprême ou international qui se prononce à leur propos peut en dire absolument rien sans être « juridiquement » sanctionné pour cela. On retrouve alors la fameuse liberté radicale du juge en Droit et en raison, et c'est là que nous passons à la deuxième partie de la démonstration annoncée.

¹⁴ On peut prendre pour exemple la déclaration du juge M. BENNOUNA sous l'arrêt CJI, *Différend frontalier (Burkina Faso c. Niger)*, arrêt du 16 avril 2013, *Rec. CJI*, 2013, pp. 94-96, qui consiste exclusivement en une discussion de la manière dont la Cour doit interpréter certains textes, au regard des fonctions qui sont les siennes.

B. La Cour a ses raisons que la Raison peut connaître

En effet, les « raisons d'opportunité judiciaire », tout comme les « raisons décisives », sont encore des raisons. Le fait pour la Cour d'employer le terme de « raisons », d'indiquer que ces raisons doivent avoir une qualité particulière (être « décisives »), le fait de les développer et de les formuler dans une langue française et un langage conceptuel commun (le langage juridique), sont naturellement avant d'invitations de sa part à l'évaluation de ses raisons : ses raisons sont-elles de bonnes raisons ? Sont-elles vraiment décisives ? La Cour vise-t-elle vraiment à préserver l'intégrité de sa fonction judiciaire ? Entend-t-elle vraiment sa fonction judiciaire conformément à l'esprit de son Statut ? Etc. Manifestement, le discours de la Cour n'implique pas seulement sa volonté – ou la nécessité dans laquelle elle est, ou l'obligation qui est la sienne – de se justifier, de montrer que sa décision n'est pas arbitraire ou prise de manière purement subjective ; il consiste encore en un appel à des évaluations pouvant être menées « de l'extérieur », par référence à règles et des principes indépendants de sa volonté. C'est peut-être la caractéristique la plus importante d'une décision de Justice, et la première source de son autorité, à la fois d'un point de vue formel et d'un point de vue psychologique ou sociologique.

Il va de soi que le texte des arrêts de la Cour indique que comme toute décision véritablement délibérée – et *a fortiori* comme toute décision sur laquelle un groupe d'hommes se met d'accord, et plus encore comme toute décision dont la signification est exprimée par le langage –, cette décision est fondée sur des raisons et non posée sur « un désordre normatif et un désordre concret » auquel elle mettrait fin¹⁵. Et effectivement, en aucun cas une décision n'a pour justification ou même pour origine une liberté naturelle du décideur qui serait absolue, et qui comprendrait celle de choisir « librement » les raisons ultimes de ses raisons (ou d'ailleurs celles de leur mention, leur formulation, etc.). Un tel choix *totallement* fondateur en effet, n'est tout simplement pas humain¹⁶ ; le décideur, avant de décider, a toujours une certaine idée de ce qui est désirable ou juste, une idée non-choisie par lui et à partir de laquelle il perçoit, évalue et décide. Or « [s]i j'[a]i déjà une idée de ce qui est désirable, ma position n'[est] pas radicale, j'[a]i déjà de quoi raisonner sur ce qu'il faut choisir. La situation de choix radical est donc en réalité une situation de non-choix. Au fond, je ne peux que tirer à pile ou face puisque rien ne me parle en faveur d'un critère plutôt qu'un autre ». « Pour qu'un choix soit mon choix, pour que je puisse l'assumer et le revendiquer, il

¹⁵ Pour reprendre une expression de Carl Schmitt, dans *Les trois types de pensée juridique*, trad. de D. Ségard, Paris, PUF, coll. *Droit, éthique, société*, 1995, p. 83.

¹⁶ V. DISCOMBES, *Exercices d'humanité – Dialogue avec Philippe de Lara*, Paris, Les Dialogues des petits Platon, 2013, p. 141 et dans le même sens p. 142.

faut qu'il fasse une différence à mes yeux. (...) il faut que le monde se présente différemment à moi selon que je fais une chose ou que je ne la fais pas, qu'il y ait une différence de valeur »¹⁷. *Toute décision humaine délibérée est donc ultimement fondée sur des raisons qui « parle(nt) » naturellement au(x) décideur(s), et non sur un choix de ces raisons qui serait lui-même entièrement libre, fondé sur une totale absence de raison, et donc entièrement indifférent. Une liberté illimitée d'un décideur dans le choix de ses raisons supposerait de sa part une indifférence totale au monde, qui est exclue d'une manière générale – et naturelle – par la manière dont les hommes appartiennent au monde et agissent en son sein.*

A partir de ce constat sur la nature de l'homme et de ses décisions, ou simplement en essayant d'éviter d'être prisonniers de nos *a priori*, on peut rechercher les véritables raisons des choix ultimes que font consciemment les juges de la CIJ. Et si l'on recherche comment ces juges choisissent et justifient la manière dont ils déterminent les textes et pratiques pertinents, la manière dont ils les interprètent, ou leurs décisions concernant les dispositifs à adopter, les motifs à avancer, les développements à consacrer à chacun de ces motifs, la manière de les formuler, l'ordre dans lequel les avancer, etc., on tombe presque inévitablement sur la compréhension qu'ils ont ou sont forcés d'avoir de leurs devoirs en tant que membres de la CIJ, ou dit plus « objectivement », sur les fonctions de cette Cour.

II. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LES EXIGENCES CONTRADICTOIRES DES DIFFÉRENTES FONCTIONS DE LA CIJ

Ces fonctions et leurs exigences sont cependant plurielles (A). Il en résulte que les juges sont amenés à trouver, dans chaque cas d'espèce et sur la base de principes ou critères « supérieurs », une solution aux conflits entre les exigences de ces fonctions (B).

A. La pluralité des fonctions de la CIJ et de leurs exigences

En tant que *juridiction*, la Cour doit à la fois rendre la Justice (fournir une décision équitable)¹⁸ et appliquer le Droit en vigueur, c'est-à-dire – pour

¹⁷ *Ibid.*, pp. 141 et 140.

¹⁸ La Cour est très claire à ce propos. Elle estime d'une manière générale que « [q]uel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc, en ce sens, équitables » (CIJ, *Plateau continental de la mer du nord (RFA c. Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 48 § 88). De même, dans l'affaire du *Plateau continental entre la Tunisie et la Jamaïque* (arrêt du 24 février 1982, *Rec. CIJ*, 1982, p. 60 § 71). Ce n'est évidemment pas à dire application » (CIJ, arrêt du 24 février 1982, *Rec. CIJ*, 1982, p. 60 § 71). Ce n'est évidemment pas à dire que la CIJ rende ses décisions *ex aequo et bono* dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2

l'essentiel ou en apparence – le Droit positivement édicté ou reconnu¹⁹. En tant que *juridiction internationale*, la CIJ doit aussi porter, au moment de prendre et de rédiger un arrêt, une attention *particulière* à certaines questions, comme par exemple l'exécution probable de sa décision, ou l'effet qu'elle peut produire sur les politiques des Etats à l'égard de sa compétence. De ces points de vue notamment, la CIJ doit prendre en compte ce qui est inscrit dans son statut, mais également ce qui est plus spécialement attendu d'elle dans le cas d'espèce considéré. Suivant le contexte, et notamment suivant le compromis par lequel les parties peuvent soumettre leur litige à la Cour, la Cour doit probablement rechercher si les parties attendent une solution partiellement ou essentiellement transactionnelle, ou au contraire une décision principalement fondée sur le Droit en vigueur (ce qui peut être présumé par le fait qu'elles ont préféré le règlement juridictionnel à un règlement politique, sauf évidemment s'il est demandé à la Cour de statuer *ex aequo et bono*).

La CIJ a enfin des fonctions qui découlent de sa triple caractéristique d'être *permanente* et à *compétence générale*, d'être la *seule* juridiction internationale qui cumule ses qualités, et d'être « l'organe judiciaire principal des Nations Unies »²⁰. *A ces trois titres, la CIJ a trois fonctions essentielles qui s'ajoutent aux deux déjà mentionnées (rendre la Justice et appliquer le Droit positivement édicté ou reconnu), ou qui modifient la compréhension de ces fonctions de base. Davantage que de la part d'autres tribunaux internationaux en effet, il est attendu de la Cour qu'elle formule, précise et complète le Droit international général en vue d'assurer son unité et sa cohérence (ce que soulignent les juges²¹, mais également les Etats²²),*

de son Statut, mais simplement que parmi les finalités les plus importantes qui guident son office se trouve le souci d'introduire ou de maintenir une certaine équité dans les rapports sociaux.

¹⁹ Ce que rappelle l'article 38, alinéa 1 de son Statut (« régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ») mais aussi la Cour elle-même, par exemple quand elle s'est interdit de s'appuyer sur « une représentation de la justice abstraite », et a affirmé que la « justification objective de ses décisions » est « non pas au-delà des textes mais selon les textes » (CIJ, *Plateau continental de la mer du nord*, arrêt précité, 1969, p. 47 et p. 48).

²⁰ A. 92 de la Charte des Nations Unies et a. 1 du Statut de la Cour.

²¹ Par exemple par le juge GULLAUME dans son ouvrage sur *les grandes crises internationales et le droit* (Paris, Le Seuil, coll. Points – Médiat – Essais, 1994, p. 314), ou par le juge Abraham dans son op. indiv. sous CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (CIJ Argentine c. Uruguay)*, ordonnance du 13 juillet 2006 (demande en indication de mesures conservatoires), *Rec. CIJ* 2006, p. 137 § 2 (« En l'espèce, cependant, il me semble que la Cour aurait pu, sans trop déroger à la bonne règle de l'économie de moyens, saisir l'occasion de la présente ordonnance pour mettre un peu plus de clarté dans une question qui demeure, il faut bien la reconnaître, passablement obscure »), ou, plus anciennement, par le juge Roberto Ago dans son op. indiv. sous CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) (fond)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, p. 190 § 19 (« Je ne puis que regretter que la Cour n'ait pas saisi l'occasion pour souligner, par des références appropriées, qu'elle confirme sa prise de position précédente et l'argumentation théorique développée à son appui, afin de bien marquer ainsi la continuité et la solidité de sa jurisprudence »).

il est attendu d'elle qu'elle remplisse la même fonction concernant le Droit des Nations Unies, lorsqu'elle est saisie en matière consultative ; enfin, elle doit participer au maintien ou au rétablissement de la Paix internationale.

Sur le premier point, il faut notamment souligner que la Commission du Droit International (CDI), qui a d'ailleurs fourni certains de ses membres à la Cour, s'appuie sans hésiter, et de manière peut-être prioritaire, sur la jurisprudence de la Cour pour dégager le Droit coutumier²³, ce qui rend la portée potentielle des motifs adoptés par la Cour, particulièrement grande. C'est d'autant plus le cas que non seulement la Cour, mais la plupart des organes internationaux de règlement des différends, tendent ensuite à appliquer les règles formulées dans les projets d'articles de la CDI comme s'il s'agissait toujours de règles de Droit international général²⁴, donc même quand leur caractère coutumier est discutable²⁵. De même que la CIJ envisage la CDI comme un organe presque officiel de formulation du Droit international général, la CDI – et parfois certains tribunaux spécialisés – semblent souvent attribuer à la CIJ une fonction quasi-législative²⁶. La CDI

²³ Par exemple, le président de la République de Slovincie, Son Excellence M. Turk a déclaré lors de sa visite de la Cour en 2011, que « [p]ar la motivation de ses arrêts et les opinions de ses juges, la Cour a contribué à clarifier certaines des questions qui faisaient l'objet de négociations, admettant ainsi indirectement les États successeurs dans leur quête de solutions constructives » (Communiqué de presse n°2011/36 produit le 29 novembre 2011 par la CIJ).

²⁴ Comp. par ex. les a. 31 et s. de la Convention de Vienne sur le Droit des traités, avec les formules retenues par la Cour à la page 4 de son avis consultatif du 3 mars 1950, dans l'affaire de la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies* (Rec. CIJ, 1950).

²⁵ V. spéc. les rapports du Secrétaire général des Nations Unies en 2004 (A/62/62 et Corr.1 et Add.1.) puis en 2010 (A/65/76), et enfin en 2013 (A/68/72), ou pour un travail comparable : S. OLLISON, *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007. Pour une analyse claire des rapports du Secrétaire général, v. M. ARCARI, « Le juge et la codification du droit de la responsabilité – Quelques remarques concernant l'application judiciaire des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », in N. Boschero et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law – Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, Springer, T. M. C. Asser Press, 2013, pp. 19-30. Pour une étude nuancée de l'influence de la CDI sur la CIJ, v. par ex. S. VILLALPANDO, « Le codificateur et le juge face à la responsabilité internationale de l'État : interaction entre la CDI et la CIJ dans la détermination des règles secondaires », *ATDI*, 2009, vol. 55, spéc. pp. 50-59.

²⁶ Pour un exemple, nous nous permettons de renvoyer à la démonstration développée dans F. COUVENHES MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, préf. de D. Alland, Bruxelles, Bruylant, coll. *Jus Gentium*, 2014, pp. 549-566 §§493-505.

²⁷ Au moins quand le Droit applicable est jugé incertain. Pour des affirmations en ce sens à l'époque de la CPIJ, v. par ex. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, trad. de la troisième éd. en italien par G. Gidel, avr.-prop. de P.-M. Dupuy et Ch. Lebou, Paris, Ed. Parthéon-Aspas, coll. *Les incontournables*, 1999 [1^{ère} éd. en langue française : 1929], pp. 117-120 ou L. KOPELMANAS, « Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3^e du Statut de la CPIJ », *RGDP*, 1936, vol. 43, p. 303. Plus récemment, v. par ex. O. VICUÑA, Ch. PINTO, « The Peaceful Settlement of Disputes : Prospects for the Twenty-first Century – Revised Report Prepared for the Centennial of the First International Peace Conference », document rédigé en application de la résolution A/RES/52/154, *Kluwer Law International*, 2000, ou P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, 2002, vol. 297, pp. 475-476.

puise ainsi couramment dans la jurisprudence de la Cour, non seulement des éléments de preuve ou d'identification de la pratique et de l'*opinio juris* des États, mais également des éléments de preuve et d'identification « directs » des règles internationales coutumières. Cette pratique critiquable à plusieurs titres, et des pratiques semblables de la part des universitaires et de juridictions internationales spécialisées, a un impact direct sur la manière dont les membres de la CIJ envisagent l'exposé des motifs. En effet, *la Cour ne peut pas ne pas savoir qu'en lisant ses arrêts et avis, et en particulier leur exposé des motifs, les universitaires et la CDI tendront à se demander si telle ou telle proposition avancée en l'espèce est universalisable*²⁷, et également, en conséquence, si la Cour fournit des indices en ce sens. De telles attentes pesant sur elle, il est clair que les membres de la CIJ réfléchissent à deux fois à ce qu'ils doivent mettre ou omettre dans leurs avis et arrêts, ou aux formules plus ou moins générales qu'ils doivent employer. Ces attentes expliquent qu'ils prennent soin d'indiquer, ou directement ou par les termes employés, qu'ils se prononcent sur des principes²⁸, ou au contraire que la Cour « n'entend pas sortir du cadre limité de la question qu'il lui faut résoudre »²⁹. Cette fonction peut fortement pousser la Cour à dissimuler les motifs qu'elle a jugé déterminants mais qu'elle estime inopportuns d'ériger en règles générales, et dont d'autres juridictions (ou elle-même composée différemment) auraient pu s'inspirer, contre son gré, pour trancher d'autres cas d'espèce³⁰.

Sur le deuxième point, il faut rappeler que même si les États résolvent rarement un conflit armé en demandant simplement à la Cour de rendre un arrêt³¹, la Cour a, au-delà de la résolution d'un différend particulier via l'application du Droit, une vocation particulière au maintien ou au rétablissement de la paix dans la société internationale, spécialement

²⁷ V. par ex., dès les premiers pas de la Cour, Sir G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice : General Principles and Substantive Law », *BYBIL*, 1950, vol. 27, p. 1 (tantôt le texte de l'arrêt ne prend son sens qu'en rapport étroit avec les faits de l'espèce, tantôt il comprend des « statements of principle »). Plus généralement, pour la description d'une méthode inductive de formulation des « principes », v. M. VIRALLY, « Le rôle des principes dans le développement du droit international », *Mélanges en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IHEI, 1968, p. 540.

²⁸ V. par ex. CIJ, *Reserves*, avis précité, 1951, pp. 24, 26 ; CIJ, *Plateau continental de la mer du nord*, arrêt précité, 1969, pp. 41-43 §§69-74 ; CIJ, *Nicaragua (fond)*, arrêt précité, 1986, pp. 97-98 §§183-186, pp. 99-104 §§188-196, p. 105 §§199-200.

²⁹ CIJ, *Nottebohm*, (Liechtenstein c. Guatemala) (deuxième phase), arrêt du 6 avril 1955, *Rec. CIJ*, 1955, p. 17.

³⁰ A propos de l'influence, sur la motivation des arrêts de la Cour, de la prise en compte de leur portée probable, v. par ex. S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGD, 1974, pp. 347 et s. A propos de son influence sur le dispositif lui-même, v. not. l'op. diss. du juge GROS sous CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (RFA c. Islande) (fond)*, arrêt du 25 juillet 1974, *Rec. CIJ*, 1974, p. 145-146 §§29 in fine-30.

³¹ V. spéc. G. GUILLAUDÉ, « The Future of International Judicial Institutions », *JCLQ*, 1995, vol. 44, p. 860. Comme l'affaire *Libye c. Tchad* l'a par exemple montré, la Cour peut néanmoins participer à la pacification d'un différend.

lorsqu'elle se prononce dans le domaine hautement sensible des contentieux territoriaux³². Aux dires de juges comme d'observateurs, le souci particulier d'éteindre les différends ou de ne pas les enflammer mène parfois la Cour à ne pas traiter une affaire rapidement, à examiner avec attention tous les moyens avancés par les parties et à montrer qu'elle le fait, à veiller aux conséquences politiques et militaires possibles de ses arrêts, à s'interroger sur les conditions politiques de l'exécution de son arrêt, à rechercher l'unanimité de ses membres ou au moins une très grande majorité d'entre eux, dans l'espoir que la solution adoptée soit suivie. Dans ce dernier but, certains motifs peuvent être purement et simplement exclus à la phase de rédaction de l'arrêt, alors qu'ils ont été décisifs en l'espèce. Là encore, le choix de la Cour d'adopter un motif officiellement ou de ne pas le faire dépend clairement de l'une de ses fonctions et non d'une règle juridique positivement édictée ou reconnue.

B. La résolution des conflits entre les différentes exigences découlant des fonctions de la CIJ

Ce qu'exige une fonction de la Cour dans un cas d'espèce peut s'opposer ou paraître le faire à ce qu'exige une autre de ses fonctions. Ce n'est généralement pas le cas, et les différentes fonctions d'une juridiction se complètent et même se recoupent d'ordinaire. Ainsi, trancher un litige de manière (apparemment) équitable mais en faisant fi de toute sécurité juridique, c'est ne pas faire droit à des attentes légitimes, dont une partie à l'instance demande la satisfaction en se fondant sur le Droit positivement édicté ou reconnu ; c'est aussi perdre de vue le signal anti-formaliste et potentiellement déstabilisateur des relations sociales envoyé aux tiers, et à l'ensemble de la société concernée. De même, privilégier systématiquement

l'équité ou l'application du Droit en vigueur sur les exigences pratiques de la résolution des litiges, c'est prendre le risque qu'aussi équitable et conforme au Droit que paraisse le texte de la décision rendue, celle-ci n'améliore pas concrètement les relations auxquelles elle s'applique. Dans la pratique, cela peut donc s'avérer défavorable à l'équité et, *in fine*, à la sécurité juridique, puisque le fait que certaines décisions de Justice ne sont pas respectées peut faire douter du sérieux du Droit positivement édicté ou reconnu, surtout où il est censé ordonner les relations interpersonnelles. Enfin, le juge doit veiller à ce que les règles qu'il met manifestement en application améliorent, ou du moins ne détériorent pas significativement les relations concernées sur le long terme, ce qui implique non seulement que sa décision soit équitable, mais encore qu'elle le paraisse.

Toutefois, chacun sait que ce qu'exigent différentes valeurs ou fonctions, par exemple l'équité et la sécurité juridique, peuvent s'opposer, au moins à un certain « niveau » du raisonnement³³. Dans une telle hypothèse, le juge doit trouver un équilibre entre ces exigences contradictoires, en recherchant en quoi consiste cet équilibre au regard des particularités des faits pertinents, des textes en vigueur, et du contexte dans lequel s'insère le différend. Dans le contentieux territorial par exemple, il a manifestement paru opportun à la CIJ de trancher certains cas d'espèce en partie en équité et non seulement en Droit³⁴. Néanmoins, lorsque le différend interétatique porté devant elle a dégénéré en conflit armé, elle semble éviter de rendre un arrêt peu crédible en Droit, et paraissant seulement fondé sur l'équité, dans la mesure où le risque serait grand que l'arrêt soit contesté ou même considéré comme une provocation par la partie perdante³⁵. Il y a donc quelque naïveté à affirmer, à l'instar d'Eric Posner et John Yoo par exemple, que les tribunaux internationaux ne peuvent pas être à la fois indépendants et efficaces³⁶, et qu'ils doivent donc agir en automatismes faisant exactement ce que tous les Etats parties au litige attendent d'eux, au moment où ils soumettent le litige,

³² V. par ex. CIJ, *Plateau continental Tunisie-Libye*, arrêt précité, 1982, p. 60 § 71.

³³ V. spéc. la contribution de G. GIRAUDÉAU à cet égard.

³⁴ « Ainsi, les trois décisions dans lesquelles la Cour affirme de la manière la plus nette la primauté des titres sur les effectivités, l'arrêt *Burkina Faso c. Mali* (formule de principe), l'arrêt *Cameroun c. Libye* c. *Tchad* (mise à l'écart des très nombreux arguments historiques, sociaux, etc. invoqués par les parties, refus d'une approche transactionnelle et appui pris uniquement sur le traité applicable) sont en effet des affaires où le déclenchement de la violence a été particulièrement grand, avant (dans les trois affaires) et parfois même pendant le traitement du cas par la Cour (dans les deux premières). Inversement, la CIJ s'est largement appuyée sur les effectivités dans des conflits où l'éventualité d'une action armée était limitée, comme dans l'affaire *Les Minganiers et les Ecréhous* ou plus récemment dans l'affaire de *Pedra Branca / Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* » (F. COUVENHES MATSUMOTO, *op. cit.*, 2014, pp. 342-343 § 317). Pour des développements à ce sujet, v. les passages qui suivent dans l'ouvrage cité.

³⁵ V. spéc. E. A. POSNER, J. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », *California Law Review*, 2012, vol. 93, n° 1, pp. 1-74.

³⁶ V. not. M. G. KOHEN, « Règlement territorial et maintien de la paix », in Ph. Weckel (dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace : la spécificité du contentieux territorial – Actes de la Première journée méditerranéenne sur le contentieux international réalisée à l'Université de Montpellier I, le 7 mai 1997*, Paris, Pedone, coll. *Contentieux international*, 1998, spéc. pp. 209 in fine-210 ; A. PELLET, « Le glaive et la balance – Remarques sur le rôle de la CIJ, en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », in Y. Dinstein (éd.), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, pp. 539-566, spéc. pp. 539-545 ; Discours tenu le 29 octobre 2013 par le Président Peter Tomka devant les conseillers juridiques des Etats Membres de l'ONU – Introduction au séminaire consacré aux liens existant entre la Cour et les autres organes principaux des Nations Unies, p. 2. Cela apparaît spécialement dans certains passages des arrêts et ordonnances de la CIJ en matière territoriale. V. par ex. : CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, ordonnance du 10 janvier 1986, *Rec. CIJ*, 1986, p. 9 § 19. D'une manière générale sur cette fonction de la Cour, v. O. LINSITZYN, *The International Court of Justice – Its Role in the Maintenance of International Peace and Security*, foreword by H. Lauterpacht, New York, Carnegie Endowment for International Peace, coll. *United Nations Studies*, 1951, 118 p., ou M. S. M. AMR, *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, La Haye, Kluwer Law International, coll. *Legal Aspects of International Organization*, 2003, XXIII-447 p.

s'ils souhaitent vraiment que ces Etats s'exécutent par la suite. Il va de soi que, dans la plupart des cas, les Etats parties au litige attendent chacun quelque chose de différent de la Cour (à moins de raisonner à un très haut niveau de généralité), de sorte que les juges doivent trouver un équilibre entre l'indépendance avec laquelle ils rendent la décision, et leur souci que leur décision soit exécutée. L'intérêt de saisir la Cour disparaîtrait purement et simplement si cette dernière sacrifiait systématiquement l'un de ces deux impératifs en invoquant l'autre.

Un autre équilibre doit être trouvé entre l'explication sincère du raisonnement véritablement suivi par les juges – qui est indispensable au maintien à la sécurité juridique des futures relations interétatiques et à la prévisibilité de l'évaluation de ces dernières par la Cour –, et l'effort rhétorique visant à convaincre les parties – et spécialement la partie « perdante » s'il y en a une – du bien-fondé de la décision. Il se peut en effet que les véritables raisons pour lesquelles une décision a été adoptée soient mauvaises, mais il se peut surtout qu'elles soient considérées comme raisonnables ou comme excellentes par les juges ou par la doctrine, et (plus ou moins honnêtement) comme exécrables ou inacceptables par une partie au litige. Or, comme on l'a dit, le but d'une décision de Justice n'est pas d'être esthétique ou juste sur un plan abstrait, mais d'entraîner une résolution des conflits ou une amélioration réelle des rapports sociaux. Si être parfaitement sincère dans la motivation, ou ne pas se soucier du fait que la décision heurtera la sensibilité d'une partie, risque d'empêcher l'exécution de la décision, toutes les missions de la Cour ne seront évidemment pas satisfaites. Mais plus encore, être parfaitement hypocrite dans l'exposition des raisons ayant déterminé la solution serait une attitude catastrophique pour l'unité et donc l'autorité du Droit international, ainsi que pour la sécurité juridique des relations interétatiques. Une mission essentielle de la Cour ne serait donc pas assurée non plus, et un équilibre doit donc être trouvé entre la sincérité et la diplomatie.

Un troisième dilemme concerne la fonction de la Cour dans la clarification et la précision des règles internationales générales. Il est presque universellement reconnu que la Cour doit remplir une fonction de ce type, mais les universitaires souhaitent souvent qu'elle pousse la Cour, dans sa motivation, à dire le Droit de manière « abstraite » sans souci des conséquences et, par exemple, sans considération pour les conditions matérielles et politiques de l'exécution de ses décisions. Or, dans la plus grande partie de l'exposé des motifs de la plupart de ses arrêts, la Cour ne semble pas satisfaire à ce vœu de la doctrine, même s'il existe évidemment des passages de la jurisprudence qui ont édité des règles nouvelles (ainsi de l'arrêt *Nottebohm* ou de l'avis sur les *Reserves* par exemple), ou qui

constituent des prises de position doctrinale³⁷. Certains auteurs ont ainsi critiqué la tendance de la Cour, en particulier après 1986 et le retentissant arrêt *Nicaragua*, à essayer de régler les différends qui lui sont soumis et à apaiser les relations internationales³⁸, plutôt qu'à se prononcer plus largement sur le Droit applicable... voire qu'à consacrer les modifications du Droit international général souhaitées par des acteurs publics et privés occidentaux, « libérés » durant cette période de toute opposition idéologique et géopolitique. Quoi qu'il en soit de ces critiques, le Président Gilbert Guillaume pouvait affirmer en 1994, qu'après 1988, « la Cour a (...) le plus souvent retenu des motivations brèves, sans chercher à les conforter par des considérations superflues. Depuis 1988, elle est à ce prix parvenue à l'unanimité ou à la quasi unanimité dans la plupart des avis ou arrêts qu'elle a rendus »³⁹. Loin d'avoir fait son temps⁴⁰, cette tendance s'est renforcée et le même Gilbert Guillaume a réitéré sans difficulté en 1996⁴¹ et en 2008⁴², son diagnostic concernant la tendance de la Cour à rendre des arrêts relativement brefs, peu litigieux, et obtenant l'unanimité ou la quasi-unanimité des juges permanents⁴³.

³⁷ C'est le cas, de manière célèbre, d'un passage très positiviste et volontariste de l'arrêt *Lotus* (CJ, (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, *Série A*, n°9, p. 5, p. 18-19), qui s'oppose sur un plan général à un passage de l'arrêt antérieur *Ypseur Wimbledon* (CJ, (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923, *Série A*, n°1, p. 25). Un développement de l'arrêt *Plateau continental de la Mer du Nord* (arrêt précité, 1969, p. 44 §§77-78) a aussi été compris (v. par ex. P. HAGEMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, 1986, vol. 90, p. 11) comme une réaffirmation expresse de la légitimité du Droit international coutumier (v. surtout H. KEISEN, « Théorie du droit international coutumier » [initialement publié dans la *Revue internationale de théorie du droit*, 1939, vol. X, coll. *Doctrine juridique*, 2001, pp. 61-84).

³⁸ V. spéc. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, 2002, p. 476 (après 1986, la CIJ « est revenue à une conception beaucoup plus classique, pour ne pas dire systématiquement formaliste de sa fonction judiciaire (...) » ; « [s]elon cette nouvelle tendance, chaque affaire est d'abord traitée en fonction des données de l'espèce, sans prétention particulière à contribuer à l'évolution dynamique du droit international. Non seulement, le règlement de chaque différend bilatéral prend le pas sur l'exercice de la *juris dictio* en son propre sein, évite de traiter des questions de droit soulevées par les conseils des parties lorsqu'elle les estime, parfois à tort, comme sans rapport suffisant d'efficacité avec le différend à traiter ») et pp. 477-478.

³⁹ G. GUILLAUME, « Transformations du droit international et jurisprudence de la Cour internationale de Justice », in R. Ben Achour, S. Lagmann (dir.), *Les nouveaux aspects du droit international – Colloque des 14, 15 et 16 avril 1994*, préf. de Y. Ben Achour, Paris, Pedone, coll. *Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, 1994, p. 176 et la note 1 qui fournit toutes les références pertinentes.

⁴⁰ Comme l'affirmait peut-être imprudemment Pierre-Marie Dupuy dans « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, 2002, p. 476.

⁴¹ « La Cour internationale de Justice – Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire », *RGDIP*, 1996, vol. 100, p. 328.

⁴² « Débats », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, *op. cit.*, 2008, pp. 98-99.

⁴³ Dans un sens proche du nôtre, à propos de la tension entre les « motivations abondantes et détaillées » souhaitées par la doctrine, et la nécessité « de ne pas trop en dire afin d'aboutir à un

Politiquement, on peut fonder cette pratique de la Cour sur certaines attentes des États, et on peut le faire juridiquement sur la primauté de la fonction de résolution des différends mentionnée au début de l'article 38 du Statut. La Cour en a en effet tiré qu'elle « [avait] le devoir de répondre aux demandes des parties, telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées »⁴⁴. Géopolitiquement, cette tendance de la Cour s'explique aussi probablement par le relatif recul de la capacité de l'Occident à imposer ses vues (en particulier après les années 2008-2009), et par la diversité de nationalité des juges de la Cour. Elle tient aussi peut-être aux effets manifestement positifs de cette politique (et d'autres mesures) sur le nombre d'affaires soumises à la Cour, un nombre subitement si important qu'on a parlé de « résurrection » de la Cour⁴⁵. Enfin, a également certainement joué un rôle, le fait que la Cour ne soit pas uniquement la garante de l'unité théorique ou linguistique ou idéologique du Droit international, mais également, d'une certaine manière, un baromètre de l'autorité et du respect du Droit international. On tend en effet fréquemment à apprécier le respect du Droit international à la lumière du respect des arrêts de la CIJ, ce qui rend le souci de rendre des décisions équitables et effectivement appliquées particulièrement prégnant. Certains ont par exemple interprété ainsi le fait que, dans l'affaire du *Genocide*, la Cour ne dise quasiment rien des raisons de son maintien d'un principe d'imputation⁴⁶, qui venait d'être remis en question dans la jurisprudence⁴⁷ comme dans la doctrine⁴⁸ avec des arguments puissants.

Malgré les solides raisons de cette politique générale de la Cour, il nous faut rejoindre Pierre-Marie Dupuy, lorsqu'il suggère que si la CIJ ne s'autorise pas à jouer un rôle quasi-législatif, il est à craindre que des tribunaux plus spécialisés et dont « ce n'est pas nécessairement [la] fonction principale », s'auto-habilitent pour dire le Droit international général

jugement quasi unanime plus aisément acceptable par les parties », v. G. GULLAUME, « Commentaire de G. Cahin », *op. cit.*, p. 91. Pour une remarque similaire, mais à propos de cette autre cour « régulatrice » qu'est la Cour de cassation, v. le discours d'ouverture des travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, par Michel Grimaldi, dans *La motivation, journées nationales*, t. III/Limoges – 1998, Paris, LGDJ, 2000, p. 2.

⁴⁴ CIJ, *Demande d'interprétation de l'arrêt du 29 novembre 1950 dans l'affaire du Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 27 novembre 1950, *Rec. CIJ*, 1950, p. 402.

⁴⁵ Sur cette « résurrection » et ses causes, v. par ex. G. GULLAUME, *op. cit.*, *RGDIP*, 1996, p. 325.

⁴⁶ V. CIJ, *Genocide (Bosnie)*, arrêt précité 2007, p. 142 §§396-397.

⁴⁷ V. spéc. TPIY, Ch. d'appel, 15 juillet 1999, *Duško Tadić*, aff. n°T-91-1, spéc. §104 et §§115-145.

⁴⁸ V. not. l'op. diss. du juge McDonald sous TPIY, ch. de première instance, 7 mai 1997, *Duško Tadić alias « Dule »*, aff. n°T-94-1-T §§607-608 ; H. ASCENSIO, R. MAISON, « L'activité des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (1995-1997) et pour le Rwanda (1994-1997) », *AFDI*, 1997, vol. 43, pp. 388-389. V. ensuite l'analyse d'A. CASSESE dans « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EMIL*, 2007, vol. 18, n°4, pp. 649-668.

*suivant leur orientation particulière*⁴⁹. Les tribunaux internationaux dont la jurisprudence est la plus abondante et la plus influente étant ceux chargés du respect du libéralisme politique (droits de l'homme et Droit pénal), et surtout du libéralisme économique (commerce et investissements), c'est suivant ce biais qu'ils risquent de façonner le Droit international général, ainsi que certains le souhaitent et beaucoup le craignent.

La « vocation » de la Cour, « non seulement à justifier la solution choisie en l'espèce, mais, dans une certaine mesure, à orienter le système de Droit au-delà du cas concret »⁵⁰ prend une importance particulière lorsque la CIJ est saisie en matière consultative. Lorsqu'elle rend un avis en effet, la Cour n'est pas tenue par les conclusions des parties, elle ne peut ni statuer *ultra petita*, ni commettre un déni de Justice ; elle n'est pas tenue non plus, comme elle peut l'être en matière contentieuse, par les sources du Droit que les parties ont précisé dans un compromis ; enfin, au moins dans certains cas, son souci de ne pas heurter la susceptibilité des États concernés peut être moindre, tout comme la nécessité de fournir une description du Droit en vigueur qui s'inscrive effectivement dans la réalité, et mette effectivement fin à un litige particulier. N'étant pas saisie d'un conflit spécifique, la Cour peut formuler des principes, voire des principes « nouveaux », sans restreindre la sécurité juridique à laquelle les États s'attendent lorsqu'ils la saisissent au contentieux. Cette manière de clarifier ou de préciser le Droit sans « dommage collatéral » en l'espèce peut d'ailleurs aisément être comparée, en Droit français, à la technique des arrêts de rejet.

Un dernier dilemme, classique pour les juges internationaux, concerne le rapport entre le bon exercice des fonctions de la Cour, et son souci d'éviter des contestations politiques telles qu'elles entraînent le retrait, par l'État « perdant », de sa déclaration facultative de juridiction obligatoire (cas des États-Unis après l'affaire *Nicaragua* ou de la France après celle des *Essais nucléaires*), ou – pire – un désamour généralisé et une chute drastique du nombre de ses saisines (cas de l'affaire du *Sud-ouest africain*). Ce type d'événement peut inciter les juges à essayer de « rattraper le tir » en envoyant un signal politique inverse, grâce à un *obiter dictum* savamment choisi (comme dans l'affaire de la *Barcelona Traction*)⁵¹. A un niveau plus profond, la permanence de la problématique de l'avenir de la Cour invite nécessairement les juges à s'interroger sur la juridiction qu'ils souhaitent que soit la CIJ, et sur le calcul à effectuer dans chaque cas d'espèce pour qu'elle

⁴⁹ *op. cit.*, 2002, p. 478.

⁵⁰ Ch. SCHÖNBERGER, « « Mi-attendu, mi-dissertation », le style de décision de la Cour de Justice de l'Union européenne », *Droit et société*, 2015, vol. 91, n°3, p. 506 (à propos de la motivation des cours suprêmes). Dans le même sens pour la CIJ, v. par ex. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, 2002, p. 477.

⁵¹ V. *supra*, dans notre première contribution, la note 187 p. 69.

devienne progressivement cette juridiction idéale. Préfèrent-ils une juridiction très sollicitée mais qui est sensible aux pressions, ou une juridiction incorruptible mais qui traite finalement un contentieux très limité ? Est-ce l'insensibilité aux pressions et une attention au Droit plus qu'à l'équité qui confère de l'autorité aux décisions, ou est-ce plutôt la capacité de la Cour à rendre des solutions transactionnelles, politiquement acceptables et donc vidant effectivement les différends ? Il n'est certainement pas possible de répondre à de telles questions dans l'abstrait, sauf à répondre que c'est un équilibre entre les deux fins ou les deux calculs qui doit probablement être trouvé. Et il est à parier que certains gouvernements ou commentateurs accueilleront avec bienveillance telle politique judiciaire, tandis que d'autres s'en méfieront ou la critiqueront franchement.

CONCLUSION

Comment alors, ou sur la base de quels principes ou critères de tels dilemmes sont-ils ou doivent-ils être tranchés par les juges de la CIJ ? Là encore, il est presque incontestablement impossible de répondre par quelques formules bien senties, censées avoir des vertus d'universalité. Ce que suggère plutôt la Cour elle-même face à ce type de difficultés, c'est que chaque juge doit comprendre et exercer ses fonctions de manière raisonnable et équitable⁵². Quoi que la Cour n'avait pas besoin de le dire pour qu'il s'agisse là des devoirs fondamentaux s'imposant à chaque juge, il serait naïf de considérer que même une seule répétition de tels devoirs – quel que soit le qualificatif qu'on leur accole – est inutile à la qualité de la Justice internationale.

LES MOTIFS NON-JURIDIQUES DANS

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

RAPHAËLE NOLLEZ-GOLDBACH*

Les motifs non-juridiques occupent une place d'importance au sein de la jurisprudence de la Cour pénale internationale (CPI). L'expression « motifs non-juridiques » renvoie ici à des arguments présentés au sein même de la décision, parmi l'exposé des motifs ou, le plus souvent, en dehors¹, dans les parties préliminaires de la décision. Ces motifs sont « non-juridiques » en ce sens qu'ils sortent d'une application stricte des normes juridiques aux faits de l'espèce – c'est-à-dire en droit international pénal de la caractérisation de l'incrimination et du mode de responsabilité pénale de l'accusé – ou relèvent directement de motifs politiques assumés comme tels par la Cour. Ils ont ainsi trait au contexte des affaires et servent à légitimer les enquêtes et les procédures de la Cour. Leur présence est assumée – parfois même revendiquée ouvertement – par les juges, qui utilisent les motifs non-juridiques pour motiver leur décision à l'appui de motifs juridiques classiques. Mais le poids de ces motifs non-juridiques est parfois tel qu'ils en viennent à constituer les motifs réels de la solution juridique retenue.

L'existence de motifs non-juridiques et même politiques est ainsi frappante dans la jurisprudence de la CPI. Elle s'explique notamment par le rôle de cette première juridiction pénale internationale permanente, qui vise à juger, selon les termes du préambule de son Statut, « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » : les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Cette Cour, qui plus est très récente (elle a commencé à fonctionner en 2002), semble à la recherche d'une légitimité encore à fonder. Les affaires

⁵² V. par ex. en matière d'interprétation et d'application du Droit : CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran) (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952, *Rec. CIJ*, 1952, p. 104 ; CIJ, *Les Minquiers et les Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, arrêt du 17 novembre 1953, *Rec. CIJ*, 1953, p. 57 ; CIJ, *Burkina Faso c. Mali*, arrêt précité, 1986, pp. 567-568.

* Chargée de recherche au CNRS, Ecole Normale Supérieure (Ulm), membre du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit (UMR CNRS 7074).

¹ V. *supra* la contribution de Florian COUVENHES MATSUMOTO dans cet ouvrage : « Mise au point théorique. Existe-t-il des motifs "non-juridiques" des jugements internationaux ? », pp. 23-78.