

**SEMINAIRE EN L'HONNEUR DU 70^E ANNIVERSAIRE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
BATIMENT DE L'ACADEMIE, PALAIS DE LA PAIX, LA HAYE
LUNDI 18 — MARDI 19 AVRIL 2016**

Le choix de recourir à la Cour internationale de Justice en matières contentieuses et consultatives (y compris la question de la compétence)

*Dapo Akande**

1. Le 70^e anniversaire de la Cour internationale de Justice est l'occasion de se pencher sur plusieurs questions relatives au recours à l'organe judiciaire principal des Nations Unies¹ et, à bien des égards, le premier tribunal international. Aux termes de son statut, la Cour a pour mission de régler les différends entre Etats conformément au droit international², ainsi que de fournir des avis consultatifs aux organes de l'Organisation des Nations Unies et aux institutions spécialisées des Nations Unies habilités à la solliciter à cet effet.

2. Le présent article vise à dresser l'inventaire des tendances actuelles en ce qui concerne le choix de recourir à la Cour en matières contentieuses et consultatives. Les points suivants y seront examinés :

- a) le paysage dans lequel intervient aujourd'hui la Cour, avec comparaison entre la saisine de celle-ci et le recours à d'autres mécanismes judiciaires ou arbitraux, et analyse de l'incidence des mécanismes juridictionnels plus récents à cet égard ;
- b) l'évolution des différents modes de saisine de la Cour dans le cadre de l'article 36 du statut de celle-ci, avec analyse des tendances pour chacun ;
- c) la compétence accessoire de la Cour pour l'indication de mesures conservatoires, avec analyse des questions de droit susceptibles de se poser dans la recherche de l'équilibre entre les considérations antagoniques que sont la nécessité d'empêcher les abus en matière de mesures conservatoires et celle de préserver l'intégrité de l'arrêt au fond ;

* Professeur de droit international public, université d'Oxford, et titulaire de la bourse Yamani, St Peter's College, Oxford.

¹ Voir l'article 92 de la Charte des Nations Unies.

² Article 38, paragraphe 1 du Statut de la Cour internationale de Justice.

d) enfin, la compétence consultative de la Cour.

Le paysage judiciaire et arbitral international

3. Inévitablement, divers facteurs influent sur le choix de s'adresser à la Cour pour régler un différend ou solliciter un avis. L'existence d'un grand nombre de tribunaux internationales (chargées par les Etats de régler des différends ou d'autres questions juridiques sur la base du droit international) a fait dire à certains que le XXI^e siècle pourrait jusqu'à présent être considéré comme l'âge d'or du contentieux international. Bien entendu, le contexte dans lequel intervient la Cour aujourd'hui est radicalement différent de ce qu'il était en 1945. A l'époque, il n'existait pour ainsi dire pas de système judiciaire international³, mais le fait que la Charte qualifie la Cour d'organe judiciaire «principal» des Nations Unies peut donner à penser qu'il était envisagé que cette situation puisse évoluer et, de fait, elle a complètement changé. Aujourd'hui, la Cour n'est qu'un tribunal international parmi tant d'autres. Ce fait, ainsi que le recours assez répandu aux autres institutions, soulève des questions quant au rôle et au statut de cette dernière, ainsi qu'à ses rapports avec ces autres entités.

4. Pour l'examen du rôle de la Cour et de la question de savoir si des mesures pourraient être prises afin d'encourager un recours plus cohérent, voire accru à son intervention, il est intéressant de comparer cette intervention à celle d'autres tribunaux internationales. Pareille comparaison est importante car, dans l'analyse de la décision de s'adresser à la Cour pour le règlement d'un différend, il convient de garder à l'esprit qu'il peut exister, en amont de ce choix, des considérations touchant à l'opportunité même, pour les Etats, de recourir à une tierce partie pour statuer de façon contraignante sur les conflits auxquels ils sont parties, ce qui rend essentiel l'examen des facteurs qui conduisent les Etats et autres intervenants à recourir à la justice internationale.

5. L'examen comparatif du recours aux différentes tribunaux internationales doit être abordé avec prudence. Ces institutions sont dotées d'une compétence juridictionnelle (*ratione personae* et

³ L'arbitrage *ad hoc* entre Etats était certes possible et nombre de commissions mixtes de réclamations ont vu le jour pendant l'entre-deux-guerres. De plus, peu après la fin de la seconde guerre mondiale, les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo ont été mis sur pied par certains Etats, mais aucune de ces juridictions n'était destinée à constituer un mécanisme judiciaire international permanent.

ratione materiae, notamment) très différente, de sorte que les conclusions qui s'imposent quant au recours à l'une d'elles ne valent pas nécessairement pour une autre. De même, les modalités de saisine des différents tribunaux ainsi que les entités qui en sont justiciables sont également des facteurs importants. Le contexte institutionnel plus large — sans parler du cadre politique et économique — dans lequel s'inscrivent ces tribunaux pèse lui aussi sur le choix d'y recourir dans tel ou tel domaine.

6. Bien entendu, la compétence de la Cour est limitée aux différends entre Etats⁴. Bien que le recours aux instances judiciaires internationales ait beaucoup augmenté au cours du dernier quart de siècle, il convient, pour que la comparaison (s'agissant de la saisine et des affaires traitées) entre la Cour et les autres tribunaux internationales ait un sens, de tenir compte des limites qui encadrent la compétence *ratione personae* de la Cour. Depuis la création de la Cour jusqu'au 31 décembre 2015, 134 affaires contentieuses ont été portées devant elle⁵, dont environ la moitié (61) ont été introduites pendant ses quarante-cinq premières années d'existence, soit entre 1946 et 1990, et un peu plus de la moitié (63) au cours du dernier quart de siècle. Trente-cinq instances⁶ ont été introduites entre 1990 et 1999, et 38 instances depuis 2000. De tels chiffres attestent que la Cour n'a donc jamais été autant sollicitée. Le nombre d'affaires qui lui sont soumises est toutefois bien inférieur à celui d'autres tribunaux internationales. Ainsi, le nombre de procédures d'arbitrage amorcées au titre d'accords internationaux d'investissement⁷, tout comme celui des instances introduites devant divers tribunaux chargés de la protection des droits de l'homme⁸, est bien

⁴ Article 35, paragraphe 1 du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁵ Voir le site Internet de la Cour : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>.

⁶ En font partie les dix affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* introduites par la République fédérale de Yougoslavie en 1999.

⁷ Citons par exemple le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui, au cours de la période allant de l'introduction de la première affaire, en 1972, au 31 décembre 2015, a été saisi de 549 affaires dans le cadre de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements et du Mécanisme supplémentaire du CIRDI (*Affaires du CIRDI — Statistiques*, numéro 2016-1, p. 7 : [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(French\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(French)%20final.pdf)). De surcroît, le nombre d'affaires enregistrées par année civile a augmenté de façon régulière : alors qu'il s'établissait à un maximum de 4 jusqu'en 1997, il s'est situé entre 10 et 19 de 1997 à 2002, pour atteindre 38 ou plus depuis 2011 (et 52 en 2015).

⁸ Au 31 décembre 2015, 65 000 requêtes étaient pendantes devant les diverses formations de jugement de la Cour européenne des droits de l'homme ; voir *Cour européenne des droits de l'homme, rapport annuel 2015, version préliminaire*, p. 189. En mars 2014, 2371 plaintes individuelles avaient été déposées devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ; voir *Etude statistique des plaintes individuelles reçues par le Comité des droits de l'homme en vertu du Protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/StatisticalSurvey.xls>).

supérieur au nombre d'affaires portées devant la Cour. Cependant, les procédures d'arbitrage en matière d'investissement et les affaires relevant de la défense des droits de l'homme naissent de différends impliquant à la fois des personnes de droit privé et de droit public, soit, par définition, un nombre de justiciables éventuels bien plus vaste que celui de la Cour. Par conséquent, bien que le recours croissant à l'arbitrage au titre d'accords d'investissement et au jugement des tribunaux des droits de l'homme soit important pour entraîner la familiarisation et normalisation pour les Etats avec la justice internationale, le nombre d'affaires traitées dans ces domaines ne saurait en aucun cas constituer une référence par rapport à laquelle pourrait être mesurée la charge de la Cour.

7. Il serait plus utile de comparer le nombre d'affaires devant la Cour à celui d'autres tribunaux dont la compétence est également limitée aux différends entre Etats. Exception faite du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce⁹, le nombre d'affaires traitées par la Cour par le passé et ces dernières années soutient avantageusement la comparaison avec celui d'autres tribunaux connaissant de différends interétatiques. Bien que nombre de traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme établissent différents mécanismes permettant à tout Etat de s'adresser à un comité de surveillance (ou à une commission de conciliation *ad hoc*) pour en dénoncer la violation par un autre Etat partie, il n'y a jamais été fait recours¹⁰. De même, en matière de différends interétatiques, la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui traite par ailleurs un nombre d'affaires extrêmement élevé, n'a donné lieu qu'à quelques procédures, dont la majorité ont été introduites depuis 2007 et concernent deux

⁹ Au cours des vingt premières années d'existence de l'OMC (de 1995 à 2015), 500 différends ont été soumis au système de règlement de cette organisation, dont un peu plus de 280 sont parvenus au stade du règlement par un groupe spécial de l'OMC : voir https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm. En outre, quelque 300 différends ont été soumis au GATT entre 1947 et 1994, dont une centaine ont été réglés par des groupes spéciaux ou des groupes de travail quasi-arbitraux. Voir Jackson, *The World Trading System : Law and Politics of International Economic Relations*, 1989, p. 95 ; Hudec, *Enforcing International Trade Law : The Evolution of the Modern GATT System*, 1993, p. 273.

¹⁰ Voir, par exemple : articles 41 à 43 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 12 du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; article 21 de la convention contre la torture ; article 72 de la convention sur la protection des travailleurs migrants ; et article 32 de la convention contre les disparitions forcées. De même, les dispositions permettant à un tribunal arbitral de trancher tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application d'un traité des Nations Unies relatif aux droits de l'homme sont largement demeurées lettre morte. Le seul cas où un tel mécanisme a été mis en œuvre a été l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011*, p. 70, dans laquelle la disposition a été invoquée en vain pour fonder la compétence de la Cour. Voir article 22 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

conflits armés précis¹¹. Même le Tribunal international du droit de la mer n'a pas été beaucoup sollicité ; la plupart des affaires qu'il a eues à traiter concernaient des demandes de prompt mainlevée et de mesures conservatoires à l'appui de procédures arbitrales engagées en vertu de l'annexe VII¹².

8. Compte tenu de tout ce qui précède, il apparaît que, sauf en matière commerciale, la Cour demeure la juridiction permanente de prédilection pour le règlement des différends interétatiques. Sa compétence générale, en sus de son autorité, semble lui conférer plus d'attrait aux yeux des Etats lorsqu'il s'agit pour eux d'obtenir le règlement des différends qui les opposent.

9. Au lieu de s'adresser à un tribunal permanent, toutefois, les Etats recherchant la résolution d'un différend sous forme de décision contraignante émanant d'une tierce partie peuvent choisir de recourir à l'arbitrage *ad hoc*. Cette voie paraît de plus en plus utilisée pour la résolution des différends interétatique et, ces dernières années, le nombre des affaires traitées par la Cour permanente d'arbitrage a suivi de près celui des dossiers ouverts à la CIJ¹³, notamment parce que, selon la partie XV de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'arbitrage est le choix par défaut pour le règlement des différends relatifs à la convention, les parties ayant l'obligation d'y recourir faute de s'être entendues au préalable sur le choix d'un tribunal ou lorsque leurs choix se sont portés sur des tribunaux différentes¹⁴. De fait, la majorité des procédures d'arbitrage *ad hoc* relatives à des différends interétatiques et menées sous les auspices de la CPA ont été engagées

¹¹ A la fin de l'année 2015, seulement 10 affaires concernant des différends entre Etats avaient été introduites devant la Cour européenne des droits de l'homme, et seules quatre d'entre elles sont à présent closes. Sur ces 10 affaires, trois ont été intentées par la Géorgie contre la Fédération de Russie entre 2007 et 2009 au sujet du conflit armé qui a opposé ces deux Etats, et quatre autres ont été introduites par l'Ukraine contre la Fédération de Russie en 2014 et 2015 au sujet des événements survenus en Crimée et en Ukraine orientale. Auparavant, 17 plaintes relatives à des différends interétatiques avaient été déposées auprès de la Commission européenne des droits de l'homme, l'ensemble de celles-ci ne concernant que six situations factuelles. Voir *Autriche c. Italie* (requête n° 788/60), annuaire de la convention européenne des droits de l'homme (ci-après «annuaire»), vol. 4, p. 139 ; *Grèce c. Royaume-Uni* (deux plaintes) (requêtes n°s 176/56 et 299/57), annuaire, vol. 1, p. 139, annuaire, vol. 2, p. 177 ; *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce* (requêtes n°s 3321-23/67, 3344/67), annuaire, vol. 11, p. 699, et requête n° 4448/70, annuaire, vol. 13, p. 108 ; *France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie* (requêtes n°s 9940/82 - 9944/82) ; *Chypre c. Turquie* (trois requêtes), 1993, E.H.R.R., vol. 15, p. 509.

¹² Le TIDM a été saisi de 25 affaires (demandes d'avis consultatifs comprises) Ces dernières années, il a eu à connaître de procédures allant au-delà de la prompt mainlevée ou de l'indication de mesures conservatoires à l'appui d'une procédure arbitrale pour laquelle le tribunal devait encore être constitué en vertu de l'annexe VII.

¹³ Akande, «The Peace Palace Heats Up Again : But Is Inter-State Arbitration Overtaking the ICJ?», *EJIL :Talk !*, février 2015.

¹⁴ Art. 287, par. 3 et 5, convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 1982.

sous le régime de la partie XV. Certaines de ces affaires récentes ont toutefois été portées devant la CPA sur le fondement de clauses compromissoires figurant dans d'autres traités qui permettent aux parties de recourir à l'arbitrage ou les y obligent¹⁵, et d'autres encore, sur la base de compromis¹⁶. La diversité des méthodes par lesquelles la CPA a été saisie donne à penser que l'augmentation du nombre de procédures d'arbitrage *ad hoc* résulte principalement des choix faits par les Etats au moment de décider du tribunal qu'ils souhaitaient désigner dans les clauses compromissoires devant figurer dans les traités.

La compétence de la Cour fondée sur la clause compromissoire figurant dans un traité

10. Pour l'examen comparatif de la mesure dans laquelle les Etats s'adressent à la Cour et à l'arbitrage interétatique pour régler leurs différends, il est important de relever un déclin appréciable du nombre de traités comportant une clause compromissoire donnant compétence à la Cour pour le règlement des différends, aucun n'ayant été conclu depuis 2006¹⁷. Cette tendance est inquiétante, surtout au regard du fait que, entre 1945 et 2006, au moins un traité comportant une telle clause a été conclu presque chaque année. Indépendamment de la diminution du nombre de clauses compromissoires visant la Cour, la forme des clauses compromissoires figurant habituellement dans les traités multilatéraux a évolué. Auparavant, la saisine de la Cour était en

¹⁵ Par exemple, *Arbitrage en vertu du Traité sur la mer de Timor (Timor-Leste c. Australie)* (http://archive.pca-cpa.org/showpagee970.html?pag_id=1138) ; *Arbitrage des Eaux de l'Indus Kishenganga (Pakistan c. Inde)*, 2013 (http://archive.pca-cpa.org/showpage118a.html?pag_id=1393).

¹⁶ Voir par exemple *Arbitrage entre la République de Croatie et la République de Slovénie* (http://archive.pca-cpa.org/showpage3274.html?pag_id=1444) ; *Arbitrage Railway Land (Malaisie/Singapour)*, 2014 (http://archive.pca-cpa.org/showpagec8fb.html?pag_id=1620).

¹⁷ Le site Internet de la Cour semble indiquer qu'aucun traité comportant une telle clause n'a été conclu depuis 2003. Voir <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4>. Cela n'est toutefois pas exact. Les traités ci-après, conclus depuis 2003, prévoient la saisine de la Cour : convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (2004), art. 27, par. 2 ; convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (2005), art. 23, par. 2 ; convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006), art. 42, par. 1. Bien que la convention sur les armes à sous-munitions fasse référence à la Cour dans sa clause relative au règlement des différends (art. 10, par. 1), celle-ci ne fait qu'énoncer différentes voies possibles pour le règlement des différends, sans donner en soi compétence à la Cour. L'art. 25 de la convention de Minamata sur le mercure (2013) prévoit un système de déclaration facultative permettant de soumettre un différend à la Cour lorsque les deux parties ont choisi ce mode de règlement, la conciliation étant toutefois le mode de règlement par défaut.

général le seul mode prévu pour le règlement obligatoire des différends¹⁸. Or les clauses compromissoires qu'on trouve dans les traités multilatéraux plus récents, lorsqu'elles prévoient la saisine de la Cour, font rarement, voire jamais du renvoi à celle-ci le seul ou même le principal mode de règlement des différends. Dans leur version moderne, ces clauses prévoient généralement le recours unilatéral à l'arbitrage en cas d'échec des négociations, la Cour ne pouvant être saisie que lorsque les Etats ne sont pas parvenus à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage¹⁹. Bien que ces clauses soient formulées de manière à donner compétence à la Cour lorsque l'une des parties souhaite s'adresser à elle, pourvu que soient réunies les autres conditions nécessaires à cet égard²⁰, elles prévoient la faculté d'opter pour l'arbitrage, ce qu'elles ne faisaient pas auparavant. De surcroît, dans le cadre de ces nouvelles clauses, c'est l'institution arbitrale qui est susceptible d'être saisie en premier des différends relatifs à ces traités, et non la Cour²¹.

11. Certes, il n'appartient pas à cette dernière de déterminer dans quelle mesure les clauses compromissoires doivent lui donner compétence en matière de règlement des différends, mais il s'agit d'une question qu'elle et les diplomates devraient néanmoins garder à l'esprit. A tout le moins conviendrait-il d'examiner si les *tendances* qui viennent d'être recensées (par opposition aux

¹⁸ Voir, par exemple, l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 : «Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Partie au différend.» De formulation encore plus courante, l'article 14 de la convention sur la réduction des cas d'apatridie dispose que «[t]out différend entre les Parties contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui ne peut être réglé par d'autres moyens sera porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de l'une des parties au différend». Ce libellé est repris presque mot pour mot dans nombre de traités, par exemple à l'article 30 de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (1946), à l'article 32 de la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (1947), à l'article 38 de la convention relative au statut des réfugiés (1951) et à l'article IV du protocole afférent (1967).

¹⁹ Voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 29 de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes, ainsi libellé : «Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'est pas réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.» Voir également l'article 14, paragraphe 1, de la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, conclue à Montréal ; l'article 13, paragraphe 1, de la convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (1973) ; l'article 20, paragraphe 1, de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997) ; l'article 66, paragraphe 2, de la convention des Nations Unies contre la corruption (2003) ; et l'article 42 de la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

²⁰ La Cour a relevé que les conditions prévues dans ce type de clauses et dont dépend sa compétence étaient cumulatives et devaient toutes être réunies ; voir affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, par. 87.

²¹ Voir *ibid.*, par. 92 et 118.

décisions prises dans le cadre de traités individuels) sont le reflet de choix conscients des Etats et des rédacteurs des traités. Si tel n'est pas le cas, peut-être serait-il opportun que l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies appelle de nouveau, comme elle l'a fait il y a quarante ans, l'attention des Etats sur l'avantage que présente l'insertion dans les traités de clauses compromissaires donnant compétence à la Cour²².

12. Alors que le nombre de traités prévoyant sa saisine n'augmente pas, les réserves faites par les Etats aux clauses existantes font obstacle au recours à celles-ci pour fonder la compétence de la Cour. On a pu se demander quel effet cette dernière devait accorder à ces réserves, notamment lorsqu'elles visent des clauses compromissaires figurant dans des traités susceptibles d'énoncer des règles de *jus cogens* ou d'engendrer des obligations *erga omnes*, de sorte qu'elles auraient pour effet de l'empêcher de statuer sur les allégations de manquement formulées contre l'Etat défendeur. La question essentielle est de savoir si la réserve en cause est valide au regard de l'alinéa c) de l'article 19 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui interdit aux Etats de formuler des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour a eu l'occasion de s'interroger sur la validité de réserves faites à l'article IX de la convention sur le génocide, qui lui donne compétence. Elle a systématiquement déclaré que ces réserves n'étaient pas interdites, si bien qu'elles pourront l'empêcher de se saisir des affaires portées devant elle sur le fondement de la convention²³. Bien qu'elle ait été invitée à revenir sur cette position jurisprudentielle²⁴, il existe des raisons de penser que la décision prise par la Cour en ces affaires est suffisamment bien motivée pour résister à l'analyse. Tout d'abord, même si l'on peut faire valoir que d'autres obligations énoncées dans le même traité relèvent du *jus cogens*, il

²² A/RES/3232 (XXIX), *Examen du rôle de la Cour internationale de Justice*, 12 novembre 1974, para 2 «[a]ppelle l'attention des Etats sur l'avantage qu'il y a à insérer dans les traités, dans les cas où cela est jugé possible et approprié, des clauses prévoyant que les différends pouvant surgir de l'interprétation ou de l'application desdits traités seront soumis à la Cour internationale de Justice».

²³ Voir *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, avis consultatif, p. 22 et suiv. ; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999*, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 772, par. 32-33 ; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999*, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 924, par. 24-25 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, par. 64-70.

²⁴ Voir opinion individuelle commune de Mme le juge Higgins et MM. les juges Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma dans *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 2006.

importe avant tout de savoir si la réserve elle-même est contraire à une norme de *jus cogens*²⁵. Pour que tel soit le cas, il ne suffit pas de montrer que telle ou telle autre disposition du traité exprime une norme de *jus cogens*. Les normes de *jus cogens* ne priment que sur les normes incompatibles et ne rendent illicites que les actes qui y contreviennent²⁶. Or, ainsi que la Cour l'a souligné, il n'existe pas de norme de *jus cogens* obligeant les Etats à consentir à sa juridiction en ce qui concerne le génocide (ou n'importe quelle autre cause d'action)²⁷, pas plus que le fait que le différend mette en jeu une norme de *jus cogens* ne dispense de la nécessité de ce consentement²⁸. On peut concevoir qu'il ressorte des termes d'un traité, lus au regard de l'historique de la rédaction de ce dernier, que le mécanisme procédural permettant d'en assurer l'exécution fait partie intégrante de son objet et de son but²⁹, mais cela reste toutefois à démontrer concrètement. De surcroît, l'inclusion d'obligations de fond reflétant des normes impératives ne signifie pas nécessairement que le mécanisme procédural destiné à en contrôler ou en assurer l'exécution doit être considéré comme relevant de l'objet et du but du traité. L'analyse au cas par cas s'impose.

13. Même si la Cour devait assouplir sa position en ce qui concerne la validité des réserves aux clauses compromissaires, cela n'étendrait pas nécessairement sa compétence aux affaires découlant des traités dans lesquels figurent de telles clauses. Le constat d'invalidité d'une réserve

²⁵ De surcroît, la question de l'importance du *jus cogens* en vue de déterminer si une réserve est valide ne se pose que si l'on admet : i) soit que la réserve non conforme à une norme de *jus cogens* est par définition contraire à l'objet et au but du traité en question, ii) soit que, outre les trois motifs d'invalidité prévus à l'article 19 de la convention de Vienne sur le droit des traités, il en existe un quatrième interdisant les réserves contraires aux normes de *jus cogens*. La première hypothèse a été avancée par le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 24 (52), par. 8, *Nations Unies*, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), mais n'a pas été universellement reconnue (voir lettre de l'Organisation des Nations Unies datée du 28 mars 1995, *Nations Unies*, doc. A/50/40) et ne saurait être considérée comme logiquement inéluctable. La seconde proposition ne s'impose pas non plus du seul fait qu'une norme relève du *jus cogens*, puisque cela signifie uniquement que les Etats ne doivent pas y contrevenir, même en l'absence d'acceptation conventionnelle.

²⁶ Voir également *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, par. 95 :

«Pour autant qu'il serait soutenu qu'une règle n'ayant pas le caractère de *jus cogens* ne saurait être appliquée si cela devait affaiblir la mise en œuvre d'une règle de cette nature — même en l'absence de conflit direct entre elles —, la Cour ne voit rien qui vienne fonder pareille assertion. Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application.»

²⁷ *Activités armées (RDC c. Rwanda)*, par. 70.

²⁸ *Ibid.*, par. 64.

²⁹ Tomuschat, «Article 36», in Zimmermann, Tomuschat, Ollers-Frahm et Tams, *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, 2^e éd., OUP, 2012, p. 675, par. 66.

signifie seulement qu'une décision doit être prise quant aux effets de cette invalidité. Celle-ci rend-elle la réserve séparable du consentement de l'Etat à être lié par le traité³⁰ ou a-t-elle pour effet de vicier ce consentement³¹ ? Seule la première hypothèse conférerait compétence à la Cour, mais elle aurait pour conséquence que l'Etat ayant expressément indiqué qu'il n'acceptait pas la juridiction de la Cour serait réputé y avoir consenti. Pareille décision paraît improbable, compte tenu de l'attachement traditionnel de la Cour à l'importance de la principe du consensualisme.

La déclaration d'acceptation de la clause facultative

14. Bien que le nombre de clauses compromissoires prévoyant le renvoi à la Cour soit sur le déclin, celui des déclarations d'acceptation de la clause facultative au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour a connu une légère augmentation. A ce jour, 72 Etats ont déposé pareilles déclarations, soit un peu plus du tiers des 193 Etats parties au Statut de la Cour. Au cours des vingt dernières années, leur nombre a augmenté de 14. Au cours de la même période, le taux d'acceptation de la clause facultative a été plus élevé que celui de l'adhésion au Statut, le nombre des nouveaux Etats parties n'ayant été que de huit³². Bien que l'augmentation du taux d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ne soit pas négligeable, les appels lancés en 1992³³ et en 2005³⁴ par le Secrétaire général alors en fonction en vue de la reconnaissance par tous les Etats de la juridiction générale de la Cour au titre de l'article 36 sont loin d'avoir eu les effets voulus.

³⁰ Voir l'article 4.5.3 du guide de la pratique sur les réserves aux traités (CDI), *Nations Unies*, doc. A/CN.4/Ser.A.1996/Add.1 (part. 1) et les décisions de divers organes chargés de la protection des droits de l'homme.

³¹ C'est ce qu'a proposé le juge Lauterpacht à propos des réserves invalides dont étaient assorties des déclarations faites au titre de la clause facultative en l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, *C.I.J. Recueil 1957*.

³² En 1994, 58 des 186 Etats parties au Statut avaient accepté la juridiction obligatoire de la Cour au titre du paragraphe 2 de l'article 36. Voir la déclaration de M. Mohammed Bedjaoui, président de la Cour internationale de Justice, faite en séance plénière de l'Assemblée générale à sa quarante-neuvième session le 13 octobre 1994 (<http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=93&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>). En 2005, sur les 191 Etats parties au Statut, 66 avaient produit une déclaration d'acceptation de la clause facultative. Voir le discours de M. le juge Shi Jiuyong, président de la Cour internationale de Justice, devant l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 27 octobre 2005 (<http://www.icj-cij.org/presscom/files/2/14382.pdf?PHPSESSID=>).

³³ Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la réunion au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, *Nations Unies*, doc. A/47/277, par. 39.

³⁴ «Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous», rapport du Secrétaire général, *Nations Unies*, doc. A/59/2005 (24 mars 2005), par. 139.

15. Une autre difficulté se pose en ce qui concerne l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, soit les nombreuses et vastes réserves qui continuent de grever ces déclarations. Parmi les nouvelles déclarations déposées au cours de la dernière décennie, seulement deux ne comportaient aucune réserve³⁵, tandis que certains Etats qui avaient déjà produit une déclaration au titre du paragraphe 2 de l'article 36 ont modifié celle-ci pour l'assortir de nouvelles réserves³⁶.

16. Le principe du consentement, qui non seulement constitue le fondement de la compétence de la Cour, mais correspond à la longue pratique des Etats et à la jurisprudence de la Cour, laisse clairement à ceux-ci toute liberté pour accepter la juridiction obligatoire de cette dernière et assortir de réserves cette acceptation³⁷. Cela dit, l'engagement envers la primauté du droit dans les affaires internationales devrait emporter une certaine ouverture envers l'application judiciaire du droit. Il est à souhaiter que, à la faveur de l'expérience qu'ils acquièrent devant d'autres tribunaux, les Etats en viendront à accepter la compétence générale de la Cour.

17. S'il paraît opportun de revenir, dans une certaine mesure, sur la question de l'admissibilité de diverses réserves aux clauses compromissoires, il en va de même de certaines réserves dont font l'objet les déclarations d'acceptation de la clause facultative. Mais si quelques-unes d'entre elles sont considérées comme posant problème (principalement parce qu'elles laissent entendre que l'Etat dont elles émanent ne s'est pas juridiquement engagé à se soumettre à la juridiction de la Cour), leur nombre tend à décliner³⁸ et aucune n'a été invoquée devant la Cour récemment. Quoi qu'il en soit, comme dans le cas des clauses compromissoires, la

³⁵ Il s'agit des déclarations du Commonwealth de Dominique (mars 2006) et de la République démocratique du Timor-Leste (septembre 2012).

³⁶ Il arrive qu'un Etat ayant été partie à une instance dépose une réserve afin d'éviter l'introduction contre lui d'instances analogues. Voir par exemple la nouvelle déclaration déposée par le Japon en octobre 2015, laquelle comporte une réserve soustrayant à la compétence de la Cour « tout différend résultant de, concernant ou étant lié à la recherche sur les ressources biologiques de la mer ou la conservation, la gestion ou l'exploitation de celles-ci ». Cette réserve paraît avoir été faite en réaction à l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226.

³⁷ Voir la déclaration de la Cour à cet effet en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 418, par. 59.

³⁸ La plus épineuse est sans doute la réserve discrétionnaire, dite Connally, qui exclut de l'acceptation de la compétence de la Cour les affaires relevant de la juridiction interne de l'Etat qui l'émet, tout en laissant à ce dernier le soin de décider en dernier ressort ce qui relève de sa juridiction interne. Dix Etats ont par le passé formulé pareille réserve, mais seulement quatre déclarations en restent assorties ; voir Törber, *The Contractual Nature of the Optional Clause*, 2015, p. 238-239.

déclaration d'inadmissibilité d'une réserve n'a pas pour effet de conférer juridiction à la Cour, l'Etat étant alors réputé n'avoir fait aucune déclaration d'acceptation de la clause facultative.

La juridiction fondée sur un compromis

18. Au début de l'année 2016, aucune instance inscrite sur le rôle de la Cour n'avait été introduite sur la base d'un compromis relevant du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut. Par le passé, la conclusion d'un compromis en vue de donner compétence à la Cour était assez exceptionnelle. Seulement quelque 12 pour cent des affaires portées devant celle-ci l'ont été sur le fondement d'un compromis³⁹. On en compte en moyenne trois ou quatre par décennie et, presque invariablement, elles mettent en jeu des questions de délimitation territoriale, frontalière ou maritime⁴⁰.

19. Outre le compromis antérieur entre les parties, le principe du *forum prorogatum* peut aussi servir à asseoir la compétence au titre du paragraphe 1 de l'article 36, lorsque la requête formée par une partie est suivie du consentement de l'autre partie. Cette possibilité est expressément prévue au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Il convient de faire observer que, dans deux affaires récentes, la compétence a été fondée sur l'acceptation ultérieure explicite de l'Etat défendeur (la France, en l'occurrence, dans les deux cas)⁴¹.

³⁹ Sur les 134 affaires contentieuses portées devant la Cour, 17 ont été introduites sur la base d'un compromis ; en voici la liste (avec mention de l'année d'introduction) : *Droit d'asile (Colombie/Pérou)* (1949) ; *Minquiers et Ecréhous (France c. Royaume-Uni)* (dépôt en 1951) ; *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays Bas)* (1957) ; *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas c. Danemark)* (1967) ; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (1978) ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats Unis d'Amérique)* (1981) ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (1982) ; *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (1983) ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1986) ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (1990) ; *Projet Gabčíkovo Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (1993) ; *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* (1996) ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)* (1998) ; *Différend frontalier (Bénin/Niger)* (2002) ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)* (2003) ; *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)* (2010).

⁴⁰ Font exception à cette règle : *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 266 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

⁴¹ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 juin 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 102, par. 21, et *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

De certains facteurs présidant au choix de la Cour pour le règlement des affaires contentieuses

20. La question se pose de savoir si la Cour peut prendre des mesures pour encourager la conclusion de compromis en vue de sa saisine. Elle procède en réalité de celle, plus générale, de savoir ce que la Cour peut faire pour amener les Etats à accepter sa compétence. En tout état de cause, la comparaison entre la Cour et les autres tribunaux prend toute son importance lorsque les parties à un différend sont en principe convenues de se soumettre au jugement obligatoire d'un tribunal restant à déterminer. Il est donc utile d'examiner les considérations qui sont susceptibles de guider les parties dans la recherche de le tribunal à saisir.

21. Au moment de décider s'il est opportun de conclure un compromis prévoyant le renvoi des différends à la Cour ou à l'arbitrage, une gamme de facteurs doivent être pris en considération. L'on pourrait ainsi penser que la souplesse sur le plan procédural (j'entends par là la faculté des parties de choisir la procédure ou de l'adapter à l'instance) ainsi que la possibilité de contrôler la cadence de l'instance, de choisir les arbitres et de veiller à la confidentialité de la procédure (ou de certains de ses aspects) militent en faveur du recours à l'arbitrage. Pourtant, l'autorité de la Cour et sa longue expérience parlent en sa faveur. On peut supposer que le coût du débat judiciaire peut lui aussi entrer en considération, mais ce facteur favorise également la Cour, les parties n'étant alors tenues de défrayer ni l'institution ni ses juges⁴². Les facteurs mentionnés au présent paragraphe pourraient également intéresser les Etats au moment de choisir la méthode de règlement à retenir dans la clause compromissoire d'un traité. Mais c'est sans doute une fois que le différend a pris naissance, c'est-à-dire dès lors que les parties sont à même de définir les contours de celui-ci ainsi que les implications des divers modes de règlement, que ces facteurs prennent tout leur sens et deviennent plus facilement pondérables.

22. Lorsque l'on examine les différents facteurs qui sont susceptibles d'amener les parties à opter pour l'arbitrage, l'on constate facilement que l'emprise de la Cour à leur égard est variable.

⁴² Voir Jennings, «The Differences Between Conducting a Case in the ICJ and in ad hoc Arbitration: An Inside View», in Ando, McWhinney & Wolfrum, *Liber Amicorum: Judge Shigeru Oda*, 2002, p. 909. A titre de comparaison, il y a lieu de signaler que, selon une étude réalisée à partir des données afférentes à des procédures d'arbitrage non confidentielles, le coût d'une telle procédure devant la CNUDCI serait de 853 000 dollars des Etats-Unis d'Amérique et, devant le CIRDI, de 769 000 dollars, y compris les frais de l'organe arbitral et ceux de l'autorité responsable des nominations, s'il y a lieu. Voir Hodgson, «Counting the Costs of Investment Treaty Arbitration», *Global Arbitration Review Online News*, 24 mars 2014.

S'agissant des aspects relevant de son autorité, toutefois, il y a lieu d'examiner ce qui pourrait être fait pour encourager sa saisine sur la base d'un compromis. L'expérience de la Cour elle-même démontre que les changements qu'elle apporte à ses règles de procédure peuvent influencer sur l'attitude des Etats appelés à choisir un mode de règlement des différends. Il est bien connu que les modifications apportées au règlement en 1972 et en 1978, selon lesquelles il incombe au président de s'informer des vues des parties au sujet de la composition des chambres *ad hoc* et d'en rendre compte à la Cour⁴³, ont montré aux Etats que cette dernière était disposée à envisager la formation de chambres composées des juges que les parties souhaitaient y voir. Par suite de cette réforme, quatre demandes ont été déposées au cours des années 1980 en vue de soumettre un différend à une chambre *ad hoc*⁴⁴. Même si ces modifications ont été la cible de critiques⁴⁵, il est indéniable que, du moins pendant un certain temps, elles ont amené certains Etats à jeter sur la Cour un regard neuf. Mais le plus intéressant à observer est que la tendance à renvoyer une affaire à une chambre *ad hoc*, ce qui était impossible avant la réforme des années 1970, semble maintenant en régression. Seulement deux renvois ont été opérés après ceux qui ont marqué les années 1980 et l'un d'eux concernait la révision d'un arrêt rendu par une telle chambre⁴⁶. Ce revirement est difficile à expliquer ; l'on ne peut que supposer que les Etats n'ont pas trouvé suffisamment d'avantages au recours aux chambres *ad hoc* par rapport à la saisine de la Cour plénière ou, de fait, par rapport à la procédure d'arbitrage.

23. S'agissant des facteurs que les parties pourraient juger pertinents au moment de choisir entre la saisine de la Cour sur la base d'un compromis et le recours à l'arbitrage, la marge de manœuvre est limitée en ce qui a trait à la question de la composition de la formation saisie, mais

⁴³ Article 17 du Règlement de la Cour (1978). Selon l'article 18, les membres des chambres sont élus par la Cour.

⁴⁴ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246 ; *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 351 ; *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

⁴⁵ Voir en particulier l'opinion dissidente du juge Shahabuddeen en l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 18. De manière générale, voir Valencia-Ospina, «The Use of Chambers of the International Court of Justice», in Lowe et Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 511-515.

⁴⁶ Voir *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 90, et *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants)) (El Salvador c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 392.

les dispositions relatives aux chambres *ad hoc* confèrent une certaine latitude à la Cour. Il est permis de se demander si une plus grande liberté est possible à cet égard. Ainsi, plutôt que de constituer une chambre *ad hoc* de cinq juges dont au moins trois seraient membres de la Cour⁴⁷ (avec possibilité de deux juges *ad hoc*⁴⁸), serait-il possible d'établir une chambre *ad hoc* de trois juges, dont un seul serait membre de la Cour et les deux autres seraient des juges *ad hoc* ? Si rien dans le Statut ou le Règlement ne semble l'empêcher, cette possibilité a reçu un accueil assez froid dans la doctrine. La raison en est que la constitution d'une telle chambre signifierait que l'arrêt à intervenir, lequel doit, aux termes de l'article 27 du Statut, être considéré comme rendu par la Cour, serait alors prononcé par une formation ne comptant qu'un seul membre de celle-ci⁴⁹. Toutefois, peut-être ce facteur ne devrait-il pas être considéré comme décisif, puisque l'article 27 a précisément pour but de clarifier que «la Cour» s'entend, non pas de la Cour plénière ni même de sa majorité, mais simplement de la formation ou de la chambre saisie, dans sa composition au moment considéré. Quoi qu'il en soit, il est déjà possible (du moins sur le plan mathématique) que, dans une chambre formée de cinq juges, la majorité ne compte qu'un seul membre de la Cour. Qui plus est, il est même arrivé que, au stade du prononcé de l'arrêt, les membres de la Cour soient en minorité au sein d'une chambre.

24. L'on pourrait croire que l'un des avantages que présente l'arbitrage par rapport au jugement de la Cour réside dans la faculté des parties de régler (jusqu'à un certain point) la cadence de la procédure⁵⁰, ce qui soulève la question de savoir si la Cour dispose de moyens pour accélérer

⁴⁷ Toute chambre de cinq juges doit compter au moins trois membres de la Cour élus, mais il peut arriver que ce nombre minimal ne soit plus atteint lorsque le mandat de l'un d'entre eux prend fin avant la clôture de l'affaire. En pareil cas, le paragraphe 4 de l'article 17 dispose que le membre en question «[continue] à siéger dans toutes les phases de l'affaire, à quelque stade qu'elle en soit». Telle était la situation du juge Sette-Camara, élu à la présidence de la chambre en l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime ((El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenants)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 3)*, mais dont le mandat a pris fin en 1988, soit moins d'un an après la constitution de la chambre. Il a continué à siéger jusqu'à la clôture de l'affaire, en 1992, de sorte que, pendant la plus grande partie de la procédure, la chambre ne comptait plus que deux membres de la Cour.

⁴⁸ Il ressort clairement du paragraphe 4 de l'article 31 du Statut (ainsi que de la pratique de la Cour) que des juges *ad hoc* peuvent être nommés aux chambres constituées en vertu de l'article 26.

⁴⁹ Voir Palchetti, «Article 26», in Zimmermann, Tomuschat, Ollers-Frahm et Tams, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2^e éd., OUP, 2012, p. 497, par. 33 ; Valencia-Ospina, «The Use of Chambers of the International Court of Justice», in Lowe et Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 515-516.

⁵⁰ Dans l'*Arbitrage Abyei (Soudan/Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan)*, par exemple, les parties, dans la convention d'arbitrage qu'elles avaient conclue en 2008, avaient fixé un délai de six mois pour la clôture du débat, puis de quatre mois pour le prononcé de la sentence.

sa propre procédure. Il y a lieu de signaler que, s'il y a effectivement eu des cas où la durée de l'instance a été excessive⁵¹, d'autres affaires ont été menées à terme en un temps relativement court⁵². Il appert que, dans les affaires où les parties cherchent à obtenir un dénouement rapide, la Cour est en mesure d'emboîter le pas sans déroger à ses règles de procédure et méthodes actuelles⁵³. En outre, on aurait peut-être tort de tenir pour acquis que les parties souhaitent généralement un règlement rapide des différends, comme en témoigne le fait qu'aucun Etat ne s'est jamais prévalu de la faculté de demander le renvoi d'une affaire à la chambre de procédure sommaire composée annuellement «[e]n vue de la prompte expédition des affaires»⁵⁴.

25. Si l'on peut supposer que, dans certains cas, les Etats puissent souhaiter disposer d'une certaine souplesse sur le plan procédural (sans doute en raison de la nature de l'affaire), la question se pose de savoir dans quelle mesure cela est possible dans le cadre du Statut. La Cour est bien évidemment liée par celui-ci, ainsi que par son règlement, pour le déroulement de la procédure. Cela posé, la disposition concernant la chambre de procédure sommaire permet une certaine souplesse à cet égard : l'article 29 dispose que les juges formant la chambre sont «appelés à statuer en procédure sommaire». Selon le règlement de 1922 de la Cour permanente de Justice internationale, les parties à une affaire portée devant une telle chambre n'étaient admises à déposer qu'un seul mémoire écrit chacune. Toutefois, dès la première affaire devant être jugée en procédure sommaire, l'affaire du *Traité de Neuilly*⁵⁵, les parties ont demandé conjointement un second tour de procédure écrite. Le règlement a par la suite été modifié pour permettre cette

⁵¹ Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la procédure s'est étalée sur une période de près de seize ans, soit de juillet 1999 à février 2015. Il s'est écoulé près de quatorze ans, dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, entre le dépôt de la requête, en mars 1993, et le prononcé de l'arrêt, en février 2007. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, le déroulement de l'instance a duré près de dix ans, de mars 1991 à juillet 2001.

⁵² Moins de quatorze mois ont passé, dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, entre le dépôt de la requête et le prononcé de l'arrêt. Ce processus aura demandé dix-sept mois en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*.

⁵³ Par exemple, en l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, ordonnance du 28 janvier 2014, la Cour a établi un échéancier relativement serré pour le dépôt des écritures, chacune des parties disposant de trois mois pour ce faire.

⁵⁴ Article 29 du *Statut de la Cour internationale de Justice*.

⁵⁵ *Traité de Neuilly, article 179, annexe, paragraphe 4 (interprétation), arrêt n° 3, 1924, C.P.J.I. série A n° 3, p. 4-5.*

possibilité ainsi que la tenue d'une procédure orale. Le règlement actuel n'établit aucune distinction quant à la procédure applicable selon que l'instance est portée devant la chambre de procédure sommaire ou une autre chambre⁵⁶. D'aucuns ont fait valoir que, si l'on n'avait jamais eu recours à la chambre de procédure sommaire, c'était parce que les Etats répugnaient à donner l'impression que la question en litige n'était pas de première importance et souhaitaient être en mesure de présenter à la Cour tout ce qu'ils estimaient pertinent⁵⁷. Quoiqu'il en soit, il pourrait être utile que la Cour envisage la possibilité d'élaborer, pour ce type de chambre, des règles de base qui s'appliqueraient à moins que les parties, avec son agrément, ne conviennent d'adopter une procédure différente. De cette façon, elle pourrait être en mesure d'offrir la souplesse que permet l'arbitrage, tout en conservant l'autorité dont doit essentiellement disposer un organe comme elle.

La compétence accessoire de la Cour en matière de mesures conservatoires

26. L'indication de mesures conservatoires sur demande en vertu de l'article 41 du Statut constitue un élément important de la juridiction contentieuse de la Cour. La CPJI n'a été saisie que de sept demandes de ce type dans le cadre des vingt-neuf affaires contentieuses qu'elle a jugées. Pour ce qui est de la Cour, seize demandes lui ont été soumises dans les soixante-quinze affaires introduites devant elle au cours de ses cinquante premières années d'existence (soit jusqu'en 1996)⁵⁸. C'est donc dans une égale proportion, soit à hauteur de 21 pour cent, que les affaires entendues respectivement par la CPJI et par la Cour dans ses cinquante premières années ont donné lieu à des demandes en indication de mesures conservatoires. Au cours des vingt dernières années, toutefois, ce sont vingt-trois demandes qui ont été présentées dans le cadre d'un total de

⁵⁶ Articles 90-93 du Règlement de la Cour.

⁵⁷ Voir Valencia-Ospina, «The Use of Chambers of the International Court of Justice», in Lowe et Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 504 ; Kolb, *The International Court of Justice*, 2013, p. 142.

⁵⁸ Pour les instances introduites devant la CPJI et devant la Cour jusqu'en 1993, voir le tableau figurant dans S. Oda, «Provisional measures : The Practice of the International Court of Justice», in Lowe & Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 542-545. Il conviendrait d'ajouter à la liste l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 13)*, qui ne figure pas dans le tableau du juge Oda en raison de la date de sa publication. Dans les cas où deux demandes distinctes ont été présentées par la même partie, elles n'ont été comptabilisées qu'une seule fois.

cinquante-neuf instances introduites devant la Cour⁵⁹, la proportion des affaires concernées passant ainsi à 40 pour cent⁶⁰, soit deux fois plus que pour les soixante-dix années précédentes.

27. Ces chiffres témoignent de l'importance des mesures conservatoires dans les récents travaux de la Cour et mettent en évidence ce que d'aucuns dénoncent comme le risque de voir cette compétence utilisée pour gagner un avantage tactique sur l'autre partie ou la prendre au dépourvu⁶¹. Cette crainte découle de ce que, par définition, les décisions prises par la Cour à ce stade préliminaire de la procédure le sont avant qu'elle ne se soit prononcée sur les faits ainsi que sur les droits et obligations de chaque partie et, dans bien des cas, avant même que sa compétence ne soit établie en l'espèce. Les mesures conservatoires peuvent donc entraver la prise par une partie de dispositions dont la légitimité pourra être démontrée par la suite. Il pourra par ailleurs s'avérer, une fois pareilles mesures indiquées, que le défendeur n'a pas accepté la juridiction de la Cour.

28. La finalité des mesures conservatoires, soit protéger les droits respectifs des parties jusqu'au jugement de l'affaire, demeure toutefois l'enjeu essentiel. Outre cette protection, elles ont également pour fonction importante de préserver l'intégrité de l'arrêt à intervenir sur le fond⁶². Dans sa jurisprudence relative à la détermination des critères présidant à l'indication de mesures conservatoires, la Cour a pris soin de concilier l'ensemble de ces considérations concurrentes. Particulièrement attentive, pendant ses cinquante premières années, aux inquiétudes que soulevait l'indication de pareilles mesures dans les affaires où sa compétence était contestée, elle est, à cet

⁵⁹ Là encore, lorsque, dans une même affaire, deux demandes ont été soumises, une seule est décomptée. Voir *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006*, p. 113 ; *ibid.*, ordonnance du 23 janvier 2007, *C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 3.

⁶⁰ Il n'est pas tenu compte des instances introduites par un Etat dans l'espoir que le défendeur accepte la compétence de la Cour sur le fondement du principe du *forum prorogatum*, et qui, faute d'acceptation, n'ont jamais été inscrites au rôle de la Cour. Dans l'un de ces cas, la requête s'accompagnait d'une demande en indication de mesures conservatoires. Voir CIJ, communiqué de presse 2003/26 du 5 août 2003, «Le Libéria s'adresse à la Cour internationale de Justice en vue de lui soumettre un différend l'opposant à la Sierra Leone au sujet du mandat d'arrêt délivré par le tribunal spécial pour la Sierra Leone contre le président libérien».

⁶¹ J. G. Merills, *International Dispute Settlement*, 4^e éd., p. 139, et Kolb, *The International Court of Justice*, 2013, p. 615.

⁶² L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 234, p. 23 (1992-II), reproduit dans L. Collins, *Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws*, et C. Brown, *A Common Law of International Adjudication*, 2007, p. 128-129.

égard, parvenue à l'équilibre en imposant la condition selon laquelle elle doit sembler *prima facie* avoir compétence en l'espèce⁶³.

29. Si la formulation de cette condition préalable à l'indication de mesures conservatoires est aujourd'hui clairement admise, des incertitudes demeurent quant au critère que la Cour applique effectivement pour déterminer si elle paraît avoir compétence *prima facie*. Ainsi, lorsque, dans une instance introduite au titre de la clause facultative, le défendeur conteste sa compétence sur le fondement de réserves contenues dans l'une ou l'autre des déclarations, il est difficile de savoir dans quelle mesure la Cour doit s'engager dans l'interprétation desdites déclarations. Au cours de ses cinquante premières années d'existence, un certain nombre de demandes en indication de mesures conservatoires présentées dans des affaires introduites sur la base de la clause facultative ont en effet soulevé d'importantes questions concernant l'effet des déclarations des parties et des réserves y figurant⁶⁴. Dans tous les cas, la Cour semble avoir estimé qu'elle pouvait, au stade des mesures conservatoires, se fonder sur la seule existence des deux déclarations pour considérer qu'elle semblait avoir compétence *prima facie*⁶⁵.

⁶³ Voir *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor—Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 147, par. 18 : «La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire.» Voir également *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 17-18, par. 49.

⁶⁴ Voir *Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 24 octobre 1957, C.I.J. Recueil 1957, p. 105 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 169 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 13.

⁶⁵ On peut lire ce qui suit au paragraphe 26 de l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* :

«Considérant que la Cour n'entend pas se prononcer définitivement pour l'instant sur la question de savoir si la déclaration du 24 septembre 1929 est valable ou non et si en conséquence le Nicaragua est ou n'est pas, aux fins de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, un «Etat acceptant la même obligation» que les Etats-Unis d'Amérique à la date du dépôt de la requête, de manière à pouvoir se prévaloir de la déclaration américaine du 26 août 1946, ni sur celle de savoir si, du fait de la déclaration du 6 avril 1984, la présente requête n'entre plus dans le cadre de l'acceptation par les Etats-Unis de la juridiction obligatoire de la Cour ; considérant que les deux déclarations paraissent constituer néanmoins une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée.»

30. Dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*⁶⁶, la Cour paraît toutefois avoir adopté une position plus rigoureuse. Jugeant insuffisante la seule existence de déclarations faites au titre de la clause facultative par certaines des parties en présence, elle a examiné l'incidence des réserves dont elles étaient assorties. Il semble avéré que, dès le stade des mesures conservatoires, sa compétence se trouvait écartée par l'effet de l'une des réserves formulées, celle du Royaume-Uni, qui excluait tout différend introduit contre lui par un Etat ayant déposé sa déclaration moins de douze mois auparavant. Or la Yougoslavie avait fait sa déclaration à peine quatre jours avant de présenter sa requête et n'a nullement cherché à faire valoir que la réserve du Royaume-Uni pût être inapplicable⁶⁷. Point prêtant davantage à controverse, la Cour a choisi d'examiner en détail une autre réserve, dont il était bien plus difficile d'affirmer avec certitude qu'elle pût, à ce stade de la procédure, avoir pour effet d'écarter la compétence de la Cour. Il s'agit de celle figurant dans la déclaration de la Yougoslavie elle-même, qui limitait cette compétence aux différends nés après le dépôt de ladite déclaration. La Cour a considéré que, le bombardement de la Yougoslavie ayant commencé avant le dépôt de la déclaration, le différend en question était exclu⁶⁸ et ce, bien que certaines des attaques dénoncées par la Yougoslavie en tant que violations du droit humanitaire international fussent postérieures au dépôt de la déclaration. Elle a ainsi refusé de voir dans chaque attaque un différend distinct. Or on voit mal comment un différend pourrait naître ou être examiné au titre d'une attaque ciblée en droit humanitaire international si ce n'est par rapport à un incident précis. Seuls des actes concrets peuvent emporter violation des principes de droit humanitaire régissant les attaques ciblées dans les conflits armés et générer des différends sur ce fondement. Il importe de rappeler que le droit humanitaire international sert à juger de la licéité non pas du conflit armé dans son ensemble, mais d'agissements spécifiques commis à l'occasion de celui-ci. En examinant ce point, à tout le moins défendable, au stade des mesures conservatoires, la Cour paraît s'être écartée de la pratique qu'elle avait suivie

⁶⁶ Voir, notamment, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Canada), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 259* ; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 826*.

⁶⁷ *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 826, par. 23-24*.

⁶⁸ Voir notamment *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Canada), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 259, par. 28-29*.

jusqu'alors⁶⁹, ce qui soulève d'importantes questions concernant l'effet des réserves dont sont assorties les déclarations faites au titre de la clause facultative sur les conditions à remplir relativement à la compétence au stade des mesures conservatoires et laisse planer une certaine ambiguïté pour ce qui est de savoir quand la Cour peut effectivement conclure qu'elle paraît avoir compétence *prima facie*.

31. L'élément le plus marquant, au cours des vingt dernières années, de la jurisprudence de la Cour en matière de mesures conservatoires pourrait être sa décision, en l'affaire *LaGrand*, de reconnaître le caractère obligatoire, à l'égard des parties, des mesures conservatoires «indiquées» par elle⁷⁰, question qui avait été abondamment débattue en doctrine⁷¹. Sans entrer dans une analyse détaillée des raisons pour lesquelles elle est parvenue à ce résultat, l'on peut dire que le raisonnement et les conclusions de la Cour n'ont soulevé aucune véritable controverse et que le caractère obligatoire de ses ordonnances est aujourd'hui admis.

32. La confirmation du caractère contraignant des ordonnances en indication de mesures conservatoires devrait conduire à réexaminer l'équilibre entre les considérations exposées ci-dessus (et peut-être la Cour l'a-t-elle fait *sub silentio*). Du fait de ce caractère obligatoire, il paraît d'autant plus crucial que la Cour fasse preuve de prudence lorsqu'elle enjoint à une partie de s'abstenir de certains actes ou d'en effectuer d'autres, étant donné qu'il pourrait, par la suite, être établi que cette partie était fondée à effectuer les premiers ou à s'abstenir des seconds. L'idée que la Cour devrait, au stade des mesures conservatoires, procéder à une sorte d'enquête préliminaire sur le fond a déjà été avancée, notamment en l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*⁷², où elle a toutefois choisi de ne pas se prononcer sur ce point. Selon un éminent juriste ayant examiné la

⁶⁹ On observera que, à l'étape des exceptions préliminaires, la Cour n'est pas revenue sur les motifs pour lesquels elle avait jugé, au stade des mesures conservatoires, qu'elle ne paraissait pas avoir compétence. Au contraire, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, elle a choisi de fonder sa déclaration d'incompétence sur un élément non envisagé à l'étape des mesures conservatoires. Voir notamment *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (III)*, p. 1307 ; *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Canada), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (II)*, p. 429.

⁷⁰ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 466.

⁷¹ Voir les sources citées dans C. Brown, *The Common Law of International Adjudication*, 2007, p. 146, note 208.

⁷² *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 12. Dans l'exposé de l'opinion individuelle qu'il a jointe à cette ordonnance, le juge Shahabuddeen défendait une position similaire à celle qui a, depuis, été adoptée par la Cour.

question de manière approfondie, «il ne fait aucun doute que la Cour internationale de Justice a pour pratique générale de considérer les éléments relatifs au fond de l'affaire comme dépourvus, en théorie, de toute pertinence au stade de la demande en indication de mesures conservatoires», ajoutant que, «selon la position dominante aujourd'hui, les éléments de fond n'entrent pas en jeu et il n'est pas nécessaire, selon la pratique de la Cour, d'établir *prima facie* le bien-fondé de la requête au fond pour demander l'indication de mesures conservatoires»⁷³.

33. La Cour a toutefois dit, dans de récentes affaires, que «[son] pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires ne devrait être exercé que si les droits allégués par une partie apparaissent au moins plausibles»⁷⁴. Ainsi, il ne suffit pas, au stade des mesures conservatoires, de démontrer que les mesures sollicitées se rapportent aux droits que la partie cherche à faire valoir dans la demande au fond ; encore faut-il que celle-ci ait quelque chance d'aboutir. Ce changement de position, opéré assez discrètement par la Cour, pourrait être lié à la confirmation de la force contraignante des mesures conservatoires. On serait ainsi fondé à soutenir, maintenant que le caractère obligatoire de celles-ci est bien établi, que la Cour devrait s'abstenir d'en indiquer lorsque la demande au fond n'a aucune chance de réussir.

34. Reste à préciser quel critère il y a lieu d'appliquer, au stade des mesures conservatoires, pour déterminer la plausibilité des droits que la partie requérante cherche à faire valoir dans la demande au fond. Le seuil applicable à cet égard reste obscur, toute comme la façon dont il s'articule par rapport aux autres questions préalables à trancher à ce stade, la Cour devant en effet se demander si elle semble *prima facie* avoir compétence (afin de décider si elle a le pouvoir d'indiquer les mesures sollicitées), s'il existe une cause d'incompétence «manifeste» (afin de décider si elle doit rejeter l'affaire) et, désormais, si les droits revendiqués sont «plausibles». Il est difficile de voir en quoi ces trois critères se distinguent les uns des autres. Ainsi, la notion de «plausibilité», en particulier, signifie-t-elle simplement que la demande au fond a des chances

⁷³ L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 234 (1992-III), reproduit dans L. Collins, *Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws*, p. 178-179.

⁷⁴ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 139, par. 57. Voir également *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 537, par. 33.

d'aboutir ? Ou renvoie-t-elle à un critère comparable à celui appliqué dans certains systèmes nationaux pour déterminer s'il existe une question sérieuse à trancher ou même une thèse défendable, ou s'il existe une possibilité raisonnable que la demande au fond soit accueillie ? Il semble que le seuil de probabilité soit peu élevé, mais des éclaircissements seraient bienvenus. Quelle qu'en soit la définition, ce critère implique nécessairement que la Cour peut refuser d'indiquer les mesures conservatoires sollicitées si elle estime que la demande sous-jacente est totalement infondée.

35. Il convient par ailleurs de fournir aux parties quelques indications sur la mesure dans laquelle elles doivent aborder les questions de fond à l'étape des mesures conservatoires. Ainsi, la jurisprudence de la Cour, peu étoffée en la matière, ne précise pas si, à ce stade préliminaire, le caractère plausible des droits est une question de droit pur ou qui touche à la fois au droit et aux faits. Autrement dit, la partie sollicitant les mesures peut-elle se contenter de montrer que le droit qu'elle invoque peut plausiblement être considéré comme prévu en droit international (c'est-à-dire sans avoir à établir qu'il s'applique de manière plausible aux faits de l'espèce) ? Ou doit-elle démontrer que non seulement l'existence de ce droit est plausible en droit international, *mais aussi* qu'elle peut plausiblement s'en prévaloir ? Dans une affaire⁷⁵, la Cour a choisi de concentrer son examen sur la plausibilité de l'existence des droits sur le plan juridique et fait valoir qu'il avait déjà été établi, dans sa jurisprudence, que les obligations en question incombaient aux Etats en droit international pour conclure au caractère plausible des droits revendiqués par le demandeur, sans chercher à établir si ce dernier pouvait plausiblement s'en prévaloir en l'espèce. Dans un autre cas, toutefois, elle n'a pas souhaité conclure au caractère plausible des droits en cause sur le seul fondement de leur existence dans l'absolu, sur le plan juridique, mais a paru laisser entendre que l'applicabilité de ces droits était plausible dans les circonstances de l'espèce⁷⁶.

⁷⁵ *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 décembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 398, par. 17-19.

⁷⁶ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 6, par. 58-59 : «Considérant qu'il apparaît à la Cour, après un examen attentif des éléments de preuve et des arguments présentés par les Parties, que le titre de souveraineté revendiqué par le Costa Rica sur l'entièreté de Isla Portillos est plausible.»

36. On pourrait soutenir que la preuve de l'existence plausible du droit en question en droit international et dans l'absolu ne devrait être qu'un élément nécessaire, de la démonstration plus large de sa plausibilité, mais pas un élément suffisant. Si ce critère a pour objet de permettre à la Cour de s'assurer, avant d'imposer des mesures conservatoires contraignantes, que le demandeur a des chances d'obtenir gain de cause sur le fond, il conviendrait de démontrer également que l'applicabilité des droits et obligations en jeu est plausible dans les circonstances de l'espèce. Cependant, étant donné que, lorsqu'elle indique les mesures conservatoires, la Cour n'a pas entendu l'intégralité des moyens au fond et peut même ne pas avoir encore confirmé sa compétence, elle peut difficilement se prononcer de quelque manière sur le fond du différend, surtout dans les cas où le défendeur conteste sa compétence. Elle doit donc bien peser l'ensemble des considérations en cause et veiller à conduire la phase des mesures conservatoires de telle sorte que celle-ci n'anticipe pas sur la procédure au fond.

37. La décision de la Cour quant au caractère obligatoire des mesures conservatoires a mis en évidence une autre question, celle de l'exécution des ordonnances afférentes. A partir de l'affaire *LaGrand*, dans presque tous les cas où elle a indiqué des mesures conservatoires, elle a par la suite été priée par une partie de constater le manquement de l'autre aux obligations découlant de l'ordonnance, ce qu'elle a fait la plupart du temps. Un constat d'inexécution (du moins partielle) a ainsi été fait, après l'affaire *LaGrand*, dans les instances relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*⁷⁷, dans l'affaire relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*⁷⁸, celle des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*⁷⁹ et celle relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de*

⁷⁷ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, 16 décembre 2015 (non encore publié ; <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18848.pdf>).

⁷⁸ *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 3.

⁷⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168.

*génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*⁸⁰. Il ne semble y avoir eu, au cours de cette période, que deux affaires dans lesquelles la Cour n'ait pas constaté l'inexécution d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires⁸¹.

38. Ces statistiques amènent à s'interroger sur les moyens, hormis le constat d'inexécution, par lesquels la Cour pourrait assurer la mise à effet des mesures qu'elle indique. Lorsqu'elle rend pareille ordonnance, elle invite généralement les parties à l'informer des dispositions qu'elles ont prises pour l'exécuter⁸². Il est difficile de dire, au vu des informations accessibles au public, si ces renseignements sont effectivement fournis par les parties. En tout état de cause, la Cour ne prescrit aucun délai pour ce faire, à tout le moins pas dans l'ordonnance, et il ne semble exister aucune procédure permettant de contrôler le respect de cette obligation. La Cour souhaitera peut-être, compte tenu du caractère de plus en plus spécifique et normatif de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires⁸³, établir un mécanisme lui permettant de veiller à ce que les parties répondent de la mise en œuvre de ces dernières⁸⁴.

⁸⁰ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 43.

⁸¹ Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, la Cour a refusé de le faire (C.I.J. Recueil 2002, p. 303, par. 320-324) et, dans l'affaire relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)*, aucune demande en ce sens ne lui a été présentée (C.I.J. Recueil 2013, p. 281).

⁸² Voir notamment *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 6, point 4 du par. 86 : «Chaque Partie informera la Cour de la manière dont elle assure l'exécution des mesures conservatoires ci-dessus indiquées.»

⁸³ Voir *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 537, et *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 6.

⁸⁴ A titre d'exemple, l'article 95 du règlement du Tribunal international pour le droit de la mer prévoit ce qui suit :

- «1. Chaque partie informe le Tribunal au plus tôt des dispositions qu'elle a prises pour mettre en œuvre les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal. En particulier, chaque partie présente un rapport initial sur les dispositions qu'elle a prises ou qu'elle se propose de prendre pour se conformer sans retard aux mesures prescrites.
2. Le Tribunal peut demander aux parties un complément d'information concernant toutes questions relatives à la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites par lui.»

Le Tribunal a pour habitude de fixer une date limite pour la communication de ces informations initiales. Il est également arrivé, en au moins une occasion, qu'il publie le rapport d'une partie sur son site Internet : voir le «rapport sur la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites par le Tribunal le 22 novembre 2013 en l'affaire de l'*Arctic Sunrise*», https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/C22_initial_report_orig.pdf.

La compétence consultative de la Cour

39. Au cours de ses soixante-dix ans d'existence, la Cour a été saisie de vingt-six demandes d'avis consultatif, dont quatre seulement pendant les vingt dernières années. Cette tendance à la baisse, si elle se maintient⁸⁵, amènera à s'interroger à nouveau sur l'«état de santé» de la compétence consultative de la Cour⁸⁶. Il convient en effet de se demander dans quelle mesure les organisations internationales et leurs organes habilités à y recourir considèrent encore cette procédure avantageuse et sur quel type de questions elle peut effectivement permettre à la Cour d'apporter une contribution utile. Ont également été soulevées des questions concernant les parties autorisées à solliciter des avis consultatifs et l'opportunité d'en étendre la liste⁸⁷, mais il n'existe aucune proposition sérieuse de modification de la Charte⁸⁸ en vue d'autoriser d'autres entités que celles qui y sont déjà mentionnées à présenter pareilles demandes. Il a par ailleurs été recommandé à plusieurs reprises que l'Assemblée générale ouvre ce droit au Secrétaire général (et à d'autres organes de l'ONU actuellement non habilités, ainsi qu'à des organes créés dans le cadre de traités internationaux), mais ces recommandations n'ont toutefois pas été suivies d'effet.

40. Les questions dont la Cour a, au fil de son histoire, été saisie dans le cadre de procédures consultatives peuvent être regroupées dans quatre catégories :

- 1) questions découlant des travaux de l'institution sollicitant l'avis (ou d'un autre organe de l'ONU) ou s'y rapportant, dans les cas où l'avis est utile ou nécessaire au règlement de questions à trancher concernant l'institution⁸⁹ ;
- 2) demandes portant sur des questions juridiques nées de faits réels sur lesquelles les Etats ont des vues divergentes, mais où l'avis recherché n'est pas destiné à régler une question concrète concernant l'entité requérante (ou quelque autre organe)⁹⁰ ;

⁸⁵ Relevons toutefois que, pendant la période de vingt ans écoulée entre 1960 et 1979 également, seules quatre demandes d'avis consultatif ont été présentées.

⁸⁶ Voir R. Higgins, «A Comment on the Current Health of Advisory Opinions», in Lowe & Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 567.

⁸⁷ Voir *ibid.*, pour une analyse de certaines de ces propositions, et D. W. Bowett *et al*, *The International Court of Justice : Process, Practice and Procedure*, British Institute of International and Comparative Law, 1997.

⁸⁸ Article 96 de la Charte des Nations Unies.

⁸⁹ Citons, par exemple : *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)* (1948) ; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (1949) ; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (1950) ; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)* (1962) ; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte* (1980) ; et *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* (1999).

- 3) questions purement juridiques suscitant des divergences de vues entre Etats, mais n'ayant pas donné lieu à un différend concret sur des faits donnés, et où l'avis recherché n'est pas destiné à régler une question précise concernant l'entité requérante (ou quelque autre organe)⁹¹ ;
- 4) demandes concernant des recours formés contre les décisions de tribunaux administratifs connaissant des différends en matière d'emploi entre les organes de l'ONU et leurs fonctionnaires⁹².

41. L'on pourrait considérer que les demandes relevant de la deuxième catégorie sont celles qui, de façon générale, prêtent le plus à controverse, dans la mesure où l'organe requérant peut souhaiter se fonder sur l'avis fourni pour l'accomplissement de sa mission. Tel est le cas notamment lorsque l'organe en question est l'Assemblée générale, dont la vaste compétence l'autorise à examiner toutes questions entrant dans le cadre de la Charte et à formuler des recommandations à cet égard⁹³. Toutefois, il y a lieu de distinguer les cas dans lesquels une question se pose déjà à l'organe en cause dans une affaire précise pour laquelle il estime opportun d'obtenir un avis juridique (première catégorie) de ceux où la demande semble viser l'obtention d'éclaircissements sur une question juridique n'ayant pas nécessairement d'implications concrètes pour l'institution en cause (deuxième catégorie).

42. En admettant cette classification, certes assez grossière, il est possible de dégager certaines tendances dans le recours à la compétence consultative de la Cour. Comme on pouvait s'y attendre, ce sont les demandes de la première catégorie qui, à ce jour, ont été les plus fréquentes. Elles étaient toutefois bien plus courantes dans les premières années d'existence de l'ONU, jeune organisation qui avançait alors à tâtons sur un certain nombre de questions juridiques

⁹⁰ Pourraient vraisemblablement être rangées dans cette catégorie la procédure de 2010 sur la question de la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* et celle de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

⁹¹ Citons, par exemple, les avis consultatifs de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*.

⁹² Il y a eu cinq procédures de ce type : *Effet de jugements du tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* (1954) ; *Jugements du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requêtes contre l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture* (1956) ; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* (1973) ; *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies* (1982) ; *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies* (1987) ; et *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (2012).

⁹³ Art. 10 de la Charte des Nations Unies.

afférentes à son fonctionnement. Ces demandes, dont le nombre a diminué au fil des années, avaient à l'origine pour objet de vérifier la licéité de nouvelles méthodes ou mesures mises en œuvre ou envisagées. Toutefois, ainsi que la juge Higgins l'a souligné, les organes de l'ONU ont, au fil des ans, adopté des méthodes dont la licéité pourrait être contestée, mais à l'égard desquelles il serait difficile d'obtenir un appui suffisant en faveur d'une demande d'avis consultatif, les méthodes en question étant précisément celles de la majorité des membres de l'organe en cause⁹⁴. Mme Higgins avance l'argument convaincant selon lequel pareilles demandes ne sont susceptibles d'être soumises que «dans les cas où l'opposition d'un Etat important à l'opinion majoritaire est un facteur incontournable ... [parce qu'elle] aura d'importantes conséquences financières ou politiques»⁹⁵, ou encore dans l'hypothèse où «un organe [demanderait] en fait, un avis consultatif sur une question de droit concernant les travaux et les décisions d'un autre organe»⁹⁶. L'historique de la compétence consultative de la Cour vient confirmer cette analyse.

43. Toutefois, s'il est possible, par exemple, de concevoir que l'Assemblée générale puisse saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif afin de contester la licéité d'une décision du Conseil de Sécurité, aucune proposition sérieuse n'a été faite en ce sens. Pareille éventualité soulèverait de toute évidence la question de savoir dans quelle mesure la Cour peut réformer des décisions prises par les organes politiques de l'ONU, question déjà abondamment débattue⁹⁷.

44. S'agissant de la quatrième catégorie, la baisse des demandes est attribuable à la position délicate dans laquelle la Cour se trouve placée par l'examen de ce type de question et au fait que, depuis la suppression en 1995 de la possibilité de «faire appel» des décisions du tribunal

⁹⁴ Voir R. Higgins, «A Comment on the Current Health of Advisory Opinions», in Lowe & Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1996, p. 575-577.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 576.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 577.

⁹⁷ G. R. Watson, «Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court», 1993, *Harvard International Law Journal*, vol. 34, p. 1 ; V. Gowlland-Debbas, «The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the *Lockerbie* Case», 1994, *AJIL*, p. 643 ; Akande, «The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations», 1997, *ICLQ*, vol. 46, p. 309 ; B. Martenczuk, «The Security Council, the International Court and Judicial Review : What Lessons from *Lockerbie*?», 1999, *EJIL*, vol. 10, p. 517.

administratif, de nouveaux mécanismes ont été mis en place pour régler les différends liés au travail au sein du système des Nations Unies⁹⁸.

45. Depuis une vingtaine d'années, les demandes relevant des deuxième et troisième catégories semblent les plus communes. Elles traduisent la volonté d'obtenir des éclaircissements sur un point de droit, sans que l'avis sollicité porte sur une question concrète à régler par quelque organe de l'ONU, l'objectif étant plutôt de guider le comportement des Etats sur le point en cause, qu'il s'agisse d'une situation factuelle concrète ou d'une question de droit pur non liée à un contexte précis. C'est de cette catégorie que relèvent les plus récentes propositions de demande d'avis consultatif⁹⁹. Si, à l'avenir, la Cour devait être plus souvent saisie de ce type de demandes, il lui faudrait rechercher : i) si elle a compétence pour en connaître et ii) si elle doit, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, se récuser.

46. La jurisprudence de la cour enseigne que, lorsque la demande d'avis consultatif émane de l'Assemblée générale, la compétence de la Cour pose relativement peu de difficulté. La raison est simple : non seulement le paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte autorise l'Assemblée générale (ainsi que le Conseil de Sécurité) à solliciter des avis sur toute question juridique¹⁰⁰, mais la Cour a toujours su, par le passé, trouver dans les larges compétences de l'Assemblée générale un lien suffisant avec la question posée¹⁰¹.

⁹⁸ Voir A/RES/48/415 et A/RES/50/54. Comme on l'a vu récemment, il demeure possible de faire appel des décisions du tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail.

⁹⁹ Voir notamment la proposition tendant à ce que l'Assemblée générale demande à la Cour un avis consultatif au sujet de la responsabilité juridique de chaque Etat de veiller à ce que les activités qui sont exercées sur son territoire et entraînent l'émission de gaz à effet de serre ne portent pas préjudice aux autres Etats : «Déclaration de M. Johnson Toribiong, Président de la République des Palaos, à la 66^e session générale de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies», 22 septembre 2011 (http://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/66/PW_en.pdf; <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39710#.Vre2NWbcs2x>) ; P. Sands, «Climate Change and the Rule of Law : Adjudicating the Future in International Law», conférence publique, 17 septembre 2015, Cour suprême du Royaume-Uni (<http://www.supremecourt.uk/docs/professor-sands-lecture-on-climate-change-and-the-rule-of-law.pdf>). Voir également la proposition soumise par le Belarus et la Fédération de Russie tous les ans depuis une dizaine d'années en vue de solliciter un avis consultatif de la Cour sur les effets juridiques du recours à la force par un Etat en l'absence d'autorisation préalable du Conseil de sécurité et en dehors de l'exercice du droit de légitime défense. Voir le «rapport du Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation», Assemblée générale, documents officiels, [soixante-dixième] session, supplément n°33 (A/70/33), par. 38-41 (2015).

¹⁰⁰ Par opposition au paragraphe 2 du même article, qui habilite d'autres organes et institutions à demander des avis, mais uniquement sur les «questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité».

¹⁰¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 233, par. 12.

47. Il est admis de longue date que, même lorsque la Cour est compétente pour rendre un avis consultatif, elle n'est pas tenue de le faire. Elle dispose du pouvoir discrétionnaire de se prononcer ou non sur la question posée, pouvoir qu'elle tient du paragraphe 1 de l'article 65 de son Statut, aux termes duquel elle «*peut* donner un avis consultatif...» (les italiques sont de moi) et qui a été confirmé par sa jurisprudence¹⁰². Indépendamment de ce pouvoir discrétionnaire, la Cour a toutefois précisé qu'une demande d'avis consultatif ne devrait pas, en principe, être refusée¹⁰³, expliquant que, étant elle-même organe des Nations Unies, sa réponse «constitu[ait] une participation de [sa part] à l'action de l'Organisation»¹⁰⁴. Ainsi, étant donné le lien organique qui l'unit aux Nations Unies, la Cour ne peut refuser de rendre l'avis consultatif demandé que pour des «raisons décisives», ce que, en pratique, elle n'a jamais fait.

48. La Cour a toujours rejeté l'idée qu'elle devrait s'abstenir de répondre à une demande d'avis au motif que la question posée était abstraite, considérant qu'il s'agissait là d'une «pure affirmation dénuée de toute justification»¹⁰⁵. Si cette observation signifiait simplement, à l'origine, qu'il serait donné suite à une demande d'avis consultatif même si la question posée ne concernait pas, de prime abord, les faits qui lui avaient donné naissance, la Cour a depuis posé en principe qu'il n'est pas nécessaire que la question découle d'une situation factuelle dont serait saisi l'organe requérant¹⁰⁶.

49. Des questions peuvent par ailleurs se poser sur le point de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour doit prendre en considération l'effet éventuel de l'avis à rendre sur les situations politiques sensibles ou même sur l'évolution du droit. L'on peut en effet redouter

¹⁰² Voir notamment *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 71-72, où la Cour a relevé que «[l']article 65 du Statut est permissif. Il [lui] donne... le pouvoir d'apprécier si les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles doivent la déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis.»

¹⁰³ Voir *ibid.*, p. 71 ; Fitzmaurice, *loc. cit.*, note 79, p. 565.

¹⁰⁴ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 71.

¹⁰⁵ *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif*, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 61 ; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1954, p. 51 ; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 26, par. 40.

¹⁰⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 236-237, par. 15.

l'effet sclérosant que pourrait avoir le prononcé d'un avis de la Cour sur l'état du droit dans les domaines où ce dernier paraît appelé à évoluer. A l'occasion de la procédure consultative sur la question de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel elle devrait refuser de rendre un avis au motif que celui-ci pourrait être préjudiciable aux négociations sur le désarmement¹⁰⁷, faisant observer que les vues divergeaient quant à l'impact éventuel de ses conclusions et que «l'effet qu'aurait cet avis [était] une question d'appréciation»¹⁰⁸. L'on pourrait faire valoir que l'évaluation des effets éventuels de ses avis sur les relations internationales présente un caractère politique et ne devrait être entreprise par la Cour qu'avec circonspection. Quoi qu'il en soit, les préoccupations concernant l'effet sclérosant du droit ne doivent pas être sous-estimées et la Cour devrait pouvoir trouver le moyen de fournir des orientations lorsque l'état du droit est en passe d'évoluer. Dans son avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, elle a ainsi souligné que, «en disant et en appliquant le droit, [elle] d[evait] nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution»¹⁰⁹.

50. Il existe malgré tout des situations où la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre un avis consultatif sur une question abstraite, notamment dans le cas où la nature de celle-ci est telle que l'avis sollicité dépend de faits précis et où les éléments soumis ne sont pas suffisants pour permettre la formation d'une opinion dans des conditions acceptables. Il peut également arriver que la réponse à une question de droit soit assujettie aux circonstances de l'affaire. La Cour, lorsqu'elle rend son avis, est alors tenue d'examiner les *types de situations* (par opposition aux situations concrètes) dans lesquelles la question juridique est susceptible de se poser. Pour autant que ces types de situations soient raisonnablement envisageables, rien ne semble s'opposer à ce que la Cour examine la demande. Ainsi, le fait qu'elle puisse être amenée à conjecturer sur les situations éventuellement visées ne devrait pas, en soi, faire obstacle à l'exercice de sa compétence consultative.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 237, par. 17.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 18. Il convient toutefois de relever que, dans les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* (C.I.J. Recueil 1974, p. 23-24, par. 53) et de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* (C.I.J. Recueil 1974, p. 192, par. 45), la Cour a dit que, «en tant que tribunal, [elle] ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté».

51. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'il n'est pas possible de prévoir toutes les situations susceptibles de survenir ou que la Cour ne dispose pas de tous les éléments factuels voulus, elle peut choisir de refuser de rendre un avis consultatif. C'est précisément ce qu'a dit la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Statut de la Carélie orientale*, invoquant notamment à l'appui de son refus de rendre l'avis demandé, outre l'absence de consentement de la Russie, la probabilité que des faits capitaux ne soient pas portés à son attention en raison du fait que celle-ci ne participait pas à la procédure¹¹⁰.

Conclusion

52. J'ai tenté ici d'esquisser les tendances qui se dessinent en ce qui concerne le recours à la Cour dans le cadre de procédures contentieuses autant que consultatives. Il s'agissait de dresser l'inventaire des facteurs qui conduisent effectivement, de manière générale, à la saisine de la Cour, puis d'établir, à partir de cette réalité, des prévisions pour l'avenir. Malgré leur inévitable dimension conjecturale et hypothétique, ces prévisions avaient vocation à définir les difficultés auxquelles la Cour devra faire face dans un proche avenir et à proposer des moyens pour les surmonter.

¹¹⁰ *Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I, série B n° 5*, p. 28 : «Il paraît, en effet, douteux que la Cour puisse obtenir les renseignements matériels nécessaires pour lui permettre de porter un jugement sur la question de fait qui est celle de savoir quel fut l'objet de l'accord des parties. La Cour ne saurait aller jusqu'à dire qu'en règle générale une requête pour avis consultatif ne puisse impliquer une vérification de faits ; mais, dans des circonstances ordinaires, il serait certainement utile que les faits sur lesquels l'avis de la Cour est demandé fussent constants : le soin de les déterminer ne devrait pas être laissé à la Cour elle-même.» L'on pourrait considérer que cette déclaration a été faite à titre d'*obiter dictum*, la Cour ayant déjà expliqué par d'autres motifs son refus de rendre l'avis. Voir, K. Keith, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Sijthoff, 1971, p. 89-101 et en particulier p. 96.