

Sur la mission législative du juge international contemporain

Dr Matthieu Aldjima NAMOUNTOUGOU
Enseignant-Chercheur à l'Université Ouaga 2

Résumé

Le juge international, officiellement, a pour rôle de régler les différends qui lui sont soumis conformément au droit international. En d'autres termes, il est chargé de dire où est le droit et non de créer du droit. Officieusement, le rôle du juge international est beaucoup plus vaste. En disant le droit, il l'interprète, le met à jour, le complète ou le rend opérationnel. Cette mission implique nécessairement la création du droit. En interprétant la règle de droit, le juge, en réalité, choisit un des sens possibles. C'est lui donc qui pose la norme et non l'auteur de la règle interprétée. Il est même des cas où le juge va carrément créer une nouvelle norme. Le juge jouit donc d'un pouvoir normatif important. Pourquoi alors la jurisprudence reste tenue en dehors des sources dites formelles ? N'est-elle pas une technique fondamentale de formation du droit international ?

[Mots clés : Sources du droit – jurisprudence – création du droit – interprétation]

Summary

The role of international tribunals and courts, officially, is to settle the disputes submitted to them in accordance with international law. In other words, they are in charge of applying international law, not to create it. Unofficially, their role is much vaster. To apply international law also means to interpret it or to make it updated or operational. Actually, to interpret or to apply international legal rule is a kind of choice between its several possible meanings. Thus, in the end, the rule means what the judge says and not what its first author (States or other subjects of law) says. The judge is then involved in the international law-making. There are even cases where the judge is the first author of the rule, because before its decision that rule doesn't exist. The judge thus enjoys unofficially an important law-making power. Why then judicial decisions remain regarded as subsidiary means for the determination of the rules of law?

[Key Words: Sources of law – Case Law – Law making – Interpretation]

Table des matières

Introduction	2
I. Une mission officiellement interdite	8
A. Les conceptions traditionnelles	8
1. Le refus du pouvoir normatif du juge	9
2. La reconnaissance partielle	10
B. Appréciation critique	11
1. Des arguments non convaincants	11
2. Des fondements insatisfaisants	14
II. Une mission officieusement fondamentale	15
A. L'étendue du pouvoir exercé par le juge	15
1. Le pouvoir de création	16
2. Le pouvoir normatif	19
B. Les exigences de l'exercice du pouvoir	22
1. Le respect des objectifs	23
2. Le dialogue des juges	26

Introduction

Le juge international créateur du droit !

En droit interne et international, loin s'en faut, les juges ne se contentent jamais d'être la « bouche qui prononce la parole de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la vigueur ». ¹ Au contraire, les juges ont un pouvoir créateur inhérent à la fonction juridictionnelle. ² Un examen, même rapide, de la jurisprudence de la CIJ afférente à la délimitation maritime laisse nettement apparaître l'accomplissement par cette Cour « d'une fonction qui déborde sensiblement celle qui lui est normalement dévolue ». ³ Le point de vue traditionnel sur le rôle non créateur du juge doit être sérieusement tempéré ; ⁴ le juge dispose d'un pouvoir normatif. ⁵ Ce qui soulève la question des « sources » qui a de tout temps « été au

¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Paris, Gallimard, 1995, Livre XI, Chapitre VI.

² Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 326.

³ Laurent LUCCHINI, « La délimitation des frontières maritimes dans la jurisprudence internationale : vue d'ensemble », in Rainer LAGONI and Daniel VIGNES (ed.), *Maritime Delimitation*, Leyde, Nijhoff, 2006, p. 8.

⁴ Jean SALMON, « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXIe siècle », *CEBDI*, Vol. VI (2002), p. 118.

⁵ Denys DE BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Mélanges Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 32.

cœur même de toute réflexion sur l'existence, la réalité et le fonctionnement du droit international ». ⁶

Du fait des particularités de l'ordre juridique international, la problématique des sources y occupe une place centrale et a un caractère quasi obsessionnel. ⁷ « *Le problème des sources est au carrefour de toutes les grandes controverses du droit international [...]. Tous les chemins du droit international partent de là, tous y mènent* ». ⁸ De nos jours, l'usage même du terme « source » est critiqué par une partie de la doctrine. ⁹ On entendra néanmoins par source, dans le présent article, *les procédés d'élaboration du droit international, les diverses techniques qui autorisent à considérer qu'une règle ou une norme appartient au droit positif*. ¹⁰ Le droit international comporte donc plusieurs voies par lesquelles les droits et les obligations internationales naissent. ¹¹ En la matière, le prescrit de l'article 38 du Statut de la CIJ renseigne passablement son lecteur que la doctrine et la jurisprudence sont des *moyens auxiliaires de détermination des règles de droit*. Il s'ensuivrait donc qu'officiellement la doctrine et la jurisprudence « *ne peuvent pas opérer toutes seules, mais seulement en conjonction avec une autre source ou plutôt opérer sur les règles produites par celle-ci, qui fait fonction de source formelle* ». ¹² C'est sur ce statut réservé à la doctrine et à la jurisprudence – leur exclusion officielle des sources dites formelles du droit international – que l'on voudrait s'interroger dans

⁶ Georges ABI-SAAB, dans la préface de l'ouvrage de l'ouvrage d'Henri TORRIONE, *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, Fribourg, E.U. F., 1989, p. VII.

⁷ Georges ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 207, 1987-VII, p. 127.

⁸ Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 237, 1992-VI, p. 133. Le lecteur comprendra facilement, face à une telle question, le choix qui est le nôtre, à savoir ne pas rouvrir ici un débat qui déborde de tous les côtés notre sujet. Il n'entre donc pas dans nos intentions d'envisager dans la présente étude une théorie générale des sources du droit international. Quelque forte que puisse être la tentation d'exposer des « sentiers battus » sur les sources, telles les distinctions source primaire/source secondaire, source formelle/source matérielle, cela nous paraît largement inutile. Ce sont des éléments trop bien connus pour qu'il soit utile d'y insister dans un écrit comme le nôtre.

⁹ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2014, p. 42. Si le terme *fondement* semble avoir la préférence de certains commentateurs, d'autres ne le tiennent pas pour un synonyme au terme *source*. V. notamment Robert KOLB, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 135 et s ; Pierre-Marie DUPUY, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in : *Mélanges Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCU, 1994, p. 53 ; Charles DE VISSCHER, « Contribution à l'étude des sources du droit international », in *Mélanges François Gény*, Paris, Sirey, 1934, T. III, p. 393 et s.

¹⁰ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 127 ; Christian DOMINICÉ, « La société internationale à la recherche de son équilibre. Cours général de droit international public (2006) », *RCADI*, tome 370, 2013, p. 78.

¹¹ *Annuaire CDI*, 1976, vol. II, p. 74, § 2.

¹² Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 189. V. également Alain PELLET, « Article 38 », in Andreas ZIMMERMANN *et al.* (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, OUP, 2012, p. 854.

cette étude à la lumière de la pratique jurisprudentielle et des évolutions contemporaines, mais uniquement en ce qui concerne la jurisprudence.¹³

Savoir ce qu'est la jurisprudence internationale peut, *a priori*, paraître comme une question aisée, voire une banalité. Il n'en est rien en réalité. En droit interne,¹⁴ comme en droit international,¹⁵ la jurisprudence est une notion polysémique et complexe. Toutefois, deux conceptions semblent avoir les consensus les plus larges. Selon la première, la jurisprudence est un bloc de décisions juridictionnelles ; tandis que selon la seconde, elle est un bloc de principes ou de normes qui se dégagent des décisions rendues par les juridictions internationales.¹⁶ Le premier sens renvoie au contenant, et le second au contenu. C'est ce dernier sens qui sera retenu dans la suite de notre propos. Même ainsi entendue, la jurisprudence internationale reste un phénomène complexe. L'impossibilité, pour des raisons évidentes, « *de mettre sur le même plan toutes les juridictions présentant un caractère supranational* »,¹⁷ a même suscité la question de savoir si une approche globale de la jurisprudence internationale était possible.¹⁸

Cela étant dit, le statut officiel réservé à la jurisprudence a naturellement eu un écho important en doctrine que l'on entend encore. Le traitement qui est habituellement le sien dans les écrits savants est à cet égard assez significatif.¹⁹ En effet, lorsque l'on jette un coup d'œil dans les manuels de droit international ainsi que dans les cours généraux de l'*Académie de droit international de La Haye*, le moins que l'on puisse dire est que la place faite à la jurisprudence n'est aucunement flatteuse pour elle. Dans certains manuels, on ne trouve même pas le mot « *jurisprudence* » dans la liste des entrées des tables ou index analytiques ou alphabétiques. Dans d'autres, le terme figure dans la liste des entrées mais le renvoi est laconique. Dans d'autres enfin, on trouve l'entrée avec des renvois conséquents. Si l'on porte la même curiosité

¹³ Le format modeste de cet article ne permet pas que l'on traite sérieusement ces deux questions : d'où l'exclusion de la doctrine, qui restera tout de même présente dans une certaine mesure.

¹⁴ Maryse DEGUERGUE, « Jurisprudence », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 883-888.

¹⁵ Emmanuelle JOUANNET, « La notion de jurisprudence internationale en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 343-391.

¹⁶ *Ibid.*, p. 354 et 355.

¹⁷ Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 2015, p. 274.

¹⁸ *Ibid.*, p. 275.

¹⁹ Le rôle du juge dans la création du droit international n'a bénéficié auprès de la doctrine que d'une attention restreinte. Francis RIGALDIES et José WOEHLING, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public », Travaux de l'Association Henri Capitant, *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, 1980, p. 362.

dans les tables des matières, le constat est globalement le même. Certains ne consacrent pas, au niveau des sources, un titre à la jurisprudence comme ils le font pour les autres sources. En revanche, d'autres le font, même si les intitulés retenus font clairement comprendre au lecteur que la jurisprudence n'a pas le même rang ou la même dignité que les « sources formelles » : outre le fait qu'on la combine généralement avec la doctrine pour former un titre, on parle en plus de *normes subsidiaires* ou de *moyens auxiliaires de détermination des règles de droit*. Qu'en est-il dans les autres langues de support du droit international ? Bien entendu il faut examiner les manuels et les autres écrits doctrinaux dans ces langues pour pouvoir se prononcer. Toutefois, en ce qui concerne l'Anglais, la situation est étonnement comparable à celle des écrits de langue française. On s'attendrait à plus d'égards de la part des Anglo-saxons vis-à-vis de la jurisprudence, compte tenu de la doctrine du précédent obligatoire connue en *common law*.

Dans les cours généraux qui ne portent pas sur un thème spécifique, le constat est sensiblement le même. Quand on énumère les sources formelles du droit international, on écarte la jurisprudence. Lorsqu'elle n'est pas omise, sa dénomination – il est largement question de moyens auxiliaires d'identification – lui refuse subtilement le statut de « *source normale* ». Cependant, comme pour les manuels, ici aussi il existe des exceptions.²⁰

Face à ce constat officiel et son prolongement doctrinal, un autre constat, également important, doit être immédiatement fait, sous peine de paraître incomplet. Bannie officiellement des voies d'accès à la normativité, la voie jurisprudentielle n'en a pas disparu pour autant. Mieux, elle est même devenue la voie la plus large et la plus sûre. Elle est la plus large parce que certaines normes internationales ayant accédé à la normativité en suivant une autre voie doivent encore passer par elle pour être pleinement opérationnelles et efficaces. C'est le véritable sens de l'interprétation qui concerne pratiquement toutes les normes écrites et par laquelle le juge spécifie, adapte ou complète leur sens. Sorties sans chaire et sans souffle en quelque sorte à la surface du droit positif, les normes repassent par la voie jurisprudentielle pour en être royalement et durablement pourvues. La voie jurisprudentielle est la plus large parce qu'en plus

²⁰ A titre illustratif, v. Joe VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002) », *RCADI*, tome 334, 2008, pp. 146-151 ; Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 128-139.

Ce traitement réservé à la jurisprudence par les écrits doctrinaux, faut-il le préciser, n'a rien à voir avec leur qualité intrinsèque. Ce constat témoigne clairement mais seulement de la perception que semble avoir la doctrine – vraisemblablement toutes langues confondues – de celle-ci.

des normes dont il vient d'être question, le juge crée des normes qui n'ont jamais emprunté une autre voie antérieurement.²¹ Certes, les contraintes officielles l'empêchent d'assumer la paternité de ces normes qui sont habituellement énoncées comme des coutumes²² ou des principes généraux,²³ mais personne n'ignore la réalité se trouvant derrière ces voiles ou fictions juridiques : le juge ou la jurisprudence crée du droit,²⁴ même si « *jamais un juge ne reconnaîtra qu'il crée du droit* ». ²⁵ La jurisprudence est donc une véritable source de droit.²⁶ L'accès à la normativité par la voie jurisprudentielle est en outre la plus sûre, étant entendu que, parce que le droit est une science de sécurité, ce qui est considéré ou proclamé comme droit par le juge reste droit, sauf en cas de raison décisive.²⁷ Tandis que le sens de ce qui est énoncé comme droit, notamment à travers la voie conventionnelle, peut être opportunément modifié – interprété dit-on – par le juge.²⁸ Le texte se distingue donc de la norme :²⁹ « *livrant seulement un champ de significations possibles, le texte demeure en attente de devenir norme par et dans le cas, grâce à l'office du juge...* ». ³⁰ Le juge lui-même admet qu'un texte, une règle de droit écrite, n'offre jamais un sens unique ou univoque, lorsqu'il affirme qu'un « *mot [...] recouvre une pensée vivante et sa couleur comme son contenu peuvent varier selon les circonstances* ». ³¹ C'est pourquoi la doctrine remet sérieusement en cause la théorie du « *sens clair* » : en fait le prétendu « *sens clair* » est déjà le résultat d'une interprétation, même implicite.³² Cette

²¹ Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *RGDIP*, 1989, p. 578 et 579 ; Jean COMBACAU, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge en droit international public », *Travaux de l'Association Henri Capitant, La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, 1980, p. 394.

²² Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *op. cit.* note 21, p. 580 et s.

²³ Lucius CAFLISCH et Antônio A. CANÇADO TRINDADE, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, p. 10.

²⁴ Patrick MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *R.R.J.*, 2001-1, p. 82 et s.

Le juge doit adapter le droit international à la réalité sociale. Car, à l'instar du droit interne (Koffi AHADZI-NONOU, « Réflexion sur un tabou du constitutionnalisme négro-africain : le tribalisme », in : *Mélanges Dominique BREILLAT*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, 2011, p. 25), si le droit international s'éloigne de la réalité sociale, il risque de manquer d'effectivité.

²⁵ Jean COMBACAU, *op. cit.* note 21, p. 394.

²⁶ Philippe CAHIER, « Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international », in : *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 356.

²⁷ « *Les besoins de stabilité et de sécurité ne sauraient être satisfaits sans un certain degré de continuité du droit* ». Charles DE VISSCHER, « La recherche de l'effectivité dans les principales orientations de la jurisprudence internationale », in : *Mélanges Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune, 1968, p. 765.

²⁸ Selon la Cour EDH, « *aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire* ». Cour EDH, 22 novembre 1995, *S. W. c/ Royaume-Uni*, § 36.

²⁹ Alain PAPAUX et Éric WYLER, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau regard sur l'article 38 du Statut de la CIJ », *RBDI*, 2013/2, p. 534 et 535. Toutefois, les termes « norme » et « règle » seront utilisés dans le présent article comme étant interchangeables.

³⁰ *Ibid.*, p. 557.

³¹ *Affaire du Golfe du Maine*, CIJ Recueil, 1984, p. 360.

³² Jean COMBACAU et Serge SUR, *op. cit.* note 9, p. 172.

importance du rôle du juge dans la détermination du sens des textes amène certains auteurs à le regarder comme le véritable auteur de la norme.³³

Ce double constat nous met devant un paradoxe : la voie exclue, la jurisprudence, est en quelque sorte devenue la principale voie. On peut sans risque de se tromper affirmer que l'état du droit international, dans pratiquement toutes ses branches, n'aurait pas été celui qu'il est si des juges internationaux n'avaient pas légitimement joué un rôle législatif. De même, il ne sera pas celui qu'il sera demain si les juges devaient cesser, à supposer qu'ils puissent le faire, toute création de droit. Dès lors se posent un certain nombre de questions. Pourquoi malgré la reconnaissance unanime de son importance pour l'ordre juridique international, la jurisprudence reste officiellement considérée comme un *moyen auxiliaire de détermination* des règles de droit ? Ne devons-nous pas, au contraire, considérer la jurisprudence comme un *moyen fondamental (ou une technique) de formation* des normes internationales ?

Quelles que soient les réponses que chacun va apporter à ces questions, il est impossible de ne pas reconnaître que la place actuelle de la jurisprudence en droit international pose intellectuellement problème. Il ne paraît plus opportun que la doctrine se satisfasse des réponses traditionnelles qui prennent simplement acte du prescrit de l'article 38.³⁴ Le juge, c'est un truisme, dispose d'un pouvoir normatif.³⁵ Le contraindre officiellement à slalomer entre coutume et principes généraux pour ne jamais être auteur d'une norme n'y change rien : il crée du droit.³⁶ Cette problématique relative au pouvoir normatif du juge, outre son actualité,³⁷ revêt un double intérêt théorique et pratique. Sur le premier plan, le droit international, à l'image de la vie elle-même, est mouvement.³⁸ Ce mouvement, de nos jours, invite à repenser le rôle du juge et la place de ses décisions dans l'univers des sources, afin que ce dernier puisse pleinement et sereinement contribuer à l'épanouissement du droit international. Plus que le législateur officiel, « *les cours et tribunaux sont aptes à suivre pas à pas les altérations de la société et à*

³³ Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF (Que sais-je ?), 2008, p. 109.

³⁴ L'article 38 comporte des insuffisances. V. Georges Abi-Saab, « Les sources du droit international : essai de déconstruction », in : *Mélanges Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCU, 1994, p. 33 et s.

³⁵ Brusil Miranda METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 557.

³⁶ Il a été remarquablement démontré que l'existence d'une coutume doit plus à la construction du juge « *qu'à une entreprise par laquelle il se bornerait à la dévoiler* ». Raphaële RIVIER, *Droit international public*, Paris, PUF, 2013, p. 173.

³⁷ Le vif débat en cours sur la déformalisation du droit international constitue une parfaite illustration.

³⁸ En témoignent le renouvellement sans cesse des grandes préoccupations auxquelles il doit faire face et l'évolution continue des acteurs et institutions qui l'incarnent à la fois dans l'ordre international et dans les ordres nationaux.

établir des connexions jusque-là inaperçues ». ³⁹ Sur le plan pratique, il suffit de souligner que le règlement des différends est regardé comme la pierre angulaire du droit international. ⁴⁰

Face à une question aussi centrale qui n'a jamais cessé de susciter la curiosité des juristes, génération après génération, il va falloir faire preuve de lucidité et de modestie. L'essentiel n'est pas de remettre en cause tout ce qui existe, mais de faire en sorte que ce qui existe soit amélioré. C'est pourquoi il convient de constater que le statut officiel du juge international est un statut trompeur, en ce sens qu'il semble indiquer que ce dernier ne crée pas du droit (I), contrairement à la réalité qui renseigne à tout observateur sérieux qu'il le fait à souhait (II).

I. Une mission officiellement interdite

Comme Chaïm Perelman l'a remarquablement précisé, « *le rôle du juge est de prendre une décision, de trancher, de choisir, au nom de ce qu'il considère comme le droit et la justice, et en sachant que ses décisions vont s'intégrer dans le système de droit dont il constitue un élément central* ». ⁴¹ Le discours officiel est moins réaliste puisque, pour diverses raisons, il condamne le juge à n'être que « *la bouche de la loi* ». Il ne doit aucunement participer à la création de celle-ci. C'est cette conception du rôle du juge qui explique la place actuelle de la jurisprudence en droit international, alors même que le texte qui le définit – le Statut de la CIJ – a une « *nature éminemment contractuelle, c'est-à-dire relative* ». ⁴² Ces conceptions traditionnelles (A) sont actuellement fermement dénoncées comme étant contraires aux faits, à la réalité du Droit (B).

A. Les conceptions traditionnelles

Elles sont nombreuses et diverses. Toutefois, la doctrine a rigoureusement regroupé les nombreuses théories ou tentatives d'explication du « *fait jurisprudentiel* » en deux conceptions, selon que leurs auteurs refusent au juge tout pouvoir normatif et de création du Droit (1), ou qu'ils le lui reconnaissent mais en donnent des explications fragiles (2).

³⁹ François RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 150.

⁴⁰ Denis ALLAND, *op. cit.* note 17, p. 262.

⁴¹ Chaïm PERELMAN, « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit*, n° 17, 1972, p. 37.

⁴² Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, tome 297, 2002, p. 122.

1. Le refus du pouvoir normatif du juge

En premier lieu, selon certains auteurs, il n'est pas possible au juge d'être un organe qui crée du Droit du fait de sa position.⁴³ Selon eux, il serait en situation d'infériorité, et serait condamné à se borner à mettre en œuvre la volonté des créateurs du droit, à savoir le législateur. Le juge n'est rien d'autre qu'un organe d'exécution. La volonté des Etats serait alors la seule source du droit international : seules les règles acceptées et voulues par eux seraient juridiquement valables.⁴⁴ Néanmoins, le pouvoir d'interprétation lui est reconnu avec toutefois des limites très strictes : il ne peut pas, parce qu'il est en train d'interpréter les règles de droit, « *s'ériger en législateur* ». ⁴⁵ En conséquence, s'il lui arrive, dans l'exercice de sa fonction, de mettre à jour une règle de droit, il ne crée pas du droit mais applique une règle antérieure à sa décision et s'imposant à lui.⁴⁶ En second lieu, les partisans de cette théorie refusent au juge tout pouvoir de création de droit parce qu'il n'est pas un « *pouvoir politique* », alors que cette qualité leur paraît indispensable pour l'exercice d'une telle activité.⁴⁷ Le corollaire d'une telle conception de la fonction du juge, c'est la non-reconnaissance de la qualité de source de droit à la jurisprudence. L'impérativité et la généralité feraient défaut à la décision juridictionnelle pour qu'elle puisse prétendre de manière concluante à la qualité de règle de droit.⁴⁸

Pour adopter les positions ci-dessus mentionnées sur le rôle du juge et la portée de ses décisions, la doctrine concernée avance des raisons d'origine diverse. Elle s'est ainsi tournée vers Montesquieu, pour déduire de certains passages du Livre XI de son célèbre ouvrage (*De l'Esprit des lois*) une certaine infériorité du juge qui ne serait pas une force politique comparable aux puissances législative et exécutive. Elle fait ensuite recours aux textes des révolutionnaires français pour soutenir l'idée selon laquelle la justice ne constitue qu'une dépendance du pouvoir exécutif, et ne saurait créer du droit. Elle se réfère également à la théorie de la plénitude de l'ordre juridique pour dénier au juge le droit de s'acquitter de sa fonction autrement que sur la base du droit international positif. Telle est en particulier la position de l'école du positivisme-normativisme.⁴⁹ Elle établit un parallèle entre l'interdiction faite au juge, en droit interne, de statuer par voie générale et réglementaire et le droit international, pour limiter la portée de la

⁴³ Sadok BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, p. 13.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 142 et 143.

compétence du juge et de sa décision au cas d'espèce à lui soumis. Le juge ne saurait dès lors faire que du droit d'espèce, mais jamais du droit normal ou général.

En définitive, selon cette première conception, la jurisprudence est catégoriquement exclue des sources du droit. La seconde conception se montre plus ouverte puisqu'elle présente la jurisprudence d'une manière plus proche de la réalité, même si elle reste insatisfaisante comme la première.

2. La reconnaissance partielle

Point n'est besoin de présenter dans le détail l'ensemble des facteurs qui ont permis une évolution de la conception doctrinale de la jurisprudence. Il suffit ici d'indiquer que ce glissement s'est opéré « *sous l'influence du progrès enregistré dans diverses branches des sciences humaines* ». ⁵⁰ Cela dit, la seconde conception traditionnelle de la jurisprudence, part d'un constat : le « *fait jurisprudentiel* » ou « *le pouvoir normatif du juge* » est indéniable, c'est une réalité. Le juge et la jurisprudence ne sauraient être complètement écartés des sources régulières du droit : au contraire, la jurisprudence fait entièrement partie des sources normales du droit. Cependant, l'unanimité des auteurs de ce courant doctrinal se limite au constat. Les opinions divergent quant à l'explication à donner au constat, c'est-à-dire au fait que la jurisprudence est bel et bien une source du droit. En d'autres termes, la doctrine se divise sur le point de savoir comment expliquer le pouvoir normatif et créateur du juge.

D'aucuns ont tenté d'expliquer le pouvoir normatif et créateur du juge par la théorie de la délégation. L'idée consiste à estimer que la jurisprudence est une source du droit parce que le législateur a tacitement délégué au juge un certain pouvoir normatif. ⁵¹ D'autres ont fait valoir que le pouvoir normatif de la jurisprudence avait pour fondement une réception implicite de la règle jurisprudentielle par le législateur. Deux raisons ont conduit la doctrine à une telle conclusion : après avoir constaté que le juge exerce de fait un pouvoir normatif relativement important d'une part, et après avoir observé que le législateur reste silencieux face à cette création de normes par le juge, alors qu'il aurait pu la condamner ou la briser, d'autre part, elle estime que le dernier approuve implicitement la création du droit par le premier : d'où la théorie de la réception implicite. D'autres encore ont tenté d'expliquer « *le pouvoir de la jurisprudence*

⁵⁰ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 47.

⁵¹ *Ibid.*, p. 49 et 50.

d'élaborer des normes abstraites et générales » par ce qu'on a appelé la théorie du « *consentement des intéressés* ». ⁵² Les partisans de cette théorie professent ce qui suit : le pouvoir du juge ne doit pas être entendu au sens juridique – c'est-à-dire un organe habilité par la loi pour l'exercice d'une fonction technique – mais au sens d'un *pouvoir social, existant en fait dans la société*. Par ailleurs, toujours selon eux, l'absence d'opposition des justiciables spécialistes du droit face à la création du droit par le juge vient conférer à la décision juridictionnelle une valeur normative. D'autres enfin, ont expliqué le pouvoir normatif du juge soit en considérant la jurisprudence comme une source indirecte du droit, soit en assimilant la jurisprudence à la coutume. ⁵³

En conclusion, force est de noter que les différentes explications du pouvoir créateur et normatif du juge avancées par cette seconde conception traditionnelle ne sont pas convaincantes, comme nous allons le voir à présent.

B. Appréciation critique

En tant qu'activité d'évaluation, « *l'activité de juger est matériellement une activité créatrice* ». ⁵⁴ La conception traditionnelle de la jurisprudence, dans ses deux courants, n'est donc pas intellectuellement satisfaisante parce que ne correspondant pas à la réalité juridique. Les nombreux arguments avancés ne semblent pas convaincants (1), tout comme ne l'est pas le fondement de ces positions doctrinales (2).

1. Des arguments non convaincants

Les arguments du premier courant de la doctrine traditionnelle n'emportent pas l'adhésion pour les raisons suivantes. Premièrement, la thèse de la plénitude de l'ordre juridique n'est que fiction. ⁵⁵ L'existence des lacunes est inhérente à tout ordre juridique, y compris l'ordre juridique international. ⁵⁶ Vouloir tout prévoir est même dangereux pour le droit, car ce serait emprunter une voie sans issue. Certes, le droit international n'interdit pas au juge de prononcer

⁵² *Ibid.*, p. 55 et 56.

⁵³ *Ibid.*, p. 58-60.

⁵⁴ Raphaële RIVIER, *op. cit.* note 36, p. 173.

⁵⁵ Paul REUTER, *Droit international public*, Paris, PUF, 1993, p. 60-64.

⁵⁶ Robert KOLB, *Théorie du droit international*, *op. cit.* note 9, p. 207 et 208 ; Jean SALMON, *op. cit.* note 4, p. 78-94 ; Georges J. PERRIN, *Droit international public - Sources, sujets, caractéristiques*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 393 et s.

un *non liquet*;⁵⁷ mais le juge comble incontestablement de nombreuses lacunes. Deuxièmement, la limitation du pouvoir normatif du juge tirée des interdictions faites à celui-ci de ne pas « légiférer » n'est pas un argument qui résiste à l'analyse : la doctrine semble s'être simplement méprise sur la portée du principe de l'autorité de la chose jugée.⁵⁸ En tout état de cause, la lettre de l'article 38 du Statut de la CIJ n'est que « le reflet d'un dogme d'après lequel, dans un ordre juridique où les sujets primaires sont seuls souverains, il ne saurait y avoir à côté d'eux, *a fortiori* au-dessus, d'autorité investie du pouvoir quasiment régalien d'édiction de la norme ».⁵⁹ Cette rédaction malheureuse rend le discours officiel quelque peu inadapté, ce qui contraint les juges à chercher à s'émanciper pour plus de cohérence avec la dynamique normative inhérente à la fonction judiciaire.⁶⁰ Troisièmement, une analyse approfondie montre que la doctrine s'est également méprise dans l'exploitation des textes des révolutionnaires français. Le but desdits textes était d'empêcher les empiètements réciproques des différents organes de l'Etat, et non de marginaliser ou de subordonner le pouvoir judiciaire aux autres pouvoirs.⁶¹ Il en est de même, quatrièmement, du recours fait par la doctrine à la théorie de la séparation des pouvoirs pour refuser tout pouvoir normatif au juge. Elle a, semble-t-il, abusivement étendu à toutes les décisions juridictionnelles les réflexions que Montesquieu a limitées au seul domaine criminel.⁶² Du reste, il est nécessaire, particulièrement dans l'ordre juridique international, d'apporter des correctifs à la théorie classique de séparation des pouvoirs.⁶³

En ce qui concerne, les arguments du second courant, ils ne sont guère plus convaincants. Rappelons que les auteurs de ce courant doctrinal reconnaissent le pouvoir normatif du juge. Seulement, ils n'ont pas réussi à proposer une explication convaincante. En effet, leur première théorie explicative, la théorie de la délégation du pouvoir normatif au juge par le législateur, est très fragile : comment le législateur peut-il interdire au juge d'adopter des arrêts de règlement et lui déléguer en même temps un pouvoir normatif ? La théorie de la réception implicite ne paraît pas moins fragile. Pour rappel, cette théorie tente d'expliquer le pouvoir normatif du juge par l'approbation tacite de ce pouvoir par le législateur qui reste silencieux face aux décisions

⁵⁷ La CIJ a prononcé un *non liquet*, au grand dam de la majorité de la doctrine, dans son avis sur les armes nucléaires. CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, §§ 97 et 105.

⁵⁸ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 24-28.

⁵⁹ Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *op. cit.* note 21, p. 587.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 586 et 587.

⁶¹ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 28-39.

⁶² *Ibid.*, p. 39-44.

⁶³ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 354. Il faut noter toutefois que l'auteur semble réservé face à ce qu'il appelle « la liberté du juge de « faire » le droit ».

du juge. S'il est vrai que ceux qui font les textes peuvent adopter un texte pour s'opposer à une jurisprudence qu'ils désapprouvent⁶⁴ – c'est pourquoi leur silence peut être vu comme une approbation – de nombreuses objections ont été soulevées contre cette théorie. A titre illustratif, cette théorie suppose que le juge interprète une règle préexistante, ce qui est loin d'être toujours le cas. Par ailleurs, la présupposition selon laquelle le législateur est parfaitement au courant des décisions du juge n'est pas fondée. La troisième théorie explicative du second courant a vivement été critiquée. A l'instar des deux théories précédentes, sa fragilité n'a pas échappé aux commentateurs. Cette théorie préconise que le juge soit regardé comme un *pouvoir social, existant en fait dans la société* et non comme un pouvoir au sens juridique. Comment, s'est-on interrogé, un simple pouvoir de fait, un pouvoir irrégulier pour ainsi dire, peut aboutir à des conséquences juridiques importantes, comme la création de normes juridiques ?⁶⁵ Cette théorie repose également sur le « *consentement des intéressés* », c'est-à-dire sur le consentement des spécialistes du droit. Lier la validité d'une règle juridique, a-t-on fait observer, au consentement d'un groupe d'individus arbitrairement choisis, revient à perdre de vue que l'acceptation n'est point nécessaire, à tout le moins en droit interne, à cette validité. Il en va de même en droit international pour ce qui est notamment des normes impératives. La dernière théorie qui a tenté d'expliquer le pouvoir normatif du juge, considère la jurisprudence comme une source indirecte du droit ou l'assimile à la coutume. Sur la première branche de cette argumentation – prendre la jurisprudence pour une source indirecte du droit – la doctrine a fait remarquer que c'est une manière de méconnaître le pouvoir des juges.⁶⁶ S'agissant de l'assimilation de la jurisprudence à la coutume, force est de noter que cela n'est pas possible, cette théorie est éloignée de la réalité, même si certaines coutumes sont des normes créées par le juge presque ex-nihilo. Sur l'élément matériel, la coutume est un usage inconscient ou spontané, alors que la jurisprudence est un acte volontaire. Sur l'élément psychologique, il est nécessaire à la coutume, tandis qu'un arrêt est valide par lui-même.⁶⁷

La négation du pouvoir normatif du juge, tout comme la mauvaise explication de ce pouvoir, sont certainement dues au fait que les auteurs n'ont pas su se dégager de l'autorité de la théorie traditionnelle des sources du Droit.⁶⁸ Les deux courants doctrinaux participent donc

⁶⁴ Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, Paris, PUF, 2014, p. 60.

⁶⁵ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 56 et 57.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 61 et 62.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 62-64.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 65.

fondamentalement d'une même philosophie, d'un même fondement, même si ce fondement n'est pas satisfaisant.

2. Des fondements insatisfaisants

Quel est le fondement philosophique de ces doctrines ? Quelle est la conception qu'elles se font de l'origine du Droit et de sa validité ? Il semble que le courant philosophique qui fonde ces doctrines est le « *positivisme-volontarisme* ». ⁶⁹ Le positivisme juridique, contrairement aux apparences, n'est pas facile à définir. Du fait de son succès, on ne sait plus guère ce que l'expression désigne. ⁷⁰ Selon le *Dictionnaire de droit international public*, le positivisme est une doctrine juridique se donnant pour objet l'étude, détachée de tout jugement de valeur, du seul droit positif. ⁷¹ Quant au volontarisme, il le définit comme une doctrine juridique selon laquelle le droit international est fondé sur la volonté des Etats. ⁷² La philosophie qui sous-tend ces deux doctrines implique une certaine conception des sources du droit international : pour la doctrine positiviste-volontariste, il n'est de droit international que par la volonté des sujets du droit international, à savoir essentiellement les Etats, qui sont souverains. ⁷³ Il s'ensuit donc que c'est la volonté, et uniquement la volonté, qui explique et fonde les droits et les obligations des Etats. Cette manière d'envisager les sources du droit international, à son tour, entraîne certaines conséquences sur la fonction juridictionnelle : le juge doit se borner à chercher et à appliquer, par des moyens appropriés, la volonté des Etats. ⁷⁴

Quelle attitude le juge international a-t-il eu face à la doctrine positiviste-volontariste ? S'est-il effectivement limité à chercher et appliquer la volonté des Etats ? Cela, semble-t-il, est particulièrement douteux, puisqu'elle n'a pas pu empêcher le juge d'envisager sa fonction de manière réaliste. ⁷⁵ Son attitude relativement au dogme de la souveraineté est à cet égard assez significative. Une évolution s'est faite et a abouti à l'existence d'un droit international qui s'impose aux Etats et qui ne dépend pas de leur bon vouloir. L'apport des juridictions internationales dans cette évolution fut déterminant. ⁷⁶ Un grand écart a donc séparé la doctrine

⁶⁹ *Ibid.*, p. 67-69.

⁷⁰ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. V.

⁷¹ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 852.

⁷² *Ibid.*, p. 1140.

⁷³ Roberto AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI*, tome 90, 1956, p. 877 et note 1.

⁷⁴ Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités du droit international*, Paris, Pedone, 1953, p. 72 et 73.

⁷⁵ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 79.

⁷⁶ V. notamment Christian J. TAMS and James SLOAN (éd.), *The Development of International Law by the International Court of the Justice*, Oxford, OUP, 2013.

positiviste-volontariste et la pratique juridictionnelle ; d'où l'émergence récente de diverses démarches impliquant un rejet du volontarisme et la déformalisation du droit.⁷⁷ On peut dès lors affirmer que cette doctrine n'a pas correspondu à la réalité, du moins pas dans la mesure qu'elle prétend.⁷⁸ Une doctrine qui se révèle inapte à expliquer la réalité, les faits, ne devrait-elle pas être écartée au profit d'une autre ?

II. Une mission officieusement fondamentale

Officieusement, la place de la jurisprudence internationale est centrale : non seulement la consistance normative du droit international est largement débitrice de l'élaboration jurisprudentielle, mais en plus des pans entiers de celui-ci reste en bonne partie du droit jurisprudentiel.⁷⁹ La réalité ressemble ainsi à un paradoxe : si la *doctrine du précédent* n'est pas formellement reconnue en droit international, en pratique, les Etats comme la doctrine, y compris les plaideurs, citent les arrêts des juridictions internationales comme étant la preuve ou l'état du droit international sur les points qui les préoccupent.⁸⁰ Les juges eux-mêmes citent abondamment leurs propres décisions antérieures tout en prenant soin de ne pas préciser s'ils se considèrent comme liés par lesdits précédents.⁸¹ Ces diverses attitudes entérinent, inconsciemment peut-être, la thèse selon laquelle le juge crée du droit, puisqu'elles prétendent, implicitement, que le juge ne devrait pas changer sa position sans raison valable : son précédent le lierait. En d'autres termes, tout le monde reconnaît que le juge exerce un réel pouvoir normatif (A), même si les conditions contemporaines de l'exercice dudit pouvoir lui imposent certaines exigences (B).

A. L'étendue du pouvoir exercé par le juge

Le juge, on le sait, a pour rôle « *de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis* ».⁸² Cette tâche implique de manière constante l'identification des normes,

⁷⁷ Jean d'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, OUP, 2011; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* ; Bruxelles, F.U.S.L., 2002.

⁷⁸ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 84.

⁷⁹ Luigi CONDORELLI, «L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes», in Luigi CONDORELLI, *L'optimisme de la raison*, Paris, Pedone, 2014, p. 75.

⁸⁰ Malcolm N. SHAW QC, *International Law*, Cambridge, CUP, 2014, p. 78.

⁸¹ Shabtai ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, vol. 3, Leyde, Nijhoff, 2006, p. 1553.

⁸² Article 38 du Statut de la CIJ.

entendue comme l'opération destinée à en établir l'existence et la teneur.⁸³ Ce faisant, le juge ne se borne pas toujours à reconnaître quelles sont les normes applicables.⁸⁴ Il est suffisamment établi que non seulement le juge crée du droit (1), mais en plus que ce pouvoir de création est un véritablement pouvoir normatif (2).

1. Le pouvoir de création

Le juge, en fait, crée du droit. Ce pouvoir est une compétence implicite de toute fonction juridictionnelle.⁸⁵ Le juge est partout pragmatique ; il ne peut pas se permettre de rendre des décisions pour le seul intérêt de la procédure.⁸⁶ Ses décisions sont au contraire appropriées ou opportunes.⁸⁷ La création du droit par le juge « *est une fonction irréductible et inhérente à l'institution juridictionnelle elle-même* ». ⁸⁸ La CIJ elle-même admet qu'elle bénéficie d'un « *pouvoir inhérent* » à certains égards.⁸⁹ Comme on l'a écrit, « *[...] la création de règles jurisprudentielles ne constitue en aucune façon l'exercice d'un droit conféré aux tribunaux [...]. Il s'agit d'une conséquence inhérente au fonctionnement d'un appareil juridictionnel et à la signification sociale qu'elle revêt* ». ⁹⁰

Ce pouvoir inhérent apparaît plus nettement quand on envisage concrètement l'activité juridictionnelle. Le professeur Georges Abi-Saab l'a magistralement fait dans son cours général.⁹¹ Il a appréhendé l'activité juridictionnelle sous deux angles. Premièrement, déductivement : dans cette hypothèse, le juge part des règles vers le fait ou la situation, c'est-à-dire du général au particulier. C'est ce processus que l'on appelle *l'interprétation*, ou l'une de ses variantes.⁹² Deuxièmement, inductivement : la démarche précédente est alors inversée ; le

⁸³ Christian DOMINICÉ, *op. cit.* note 10, p. 77.

⁸⁴ Georges J. PERRIN, *op. cit.* note 56, p. 386.

⁸⁵ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 271.

⁸⁶ Alioune SALL, « Le juge international et la politique : réflexions sur l'incidence du facteur politique dans la juridiction de la Cour de justice de La Haye », *Afrilex*, p. 29.

En disant le droit, le juge doit préserver des acquis démocratiques et protéger certaines valeurs jugées essentielles, que ce soit en droit interne (v. notamment Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, p. 1-33 ; Dodzi KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, juin 2007, pp. 87-128 ; Frédéric Joël AÏVO, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006) ou en droit international.

⁸⁷ Mathias FORTEAU, « Les techniques interprétatives de la Cour Internationale de Justice », *RGDIP*, 2011-2, p.407

⁸⁸ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 273.

⁸⁹ *Affaire des essais nucléaires*, CIJ arrêt du 20 décembre 1974, § 23.

⁹⁰ Michel VIRALLY, *op. cit.* note 70, p. 166.

⁹¹ V. également Georges ABI-SAAB, « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », in: *Mélanges Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 19-26.

⁹² Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 214.

juge part d'une situation pour la situer dans la catégorie générale ou dans le champ d'application de la règle appropriée. Ce second processus est largement connu sous le nom de *qualification juridique*. La qualification relève de la classification : chaque fois qu'on effectue une détermination du statut juridique d'une situation donnée, on fait en réalité de la qualification.⁹³ Dans les deux cas – déduction ou induction – l'opération du juge comporte deux étapes qui relèvent, selon Georges Abi-Saab, successivement du *savoir* et du *vouloir*.⁹⁴ La première étape va consister pour le juge à identifier le sens de la règle de droit. Cette activité précède toujours l'application du droit aux cas particuliers. Le juge passe nécessairement par cette étape parce que la norme pressentie pour être appliquée n'est jamais entièrement, c'est-à-dire cent pour cent, évidente.⁹⁵ Au contraire, « *la plupart des règles ou principes ont un contenu plus ou moins indéterminé* ». ⁹⁶ C'est dire donc qu'une certaine indétermination, aussi petite soit-elle, entoure toujours la règle, même la règle la plus clairement ou parfaitement écrite.⁹⁷ Cette première composante de l'activité du juge relève, selon Georges Abi-Saab, du *savoir*. Après avoir explicité le contenu d'une règle, le juge peut se rendre compte, cela est très fréquent, que celle-ci lui offre plusieurs solutions. En d'autres termes, la norme a généralement plusieurs sens, et le juge va devoir choisir une pour faire face au cas d'espèce.⁹⁸ Or, qui dit choix, dit nécessairement opportunité et volonté : d'où le fait que cette seconde composante de l'opération juridictionnelle relève du *vouloir*.⁹⁹ Le juge international dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire important,¹⁰⁰ contrairement au discours officiel contenu dans les statuts des différentes juridictions internationales.¹⁰¹ En s'acquittant de sa tâche, les conditions structurelles de l'ordre juridique international font en sorte que, même sans le vouloir, le juge international exerce nécessairement une « *fonction de suppléance législative* ». ¹⁰² La CIJ

⁹³ *Ibid.*, p. 215.

⁹⁴ L'interprétation est essentiellement un acte de volonté.

⁹⁵ Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 215.

⁹⁶ Jean SALMON, *op. cit.* note 4, p. 86.

⁹⁷ Jean COMBACAU et Serge SUR, *op. cit.* note 9, p. 172.

⁹⁸ Fabrice HOURQUEBIE, *op. cit.* note 2, p. 250 et s.

⁹⁹ Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 216.

¹⁰⁰ Mohammed BEDJAoui, « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice », in : *Liber Amicorum Georges ABI-SAAB*, La Haye, Nijhoff, 2001, p. 576-589.

¹⁰¹ Cette interdiction faite aux juges internationaux de créer du droit a pour origine le Code civil français de 1804. Son seul objectif est de répondre efficacement aux nombreux abus des juges sous l'Ancien régime. V. Muriel FABRE-MAGNAN, *op. cit.* note 64, p. 56.

¹⁰² Luigi CONDORELLI, « L'autorité ... », *op. cit.* note 79, p. 80.

prétend qu'elle « *ne légifère point* ». ¹⁰³ Toutefois, elle le fait à souhait : « *...le juge est obligé de créer lorsqu'il interprète...* ». ¹⁰⁴

La doctrine a identifié plusieurs méthodes utilisées par le juge pour créer des normes. *D'abord* il existe des cas, très nombreux, où le juge fait de la spécification. Appliquer une règle générale à une situation particulière implique pour le juge, ainsi qu'on l'a vu, qu'il précise son champ d'application, ses conditions ou modalités d'application, ses exceptions éventuelles, ses effets juridiques, etc. ¹⁰⁵ Ici, selon Georges Abi-Saab, la règle ressemble à un squelette, auquel les précédents vont progressivement fournir la chair et le souffle indispensables à son existence. Ce n'est qu'après ce passage de règle abstraite à règle opératoire que le droit produira l'effet souhaité dans le corps social. ¹⁰⁶ *Ensuite*, inversement à l'hypothèse qui précède, quelquefois, le juge doit rendre une règle opératoire générale en la reformulant. ¹⁰⁷ La structure du droit international ne permet pas souvent l'application effective de telles normes. Le juge doit donc procéder à une déconstruction de la norme, puis à sa reconstruction. ¹⁰⁸ La déconstruction permet aux normes d'aller plus loin, d'être plus productives par rapport à leur finalité, puisque le juge, en quelque sorte, assouplit leurs critères d'application. Les juges, dans ces deux hypothèses, créent du droit même s'ils ne doivent pas ouvertement l'admettre. ¹⁰⁹ Ils font « comme si » ils ne faisaient qu'interpréter les textes, parce qu'officiellement ils ne peuvent que faire cela. ¹¹⁰ *Enfin*, nous le savons, le juge peut aller parfois jusqu'à la formulation initiale de la règle. ¹¹¹ Se pose alors la question du camouflage : qu'est-ce que le juge doit faire pour ne pas être regardé comme l'auteur de la nouvelle règle qu'il vient de formuler et d'énoncer ? ¹¹² En pareil cas, le juge, pour se conformer à la répartition officielle des rôles, utilise le camouflage coutumier, ne pouvant aucunement prétexter interpréter une règle qui n'existe pas. Il va partir

¹⁰³ *Affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, § 18.

¹⁰⁴ Olivier CORTEN, *L'utilisation du raisonnable par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 190.

¹⁰⁵ Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 131.

¹⁰⁶ Avant l'intervention du juge, « *la règle légale demeure une voie muette, bâillonnée par la généralité de sa formulation...* ». Patrick MORVAN, *op. cit.* note 24, p. 107.

¹⁰⁷ Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 132.

¹⁰⁸ Pour des exemples, v. Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 132 et 133.

¹⁰⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, *op. cit.* note 64, p. 58 et 59.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 59.

¹¹¹ Pierre-Marie Dupuy, « Le juge et la règle générale », *op. cit.* note 21, p. 578 et 579 ; Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 133. Jean COMBACAU, *op. cit.* note 21, p. 394.

La théorie de la personnalité juridique des organisations internationales dégagée par la CIJ constitue une parfaite illustration d'une formulation initiale d'une règle par le juge. *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ, Avis consultatif du 11 avril 1949, Recueil 1949, p. 174-84.

¹¹² Pierre-Marie Dupuy, « Le juge et la règle générale », *op. cit.* note 21, p. 579.

d'une pratique – largement embryonnaire, voire inexistante – ou d'autres normes, souvent parfaitement silencieuses, pour dégager la nouvelle norme.¹¹³ De la sorte, il présentera la règle qu'il vient de créer comme étant une règle coutumière.¹¹⁴ Même si l'on sait qu'en matière de coutume le juge ne se contente pas de cueillir un fruit mûr¹¹⁵ – les faits ou les pratiques ne se manifestent jamais à notre esprit dans une sorte de nudité¹¹⁶ – cette attitude du juge respecte son statut qui ne l'autorise pas à édicter des normes. Aucun ordre juridique ne reconnaît officiellement au juge le droit de créer du droit. Même en droit anglais, le « *juge se borne à révéler un droit préexistant, lequel résiderait dans une « coutume immémoriale »* ». ¹¹⁷

Dès lors est-il raisonnable ou convaincant de continuer, un peu dogmatiquement, de se satisfaire de la réponse officielle relativement au pouvoir créateur du juge ? Il reste encore à savoir si ce pouvoir de création des juges est un véritable pouvoir normatif.

2. Le pouvoir normatif

Le fait d'établir solidement que le juge international crée du droit n'épuise pas la question qui nous préoccupe ici. Il faut encore préciser le statut des normes créées par le juge : sont-elles d'une portée limitée au cas d'espèce ou bien revêtent-elles une portée comparable à celle des autres normes du droit international ? En d'autres termes, la jurisprudence est-elle une source de droit ?

Pour faire face efficacement à cette question, il faut avant tout oser changer de méthode. Vouloir évaluer la candidature de la jurisprudence au statut de source du droit à l'aune des sources dites formelles ressemble à une pétition de principe, puisqu'on sait à l'avance à quelle réponse on aboutira. On lui refusera ledit statut, alors même que « *la construction en vertu de laquelle la théorie des sources du droit international constitue une théorie formelle est à la fois fallacieuse et chimérique* ». ¹¹⁸ Il semble plutôt raisonnable d'envisager la jurisprudence comme une source différente des autres sources : elle n'est ni une source formelle du droit, ni une simple autorité

¹¹³ Georges ABI-SAAB, « Cours général ... », *op. cit.* note 7, p. 133.

¹¹⁴ Prosper Weil, *op. cit.* note 8, p. 143.

¹¹⁵ Peter HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, 1986, p. 118.

¹¹⁶ Charles LEBEN, « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le Cours général de Pierre-Marie Dupuy [RCADI 2002, tome 297] », *RGDIP*, 2005, p. 80.

¹¹⁷ Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2015, p. 77.

¹¹⁸ Jean d'ASPREMONT, « La déformalisation en droit international et l'abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011-1, p. 43.

de fait.¹¹⁹ Elle constitue une tierce source, avec ses spécificités.¹²⁰ Ensuite, on ne saurait traiter convenablement la question du pouvoir normatif du juge sans relativiser les exagérations qui mettent en garde contre le gouvernement des juges.¹²¹ En troisième lieu, il faut absolument éviter l'erreur épistémologique assez fréquemment commise qui consiste à penser le droit international exclusivement à la lumière du droit interne. Enfin, il s'avère important de se départir des préjugés doctrinaux en vue de rapprocher « *fonction juridictionnelle* » et « *pouvoir politique* ».¹²² Est-ce que la fonction juridictionnelle est un pouvoir politique ? La doctrine majoritaire répond par l'affirmative, même si certains auteurs préfèrent parler d'activité politique au lieu de pouvoir politique.¹²³ Le pouvoir politique c'est l'autorité qui a été habilitée, par l'ordre juridique dans lequel elle se trouve insérée, à exercer de « manière souveraine » un certain pouvoir ordonnateur ou normatif de portée générale.¹²⁴ Traditionnellement, dans les ordres juridiques nationaux, les auteurs reconnaissent cette qualité au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. Cependant, cette qualité doit être également reconnue au pouvoir juridictionnel pour plusieurs raisons.¹²⁵ La réunion de deux conditions permet habituellement à un pouvoir d'être déclaré souverain : l'indépendance organique et fonctionnelle.¹²⁶ Or s'il faut entendre par indépendance organique « *l'intangibilité du statut de la situation personnelle de l'organe considéré* », on doit admettre que le pouvoir juridictionnel jouit de cette garantie.¹²⁷ De même, s'il convient d'entendre par indépendance fonctionnelle le fait qu'un organe n'est pas soumis par un lien de subordination hiérarchique à un autre organe ou pouvoir, on doit encore admettre que le pouvoir juridictionnel jouit d'une telle indépendance. Les juges

¹¹⁹ Patrick MORVAN, *op. cit.* note 24, p. 105.

¹²⁰ Il faut concevoir la métaphore « sources du droit » autrement. V. notamment les nombreuses contributions et la conclusion générale de l'ouvrage collectif suivant : Isabelle HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, 2012 (4 volumes).

¹²¹ Mohamed BENNOUNA, « Le juge international et la mondialisation », in SFDI, *L'Etat dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, p. 540 ; Alain PAPAUX et Éric WYLER, *op. cit.* note 29, p. 582.

¹²² Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 287.

¹²³ Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, p. 7-11.

¹²⁴ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 287 et 288.

¹²⁵ Le terme pouvoir est ici une commodité de langage, puisqu'on sait que la distinction connue en droit interne entre « pouvoir exécutif » et « pouvoir législatif » n'a pas de sens en droit international. V. Emmanuel JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 276. V. également Luigi CONDORELLI, « L'autorité ... », *op. cit.* note 79, p. 77.

¹²⁶ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 288 et s.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 288.

internationaux sont autonomes et indépendants.¹²⁸ Il s'ensuit que le pouvoir juridictionnel, ou si l'on préfère la fonction juridictionnelle, est un pouvoir politique¹²⁹ ou souverain.¹³⁰

Quid de la normativité des décisions jurisprudentielles ? On ne saurait correctement répondre à cette question si, préalablement, on ne répond pas à celle de savoir ce qu'est une « *décision normative* ». L'opinion la plus couramment admise entend par normativité le fait, pour une décision, d'avoir une portée générale et obligatoire. Si l'on s'en tient à ces deux caractéristiques, c'est-à-dire à la généralité et au caractère obligatoire, il serait à première vue difficile de prétendre qu'une décision juridictionnelle internationale pourrait constituer une décision normative, puisqu'il est souvent officiellement dit qu'elle « *n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé* ». ¹³¹ Si elle est obligatoire, elle ne l'est qu'à l'égard des parties en litige, et seulement en ce qui concerne le cas d'espèce. La décision jurisprudentielle internationale ne serait donc pas formellement une décision normative, faute de revêtir un caractère général. L'est-elle officieusement ou matériellement ? Une réponse affirmative s'impose selon la doctrine autorisée. ¹³² Les faits, à n'en point douter, correspondent à cette réponse. En dépit de l'article 59 de son Statut, la portée juridique des arrêts de la CIJ va au-delà des solutions données aux différends sur lesquels elle se prononce. ¹³³ Certes, la règle dite du « *stare decisis* » connue en *common law* n'existe pas en droit international, ¹³⁴ sauf peut-être en matière de procédure. ¹³⁵ En outre, le plus souvent, la technique du second degré de juridiction n'est pas connue en droit international, encore moins de cour suprême ou de cour cassation. ¹³⁶ Toutefois, « *le respect des précédents se pratique également parmi les cours et tribunaux internationaux* ». ¹³⁷ Des précédents peuvent même avoir une autorité « *erga*

¹²⁸ Luigi CONDORELLI, « *Juridictio* et (dés)ordre judiciaire en droit international : quelques remarques au sujet de l'arrêt du 2 octobre 1995 de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* », in Luigi CONDORELLI, *L'optimisme de la raison*, *op. cit.* note 79, p. 209.

¹²⁹ Denys de BÉCHILLON, *op. cit.* note 5, p. 33.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 31.

¹³¹ Exemple de l'article 59 du Statut de la CIJ.

¹³² Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ... », *op. cit.* note 123, p. 10.

¹³³ Hubert THIERRY, « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 222, 1990-III, p. 41.

¹³⁴ Luigi CONDORELLI, « L'autorité ... », *op. cit.* note 79, p. 77.

¹³⁵ James CRAWFORD, *Bronwlie's Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 38.

¹³⁶ Quelques rares exceptions où il existe un second degré de juridiction peuvent être signalées. Exemple en matière droit international pénal, de fonction publique internationale (le système onusien de règlement des différends ; la CIJ et le Tribunal administratif de l'OIT).

¹³⁷ Lucius CAFLISCH, « Les précédents dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Christian DOMINICÉ*, Leyde, Nijhoff, 2012, p. 351.

omnes ». ¹³⁸ D'un point de vue logique, il est parfaitement normal que les juridictions internationales se contentent de rendre des décisions conformes aux précédentes. Ce recours aux précédents s'explique pour des raisons de sécurité. ¹³⁹ *On ne comprendrait pas pourquoi un juge, sans raison nouvelle, va rendre une décision contraire à celles qu'il a déjà rendues.* ¹⁴⁰ De même, le juge international est généralement tenu de motiver ses décisions. ¹⁴¹ Cette règle constitue une garantie de l'impartialité du juge. ¹⁴² Ce serait arbitraire et contraire au principe d'égalité entre les citoyens (ou entre les Etats) que le juge leur applique des décisions différentes. Certaines décisions jurisprudentielles internationales sont donc générales à l'égard du juge. Elles le sont aussi à l'égard des justiciables, ¹⁴³ comme la CIJ elle-même le reconnaît. ¹⁴⁴ Plus globalement, il faut admettre que la décision du juge « présente un degré de généralité égal à celui de la loi ». ¹⁴⁵ En effet, le juge en interprétant le texte, choisit un sens parmi plusieurs. Le sens par lui retenu devient en réalité la norme que le texte interprété a entendu poser. Cette norme s'appliquera aux Etats (ou aux individus) qui se trouveront dans la même situation que les parties au litige qui a permis au juge de poser la norme. Ladite norme est donc générale. Générales à la fois à l'égard du juge et des justiciables, il paraît raisonnable de conclure que les décisions jurisprudentielles sont générales, c'est-à-dire qu'elles sont des décisions normatives. Cette conclusion correspond sans aucun doute à la réalité si l'on se donne la peine de l'observer sérieusement. C'est le lieu néanmoins de souligner que des précédents ne peuvent jouir de ce statut de norme que si le juge observe les exigences de l'exercice de sa fonction.

B. Les exigences de l'exercice du pouvoir

Le juge international est structurellement contraint à rechercher sans cesse un équilibre entre prudence judiciaire et audace législative. Si le juge n'observe pas une certaine prudence, il devient un juge arbitraire, car il sera tenté de substituer ses « bons sentiments » au droit. Si le juge n'est pas audacieux, le résultat est le même ; il sera non seulement un « fidèle serviteur »

¹³⁸ Luigi CONDORELLI, « L'autorité ... », *op. cit.* note 79, p. 74-80 ; Gérard COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 53 et s.

¹³⁹ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 287.

¹⁴⁰ Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 297.

¹⁴¹ Article 56 du Statut de la CIJ.

¹⁴² Sadok BELAID, *op. cit.* note 43, p. 298.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 298.

¹⁴⁴ *Plateau continental de la mer Egée*, CIJ arrêt du 19 décembre 1978, § 39.

¹⁴⁵ Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ... », *op. cit.* note 123, p. 10.

du « législateur », mais nécessairement aussi un relais efficace des insuffisances, voire de l'arbitraire, du droit.¹⁴⁶ Il ne sera pas un juge pragmatique ou réaliste, mais un juge robot. De nos jours, la prudence signifie le respect des objectifs fondamentaux de la fonction juridictionnelle (1) et l'audace l'acceptation de l'environnement de son époque (2).

1. Le respect des objectifs

On se gardera de toute exagération : « *la jurisprudence internationale [...] ne représente qu'une faible part de la pratique juridique internationale* ». ¹⁴⁷ Même si elle n'est que rarement visible, l'application non contentieuse du droit international représente la pratique juridique la plus importante.¹⁴⁸ Toutefois, globalement, la jurisprudence a pris de l'importance, quantitativement et qualitativement.¹⁴⁹ De nos jours, elle « *constitue une des sources les plus importantes du droit international* ». ¹⁵⁰

Chargé de contrôler l'application du droit international, le juge international, par voie de conséquence, poursuit les mêmes buts que le droit international. Cela l'oblige concrètement à s'acquitter de sa fonction en poursuivant au moins deux objectifs : l'un est théorique et l'autre pratique, en langage convenu. Sur le plan théorique, la jurisprudence a permis des « *avancées solides* » du droit international.¹⁵¹ Les juges, en réglant les affaires qui leur sont soumises, ont constamment à l'esprit l'état du droit de leur ordre juridique : est-il cohérent ? Est-il complet ? Est-il opérationnel ? Est-il raisonnable ? Est-il à jour ? Bref, répond-t-il efficacement aux besoins de la « communauté internationale » malgré les nombreuses et profondes contradictions de celle-ci ? C'est ce souci qui permet aux juges de « retoucher » sans cesse le droit pour rendre les normes cohérentes et opérantes.¹⁵² Aucun juge international, pour quel que prétexte que ce soit, ne peut se dérober de cette tâche. Le juge doit respecter cet objectif parce qu'« *en l'absence*

¹⁴⁶ Il faut toujours se souvenir que le droit est obtenu par la lutte des forces. V. Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 86.

¹⁴⁷ Denis ALLAND, *op. cit.* note 17, p. 275. V. également Michel VIRALLY, « Panorama du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 183, 1983-V, p. 243-246.

¹⁴⁸ Carlo SANTULLI, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 140.

¹⁴⁹ Le terme jurisprudence est entendu ici au sens large, c'est-à-dire y compris les avis consultatifs qui contribuent également au développement du droit international.

¹⁵⁰ Emmanuel DECAUX, « Règlement des différends », in Denis ALLAND (dir.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p. 506.

¹⁵¹ Christian DOMINICÉ, *op. cit.* note 10, p. 93.

¹⁵² Fabrice HOURQUEBIE, *op. cit.* note 2, p. 255 et s.

de mécanisme contraignant, les conclusions juridiques ne peuvent obtenir l'adhésion de l'esprit...qu'en faisant simultanément appel au vraisemblable, au plausible, au probable ». ¹⁵³

Le second objectif du juge se situe sur le plan pratique ou social. Officiellement, nous le savons bien, le rôle du juge « *n'est pas de rétablir la concorde, mais de dire où est le droit... quitte à espérer que ce faisant il la rétablisse* ». ¹⁵⁴ La CIJ, en ce sens, a clairement laissé entendre que l'impact de sa décision n'est pas un facteur déterminant dans l'accomplissement de ses fonctions. ¹⁵⁵ Toutefois, elle a également indiqué que « *le droit international exige une application raisonnable* ». ¹⁵⁶ Officieusement, le juge international est donc un « juge-pacificateur » et un « juge-arbitre ». ¹⁵⁷ Il recherche avant tout la paix entre les parties en conflit. L'intervention du prononcé judiciaire ou arbitral – c'est souvent l'intention du juge, même s'il ne le dit pas ou ne le reconnaît pas – peut dissiper les incertitudes et mettre un terme à des tensions. ¹⁵⁸ Sans qu'aucun texte ne le dise, ce second objectif du juge vise à pacifier les rapports sociaux ou interétatiques. C'est ce que la doctrine a appelé « *l'esprit d'apaisement de la fonction du juge* ». ¹⁵⁹ Fait partie de cet esprit d'apaisement le souci du juge d'être « équitable ». En effet, selon la CIJ, le raisonnement du juge et ses décisions doivent par définition être justes ou équitables. ¹⁶⁰ Le juge se condamne, corollairement, à multiplier les « *jugements de Salomon* ». ¹⁶¹ Quelques exemples récents peuvent être cités. Dans *l'Affaire des Plates-formes pétrolières*, ¹⁶² la CIJ a recherché à renvoyer les deux protagonistes dos à dos, plutôt que de décider uniquement sur la question de la liberté de commerce. ¹⁶³ En décidant de la sorte, la CIJ, non seulement tente de faire baisser la tension, mais en plus elle avertit les parties qu'elles

¹⁵³ *Affaire de la sentence arbitrale*, CIJ Recueil, 1991, p. 122, § 9.

¹⁵⁴ Joe VERHOEVEN, in Yves DAUDET (ed.), *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la paix*, Leyde, Nijhoff, 2008, p. 203.

¹⁵⁵ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, CIJ, avis consultatif du 22 juillet 2010, § 35.

¹⁵⁶ CIJ, Recueil 1970, p. 48, § 92. *Barcelona Traction*.

¹⁵⁷ François OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Philippe GERARD et al (dir.), *Fonctions de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1-70 ; *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 21-25. On observe le même glissement en droit interne. Le juge y est contraint, surtout lorsque le domaine est très sensible comme le contentieux électoral en Afrique (v. Francisco Djedjro MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoir*, 2009, p. 139-155). Une décision de justice peut faire basculer un pays dans la guerre civile.

¹⁵⁸ Christian DOMINICÉ, *op. cit.* note 10, p. 248.

¹⁵⁹ Fabrice HOURQUEBIE, *op. cit.* note 2, p. 214 et s.

¹⁶⁰ *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ arrêt du 20 février 1969, § 88.

¹⁶¹ C'est-à-dire des jugements empreints de sagesse et d'équité, soit par le partage des torts, soit par le partage des avantages, etc.

¹⁶² CIJ, *Affaire des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003.

¹⁶³ Christian DOMINICÉ, *op. cit.* note 10, p. 256.

doivent absolument éviter de recourir à la force.¹⁶⁴ La Cour a observé la même attitude dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.¹⁶⁵ Ici, elle était appelée à dire si oui ou non la Serbie avait commis un génocide à Srebrenica en juillet 1995. Pour pouvoir répondre à cette question, elle devait, entre autres, apprécier « le degré d'engagement ou de participation des dirigeants serbes dans l'opération dirigée contre Srebrenica ». ¹⁶⁶ L'occasion de le faire se présenta à elle, puisqu'elle aurait aisément pu prendre connaissance des importantes pièces versées dans le dossier du procès des dirigeants serbes devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.¹⁶⁷ Elle se garda étonnement de le faire et répondit, « [...] que la Serbie n'a pas commis de génocide, par l'intermédiaire de ses organes ou de personnes dont les actes engagent sa responsabilité au regard du droit international coutumier, en violation des obligations qui lui incombent en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ». ¹⁶⁸ Elle va plutôt partager les torts ou mettre les parties dos à dos en estimant que « la Serbie a violé l'obligation de prévenir le génocide prescrite par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ». ¹⁶⁹ Ce qui est manifestement une attitude conciliatrice de la part de la Cour, car être condamné pour défaut de prévention n'a rien à voir avec être déclaré coupable de génocide.¹⁷⁰

Jusqu'où le juge peut ou doit aller dans la quête de la paix et du raisonnable ? La réponse n'est pas aisée. En tout état de cause, toutes les règles juridiques doivent être interprétées de manière raisonnable et équitable.¹⁷¹ Les objectifs théorique et pratique, quoiqu'officieux, sont des contraintes (de terrain) que le juge international ne saurait ignorer, car « il ne dit plus seulement le droit. En le disant, il affirme en même temps les exigences éthiques élémentaires de la vie communautaire ». ¹⁷² Il en va de même de nos jours de ce qu'il est convenu d'appeler le dialogue des juges.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 256.

¹⁶⁵ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007.

¹⁶⁶ Christian DOMINICÉ, *op. cit.* note 10, p. 258.

¹⁶⁷ Il semblerait que certaines pièces étaient accablantes pour les dirigeants serbes. *Ibid.*, p. 258.

¹⁶⁸ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 2 du dispositif, § 471 de l'arrêt.

¹⁶⁹ *Ibid.*, § 5 du dispositif.

¹⁷⁰ Christian DOMINICÉ, *op. cit.* note 10, p. 258.

¹⁷¹ Georges ABI-SAAB, « Droits de l'homme et développement : quelques éléments de réflexion », *A.A.D.I.*, 1996, p. 8.

¹⁷² Pierre-Marie DUPUY, « Le juge et la règle générale », *op. cit.* note 21, p. 594.

2. Le dialogue des juges

Le règlement judiciaire connaît un renouveau de nos jours.¹⁷³ Tout laisse penser que le rôle de la CIJ semble appelé à se développer dans un avenir proche.¹⁷⁴ La multiplication des juridictions internationales fut telle qu'il a même été question, ces dernières années, de risques de fragmentation du droit international. Contrairement à ce que d'aucuns prétendent, les Etats dits en développement ne sont pas plus réticents que les autres Etats en matière de recours aux juridictions internationales.¹⁷⁵ Ils sont des acteurs à part entière du renouveau juridictionnel.¹⁷⁶ Cependant, ledit renouveau n'a pas entraîné, à tout le moins officiellement, un changement relativement au rôle du juge en droit international. C'est son environnement qui a significativement évolué.¹⁷⁷ Si le juge international continuera donc de jouer officiellement le même rôle, il le fera en dialoguant plus avec les autres juges et en étant davantage à l'écoute des citoyens de notre planète. A vrai dire, le dialogue n'est pas étranger à l'esprit du droit international dans la mesure où c'est un droit qui « *est né pour mettre en contact des collectivités de cultures différentes* ». ¹⁷⁸ Il lui est plutôt naturel.¹⁷⁹ Encore une fois, rien ne doit être exagéré. Le dialogue des juges est devenu indispensable pour prévenir les divers dangers des nombreux enchevêtrements juridictionnels.¹⁸⁰ Ce n'est toutefois pas une panacée en droit international. En sens inverse, le mépris ne doit pas être le sort du dialogue des juges ; il « *n'est pas un élément de pur fait. C'est un véritable instrument juridique d'échanges interprétatifs* ». ¹⁸¹

¹⁷³ Marcelo G. KOHEN, « Manifeste pour le droit international du XXI^e siècle », in : *Liber Amicorum Georges ABI-SAAB*, La Haye, Nijhoff, 2001, pp. 148 et 149 ; Emmanuel DECAUX, *op. cit.* note 150, p. 510.

¹⁷⁴ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, *op. cit.* note 63, p. 748.

¹⁷⁵ Makane Moïse MBENGUE, « African perspectives on inter-state litigation », in Nathalie KLEIN (ed.), *Litigating International Law Disputes: Weighing the Options*, Cambridge, CUP, 2014, p. 166-175.

¹⁷⁶ En témoigne le dynamisme institutionnel en matière de création de juridictions internationales en Amérique du Sud et en Afrique. A cet égard, il faut signaler la création d'une chambre pénale au sein de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. V. Abdoulaye SOMA, « Vers une juridiction pénale régionale pour l'Afrique », *Revue CAMES/SJP*, N°000, 2014 ; Oumarou NAREY, « La Cour pénale internationale et l'Afrique : analyse des procédures en cours », *Afrilex*, 2015.

¹⁷⁷ Mireille DELMAS-MARTY, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in : *Mélanges Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 306.

¹⁷⁸ René Jean DUPUY, *Dialectiques du droit international. Souveraineté des États, Communauté internationale et Droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1999, p. 237.

¹⁷⁹ Ce qui explique que la capacité des différentes juridictions de s'inspirer les uns des autres s'est globalement accrue. V. François CRÉPEAU, « La multiplicité des forums judiciaires, condition de légitimité de la décision collective en droit international », in Olivier DELAS *et al.* (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 175.

¹⁸⁰ Georges ABI-SAAB, « La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale », in : *Mélanges Pierre-Marie Dupuy*, Leyde, Nijhoff, 2014, p. 388 et s ; Mohamed BEDJAOUI, « Conclusions générales : la multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 544 et 545.

¹⁸¹ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable », in *Mélanges Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 14.

La notion de *dialogue des juges* a fait et fait toujours l'objet de critiques sérieuses.¹⁸² Or il s'agit là certainement d'une notion condamnée à être polysémique comme l'illustre l'état des débats en doctrine.¹⁸³ Le concept, à cette étape de son évolution, n'a ni un contenu définitif dans aucun de ses sens possibles, ni un contenu précis. La notion sera donc largement entendue ici, comme étant une attitude du juge international, individuelle ou collective, formelle ou informelle, permanente ou ponctuelle, juridictionnelle ou non juridictionnelle, au plan universel ou au niveau régional, qui vise « *non pas à réunir tous les juges internationaux dans un « ordre » judiciaire intégré (ce qui relèverait de la plus pure des utopies), mais plutôt à infléchir le désordre actuel en apportant, dans la mesure du possible, un minimum d'« ordre » à l'ensemble* ». ¹⁸⁴

Ainsi entendue, la réponse à la question de savoir avec qui le juge international doit dialoguer devient facile. Avant tout, il doit dialoguer avec lui-même en se posant certaines questions.¹⁸⁵ Ce « monologue apparent » est un véritable dialogue intérieur. Ensuite, le juge doit dialoguer avec le « législateur officiel ». ¹⁸⁶ C'est ce dialogue qui lui permet de se mettre à la place du législateur, sous couvert d'interprétation, lorsque ce dernier a « failli » dans l'exercice de son pouvoir législatif, en vue de combler les diverses lacunes des textes.¹⁸⁷ En troisième lieu, le juge doit dialoguer avec la doctrine qui est un acteur irremplaçable de la production des normes. ¹⁸⁸

En quatrième lieu, le juge doit dialoguer avec les autres juges. Aujourd'hui, le juge international ressemble à un membre d'un « orchestre » ; une concertation minimale avec les autres membres du groupe est indispensable pour garantir une qualité acceptable au son juridictionnel

¹⁸² Didier MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC*, n° 80, 2009, p. 681.

¹⁸³ Maya HERTIG RANDALL, « Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen », in *Genève au confluent du droit interne et du international*, Genève, Schulthess, 2012, p. 22-25 ; Patrick WASCHMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », in *Mélanges Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1121 et s ; Laurence POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in François LICHÈRE *et al.* (éd.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 18 et s.

¹⁸⁴ Luigi CONDORELLI, « *Juridictio ...* », *op. cit.* note 128, p. 209.

¹⁸⁵ Jean-Paul COSTA, « Le dialogue du juge avec lui-même », in : *Mélanges Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 195 et s.

Suis-je assez renseigné sur mon environnement ? Suis-je assez informé sur les évolutions jurisprudentielles internationales ? Ai-je suffisamment conscience de toute la gravité de ma fonction ? Ai-je bien compris la nécessité de maintenir la cohérence du droit international ? Suis-je assez réaliste sur les contraintes (juridiques ou non) de ma fonction ? Etc.

¹⁸⁶ Fabrice HOURQUEBIE, *op. cit.* note 2, p. 274 et s.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 282 et s.

¹⁸⁸ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.* note 181, p. 12 et 13 ; André CABANIS et Babacar GUEYE, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », *Droit sénégalais*, n° 11, 2013, p. 117.

international. Les formes du dialogue des juges sont nombreuses.¹⁸⁹ C'est un dialogue à la fois horizontal, vertical et mixte.¹⁹⁰ Il a déjà lieu.¹⁹¹ Les juges communautaires se réfèrent au droit international et y puisent ce qu'il leur faut pour l'efficacité de l'ordre juridique communautaire.¹⁹² En retour, le droit communautaire enrichit le droit international à divers égards,¹⁹³ même si les internationalistes semblent oublieux.¹⁹⁴ La CIJ se réfère à la jurisprudence des juridictions régionales.¹⁹⁵ Ce dialogue entre juges inclut celui entre tribunaux judiciaires et arbitraux et celui entre ces derniers. Contrairement à certaines idées reçues, « *loin de s'affaiblir mutuellement, la coexistence de l'arbitrage et de la justice internationale a été un facteur progrès* ». ¹⁹⁶ La jurisprudence arbitrale a bien contribué au développement du droit international.¹⁹⁷ Par ailleurs, la formule « *décisions judiciaires* » utilisée dans l'article 38 du Statut de la CIJ serait une maladresse ; on a en réalité voulu parler de « *décisions juridictionnelles* ».

Aucune hiérarchie n'est formellement établie entre la plupart des juridictions internationales universelles, ni entre celles-ci et les juridictions régionales, ni enfin ces dernières entre elles,¹⁹⁸ si ce n'est le membre de phrase trop souvent repris par les auteurs qui fait de la CIJ « *l'organe judiciaire principal des Nations Unies* ». ¹⁹⁹ La doctrine écarte l'établissement d'une quelconque hiérarchie formelle entre les juridictions internationales par ce membre de phrase.²⁰⁰ L'adjectif « *principal* » préciserait simplement que « *la Cour n'est pas conçue comme le seul organe judiciaire dans le cadre des Nations Unies* » ;²⁰¹ seulement, parmi ceux-

¹⁸⁹ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Mélanges Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95 et s.

¹⁹⁰ Didier MAUS, *op. cit.* note 182, p. 682.

¹⁹¹ Laurence BOISSON de CHAZOURNES, *Fresh Water in International Law*, Oxford, OUP, 2015, p. 243; Malcolm N. SHAW QC, *op. cit.* note 80, p. 809.

¹⁹² Jean-Claude GAUTRON et Loïc GRARD, « Rapport général : Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 87 et s.

¹⁹³ Yves DAUDET, « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? », in : *Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 97-112.

¹⁹⁴ Joe VERHOEVEN, « Conclusions générales », in SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 444 et 445.

¹⁹⁵ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ arrêt du 8 octobre 2007, (la Cour se réfère à la *Cour centraméricaine de justice*).

¹⁹⁶ Emmanuel DECAUX, *op. cit.* note 150, p. 510.

¹⁹⁷ Malcolm N. SHAW QC, *op. cit.* note 80, p. 79.

¹⁹⁸ A l'exception du cas européen où le juge communautaire, selon toute vraisemblance, sera prochainement soumis au juge des droits de l'homme.

¹⁹⁹ Article 92 de la Charte des Nations Unies.

²⁰⁰ Shabtai ROSENNE, *op. cit.* note 81, p. 144.

²⁰¹ Peter TOMKA, « Article 92 », in Jean-Pierre COT et Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, p. 1947.

ci, elle sera seule à être organe judiciaire et à figurer sur la liste des organes dits principaux des Nations Unies. Toutefois, matériellement, une sorte de coopération, de dialogue vertical, pour ne pas dire d'hierarchie, s'impose, si l'on veut absolument prévenir tout grippage du système. Tout le monde en est conscient, évidemment à des degrés divers. C'est en sens, nous semble-t-il, qu'il faut comprendre l'attitude de la CIJ²⁰² qui a estimé que « *son interprétation du droit international prévaut sur celles des juridictions spécialisées* ». ²⁰³ Cette « posture » ou cette politique judiciaire de la Cour a été entérinée par la doctrine qui lui reconnaît une certaine prééminence dans le paysage juridictionnel international.²⁰⁴ Si toutes les juridictions internationales sont honorables, force est de noter néanmoins que la CIJ continue (heureusement) de bénéficier d'un prestige unique.²⁰⁵ Ce dialogue vertical s'impose également entre juge international et juge national ;²⁰⁶ il constitue même un impératif vu que les « *juges et les arbitres internationaux sont appelés à tenir compte du droit interne* », ²⁰⁷ et les juges et les arbitres nationaux du droit international. Il faut se garder de perdre de vue le fait qu'il existe des règles communes aux ordres juridiques internes et international.²⁰⁸

Enfin, le juge doit dialoguer avec le citoyen, peu importe qu'on l'appelle « ONG », « société civile », « syndicats », « opinion publique » ou encore d'autres noms. Le droit devrait évoluer avec la société qu'il régit. Or la société actuelle est profondément marquée par « *l'exigence d'une éthique nouvelle de la gouvernance fondée notamment sur le respect de l'État de droit, la transparence et la reddition des comptes (accountability)* ». ²⁰⁹ Ce sont ces exigences qui ont engendré ce qu'il est convenu d'appeler « *société civile internationale* » ; phénomène qui serait désormais, dit-on, associé à la démocratie. Les Etats et les organisations internationales ont

²⁰² CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 396-407.

²⁰³ Mohamed BENNOUNA, « Le développement et le contentieux général », in SFDI, *Droit international et développement*, Paris, Pedone, 2015, p. 223.

²⁰⁴ Shabtai ROSENNE, *op. cit.* note 81, p. 1553.

²⁰⁵ Pierre-Marie DUPUY, « Recourse to the International Court of Justice for the Purpose of Settling a Dispute », in Laurence BOISSON de CHAZOURNES, Marcelo G. KOHEN et Jorge E. VIÑUALES (ed.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leyde, Nijhoff, 2013, p. 64.

²⁰⁶ V. de manière générale Alain ONDUA, *Étude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France – L'ordre constitutionnel comme guide au renforcement de la construction européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, 480 p. Bien entendu tous les juges n'ont pas les mêmes capacités de participation audit dialogue. V. Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « La complexité de la participation des juges des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », *Les Petites Affiches*, 4 juin 2008 ; Alioune Badara FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Afrilex*, 2003.

²⁰⁷ Paul REUTER, *Le développement du droit international. Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 600.

²⁰⁸ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, tome 356, 2011, p. 379.

²⁰⁹ Maurice KAMTO, *Gouvernance mondiale et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 145.

largement intégré ce phénomène dans leur fonctionnement.²¹⁰ Peut-il en être autrement s'agissant spécifiquement des juridictions internationales ? Il faut en douter, car l'un des objectifs de la société civile internationale est justement d'influencer l'application juridictionnelle des règles en aval, après avoir influencé leur formation politique en amont.²¹¹ Les portes de certaines juridictions internationales, dans des hypothèses précises, leur sont d'ailleurs officiellement ouvertes à divers égards.²¹² Le cas de la CIJ est singulièrement curieux, puisqu'elle s'est jusque-là montrée particulièrement frileuse, voire hostile, à cette ouverture,²¹³ alors qu'il est établi que les ONG « viennent combler de réelles carences des Etats et des organisations internationales ».²¹⁴ Est-ce qu'elle pourra continuer à défendre cette position au XXI^e siècle ? Une telle attitude rendrait la prestigieuse cour ringarde, voire arrogante, aux yeux de l'opinion publique, puisqu'on sait qu'elle sait que le juge ne doit pas négliger complètement l'état des mœurs en exerçant sa fonction.²¹⁵ Or le travail à la fois de veille et de soutien des ONG « sérieuses » sur l'action des pouvoirs en général fait incontestablement partie des mœurs du XXI^e siècle. A cet égard, il faut se garder d'oublier que l'image du droit international, sa perception par l'opinion publique, constitue un des éléments essentiels de sa force.²¹⁶

En définitive, force est de noter que la jurisprudence n'est pas un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit mais un moyen fondamental de formation de celles-ci.²¹⁷ En outre, force est également de constater que globalement les juges internationaux n'ont pas abusé de leur pouvoir de création du droit.²¹⁸ Le droit international est appelé à des mutations relativement importantes : autrefois interétatique, donc réservé aux Etats, il tend

²¹⁰ Pierre-Marie DUPUY, « Le concept de société civile internationale, identification et genèse », in Habib GHERARI et Sandra SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers une privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003, p. 5-18.

²¹¹ Philippe SANDS, « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international », in Habib GHERARI et Sandra SZUREK (dir.), *op. cit.* note 210, p. 89-99.

²¹² Article 15 du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale ; article 5 § 3 du Statut de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ; article 30 du Statut de la Cour africaine de justice et des droit de l'homme ; article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme. A l'OMC, l'organe d'appel accepte les mémoires d'*amicus curiae* rédigé par des ONG (*affaire Crevettes-Tortues* de 1998).

²¹³ Pierre KLEIN, « Les Nations Unies, les États et la société civile : la place et le rôle des organisations non gouvernementales au sein de l'ONU », in Rostane MEHDI (dir.), *La démocratisation du système des Nations Unies*, Paris, Pedone, 2001, p. 109-113.

²¹⁴ Jean SALMON, *op. cit.* note 4, p. 343. V. également Francisco Djedjro MELEDJE, *La contribution des organisations non gouvernementales à la sauvegarde des droits de l'Homme*, thèse de Doctorat d'Etat, Université d'Amiens, 1987.

²¹⁵ Mohammed BEDJAOUI, « L'opportunité ... », *op. cit.* note 100, p. 580.

²¹⁶ Robert KOLB, « L'image changeante du droit international public », in : *Genève au confluent du droit interne et du international*, Genève, Schulthess, 2012, p. 78.

²¹⁷ Hubert THIERRY, *op. cit.* note 133, p. 41.

²¹⁸ Philippe CAHIER, *op. cit.* note 26, p. 364.

progressivement à être centré sur l'individu et la nature.²¹⁹ Cette mutation touche largement le fond du rôle du juge international.²²⁰ La règle du *précédent* reste, du moins officiellement, inconnue en droit international.²²¹ Cependant, force est de noter que les juridictions internationales ont tendance à se calquer sur le modèle du *common law*.²²² Le juge international jouit matériellement d'un pouvoir normatif considérable, faisant de lui un véritable législateur, contrairement au discours officiel. Deviendra-t-il un législateur officiel en droit international durant ce 21^{ème} siècle?

²¹⁹ Le « *développement durable* » est un concept qui fait partie du vocabulaire de la CIJ depuis 1997. CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 27 septembre 1997.

²²⁰ Brusil Miranda METOU, *op. cit.* note 35, p. 32.

²²¹ Paul REUTER, *Droit international public*, *op. cit.* note 54, p. 93.

²²² Muriel FABRE-MAGNAN, *op. cit.* note 64, p. 68.