

LE JUGE INTERNATIONAL ET LA POLITIQUE : REFLEXIONS SUR L'INCIDENCE DU FACTEUR POLITIQUE DANS LA JURIDICTION DE LA COUR DE JUSTICE DE LA HAYE

Alioune SALL

Maître de Conférences agrégé de droit public et science politique

FSJP - Université Cheikh Anta DIOP - DAKAR

Introduction

I – La double inopposabilité du facteur politique devant la Cour : l'intégrité de la fonction juridictionnelle

A – L'inopposabilité de la notion de « différend politique »

1. *Une notion contestable dans son principe*
2. *Une notion aléatoire dans ses effets*

B- L'inopposabilité des « négociations politiques » à la juridiction de la Cour

1. *L'inexistence d'une obligation de « négociation préalable »*
2. *L'inexistence d'une exception de « négociation en cours »*

II – L'indexation du règlement judiciaire sur le règlement politique : le réalisme de la fonction juridictionnelle

A- La prise en compte de la négociation politique par la Cour

1. *La diversité des hypothèses*
2. *Le pragmatisme de la Cour*

B- La prise en compte des acquis de la négociation politique par la Cour

1. *Justification théorique : le caractère contextuel de l'acte de juridiction*
2. *Confirmation pratique : l'accompagnement du règlement politique par le règlement judiciaire*

Conclusion

Introduction

La justice internationale se caractérise fondamentalement par le fait qu'elle demeure une justice d'Etats, au sens où ses justiciables sont essentiellement des Etats. Cette donnée de premier ordre lui imprime une particularité, une spécificité par comparaison aux appareils judiciaires nationaux. Non seulement l'accès à la justice internationale – notamment devant la Cour de Justice de La Haye¹, objet de la présente étude – reste un privilège d'Etats, mais la juris-dictio elle-même, c'est-à-dire l'activité d'énonciation des normes de solution aux litiges doit tenir compte du fait qu'elle s'adresse à ces sujets d'un type spécial que sont les Etats. Or, on le sait, ceux-ci ont la particularité d'être des *sujets souverains*, n'étant en principe soumis à aucune autorité supérieure, sauf engagement contraire de leur part.

Il résulte de cet état de choses que la justice internationale est une justice facultative, nul Etat ne pouvant, en principe, être attiré devant un quelconque juge sans son consentement. La Cour de La Haye elle-même – Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) comme Cour Internationale de Justice (CIJ) – n'a eu de cesse de rappeler que sa juridiction avait une base volontaire, et qu'aucun Etat ne pouvait être jugé par elle s'il n'y avait clairement consenti. Dans l'affaire « *Usine de Chorzov* », la CPJI énonçait déjà que « *la juridiction de la Cour est toujours une juridiction limitée, n'existant que dans la mesure où les Etats l'ont admise* »², puis dans l'affaire des « *Ecoles minoritaires en Haute Silésie* », que « *la juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties* »³. Quant à la CIJ, elle a confirmé ce principe à travers une série de décisions parmi lesquelles on citera l'Avis sur l'« *Interprétation des traités de paix du 12-2-1947 conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* » dans lequel elle affirme que « *le consentement des Etats parties à une différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse* »⁴, et l'arrêt rendu dans l'affaire « *Ambatielos* », dans lequel elle considère que « *la souveraineté implique le droit de refuser d'être attiré devant un tiers* »⁵.

Même dans l'hypothèse où ils acceptent de se soumettre à la juridiction, les Etats ne renoncent pas à leur prétention à maîtriser le procès, son objet même, ses évolutions, ses inflexions. Leur désir de liberté ne se manifeste pas seulement *ab-initio*, quand il s'agit de décider du principe même de déférer une affaire à un juge, il continue à se laisser deviner quand le juge s'est saisi de ladite affaire, quand le procès a commencé. Sur une juridiction déjà facultative, les Etats comptent garder en quelque sorte la haute main, en agissant, tout au long de l'instance, dans tel ou tel sens, vers lequel ils escomptent orienter le juge. Maîtres du déclenchement du procès, ils veulent aussi rester les directeurs de son déroulement même.

¹ La présente étude porte sur « la Cour de Justice de La Haye », désignation par laquelle sont visées tant la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) que la Cour Internationale de Justice (CIJ), qui en est la continuatrice. Il sera donc fait référence à la jurisprudence des deux Cours.

² CPJI, Série A, n°9, p.32).

³ CPJI, Série A, n°15, pp.22-23.

⁴ CIJ, Rec 1950, p.71.

⁵ CIJ, Rec 1953, p.19

Caractéristiques de cet état d'esprit sont les modalités par lesquelles ces Etats tentent d'introduire le facteur politique dans la juridiction internationale, notamment devant la Cour de Justice de La Haye. Ces modalités sont au nombre de deux.

D'une part, la politique s'invite dans le procès international lorsque les Etats, dans une sorte de sursaut de dénégation de la fonction juridictionnelle, arguent des données intrinsèques du litige pour dénier au juge le droit d'en connaître. C'est alors la question de la justiciabilité même du différend qui se pose. Réflexe de raidissement devant la prétention juridictionnelle, cette attitude consiste, de la part des Etats, à brandir la thèse de l'injusticiabilité par nature de certains litiges, en raison précisément de leur caractère trop « politique ». Elle constitue bien une espèce de reviviscence de la théorie des « actes de gouvernement » du droit administratif français⁶, en ce qu'elle débouche sur une immunité juridictionnelle de fait de certains actes accomplis par la puissance publique. Il s'agit là d'une remise en cause spectaculaire et systématique de la juridiction internationale, mais dont force est d'admettre qu'elle puise, sinon sa justification, du moins son explication dans une théorie que le droit international a depuis longtemps intégrée : celle de la distinction entre les différends « justiciables » et les différends « non justiciables »⁷, dont la discrimination « différends juridiques » et « différends politiques », reprise ou suggérée dans la Charte des Nations Unies, n'est elle-même qu'un avatar⁸.

La seconde modalité par laquelle le juge international est invité à prendre en compte le facteur politique est maniée avec plus de subtilité par les Etats. Elle ne consiste pas tant à remettre en cause la juridiction dans son principe, que d'en limiter l'ambition ou la portée, en lui opposant précisément, peu ou prou, un autre mode de règlement, qui est alors « politique ». Se pose alors un problème de concurrence des modes de règlement car il arrive que les Etats plaideurs gardent « deux fers au feu » et ne renoncent point, en saisissant un juge, à continuer à

⁶ L'« acte de gouvernement » est un acte « émanant d'autorités exécutives et dont la caractéristique(...) est de bénéficier d'une immunité juridictionnelle absolue » (*Dictionnaire juridique*, CORNU G.(dir.), Paris, PUF, 1992, 3^{ème} ed., p. 17.

⁷ Sur cette distinction, assez classique en droit international, voir notamment MORGENTHAU H., *La notion du politique dans la théorie des différends internationaux*, Paris, Sirey, 1933 ; BERLIA G., *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens*, Sirey, Paris, 1937 ; NORTHEDGE F.S., DONELAN M.D., *International Disputes : The Political Aspects*, David Davies Memorial Institute of International Studies, London, Europa Publications, 1971 ; LAUTERPACHT H., « La théorie des différends non justiciables en droit international », *RCADI* 1930-IV, T.34, pp. 499-653 ; BROWNLIE I., « The Justiciability of Disputes and Issues in International Relations », *BYIL* 1967, pp. 123-143 ; « Causes of Action in the Law of Nations », *BYIL* 1979, pp. 13-41.

⁸ La distinction « différends d'ordre juridique » et « différends d'ordre politique » a été notamment « popularisée » par la Charte des Nations Unies, dont l'article 36 paragraphe 3 indique qu'« en faisant les recommandations prévues au présent article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour Internationale de Justice conformément aux dispositions du statut de la Cour ». Dans un premier temps, à Dumbarton Oaks, il était prévu que « les différends juridiques devaient normalement être portés devant la CIJ » (*UNCIO*, vol XII, Chapitre VIII, section A, paragraphe 6, pp. 108 et 137). On sait que dans la version anglaise, le mot « justiciable » a été remplacé par « legal ». Sur la distinction ainsi établie ou suggérée par la Charte de l'ONU, v. CHAPAL Ph., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, Pedone, Paris, 1967, pp. 53-73 ; BEIRLAEN « La distinction entre les différends juridiques et les différends politiques dans la pratique des organisations internationales », *RBDI* 1975, pp. 405-441 ; CASSESSE A., « The concept of Legal Dispute in the Jurisprudence of the International Court », *Comunicazioni e studi* 1975, vol.14, pp.173-200 ; STERN B., Commentaire de l'article 36 de la Charte des Nations Unies, in COT J.P. et Pellet A. (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2^e éd., Economica, Paris, 1991, pp. 621-627.

rechercher une solution extra-judiciaire à leur différend. Lorsqu'une telle solution advient alors que le juge n'a pas encore vidé sa saisine, il est forcément amené à évaluer la pertinence de son intervention, à se prononcer sur le principe ou sur l'étendue de son pouvoir de juridiction. Cette seconde modalité d'intrusion du politique dans l'activité juridictionnelle s'est manifestée récemment dans un certain nombre d'affaires portées devant la Cour Internationale de Justice de La Haye.

L'on perçoit alors les intérêts qui s'attachent à une étude de l'influence du facteur politique dans la juridiction de l' « organe judiciaire principal des Nations Unies ». La question centrale est de savoir comment la Cour arrive à concilier des exigences a priori contradictoires : d'une part, le déploiement d'une activité – la sienne – dont le principe et les effets portent une logique de restriction de la liberté des Etats, d'autre part, la liberté constamment affirmée de ceux-ci, qui débouche soit sur une éviction de la juridiction de la Cour – à travers l'invocation du caractère « politique » du différend – soit une circonscription, temporelle ou matérielle, de cette juridiction – à partir du moment où, par des moyens « politiques », les Etats ont résorbé tout ou partie de leur litige -. Si ces différentes modalités d'influence de la politique sur l'activité de la Cour ont pu donner lieu à des appréciations doctrinales, notamment à travers le commentaire du traitement de certaines affaires portées devant elle, il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude *systématique* ambitionnant de présenter la « doctrine » de la Cour sur la question⁹. Or, les premières tendances observées s'étant consolidées, la jurisprudence s'étant considérablement enrichie, le temps nous paraît mûr pour tenter une telle synthèse.

Un intérêt plus particulier s'attache à une telle entreprise. Il se rapporte plus spécifiquement à l'attitude des Etats africains devant la juridiction internationale. La traditionnelle méfiance que ceux-ci ont à cet égard manifestée a toujours été remarquée par la doctrine¹⁰. Si, dans une période récente, les Etats africains ont affiché une attitude moins réservée à l'égard de cette justice, au point de compter parmi les saisissants les plus réguliers de la CIJ, ils n'en restent pas moins toujours tentés de régler leurs différends par des moyens « politiques », présentant une plus grande « souplesse » par rapport au règlement juridictionnel. Le problème de la concurrence des modes de règlement s'est ainsi posée avec acuité dans un certain nombre d'affaires relativement récentes qui ont concerné des Etats d'Afrique : affaire du « *Différend frontalier* » entre le Burkina Faso et le Mali (1986)¹¹, affaire de la « *Frontière terrestre et maritime* » entre le Cameroun et le Nigéria (1996-1999)¹², affaire de « *l'île de*

⁹ Il convient cependant de signaler une étude de Nacer –Eddine GHOZALI, publiée à la Revue Belge de Droit International (*RBDI*), qui se rapproche quelque peu de notre problématique. Mais outre que celle-ci n'intègre pas la première modalité ici évoquée – l'invocation du caractère « politique » du litige par les Etats -, cette contribution, dont l'apport reste précieux, renferme un certain de nombre de thèses dont, comme on va le voir, nous nous éloignons quelque peu. V. GHOZALI N-E., « La négociation diplomatique dans la jurisprudence internationale », *RBDI*, 1992, pp.323-350.

¹⁰ Dans une abondante production, on citera seulement ANAND (R.P.) « Attitude of the « New » Asian-African Countries toward the International Court of Justice », *International Studies* (New Delhi), vol.IV, 1962, n°1, pp.119-132; QUENEUDEC J.P., « Le règlement des conflits frontaliers en Afrique », *RGDIP* 1970, pp.69-77 ; BEDJAOUI M., « Le règlement pacifique des différends africains », *AFDI* 1972, pp. 85-99.

¹¹ CIJ, ordonnance du 10 janvier 1986 et arrêt du 22 décembre 1986

¹² CIJ, ordonnance du 15 mars 1996 (relative aux mesures conservatoires) et arrêts du 11 juin 1998 et 10 octobre 2002.

Kasikili/Sedudu » entre le Botswana et la Namibie (1999)¹³, affaire des « *Activités armées sur le territoire du Congo* » entre la RDC et l'Ouganda (2000)¹⁴.

Il est donc bien question de la problématique de la concurrence de modes de règlement, alors que la Cour est saisie. Cette précision est importante. Il s'agit en effet de distinguer notre perspective d'une autre, qui a eu à être posée devant la Cour, et qui se rapporte à des cas où la juridiction n'a eu à subir aucune concurrence, mais s'est conclue sur un renvoi des Parties à la négociation directe pour régler leur litige. L'on voit bien qu'il ne s'agit pas, dans ces cas-là, d'un enchevêtrement du mode de règlement judiciaire et du mode politique, mais bien d'un renvoi, opéré par l'organe juridictionnel, à une solution politique. C'est alors au terme de l'exercice de la fonction juridictionnelle que la négociation est préconisée, c'est dans le cadre même de son office que le juge indique la voie de la négociation aux Parties. La fonction juridictionnelle n'est donc pas niée, entravée ou contestée par les Etats, sous prétexte qu'un règlement politique de l'affaire l'a précédée, elle a été acceptée et elle s'est déployée en toute liberté pourrait-on dire. Seulement, l'examen de l'affaire a, *in fine*, fait apparaître que c'est par des négociations politiques directes que les Etats concernés devront aplanir leurs divergences. Dans de telles hypothèses, c'est bien l'application de la règle de droit qui conduit à la recherche d'une solution politique, le juge ne peut lui-même concevoir un règlement, au risque de produire précisément « un règlement de juges », c'est-à-dire d'aller bien au-delà de sa fonction et de ses pouvoirs. Un tel « règlement des juges » revient en effet à produire le droit, alors qu'il est simplement demandé à la Cour d'appliquer celui-ci¹⁵. On sait qu'il a été au cœur de l'affaire des « *Zones franches* »¹⁶.

Dans un certain nombre d'affaires portées devant elle, la Cour a donc terminé son office en renvoyant les Etats à négocier, conformément au droit applicable. L'on songe naturellement au contentieux de la délimitation, maritime notamment. Dans les arrêts du 20 février 1969 et du 24 février 1982, relatifs au « *Plateau continental de la mer du Nord* »¹⁷ et au « *Plateau continental Tunisie-Libye* »¹⁸, la Cour s'est ainsi contentée de fournir des indications très générales aux Parties, avant de les renvoyer à des négociations directes. Il est intéressant de se

¹³ CIJ, arrêt du 13 décembre 1999. Dans cette affaire toutefois, il n'était pas vraiment question de concurrence d'un mode de règlement venant concurrencer le règlement judiciaire. C'est sur le fond même de l'affaire que Botswana a tenté de faire prévaloir une série d'instruments constituant à ses yeux une somme d'engagements conventionnels opposables à son adversaire, la Namibie. Il n'en demeure pas moins que la Cour restait confrontée au même problème que dans les autres affaires : apprécier l'incidence d'un règlement politique – prétendu – sur le règlement judiciaire de l'espèce.

¹⁴ CIJ, ordonnance du 1^{er} juillet 2000 (relative aux mesures conservatoires) et arrêt du 19 décembre 2005 (Fond).

¹⁵ C'est parce que le juge n'a fait qu'appliquer le droit qu'il faut quelque peu relativiser l'opinion suivant laquelle la Cour, dans toutes ces affaires, a fait prévaloir une conception « transactionnelle » de la justice internationale. Cette opinion ne peut être acceptée que dans la mesure où c'est la CIJ elle-même qui conçoit ces solutions ; or, elle-même a indiqué qu'elle ne faisait qu'appliquer le droit. Certes, l'on n'est pas obligé de la croire sur parole, mais son insistance à indiquer qu'elle ne « crée » pas le droit mais l'« applique » seulement doit conduire à nuancer la thèse de la « justice transactionnelle », développée notamment par G.ABI SAAB, « De l'évolution de la Cour Internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *RGDIP* 1992, p.290.

¹⁶ Dans cette affaire, le Compromis conclu entre la France et la Suisse demandait à la Cour d'élaborer le régime économique des Zones franches, tâche à laquelle le juge s'est refusé, en estimant que « ces questions sont en dehors du domaine où une Cour de Justice dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution des différends entre deux Etats » (Série A, n°24).

¹⁷ CIJ, Rec. 1969, p.53

¹⁸ CIJ, Rec 1982, p.92

pencher sur la suite du second arrêt rendu. L'on sait que la CIJ a été en effet saisie, une fois la décision rendue, aux fins de révision et d'interprétation de l'arrêt du 24 février 1982¹⁹. Elle a alors précisé que les indications générales fournies qu'elle a données dans cette décision constituaient bien une application du droit, et que, loin de relever du registre incitatif ou facultatif, elles avaient un caractère obligatoire pour les Parties. C'est bien la preuve que c'est en vertu du droit que le juge a demandé aux Etats de retourner à la négociation. Dans deux autres affaires, l'exercice de la fonction juridictionnelle s'est conclu par un renvoi à la négociation. La première est celle du projet « *Gabcikovo-Nagymaros* », dans laquelle la CIJ demande à la Hongrie et à la Slovaquie de trouver une solution qui tienne compte des objectifs du traité qu'elles ont signé, ne les renvoyant, ce faisant, qu'à leur propre compromis²⁰ ; la seconde est celle de la « *Licéité de l'emploi de l'arme nucléaire* », l'Avis du 8 juillet 1996 engageant les Etats, sur la base du Traité de non-prolifération, à poursuivre de bonne foi des négociations pour un désarmement²¹. Toute cette jurisprudence, dans laquelle règlement judiciaire et règlement politique ont pu « se rencontrer » ne relève pas de notre perspective, qui est, encore une fois, celle d'une concurrence, d'une « rivalité » entre ces deux modes de solution.

Mais même circonscrite à la concurrence des modes de règlement, notre problématique n'en reste pas moins compliquée par cette idée, quelquefois développée par la Cour elle-même, d'une continuité ou d'une complémentarité entre les modes de règlement. Il est en effet tentant, dans une vision purement finaliste du règlement des litiges, de considérer que l'essentiel, en la matière, est l'efficacité et que peu importe, en définitive, le mode de règlement choisi, dès lors qu'il permet d'aboutir au résultat escompté, qui est la résorption du différend. De fait, la Cour de La Haye elle-même a parfois contribué à accréditer cette idée. Dans l'affaire des « *Zones franches de Haute Savoie et du Pays de Gex* », la CPJI posait que « *le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la Cour est instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties ; dès lors, il appartient à la Cour de faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable* »²². Puis c'est la CIJ qui, dans l'affaire de la « *Compétence en matière de pêcheries* », a estimé que « *la négociation diplomatique est la méthode la plus propre à résoudre les différends* »²³. D'autres fois, c'est la doctrine qui se fait l'écho de cette vision niveleuse et quelque peu indifférenciée des modes de règlement. La « *fonction apaisante et pacificatrice* »²⁴ de l'intervention judiciaire a ainsi pu être mise en exergue, au-delà de la dimension simplement « *sécuritaire* »²⁵ de celle-ci.

¹⁹ Arrêt du 10 décembre 1985, « *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982* », Rec p. 218.

²⁰ CIJ, Rec., p. 52. Le compromis signé par les deux Etats dispose que « *si les deux Parties ne peuvent parvenir à un accord dans un délai de six mois, l'une ou l'autre d'entre elles pourra prier la Cour de rendre un arrêt supplémentaire pour déterminer les modalités d'exécution de son arrêt* ».

²¹ CIJ, Rec., p.263.

²² CPJI, série A, n°22, p.13. Ce *Dictum* est littéralement repris par la CIJ dans l'affaire de la « *Délimitation de la frontière terrestre* » (Burkina Faso c/Mali, Rec 1986, p.577.

²³ Arrêt du 25 juillet 1974 (Fond), CIJ, Rec., p.31.

²⁴ Opinion Dissidente des juges BEDJAOUI, RANJEVA et KOROMA dans l'affaire de la « *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* », Rec.2001, p.6. Ces membres de la CIJ évoquent « *la fonction apaisante et pacificatrice de la Cour* ». Cette opinion est à rapprocher de celle du conseil du Qatar,

A vrai dire, il serait déplacé de critiquer outre mesure cette conception quelque peu instrumentale du règlement des litiges. Nous verrons bien qu'elle inspire aussi les positions de la jurisprudence internationale, et qu'elle a donc une certaine valeur heuristique, explicative. Elle pourrait cependant avoir l'inconvénient de décourager toute entreprise tendant à démêler l'écheveau du juridictionnel et du politique dans le règlement des différends. Il ne suffit pas, en effet, d'affirmer que les fins poursuivies, dans tous les cas, sont les mêmes. Parce qu'elle pourrait conduire à un certain simplisme dans la perception des rapports entre règlement politique et règlement juridictionnel, il convient d'aller au-delà de cette approche. Une fois que l'on a laissé entendre que les deux modes de règlement tendent aux mêmes fins, et que la jurisprudence fait largement sienne cette conception pragmatique, il faut aller au-delà. Il est important, en effet, de tenter de cerner la complexité de la concurrence entre les modes de règlement, et la richesse ainsi que les nuances de la production jurisprudentielle en la matière.

Sur la question, plus générale, de l'intrusion de la politique dans son prétoire, la Cour de La Haye a en effet produit une jurisprudence tout en nuances, beaucoup plus subtile qu'il n'y paraît, et dont ne rend certainement pas compte le simple constat de la communauté des fins poursuivies par les différents modes de règlement.

Il s'avère d'abord que le juge international tient à affirmer la force de son office, qui est de dire le droit, alors même que les Etats entendent parfois neutraliser cette prétention juridictionnelle en invoquant soit le caractère totalement ou partiellement « politique » du litige pendant devant lui, soit l'existence de négociations projetées ou entamées. Cette position de la Cour revient à affirmer l'importance de la fonction juridictionnelle dans l'ordre international, et à toujours faire reculer les frontières de l'injusticiabilité des actes posés par les Etats.

Mais dans le même temps, la Cour a pris conscience que la solution judiciaire des différends n'est pas une fin en soi, et qu'elle doit « composer », pour ainsi dire, avec des modes de règlement qui ont pu être tentés, totalement ou partiellement avec succès. Dans de telles conditions, le juge international se fait légèrement plus « discret », il est non seulement attentif au déroulement du règlement entrepris dans d'autres enceintes, mais il est disposé à intégrer les acquis de celui-ci dans la solution juridictionnelle. La politique, chassée du prétoire tant qu'elle a eu la prétention d'étouffer dans l'œuf la fonction juridictionnelle, réinvestit celui-ci lorsque, plus modestement, elle n'a été qu'un moyen pour aplanir, en tout ou partie, des divergences entre Etats.

A l'égard du « facteur politique », l'attitude de la Cour de La Haye est donc faite d'une oscillation, d'un « balancement » entre récusation et bienveillance, rebuffade et sollicitude. D'une part, la Cour consacre une double inopposabilité du facteur politique à sa juridiction – elle affirme ce faisant l'intégrité de la fonction juridictionnelle – **(I)**, d'autre part, elle se montre bienveillante à l'égard du mode de règlement politique à travers une sorte

le Pr J-P. QUENEUDEC (CR 2000/19,p.28,§5), ou encore de celle de Nacer-Eddine GHOZALI qui, se penchant sur la jurisprudence de la Cour, estime que « *l'entente directe entre les parties en litige est considérée comme la façon la plus simple de régler un différend* » (op. cit., p.324).

²⁵ BEDJAOUI M., « L'opportunité dans les décisions de la CIJ », Mélanges G.ABI SAAB, Nijhoff, The Hague 2001, p.567.

d'indexation du règlement judiciaire sur celui-ci – elle met alors en exergue le réalisme de la fonction juridictionnelle – (II) .

I – La double inopposabilité du facteur politique devant la Cour : l'intégrité de la fonction juridictionnelle

Devant la Cour de la justice de La Haye, les Etats évoquent le facteur politique de deux manières. Il leur arrive d'abord de soulever le caractère éminemment « politique » des questions auxquelles le juge pourrait être confronté, pour en quelque sorte récuser le prétoire comme cadre de solution du différend. Cette attitude doit beaucoup à la fameuse distinction entre « différends juridiques » et « différends politiques », que l'article 36 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies a reprise, dans la mesure où il parle des « *différends d'ordre juridique* » qui ont vocation à être « *soumis par les parties à la Cour Internationale de Justice* ». Or, chaque fois que cet argument a été brandi devant la Cour, il a été écarté, au point qu'il n'est pas illégitime de se demander, aujourd'hui, et à l'aune de la pratique même de cette Cour, si cette distinction garde encore une portée pratique (A).

Les Etats, en second lieu, peuvent être tentés de refréner la juridiction de la Cour, en opposant à celle-ci le préalable de la négociation politique. Dans des cas où il est prévu que la saisine de la Cour doit être précédée de tentative de règlement amiable comme dans des hypothèses où cette clause n'existait pas, des Etats ont en effet tenté de faire valoir cette thèse de la nécessité de l'épuisement des voies de solution politique. Là également, la Cour a refusé de les suivre (B).

Les données immédiates de notre problématique sont donc assez claires : face à la Cour, le facteur politique est inopérant ; sous quelque avatar qu'il se présente, il est impuissant à faire échec à la juridiction internationale. Cette relégation de la politique dans le contentieux soumis à la Cour est en même temps une valorisation de la fonction juridictionnelle. En refusant de se laisser « impressionner » par des considérations politiques, la Cour affirme non seulement sa compétence à connaître des litiges qui lui sont soumis, mais se fait porteuse de quelque chose de beaucoup plus important, de beaucoup plus symbolique : elle affirme, ce faisant, une sorte de justiciabilité substantielle des agissements des Etats et, partant, la possibilité d'un règne du droit dans une société réputée anarchique et rebelle à la canalisation des conduites de ses sujets. Cette jurisprudence qui promeut l'intégrité de la fonction juridictionnelle porte donc la promesse de la régulation juridique de la société internationale.

A – L'inopposabilité de la notion de « différend politique »

Ce concept de « différend politique » a toujours été récusé par la Cour, dans la mesure où son évocation tendait à neutraliser la compétence du juge international. A vrai dire, l'on ne peut qu'approuver la jurisprudence sur ce point, tant il est vrai qu'une prise en compte de cette notion, au plan contentieux, tendrait à réduire à néant le rôle du juge. Non seulement celle-ci est contestable dans son principe même (1), mais elle demeure aléatoire dans les effets qu'elle est susceptible de produire, dans les conséquences qu'elle aurait pu générer, notamment dans

la « répartition des tâches » entre l'organe « politique » de l'ONU qu'est le Conseil de sécurité et la Cour elle-même, « organe judiciaire principal des Nations Unies » (2). Dès lors, il n'est pas interdit de s'interroger sur son utilité même, tout au moins du point de vue de l'office du juge.

1. Une notion contestable dans son principe :

La distinction « différend juridique/différend politique » a fait l'objet de tentative d'élucidation doctrinale²⁶, et même judiciaire puisque l'article 36 paragraphe 2 du Statut de la CPJI, puis de la CIJ, a donné une définition du différend « juridique », pour lequel la Cour serait compétente²⁷.

On doit cependant admettre qu'en dépit de ces tentatives de définition, le concept de « différend politique » reste assez filandreux, assez difficile à cerner. Plus précisément, il est ardu, dans un différend donné, de démêler l'écheveau du « juridique » et du « politique », de faire le départ des éléments juridiques et des considérations politiques qui entrent en jeu. A cet égard, la jurisprudence de la Cour elle-même est parlante. Presque toutes les fois que le débat judiciaire a été attiré sur le terrain du caractère « politique » du différend, la Cour n'a manqué de souligner que le litige qui lui était soumis comportait des éléments juridiques *et* des éléments politiques. Cette mixité, cette hybridité presque consubstantielle du litige international constitue une première raison de douter de la pertinence de la notion de « différend politique » en tant que critère de compétence d'organes internationaux chargés de régler les différends. L'analyse des décisions rendues par la Cour révèle, à cet égard, deux lignes de conduite qui aboutissent cependant toujours à écarter l'exception tirée du caractère « politique » du litige.

Tantôt le juge raisonne de manière « générale » ou principielle, en posant que l'admission de la notion telle que présentée par l'Etat qui s'en prévaut aboutirait à une considérable réduction de la juridiction de l'organe judiciaire des Nations Unies. En d'autres termes, la forte teneur politique de la conduite des Etats fait que si l'on devait prendre en compte ce facteur pour écarter la compétence judiciaire, il n'y aurait presque jamais d'affaire dans laquelle le juge aurait son mot à dire. La présence de considérations politiques dans les litiges inter étatiques

²⁶ On se référera surtout aux définitions données par Leland M. GOODRICH et E. HAMBRO, pour qui le différend « juridique » est celui dans lequel « *les Parties sont en conflit pour des prétentions d'ordre juridique. La réponse aux questions de cette nature est à chercher dans les règles établies par le droit international* », alors que dans le différend « politique », « *le désaccord porte non pas sur l'application des règles du droit international, mais plutôt sur l'insuffisance alléguée ou contestée de l'ordre juridique existant* », in *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Ed. française, Histoire et Société aujourd'hui, Editions de la Baconnière, Neuchatel, 1946, p.234 ; v. également ABI-SAAB G., « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, vol.2269, p.230. Sur les origines et la justification de cette distinction, v. ALLAND D., *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, pp.450 et s. ; DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ 2009, p.970 ; STERN B., Op cit, p.623 ; ECONOMIDES C.P., « L'obligation de règlement pacifique des différends internationaux : une norme fondamentale tenue à l'écart », *Boutros Boutros GHALI. Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, Développement, Démocratie*, Bruxelles, Bruymant 1998, p.414.

²⁷ Aux termes de cette disposition du Statut, la Cour tranche les différends d'ordre juridique, définis comme étant ceux qui ont pour objet « *a) l'interprétation d'un trait ; b) tout point de droit international ; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international* »

ne constitue donc pas une raison pour décliner l'aptitude d'une juridiction à connaître de ceux-ci. Il faut rappeler ici le passage de l'arrêt rendu dans l'affaire du « *Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran* », dans lequel la CIJ déclare que « *nul n'a cependant jamais prétendu que, parce qu'un différend juridique soumis à la Cour ne constitue qu'un aspect d'un différend politique, la Cour doit se refuser à résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques qui les opposent. La Charte et le Statut ne fournissent aucun fondement à cette conception des fonctions ou de la juridiction de la Cour ; si la Cour, contrairement à sa jurisprudence constante, acceptait une telle conception, il en résulterait une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux* »²⁸.

Tantôt la Cour se fait plus précise et s'attache à démontrer, devant l'invocation d'un « différend politique » par un Etat, le caractère juridique de certaines questions posées par l'affaire. La dimension politique de l'affaire n'est pas méconnue ou escamotée, mais la réponse de la Cour consiste à indiquer que cette dimension n'est pas la seule, et qu'elle a ainsi, en tant qu'instance chargée de dire le droit, son mot à dire dans le traitement du cas.

Ainsi, dans l'affaire du « *Plateau continental de la mer Egée* », dans laquelle la Turquie arguait du caractère très « politique » du différend, la Cour rétorque que les deux Etats se contestant réciproquement un droit, ils posent là une question d'ordre juridique sur laquelle la CIJ peut bien se prononcer²⁹. Dans l'affaire des « *Actions armées frontalières et transfrontalières* » qui a opposé le Nicaragua au Honduras, la Cour estime encore que les questions qui lui sont posées sont bien susceptibles d'être résolues par application de règles du droit international, et affirme sa compétence pour en connaître³⁰. Cette démarche est réitérée en matière consultative. Dans l'Avis du 28 mai 1948, la CIJ considère qu'il est question, au-delà des enjeux politiques liés à l'admission d'un Etat aux Nations Unies, de l'interprétation d'un texte conventionnel, question qui entre bien naturellement dans les attributions d'une instance juridictionnelle internationale³¹. Dans l'Avis sur « *Certaines dépenses des Nations Unies* », le juge rappelle encore que les considérations politiques susceptibles d'entrer en jeu dans l'interprétation que les Etats font de la Charte ne l'empêchent nullement à répondre à une requête qui sollicite d'elle un éclairage sur une disposition conventionnelle³². Dans tous ces cas, la position de la Cour a consisté à mettre en évidence l'arrière-plan juridique des litiges, alors que les Etats insistaient au contraire sur l'arrière-plan politique ; elle a tendu à montrer que pour le juge international, il ya toujours « *du grain à moudre* » derrière les enjeux politiques, et que l'importance des intérêts en cause ne saurait constituer une raison pour neutraliser sa juridiction. Sur ce point, la Cour a été suivie par la quasi-totalité de la doctrine³³, la critique magistrale que H. LAUTERPACHT a consacrée à la notion de « différend non justiciable » ayant largement inspiré celle-ci³⁴.

²⁸ CIJ, Rec. 1980, p.19

²⁹ CIJ, Rec. 1978, p.13

³⁰ CIJ, Rec. 1988, p.91

³¹ CIJ Rec. 1948, p. 61

³² CIJ, Rec. 1962, p.155

³³Parmi une très abondante doctrine, on citera SCHELLE G., *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Domat, Monchrestien 1943, p.524 ; CHAPAL Ph., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, Paris,

Mais la distinction « différends juridiques/différends politiques » ne pose pas seulement problème parce qu'il n'y a pas, pourrait-on dire, de différend « chimiquement pur », pas seulement parce que l'analyste ou le juge ne peut, dans un litige donné, « isoler » les éléments juridiques des considérations politiques, et cantonner ainsi son office aux seules données « techniques » de l'affaire. Cette distinction fait également question lorsqu'il s'agit d'envisager ses implications pratiques, ses répercussions, notamment du point de vue de la répartition des compétences entre les organes invités à tenter de régler le litige. Or, de ce point de vue-là non plus, la bipartition en question n'est d'une grande utilité.

2. Une notion aléatoire dans ses effets

En théorie, la logique de la différenciation relevée est de réserver le règlement des affaires « politiques » à un organe comme le Conseil de sécurité de l'ONU, et la solution des litiges « juridiques » à un organe juridictionnel comme la Cour de La Haye. Cette conséquence découle au demeurant, au moins implicitement, de l'article 36 paragraphe 3 de la Charte lui-même, qui énonce qu'« *en faisant les recommandations prévues au présent article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour* ».

Logiquement donc, les « différends juridiques » devraient être portés devant la CIJ. Or, c'est précisément là que se pose un premier problème. L'idée qu'il y aurait ainsi une juridiction obligatoire de la Cour n'a jamais réussi à s'imposer au sein des Nations Unies. Sur ce point, c'est encore la logique classique, celle de la souveraineté des Etats et du caractère inexorablement facultatif de la justice internationale, qui continue à prévaloir sur la logique plus institutionnelle de la juridiction obligatoire de la Cour. L'on a pourtant tenté, au sein des Nations Unies, de pousser jusqu'au bout la rationalité de la distinction entre les deux types de différend, mais par deux fois au moins, cette tentative a échoué. En 1947, dans le différend entre l'Egypte et la Grande Bretagne, un projet de résolution présenté devant le Conseil de sécurité par la Belgique proposait que l'affaire soit déferée à la CIJ dans la mesure où se posait le problème de la validité du traité anglo-égyptien de 1936. L'initiative belge fut rejetée par le Conseil³⁵. Puis a été soumise au Conseil une proposition américaine tendant à ce que la CIJ connaisse du différend entre les Etats Unis et l'Union soviétique au sujet de la violation,

Pedone, 1967, pp.60-61 ; PAZARTZIS Ph., *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats*, Paris, LGDJ, 1992, p.157 ; DECAUX E., *Droit international public* 4^{ème} ed., Paris, Dalloz, 2004, p. 235 ; COMABACAU J., SUR S., *Droit international public*, 7^{ème} ed. Paris, Montchrestien 2006, pp. 554-555 ; DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., op cit, pp. 920, 921 ; STERN B., op cit ; ECONOMIDES C.P., op. cit, p.416 ; CAFLISCH L., « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *RCADI* 2001-I, vol.288, p.267 ; ASCENSIO H., Commentaire de l'article 33 de la Charte, in COT J.P., PELLET A., FORTEAU M. (dir.), *Commentaire article par article de la Charte des Nations Unies*, 3^{ème} ed., Paris, Economica 2005, p.1049 ; SOREL J.M., « Les premiers pas des juridictions internationales : maladresse, péché de jeunesse ou affirmation ? », *Liber Amicorum J-P. COT, Le procès international*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 294.

³⁴ LAUTERPACHT H., « La théorie des différends non justiciables en droit international », *RCADI* 1930-IV, vol.34, pp. 649 et 651 notamment. V. également, du même auteur, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 43.

³⁵ CS, 2^{ème} année, n°86, 198^{ème} session, 28 août 1947, p.2302.

par des avions soviétiques, de l'espace aérien américain. Là non plus, la proposition ne rencontra de succès³⁶.

En fait, il n'y a eu, dans la pratique de l'ONU depuis qu'elle a été créée, qu'un seul cas de résolution prise par le Conseil de sécurité préconisant le traitement d'une affaire devant la CIJ. Il s'agit de la résolution 22 du 9 avril 1947, adoptée par le Conseil à la suite de l'incident qui a eu lieu dans le détroit de Corfou, qui a opposé le Royaume uni et l'Albanie, le Conseil y demandait aux Parties de « *soumettre immédiatement ce différend à la Cour Internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour* ». La thèse du Royaume uni consistait dès lors à soutenir l'idée que l'on se trouvait devant un cas de juridiction obligatoire, et entreprit de saisir la CIJ par requête unilatérale. Cet Etat considérait qu'une telle aptitude à connaître de l'affaire résultait d'une lecture combinée des articles 36 paragraphe 3 et 25 de la Charte. L'Albanie contestait une telle thèse, mais acquiesça néanmoins à la juridiction de la Cour dans la mesure où elle avait clairement indiqué qu'elle acceptait la résolution du Conseil de sécurité. Devant la Cour, la question de principe sous-jacente à l'affaire – celle d'un cas de compétence obligatoire de la CIJ – ne fut malheureusement pas abordée. Cet escamotage fut regretté par une bonne partie de la doctrine et des membres de la Cour elle-même. Fait remarquable, sept juges de la Haute juridiction s'associèrent pour rédiger une « Opinion individuelle » dans laquelle ils récusaient la thèse du Royaume uni. Ils indiquaient qu'il ne « *paraît pas possible d'admettre une interprétation selon laquelle cet article aurait introduit sans le dire, d'une manière en quelque sorte subreptice, un cas nouveau de juridiction obligatoire* »³⁷. Il n'est pas possible de citer une quelconque autre affaire dans laquelle la théorie de la juridiction obligatoire de la Cour a été accueillie³⁸. Plus récemment, l'affaire de l'« *incident aérien* » du 10 août 1999, qui a opposé le Pakistan et l'Inde et qui a donné lieu à un arrêt rendu par la CIJ le 21 juin 2000, est venue très clairement invalider la thèse de la juridiction obligatoire de la CIJ. Dans cette affaire, le Pakistan considérait, sur la base de l'« esprit » de la Charte de l'ONU, qu'il existe une

³⁶ CS, 15^{ème} année, 883^{ème} session, 26 juillet 1960, p. 39.

³⁷ CIJ, Rec. 1948, p.32. Il s'agit de l'Opinion Individuelle des Juges BASDEVANT, ALVAREZ, WINIARSKI, ZORITIC, de VISCHER, BADAWI PACHA et KRYLOV. V. dans le même sens SIMMA B. (ed), *The Charter of the UN*, Oxford University Press, 2006, p.626.

³⁸ Dans l'affaire du Cachemire, la Suède avait, le 15 février 1957, préconisé que le Conseil de sécurité prît une résolution recommandant aux parties de transférer leur litige à la CIJ, eu égard au caractère juridique de nombre de questions que celui-ci posait. La Suède justifiait également sa proposition par le fait que des négociations, engagées des années plus tôt, avaient échoué (V. *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, vol.II, Suppl. n° 2, Art. 9-54 de la Charte, New York, 1974, p.464). De même, à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak, et pendant les débats consécutifs à l'adoption de la résolution 687 du 3 avril 1991, l'Equateur avait regretté que le Conseil de sécurité n'ait pas utilisé la ressource de l'article 36 paragraphe 3 en recommandant aux deux parties de soumettre leur différend à la CIJ dans la mesure où celui-ci présentait tous les traits d'un « différend juridique » (sur le contentieux frontalier notamment. V. Procès verbal provisoire de la 2981^{ème} séance du Conseil de sécurité, S/PV 2981, 3 avril 1991, p.107). Dans une autre affaire, celle du différend gréco-turc à propos du plateau continental de la mer Egée, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 395, le 25 août 1976, demandant aux parties de « *tenir compte de la contribution que les instances judiciaires compétentes, en particulier la Cour Internationale de Justice, peuvent apporter au règlement de tout différend d'ordre juridique subsistant qu'ils pourraient identifier dans le contexte de leur litige actuel* ». On admettra cependant qu'une telle invitation est loin de consacrer la thèse de la juridiction obligatoire de la Cour, et que le Conseil de sécurité s'exprime en termes « généraux » et « mesurés » dans cette résolution. Au demeurant, dans cette affaire, la Turquie avait entendu, d'emblée, rejeter une quelconque compétence obligatoire de la Cour. V. STERN B., op cit., p. 626.

« *compétence supplétive de la CIJ pour connaître des différends d'ordre juridique* » dès lors que l'une des parties à ces différends refusait de recourir aux moyens pacifiques de règlement évoqués à l'article 33 de la Charte. L'Inde contestait ce point de vue, et l'arrêt rendu par la CIJ le 21 juin 2000 lui donna raison. Selon la Cour, la Charte ne renferme aucune disposition établissant une compétence obligatoire de l'organe judiciaire des Nations Unies³⁹.

A un autre point de vue, on observera que le Conseil de sécurité ne demande aux Etats de recourir au mode de règlement judiciaire que de façon très parcimonieuse. On a expliqué cette circonspection tantôt par le fait que cet organe doit s'assurer que les recommandations qu'il adopte sur la base de l'article 36 paragraphe 3 seront acceptées de bonne grâce par les Etats⁴⁰, tantôt par le fait que les membres permanents du Conseil eux-mêmes, étant plutôt réticents à la juridiction de la CIJ, n'entendaient pas promouvoir une pratique propre à créer le sentiment ou l'impression qu'il existe, au moins dans certains cas, une juridiction obligatoire de la Cour⁴¹. Quoiqu'il en soit, la discrétion du Conseil de sécurité constitue une autre preuve de l'inexistence d'une juridiction à laquelle les Etats n'auraient pas acquiescé, et qui résulterait simplement de la nature « juridique » de certains litiges.

Sur un autre point, la distinction « différends juridiques/différends politiques » révèle des insuffisances. De même, en effet, qu'elle induit l'idée d'une juridiction obligatoire s'agissant des premiers, elle porte en elle une logique de spécialisation fonctionnelle des organes des Nations Unies. En clair, elle reviendrait à accréditer l'idée que le Conseil de sécurité, organe politique, ne s'occuperait que des « différends politiques », et la Cour Internationale de Justice, instance juridictionnelle, ne travaillerait que sur les litiges de type juridique. Cette vision quelque peu simplifiée et éthérée ne correspond évidemment pas à la réalité de l'activité de ces deux organes. Elle est contestable à un double égard : non seulement le caractère « juridique » de certaines affaires n'empêche pas le Conseil de sécurité de s'y pencher – on l'a vu dans toutes ces affaires où, devant le Conseil de sécurité qui en traitait, l'idée a été avancée de transférer les litiges à la Cour - mais, symétriquement pourrait-on dire, les aspects « politiques » d'une affaire n'empêchent pas la Cour d'en connaître. On a vu que dans un certain nombre d'affaires, la Cour a estimé que l'existence de considérations politiques dans certains litiges à elle soumis ne l'empêchait pas d'exercer sa fonction juridictionnelle. Dès lors que les Etats concernés ont déféré l'affaire au juge, celui-ci peut exercer sans restriction son office. Cette position trouve une base dans le Statut même de la CIJ, qui énonce que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettent* » (article 36 paragraphe 1^{er}). On se souvient que dans l'affaire des « *Droits des*

³⁹ CIJ Rec. 2000.

⁴⁰ V. MOMTAZ D., in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2005, p. 1106.

⁴¹ TORRES BERNARDEZ S., « Some Considerations on the Respective Roles of the Security Council and the International Court of Justice with Respect to Prevention of Aggravation of Disputes in the Domain of the Pacific Settlement of International Disputes », "Situations", in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Dr N.AL-NAUIMI and MEESE R. (ed), Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.683-684.

minorités en Haute Silésie (écoles minoritaires) », la CPIJ avait précisé qu' « *il n ya aucun différend que les Etats admis à ester devant la Cour ne puissent lui soumettre* »⁴².

Ce qui est déterminant pour que la juridiction de la Cour s'exerce est donc plus la volonté des Etats que toute considération tirée d'on ne sait quelle « nature » du différend. La qualification d'un litige en « différend juridique » n'entraîne aucune conséquence en termes de dévolution de compétence à des organes internationaux. L'organisation du contentieux international reste dominée par la logique du volontarisme⁴³. Cette logique joue, à ce stade-ci, comme déterminant la saisine et la compétence du juge international. Nous verrons plus loin qu'elle joue également lorsqu'il s'agit de diagnostiquer un désaccord, sorte de fait-condition de la saisine de la juridiction internationale. Pour l'heure, constatons seulement, relativement à l'influence du facteur politique sur la juridiction de la Cour, que celle-ci récuse non seulement la notion de « différend politique », mais rejette toute exception d'incompétence tirée de la virtualité d'un règlement « politique » : c'est la seconde inopposabilité du facteur politique devant la Cour.

B – L'inopposabilité des « négociations politiques » à la juridiction de la Cour

Conscients du fait qu'il existe beaucoup de chances que la Cour internationale de La Haye ne les suive pas lorsqu'ils tentent d'exclure sa compétence sur la base de la nature « politique » du différend, les Etats se replient alors derrière une autre ligne de défense, qui consiste toujours à introduire une variable politique dans le litige, afin, non d'exclure la compétence de la Cour dans son principe, mais de montrer que celle-ci n'est pas appropriée aux circonstances, dans la mesure où des tentatives de règlement politique peuvent se substituer au règlement juridictionnel. La « politique » revient donc sur le devant de la scène, mais la négation de la prétention juridictionnelle est plus subtile, moins frontale que dans le cas que nous avons déjà vu, qui touche le caractère « politique » du différend. Ici, l'une ou l'autre des parties tente d'éviter que le juge se prononce, en lui opposant le risque que son intervention s'avère superflue ou inopportune. Le débat autour de la compétence de la Cour peut, dès lors, se poser en termes d'opportunité, d'opportunité politique. La prise en compte de celle-ci a alors pour effet de repousser en quelque sorte la solution juridictionnelle, de la tenir en suspens.

A vrai dire, l'examen du contentieux porté devant la Cour révèle que la réintroduction de la variable politique à ce stade prend deux formes. Un Etat peut tenter de neutraliser la juridiction en invoquant l'existence d'une obligation générale de « négociation préalable » qui pèserait sur les parties. Une telle obligation, qui est stipulée dans nombre de conventions

⁴² CPIJ, série A, n°15, p.22.

⁴³ Plus récemment encore, la CIJ a mis en lumière ce volontarisme à propos de l'influence du caractère impératif de certaines normes, et de leur opposabilité « *erga omnes* » sur la compétence de la Cour. Dans tous les cas, la CIJ a rappelé que l'existence de telles règles n'entraîne aucune compétence obligatoire de la Cour, et que le consentement de l'Etat restait toujours requis. C'est ainsi qu'elle s'est exprimée dans son arrêt du 30 juin 1995 relatif au « *Timor oriental* », puis dans sa décision du 3 février 2006 relative aux « *Activités armées sur le territoire du Congo* ». Dans le premier cas, elle précise que « *l'opposabilité erga omnes d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes* » (Rec p.101). Dans la seconde affaire, elle considère que « *le seul fait que des droits et obligations erga omnes seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend* » (Rec. p.32).

internationales, a pu, en effet, être présentée, aussi bien par des Etats plaideurs que par une certaine doctrine, comme ayant acquis rang de norme générale, coutumière, systématiquement opposable aux Etats. Cette thèse ne nous semble évidemment pas recevable, la juridiction de la Cour ayant, répétons-le, une base nécessairement volontaire. En second lieu, les Etats, espérant sans doute davantage « impressionner » le juge, invoquent l'existence de négociations en cours – et donc, d'une certaine manière, l'imminence d'une solution -, pour inviter le juge à suspendre son office. Là également, la Cour refuse d'abdiquer sa juridiction. Il est donc possible, à la lumière de la jurisprudence de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, d'avancer que, pas plus qu'il n'existe une obligation de « négociation préalable » (1), il n'y a d'exception de « négociation en cours » (2) pour faire échec à sa juridiction.

1. *L'inexistence d'une obligation de « négociation préalable »*

La thèse a en effet pu être soutenue, que toute saisine de la Cour devait être précédée de tentative de règlement politique, et que le juge ne peut se prononcer sur une affaire avant d'avoir vérifié l'échec d'une telle tentative. De la sorte, le règlement juridictionnel serait nécessairement supplétif au règlement politique. La doctrine qui a pu avancer une telle théorie s'inspire à la fois d'une certaine pratique diplomatique et d'une jurisprudence de la Cour, et notamment de la CPJI, qu'elle présente comme accréditant son point de vue. Celui-ci nous semble pourtant loin d'être pertinent.

Si l'on se penche en effet sur la pratique diplomatique, force est d'admettre que deux éléments sont invoqués au soutien de cette interprétation. Le premier est constitué par les travaux de l'Institut de Droit International (IDI), tenus en 1955-56 et qui sont relatifs à l'élaboration d'une clause-modèle de compétence de la Cour⁴⁴, et le second est un rapport du Comité des juristes de la SDN, élaboré en 1920, et qui énonce que « *le recours au juge ne doit intervenir que lorsque tous les moyens amiables ont été tentés. Agir autrement* », poursuit le rapport, « *et citer un adversaire brusquement devant la Cour, serait manquer aux égards que mutuellement les Etats se doivent* »⁴⁵. Or, aucun de deux éléments ne peut être considéré comme reflétant un point de vue largement partagé par les Etats, ils ne sauraient donc représenter l'état du droit. Le projet de résolution de l'IDI a été rejeté par 140 voix contre 15⁴⁶. S'agissant du rapport du Comité de juristes de la SDN, force est de constater que sur

⁴⁴ *Annuaire* de l'Institut de Droit International (IDI), 1956, vol. 46, pp.360-361, cité par PAZARTZIS Ph., op. cit., p.105, note 146.

⁴⁵ Procès Verbal du Comité des Juristes, 1920, p.349, cité par GHOZALI N-E., op. cit., p. 330. Cette proposition sera reprise dans l'article 33 du Projet de Statut de la première juridiction internationale. Dans le même sens, on citera également de la PRADELLE A., qui écrit qu'« *il serait inadmissible qu'un Etat cite un autre directement devant la Cour, sans avoir au préalable essayé de résoudre l'affaire à l'amiable. Le recours au juge ne doit intervenir que lorsque tous les moyens de règlement ont été épuisés* » (cité par GHOZALI N-E., p.330). On peut également citer, parmi les auteurs qui développent cette opinion, SIBERT M., *Traité de droit international- Le droit de la paix*, T.2, Paris, Dalloz, 1951, p.368 ; de VISSCHER Ch., *Aspects récents du droit procédural de la CIJ*, Paris, Pedone 1986, p.86 ; WITTENBERG J.C., « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI* 1932, vol.3, pp.22-23 ; GUGGENHEIM P., « L'élaboration d'une clause modèle de la compétence obligatoire de la CIJ », in *Annuaire* de l'IDI, 1952, vol. 44, T.1, p.482 ; SALVIOLI G., « Problèmes de procédure dans la jurisprudence internationale », *RCADI* 1957-I, p.566 ; GEAMANU G., « Théorie et pratique des négociations en droit international », *RCADI*1980-I, p.419.

⁴⁶ *Annuaire* de l'IDI précité, p.361.

cette question précise, les Etats n'ont pas suivi les propositions des experts puisque celles-ci ont par la suite été écartées⁴⁷.

Les enseignements susceptibles d'être tirés de la jurisprudence de la Cour ne sont pas, à notre avis, plus concluants. Une partie de la doctrine a en effet cru pouvoir déduire de certaines décisions rendues par la CPJI, l'existence d'une règle générale ou coutumière d'épuisement des voies de solution diplomatiques, préalable à toute saisine de la Cour⁴⁸. Or, rien, de notre point de vue, ne saurait justifier une telle conclusion. Il suffit, pour cela, de se pencher sur les décisions en question, qui sont au nombre de trois.

Dans l'affaire des «*Concessions Mavrommatis en Palestine* », la CPJI, dans son arrêt du 30 avril 1924 écrit que «*la Cour se rend compte de l'importance suivant laquelle ne doivent être portées devant elles que les affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par la négociation* »⁴⁹. Puis dans l'affaire de l' «*Interprétation des arrêts 7 et 8 (Usine de Chorzov)* », la CPJI estime qu' «*il paraît bien désirable qu'un Etat ne procède pas à une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre Etat devant la Cour, sans avoir, auparavant, dans une mesure raisonnable, tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vue qui ne peut être dissipée autrement* »⁵⁰. Enfin, dans l'Ordonnance du 19 avril 1929 concernant les «*Zones franches de Haute Savoie et du Pays de Gex* », la Cour élabore ce *Dictum* si souvent cité - mais à qui il serait peut-être temps de restituer sa véritable portée - : «*le règlement judiciaire des conflits internationaux en vue duquel la Cour est instituée n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties, aussi appartient-il à la Cour de faciliter dans toute la mesure compatible avec son Statut pareil règlement direct et amiable* »⁵¹.

Telles sont les principales décisions sur lesquelles se fonde la doctrine de l'épuisement préalable des voies de solution diplomatique⁵². Aussi surprenant que cela puisse paraître, il nous semble qu'elles sont pourtant impuissantes à attester l'existence d'une quelconque norme générale s'imposant aux Etats. Nous sommes, en réalité, devant un cas-type de surenchère doctrinale, dans lequel l'on a fait dire au juge plus que ce qu'il a voulu dire. La simple exégèse des décisions de la CPJI est riche d'enseignements, dans la mesure où l'on n'y décèle nulle affirmation d'une règle proprement juridique. Les mots utilisés en attestent : il est bien question, dans le premier arrêt, de «*l'importance* » d'une règle, puis il est énoncé qu'une certaine attitude des Etats serait «*désirable* » et que son application devrait avoir lieu «*dans*

⁴⁷ GHOZALI, op. cit., p. 330. V. également SCERNI M., «*La procédure devant la CPJI* », *RCADI* 1938, vol.3, p.615.

⁴⁸ On citera, dans la doctrine «*actuelle* », GHOZALI N-E., qui s'attache à développer l'idée que, contrairement à la CIJ, la CPJI a considéré le préalable diplomatique comme une norme coutumière (op. cit., p.326 notamment). Pour une présentation des différentes positions exprimées sur ce point, v. MALINVERNI G., *Le règlement des différends dans les organisations internationales*, Thèse, Genève, 1974, pp.110-112.

⁴⁹ CPJI, Série A, n°2, p.15.

⁵⁰ CPJI, 16 décembre 1927, Série A, n°13, pp.10-11.

⁵¹ CPJI, Série A, p.13.

⁵² Il arrive cependant qu'elle cite trois autres décisions de la CPJI, moins probantes cependant – au moins en apparence – que les trois que nous avons relevées. Il s'agit de l'arrêt du 12 juillet 1929 sur les «*Emprunts serbes et brésiliens* » (Série A, n°20/21, p.12), de l'Avis sur le «*Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne* » rendu le 15 octobre 1931 (Série A/B, n°42, p.115) et sur la «*Compagnie d'électricité de Sofia* » du 4 avril 1938 (Série A/B, n°77, p. 84).

une mesure raisonnable », ensuite que la Cour ne fait que « *faciliter* » le règlement direct et amiable, au surplus dans la stricte mesure « *compatible avec son Statut* ». Les termes utilisés n'appartiennent certainement pas au registre de l'obligation, mais bien à celui de l'exhortation, il est question du souhaitable et non de l'imposable, de l'incitatif plutôt que du prescriptif ; le style de la Cour se caractérise par une circonspection très apparente, on dira même par le souci de ne jamais présenter la négociation politique comme une règle rigide opposable aux Etats. Dans ces conditions, il est étonnant que l'on ait voulu voir dans ces déclarations judiciaires une consécration de la prétendue règle de l'épuisement de la négociation diplomatique.

On ajoutera, à cette critique fondée sur les textes, deux réserves plus générales. La première touche la philosophie générale qui inspire la thèse du préalable de la négociation politique. Celle-ci renvoie en effet à une conception très poussée de la souveraineté de l'Etat, qui ne s'accommoderait point de l'idée que la responsabilité de celui-ci pût aisément être mise en cause par une action en justice. Le procès international est perçu comme un fait pathologique, il est donc normal d'en réduire au maximum les risques de survenance. L'insistance sur le règlement politique, dont les Etats restent maîtres des tenants et aboutissants, doit être comprise comme une prévention à l'égard du règlement judiciaire qui, à l'inverse, et parce qu'elle confie la solution du litige à un tiers insuffisamment pénétré de « politique », comporte le risque de déboucher sur une solution irréversible et contraignante. La négociation politique est un règlement « entre soi », elle est comprise comme propre à intégrer des considérations auxquelles un juge n'est pas toujours sensible. Dans ces conditions, le préalable du règlement politique est une espèce de digue dressée contre les atteintes à la souveraineté étatique⁵³. Il va de soi qu'une conception aussi poussée de la souveraineté, qui voit dans le procès un dérèglement de la société internationale, mérite d'être considérablement relativisée aujourd'hui.

La relativisation de la négociation diplomatique s'impose à un autre point de vue : celui de sa vocation à définir l'objet du litige. La mise au point doit être faite, car il arrive que le juge donne l'impression de présenter cette négociation comme la voie, sinon unique du moins principale, par laquelle les parties peuvent cerner la consistance de leur différend. C'est encore dans l'affaire « *Mavrommatis* » que la CPJI a déclaré qu'« *avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques* »⁵⁴, affirmation réitérée dans l'affaire du « *Droit de passage en*

⁵³ Une partie de la doctrine n'a pas manqué de souligner cet aspect des choses. V. ABI SAAB G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale de Justice*, « Paris, Pedone, 1967, p.123 ; WITTENBERG J.C., op.cit., p.23 ; TENEKIDES G., « La protection internationale des intérêts privés », *Revue de Droit International et de Législation Comparée* 1932, T.1, p.92, SOUBEYROL J., « La négociation diplomatique, élément du contentieux international », *RGDIP* 1964, p.323 ; CHAUMONT Ch., « Cours général de droit international public », *RCADI* 1970-I, pp.433-434. V. également BOURQUIN M., « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à une juridiction internationale ? », *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960, p.43.

⁵⁴ CPJI, Série A, n°2, p.15. Dans le même sens, H. ROLIN, conseil du Guatemala dans l'affaire « *Nottebohm* », note « *l'importance de la voie diplomatique comme condition du procès interétatique, car la divergence d'opinion apparaît généralement de façon précise au cours des négociations diplomatiques* » (CIJ, Mémoires, vol.II, 1955, p.165). Il est d'ailleurs, sur ce point, suivi par l'Agent de l'Etat adverse, le Liechtenstein, Sausser

territoire indien »⁵⁵. Or, il faut comprendre que si la négociation est citée ici comme un moyen de définition de l'objet du litige, elle n'est jamais envisagée comme moyen exclusif. Ce que la Cour a entendu énoncer, c'est simplement une exigence procédurale, au demeurant connue du droit interne et relevant de la simple logique⁵⁶, mais non une obligation proprement dite de négocier pour les Etats. Dans l'ordonnance rendue le 15 octobre 2008 en l'affaire de l'« *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* » (Géorgie c/ Fédération de Russie), la CIJ indique même que la négociation censée définir l'objet du litige peut avoir eu lieu dans un cadre différent de celui de la convention, l'essentiel étant que les positions des Etats aient pu être exprimées sur le sujet⁵⁷.

Il s'ensuit que tout moyen par lequel les Etats indiquent l'objet de leur désaccord est recevable, la négociation directe n'étant qu'un moyen parmi d'autres. Un tel point de vue est corroboré par la position de la Cour dans l'affaire du « *Sud Ouest africain* ». L'arrêt sur les exceptions préliminaires, pris le 21 décembre 1962, admet que des délibérations arrêtées dans un cadre multilatéral, notamment dans celui de l'Assemblée générale des Nations Unies, ont pu valablement servir à définir l'objet d'un différend. La CIJ note que « *lorsqu'il s'agit d'une question affectant les intérêts mutuels de nombreux Etats, il n'y a aucune raison pour que chacun d'eux se conforme au formalisme et aux faux-semblants d'une négociation directe avec l'Etat auquel ils s'opposent s'ils ont déjà pleinement participé aux négociations collectives avec cet Etat adverse* »⁵⁸. Le « huis-clos » ou le « tête-à-tête » entre les protagonistes du litige n'est donc pas nécessaire. Mais il faut aller plus loin que la CIJ et poser en principe que tout moyen par lequel les parties ont pu définir l'objet de leur désaccord, en dehors de la « négociation », suffit à renseigner le juge. Cette opinion n'est ni téméraire ni extravagante. Elle considère simplement que c'est la fin de la règle qui importe – permettre au juge de cerner le dissentiment – et non le moyen. On peut alors avancer que, par exemple, la conjonction de déclarations unilatérales, tenues par des personnes susceptibles d'engager leur Etat, pourrait, si elles sont éclairantes, suffire à un juge pour appréhender l'objet du litige. Il n'y a donc, en clair, aucun « fétichisme de la négociation ».

Les Etats peuvent alors avoir tendance à opposer à la juridiction de la Cour l'imminence d'un règlement. Dans une telle configuration, c'est quasiment à un « sursis à juridiction » qui est demandé au juge, en attendant que le règlement politique puisse être définitivement mis au point. L'argument, ici, peut paraître plus convaincant que dans le cas que nous venons de voir. Le juge subit la pression du temps, règlement politique et règlement juridictionnel entrent dans une sorte de chassé-croisé. Pourtant, même dans cette hypothèse, la Cour de La Haye

HALL, pour qui « *l'action en responsabilité ne peut être formée devant une juridiction internationale que si l'objet du litige a été sur le terrain diplomatique* » (Idem, p.303).

⁵⁵ CIJ, Rec.1957, p.148-149.

⁵⁶ Le mot est bien celui qu'utilise de VISSCHER Ch., qui évoque la négociation comme un « *impératif logique de l'esprit* », op. cit., p.86.

⁵⁷ CIJ, ord. du 15 octobre 2008, « *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* », commentée par CASSELLA S., « *Chronique de jurisprudence internationale* », *RGDIP* 2010 –I- p.186.

⁵⁸ CIJ, Rec. p.346.

refuse de « baisser pavillon », elle continue d'affirmer au moins sa compétence de principe : il n'y a pas, devant elle, d'exception de « négociations en cours ».

2. L'inexistence d'une exception de « négociation en cours »

On sera plus bref sur ce point. C'est principalement devant la CIJ qu'une telle règle a été énoncée. Dans un certain nombre d'affaires, des Etats ont eu à exciper de négociations « parallèles » ou « en cours » pour tenter de neutraliser la compétence de la Cour. L'idée, pour ces Etats, serait en quelque sorte que « le politique tient le juridictionnel en état », et que le processus diplomatique « gèle », « fige » le processus judiciaire. Il arrive que les Etats ajoutent à leur argumentation le risque que l'action judiciaire vienne perturber la reconstruction d'une « harmonie » que le règlement politique était en train de réaliser⁵⁹.

Dans l'affaire du « Plateau continental de la mer Egée », la Cour affirme, au rebours d'un tel point de vue, que « le fait que des négociations se poursuivent actuellement pendant la procédure ne constitue pas, en droit, un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire »⁶⁰. Puis dans l'affaire du « Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran », elle indique que « les procédés politiques et juridiques ne sont pas exclusifs les uns des autres, ils ne sont pas non plus soumis à un ordre de succession »⁶¹. Dans l'affaire des « Activités militaires et para militaires au Nicaragua et contre celui-ci », la CIJ déclare que « la jurisprudence de la Cour fournit divers exemples d'affaires dans lesquelles négociation et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps »⁶². Puis dans le litige relatif au « Différend terrestre et maritime » qui a opposé le Cameroun au Nigéria, elle a réaffirmé sa ligne jurisprudentielle⁶³. Plus récemment encore, dans l'affaire du « Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (Congo c. Belgique) », la Belgique estimait que le déroulement de négociations au plus haut niveau, relatives au mandat décerné le 11 avril 2000 était de nature à rendre la CIJ incompétente, d'autant que la déclaration de juridiction obligatoire souscrite par la Belgique excluait une telle juridiction dans l'hypothèse où « les parties auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode de règlement pacifique ». La Cour n'admettra pas cette façon de voir, dans la mesure où elle a estimé que sa « compétence ne saurait être exclue, à ce stade de la procédure, du seul fait des négociations évoquées par la Belgique »⁶⁴.

Cette jurisprudence s'explique au moins en partie par le fait que ce sont les Etats qui restent maîtres du déclenchement des procédures, politiques comme judiciaires, et qu'il peut entrer dans leur stratégie de rendre celles-ci concomitantes, et de combiner ainsi les deux modes.

⁵⁹ Cet argument est plus ou moins présent dans les « affaires africaines » soumises à la Cour. La résolution d'un différend entre « Etats frères » vient conférer au règlement du litige une dimension quelque peu « sentimentale », dans laquelle le droit est perçu comme n'ayant pas tout à fait sa place (v. QUENEUDEC J.P., op.cit.).

⁶⁰ CIJ, Rec. 1978, p.12.

⁶¹ CIJ, Rec. 1980, pp.22-23. Cette phrase figure également dans l'arrêt précité du « Plateau continental de la mer Egée » (p.12).

⁶² CIJ, Rec. 1984, p.440.

⁶³ CIJ, Rec. 1998, pp.302-304 (Exceptions préliminaires). Comme le déclare encore le Pr A. PELLET, conseil de la République du Cameroun, « le principe « electa una via » n'existe pas en droit international, les différents modes de règlement pacifique des différends ne s'excluent pas, ils se renforcent » (CR 96/4, p.48).

⁶⁴ CIJ, Ordonnance du 8 décembre 2000, §60-68.

Rien que de ce point de vue, il n'est pas admissible de soutenir la thèse d'une supériorité intrinsèque des premières procédures sur les secondes. Les Etats sont donc malvenus à demander une « éclipse » du règlement juridictionnel au profit de la négociation politique.

Il faut ajouter une donnée dont il sera encore question plus loin, et sur laquelle l'on n'a peut-être pas assez insisté : il s'agit de la réticence naturelle que peut éprouver un organe, judiciaire notamment, à accepter une invitation à décliner sa compétence, alors qu'il n'y a pas de raison juridique décisive à cela. Ce point est important. Nous avons en effet vu que dans tous les cas où elle repousse l'incidence du facteur politique dans sa compétence, la Cour rejette en même temps la prétention à paralyser sa juridiction. Il y a là d'intéressantes pistes de psychologie judiciaire à explorer : un juge, n'a-t-il pas tendance à « se rebiffer » lorsqu'on le renvoie à son incapacité constitutionnelle – et non casuelle – à se saisir de certaines affaires ? Plus spécifiquement, le facteur politique, n'a-t-il pas tendance à être perçu par le juge international comme une sorte d'épouvantail que les Etats utiliseraient contre le principe même de son office, dans un univers précisément marqué par une tension permanente entre souveraineté et justiciabilité, entre politique et droit ? Et si tel est le cas, ne pourrait-on pas y trouver des raisons à cette récurrence de l'affirmation de la compétence juridictionnelle, qui est ici une affirmation de soi face aux logiques d'Etat ?

Quoiqu'il en soit, on relève qu'il existe une double récusation du facteur politique dans la juridiction de la Cour : le caractère « politique » d'un litige n'empêche pas la juridiction d'en connaître, et l'allégation de la virtualité de négociations politiques n'est pas non plus opérante pour paralyser l'aptitude de la juridiction à exercer son office. Derrière cette double inopposabilité, se dessine le volontarisme de la justice internationale. Si en effet la Cour n'hésite pas à s'emparer d'affaires dont la connotation politique ne fait aucun doute, même à ses propres yeux, c'est tout simplement parce que les Etats concernés ont, de leur propre volonté, décidé d'en confier la résolution au juge international. De la même manière, si la Cour ne se laisse pas impressionner par l'existence potentielle d'un règlement politique d'une affaire et affirme sa juridiction dans cette hypothèse, c'est parce que l'un au moins des protagonistes du contentieux a la volonté de saisir le juge, volonté qui dérive de sa propre perception d'un désaccord, du sentiment qu'il subsiste, pour reprendre la formule de la jurisprudence « *Mavrommatis* », « *un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts* »⁶⁵ entre les positions des parties. Ce point de vue peut ne pas être partagé, l'autre Etat peut estimer qu'il existe des chances de résorber le conflit par une solution extra-judiciaire, la Cour ne s'en déclarera pas moins compétente car ce qui l'intéresse à ce stade, c'est justement la simple existence d'un désaccord entre les parties, c'est leur dissentiment même qui fonde et explique sa juridiction. Comme le dit encore la Cour dans l'affaire du « *Sud Ouest africain* », il s'agit seulement de « *démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre* »⁶⁶. La volonté de la partie sceptique sur l'issue de la négociation suffit alors à sceller sa juridiction, sa saisine la rend apte à en connaître. Le volontarisme, décidément, prédomine dans les conditions de saisine du juge.

⁶⁵ CPJI, série A, n°2, p.11.

⁶⁶ CIJ Rec. 1962, p.328 (Exceptions préliminaires).

Ce constat, suffit-il à rendre compte de l'influence du facteur politique dans la juridiction de la Cour ? Restitue-t-il toute la complexité de l'attitude du juge devant la concurrence d'un mode de règlement de type politique ? Certainement pas. Ce serait en effet une erreur que de s'arrêter aux seules décisions de rejet de la variable politique, car à côté d'elles, il existe des arrêts manifestant davantage de bienveillance à l'égard des solutions politiques, les intégrant même dans le règlement juridictionnel. Il en est ainsi parce que, tout attaché qu'il reste aux « principes », le juge international demeure réaliste et sait bien qu'il ne peut pas, dans les relations internationales, complètement faire abstraction de la politique en général, et du mode de solution fondé sur elle en particulier. En acceptant le fait politique, il s'incline devant un principe de réalité dont on le voit mal s'abstraire. Sa bienveillance prend ainsi la forme d'une indexation du règlement judiciaire sur le règlement politique, dont les grandes lignes sont alors connues. En élaborant la réponse juridictionnelle, le juge a un œil sur le règlement politique, sur les acquis de celui-ci. C'est cet autre versant du comportement de la Cour qu'il faut à présent voir.

II- L'indexation du règlement judiciaire sur le règlement politique : le réalisme de la fonction juridictionnelle

Dans cette perspective-là, il va de soi que le statut des négociations politiques va changer. La Cour va les considérer, à partir du moment où elles ont quelque consistance, et où leurs acquis sont versés au dossier. Il est d'abord intéressant de voir dans quelles conditions s'opère cette prise en compte de la négociation politique (A). Une fois cette étape franchie, il faut voir comment, de façon pratique, le règlement politique est soudé au règlement judiciaire, comment il devient partie intégrante de la solution du juge (B).

A – La prise en compte de la négociation politique par la Cour

Il s'avère que, devant la Cour de La Haye, la donnée politique est prise en compte dans un certain nombre d'hypothèses (1). L'on voit également apparaître, dans l'attitude de la Cour, une certaine continuité, quelques lignes de force, qui autorisent une tentative de systématisation doctrinale et permettent de préciser la conception de la Cour sur la question (2).

1. La diversité des hypothèses

Le premier cas dans lequel la Cour de Justice se penche sur l'existence de négociations politiques est celui dans lequel l'accomplissement de telles négociations est précisément une condition préalable de sa saisine. On l'a vu plus haut, il existe nombre de conventions internationales qui subordonnent l'action devant la Cour à l'échec des tentatives de règlement diplomatique. Par la force des choses, et parce que c'est une règle de procédure que tout juge saisi doit vérifier si les conditions de l'exercice de sa compétence sont réunies, le juge international doit donc s'assurer que le préalable diplomatique de sa saisine a été respecté. Et de fait, dans tous les cas où ce préalable était fixé, la Cour a vérifié son accomplissement.

Dans l'affaire « *Mavrommatis* », la Cour a vérifié si les Etats en cause avaient tenté, par des négociations, à aplanir leurs divergences. Cette décision intéressante, qui établit la doctrine de

la Cour sur un certain nombre de points, est d'ailleurs connue pour être l'une dans lesquelles le juge est allé le plus loin dans la détermination de la portée de l'obligation de négocier. La requête de la Grèce avait en effet pour base la clause du mandat palestinien qui subordonnait la juridiction de la Cour à la négociation diplomatique préalable⁶⁷. C'est encore une clause du Mandat sur le Sud ouest africain - l'article 7 précisément – qui a amené la CIJ à vérifier, dans l'affaire du « *Sud ouest africain* », que des négociations préalables avaient au lieu⁶⁸. Dans l'affaire du « *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* », était en cause l'article XXI paragraphe 2 du traité de 1955⁶⁹. La saisine de la Cour dans le contentieux entre les Etats Unis et le Nicaragua – affaire des « *Activités militaires et paramilitaires* » - était subordonnée à la condition fixée à l'article XXIV paragraphe 2 du traité d'amitié signé entre les deux Etats à Managua en 1956⁷⁰. Au sujet de l'arrêt du 20 décembre 1988 rendu dans le différend sur les « *Actions armées frontalières et transfrontalières* » opposant le Nicaragua au Honduras, la Cour a encore dit un mot des articles II et IV du Pacte de Bogota, qui dispose que sa juridiction est subordonnée à l'échec de tentatives de solution « *au moyen de négociations directes* »⁷¹. Plus récemment encore, la CIJ a, dans son ordonnance du 15 octobre 2008 portant sur l' « *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* », évoqué l'article 22 de la Convention relative au préalable diplomatique⁷². Il en a été de même dans l'ordonnance du 28 mai 2009 relative aux « *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* » (Belgique c/ Sénégal), où il était également question de négociations antérieures à toute saisine (article 30 de la Convention contre la torture)⁷³.

Cette attitude de la Cour ne doit pas, on l'a dit, surprendre. Elle est même inévitable dans la mesure où la Cour doit s'assurer qu'elle est compétente au moment où elle est saisie. Mais les Etats peuvent-ils, devant la Cour, faire état de procédés politiques de solution alors que ceux-ci n'ont pas été posés comme condition de sa saisine ? C'est la réponse à une telle question qui peut donner une indication intéressante sur l'attitude de la Cour à l'égard des procédés politiques de règlement.

Or, on relève qu'il existe dans la jurisprudence relativement récente de la CIJ, au moins deux cas qui semblent relever de notre hypothèse. Dans l'affaire du différend frontalier de la péninsule de Bakassi tout d'abord, il n'existait aucun engagement des parties à épuiser les voies de solution diplomatiques avant la saisine de la Cour. Cette saisine a eu lieu par requête unilatérale déposée par le Cameroun au greffe de la CIJ, et le Nigéria a par la suite déposé un Mémoire relatif à des « exceptions préliminaires ». Or, justement, parmi ces exceptions, figure l' « incompétence » de la Cour du fait de l'existence d'autres forums « possibles » de règlement des différends, et même de l'existence d'un début de solution politique à l'affaire⁷⁴.

⁶⁷ CPJI, Série A, n°2, pp.12-13

⁶⁸ CIJ, Rec 1962, p. 346.

⁶⁹ CIJ, Rec. 1980, p.27

⁷⁰ CIJ Rec 1984, p.427.

⁷¹ CIJ Rec. p.101.

⁷² CIJ, §113 et s. de l'ordonnance.

⁷³ CIJ, §52 de l'ordonnance.

⁷⁴ V. sur cette affaire, ESSOMBE Edima J., « Considérations juridiques sur le différend frontalier de la péninsule de Bakassi », *Revue Africaine de Droit International et Comparé (RADIC)* 1995, vol.7, pp.99 et s. ; GARCIA

La CIJ n'éluera pourtant nullement la question. On aurait pu imaginer que l'argument nigérian n'ayant pour ainsi dire aucune base légale, c'est-à-dire ne reposant sur aucun engagement conventionnel préexistant, la Cour l'écarte d'un revers de la main, et refuse d'en débattre. Or, elle manifeste une attitude plus ouverte, ne serait-ce qu'en acceptant de répondre sur ce point. Bien entendu, le juge va rejeter l'exception, mais le simple fait qu'il accepte de l'examiner, et de ne pas l'exclure du débat comme un élément « non relevant », non pertinent, est en soi le signe qu'il n'y a pas, de la part de la CIJ, une prévention de principe à l'égard du règlement politique, et que chaque fois que des parties l'évoquent devant elle, elle leur répond.

La seconde affaire est celle des « *Activités armées sur le territoire du Congo* », qui a d'abord donné lieu à une ordonnance du 1^{er} juillet 2000 indiquant des mesures conservatoires⁷⁵. Là non plus, il n'était question d'engagement conventionnel de règlement diplomatique préalable. La Cour avait été saisie sur la base de l'article 36 §2 de son Statut, chaque Etat ayant fait une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour⁷⁶. Malgré cela, l'Ouganda a fait valoir, une fois les audiences ouvertes, que l'existence de deux accords politiques tendant à régler le différend empêchait la CIJ de se prononcer, d'autant plus, ajoutait cet Etat, que l'objet des mesures conservatoires était abordé par ces accords⁷⁷. La Cour ne refuse nullement de discuter cette question. Non seulement elle répond sur le point, mais elle indique expressément qu'elle prend en compte le règlement politique prétendu. Les termes par lesquels elle s'exprime méritent d'être rapportés : « *Considérant que la Cour a pris note de l'accord de Lusaka, auquel la résolution 1304 (2000) du Conseil de sécurité se réfère à plusieurs reprises ; que cet accord constitue un accord international liant les Parties...* »⁷⁸.

Il existe un troisième élément qu'il faut verser au débat, et qui tend à montrer une certaine attention de la Cour à l'égard du règlement politique des différends. C'est une observation très minutieuse des décisions rendues par la CIJ qui permet de le détecter. En effet, lorsque la saisine repose sur plusieurs bases de compétence, celle-ci ne se contente pas de s'en tenir à l'une seule de ces bases, elle les examine toutes, et lorsque l'une d'elles énonce la règle du préalable politique, elle vérifie si celui-ci a été respectée. Une autre attitude était possible :

Th. « Les mesures conservatoires rendues par la Cour Internationale de Justice, le 15 mars 1996, dans le différend frontalier entre le Cameroun et le Nigéria », *AFDI* 1996, pp.409-427, ainsi que BARATI H. « Frontière terrestre et maritime (Cameroun c/ Nigéria), Exceptions préliminaires, interprétation, intervention », *AFDI* 1999, pp.371 et s.

⁷⁵ V. sur cette affaire, PAILLARD E., « Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda). Demande en indication de mesures conservatoires », *AFDI* 2000, pp.242-254 ; DUBUISSON F., « L'ordonnance de la Cour Internationale de Justice du 1^{er} juillet 2000 rendue dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, *Revue Belge de Droit International*, 2000-2, pp.591-605.

⁷⁶ L'Ouganda a fait une déclaration le 3 octobre 1963 auprès du Secrétaire général de l'ONU et le Congo le 8 février 1989. V. PAILLARD E., op. cit., p.245.

⁷⁷ PAILLARD E., op. cit., p.250.

⁷⁸ CIJ., ordonnance du 1^{er} juillet 2000, §37. C'est nous qui soulignons. Une troisième affaire pourrait même être citée dans la même perspective. En effet, les parties étaient parvenues, dans l'affaire du « *Différend frontalier (Mali c. Burkina Faso)* », à élaborer un règlement extra-judiciaire de certaines questions qui les opposaient. Le Mali a soulevé ce point au moment où la CIJ s'appretait à prendre des mesures conservatoires. La Cour n'a pas écarté la remarque malienne, elle a expressément évoqué l'accord intervenu, « *en se félicitant du fait que les Parties ont pu parvenir à un accord prévoyant un cessez-le-feu et ainsi mettre fin aux actions armées...* » (Rec 1986, §25).

elle revenait, pour la Cour, à s'en tenir à une seule base de compétence, celle qui élude la négociation politique. Cette démarche faciliterait en quelque sorte la juridiction de la CIJ, en ce qu'elle ne subordonne cette compétence à aucun préalable. Or, la Cour n'a pas choisi cette voie « de la facilité ». Au contraire, elle montre le caractère cumulatif des bases de sa compétence, et met un soin à examiner chacune d'elles. Un cas type est fourni par l'affaire de « *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* », qui a donné lieu à l'ordonnance du 8 mars 2011. Dans cette affaire, la juridiction de la CIJ reposait à la fois sur les déclarations de juridiction obligatoire faites par les deux Etats, conformément à l'article 36 paragraphe 2 du Statut de la CIJ, et sur l'article XXXI du Pacte de Bogota. Or, seul ce dernier texte évoquait les négociations préalables à la saisine. Alors que les déclarations unilatérales des deux Etats fondaient déjà sa compétence, la Cour va néanmoins chercher si la condition fixée par le Pacte de Bogota a été remplie, et conclut à l'affirmative⁷⁹. Pareille démarche est encore de nature à attester qu'il n'y a pas, de la part de la Cour, d'hostilité de principe à l'égard du règlement politique.

Toutes ces affaires tendraient donc à montrer que la Cour de La Haye n'examine pas les antécédents politiques de sa saisine dans le seul cas où ces antécédents résultent d'engagements de l'Etat, elle étend sa sollicitude en acceptant de regarder à des règlements politiques allégués, alors même que ceux-ci ne reposent sur aucune « base légale », au sens où ils constitueraient des obligations souscrites par les Etats. Bien entendu, accepter de se pencher sur ces accords ne préjuge pas de leur prise en compte dans la décision juridictionnelle, mais, encore une fois, la simple recevabilité de l'argument n'est pas sans intérêt : elle montre, relativement à notre problématique, et contrairement à l'impression que la double récusation du facteur politique pourrait provoquer, que le juge international n'est pas un adversaire de principe des règlements politiques ou des négociations qui les préparent. La prise en compte de celles-ci est donc large : elle a lieu non seulement dans des hypothèses où elles constituent une condition de la saisine, mais également dans celles où elles n'ont été prévues nulle part. Il reste maintenant à envisager, une fois cette remarque générale faite, les contours de la conception que le juge se fait à cet égard, la conception que celui-ci a de telles négociations.

2. *Le pragmatisme de la Cour*

Lorsqu'elle se penche sur les négociations politiques tendant à résorber un différend entre Etats, la Cour développe une conception essentiellement empreinte de pragmatisme. Il faut entendre par là deux choses : le caractère extrêmement large de la notion de « négociation » et une perception très souple, très « pratique » du « désaccord » qui signe l'échec des pourparlers et scelle sa compétence.

La notion de négociation préalable à la saisine de la Cour est conçue de façon très large. Elle ne se limite pas à la modalité à laquelle on songe immédiatement : des pourparlers bilatéraux, des échanges limités aux seuls Etats en litige. Au rebours de cette conception étriquée et formaliste, la Cour a adopté une vision qui tend à intégrer toutes les initiatives ou démarches, entreprises à divers niveaux, de façon institutionnelle ou informelle, tendant à trouver une

⁷⁹ CIJ, ordonnance du 8 mars 2011, § 15 à 17.

solution politique au différend qui lui est soumis. Ce libéralisme du juge international a été souligné⁸⁰.

On remarquera notamment à quel point le déroulement de telles négociations dans un cadre élargi a pu être pris en compte par la Cour. Dans l'affaire du « *Sud Ouest africain* », le juge s'est référé à des débats qui ont eu lieu au sein des Nations Unies pour considérer que le préalable de la négociation avait été satisfait⁸¹. Dans deux affaires qui ont concerné des États d'Amérique du Sud, la Cour a abondamment cité les échanges qui ont eu lieu dans le cadre du « groupe de Contadora » et plus généralement de l'OEA: affaires des « *Actions armées frontalières et transfrontalières* » entre le Nicaragua et le Honduras (1988) et, très récemment, « *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* » entre le Costa Rica et le Nicaragua (ordonnance du 8 mars 2011)⁸².

Cette jurisprudence « libérale » ne doit pas, à vrai dire, surprendre. Elle se rattache d'abord à la notion même de négociation, telle qu'elle est entendue dans les relations internationales. Dans toutes les définitions de celle-ci, l'accent est mis sur la finalité de l'action entreprise, qui est la réduction du conflit ou du dissentiment⁸³. Dès lors, tout ce qui tend vers cet objectif peut être considéré comme relevant de la négociation.

Il faut surtout relier la souplesse de la notion à la variété des moyens pacifiques de règlement des différends. La palette des moyens fournis aux États pour aplanir leurs divergences est bien reflétée par l'article 33 de la Charte de l'ONU. Aux termes du paragraphe 1^{er} de celui-ci en effet, « *les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* ». On notera pour l'essentiel qu'en dépit de sa volonté d'être exhaustive dans l'énumération des modes de règlement, cette disposition ne prétend nullement avoir épuisé les possibilités qui s'offrent aux États de résoudre leur différend, puisqu'elle leur laisse encore le « choix ». Il n'y a d'ailleurs pas que la Charte de l'ONU qui reflète la liberté des États de choisir leur mode de solution, des instruments aussi importants que la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends de 1982 peuvent également être cités à cet égard. Cette dernière indique que « *les parties conviendront des moyens pacifiques qui seront appropriés aux circonstances et à la nature du différend* »⁸⁴. Sur ce point, il faut bien prendre conscience que le droit international a changé. Le principe de liberté des États n'existait pas dans la SDN. Le Pacte n'offrait en effet qu'un choix limité, entre la voie diplomatique et l'arbitrage (article 13) ou entre l'arbitrage et le recours au Conseil de la SDN (article 14). De nos jours, l'idée est au contraire établie que le règlement

⁸⁰ Entre autres par de VISSCHER Ch., op.cit., p.82 ; DAILLIER P., PELLET A., FORTEAU M., op.cit., pp.927-928 ; REUTER P., op.cit., p.714 ; GHOZALI N-E., op.cit., p.344.

⁸¹ CIJ Rec.1962, p.346.

⁸² V. dans cette dernière affaire, la « Chronique de jurisprudence internationale » de METOU M., *RGDIP* 2011-2, p.585.

⁸³ Pour une définition de la notion de négociation, on se référera à l'ouvrage de DIALLO B.Y.I., *Introduction à l'étude et à la pratique de la négociation*, Paris, Pedone 1998, pp. 18 à 23 notamment.

⁸⁴ Déclaration de Manille, 1^{ère} partie, paragraphe 5.

du litige interétatique demeure l'affaire des parties elles-mêmes et qu'aucune injonction ne peut, à ce sujet, leur être en principe adressée⁸⁵.

Le concept de négociation est donc compris de façon assez large par la Cour de justice de La Haye. Mais ce pragmatisme se retrouve également dans l'appréciation du fait qui conditionne le déclenchement de la juridiction de la Cour : le désaccord des parties, l'impuissance de la solution politique. Le juge doit en effet vérifier que les négociations n'ont pas connu un succès, sont restées sur une impasse, avant de se saisir de l'affaire. Or, le raisonnement de la Cour laisse paraître, sur ce point, une sorte de technique de l'escamotage, le juge ayant tendance à ne pas s'attarder sur le processus ou les détails des pourparlers, et établissant assez vite le constat de carence du règlement politique. Tout se passe comme si celui-ci était « pressé » d'établir cette compétence, en maniant la notion de « raisonnable » dans un sens favorable à sa compétence, et en allégeant assez considérablement l'obligation de négocier qui pèse sur les Etats. La démarche de la Cour, lorsqu'il s'agit de constater que la négociation n'a pu aboutir, est donc remarquable par son caractère elliptique, par une sorte de présomption de l'échec du règlement politique dès lors qu'un règlement juridictionnel a été sollicité⁸⁶.

Le maniement du « raisonnable » est une première preuve de ce pragmatisme judiciaire. Pour montrer qu'elle ne dissimule pas la part de liberté qu'elle a dans l'appréciation des chances de la négociation, et donc de celle de la nécessité d'une solution juridictionnelle, la Cour utilise des expressions très parlantes, comme celle de « *mesure raisonnable* »⁸⁷, de « *mesure permise par les circonstances* »⁸⁸, ou encore de « *règlement satisfaisant* »⁸⁹. Il faut bien comprendre qu'à travers toutes ces expressions, c'est la Cour qui fait un pari, c'est son propre jugement qu'elle porte sur le processus politique. En concluant de façon quelque peu « rapide » à l'échec de celui-ci, le juge n'a pas nécessairement tort, il a même, concédons-le, la plupart du temps raison, mais ce qui importe ici est seulement de mettre en exergue le subjectivisme et le « forçage » qui caractérisent sa démarche. Son pragmatisme est « intéressé » ou « orienté », dans la mesure où il est propre à assurer sa compétence à connaître du litige.

La technique de l'escamotage, pratiquée par la Cour, se retrouve à d'autres niveaux. Depuis la jurisprudence « *Mavrommatis* », elle avait tracé les limites d'une négociation politique : celle-ci a échoué dès qu' « *elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un non-possumus ou à un non-volumus péremptoire de l'une des parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'était pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique* »⁹⁰. Cette négociation n'a donc pas besoin d'être menée sur une période

⁸⁵ V. QUENEUDEC J.-P., Commentaire de l'article 33, in COT (J.-P.) et PELLET A. (dir.) *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1985, pp.568-569 ; v. également COLLIER J. et LOWE V. *The Settlement of Disputes in International Law : Institutions and Procedure*, Oxford University Press, 1999, p.21 ; GUILLAUME G., « La politique des Etats à l'égard du règlement par tierce partie », « *Thesaurus acroasinus* », Salonique 1991, p.348, repris dans *la Cour Internationale de Justice à l'aube du XXIème siècle. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, p.13.

⁸⁶ V. également SANTULI C., *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p.14.

⁸⁷ CPJI, « *Interprétation des Arrêts 7 et 8* », série A, n°13, p.11

⁸⁸ CIJ, Rec.1969, p.47 ; CIJ Rec 1957, p.149 (affaire du « *Droit de passage en territoire indien* »).

⁸⁹ CIJ Rec. 1980, p.27 (affaire du « *Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran* »).

⁹⁰ CPJI, Série A, n°2, p.13.

nécessairement longue, elle peut même tenir une « *conversation courte* », comme l'indique encore l'arrêt « *Mavrommatis* », l'essentiel, pour constater son échec, étant la révélation du caractère irréconciliable des positions. Plus tard, la Cour considérera qu'il suffit que les parties « *aient manifesté des opinions opposées* »⁹¹. L'escamotage du processus de règlement diplomatique est encore plus net dans l'affaire du « *Droit de passage en territoire indien* ». La CIJ ne répond pas à la question soulevée alors par l'Inde, du caractère « coutumier » de l'obligation de négocier, elle ne s'attarde pas sur les démarches qui ont pu avoir lieu dans ce cadre, mais se presse de constater qu'au moment où elle est saisie, il existe un différend, et que cette réalité suffit à constituer sa juridiction. La Cour ne dissimule pas, là non plus, qu'elle élude certains aspects de l'argumentation indienne, pour « aller droit au but » : « *à supposer fondée la thèse selon laquelle l'article 36 §2 en se référant aux différends d'ordre juridique pose comme condition à la juridiction de la Cour l'exigence d'une définition du différend par voie de négociation, cette condition a été remplie dans la mesure permise par les circonstances de l'espèce* » et un « *différend existe* » entre les parties au moment où elle est saisie⁹².

Il est du reste permis, pour finir, de se demander si l'obligation de négocier n'a pas, dans la pratique de la Cour, connu un processus d'érosion accentué par une jurisprudence récente. Il existe en effet plus que des nuances entre les arrêts relativement anciens qui ont été rendus sur ce point, et quelques décisions adoptées ces derniers temps par la CIJ. Dans un premier temps, l'obligation de négocier qui pèse sur les Etats a pu être interprétée de manière relativement rigoureuse par le juge, qui a alors tenté de lui conférer un contenu positif, d'en faire une sorte d'obligation de prestation. Ainsi, la CPJI a eu à préciser que cette obligation « *n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible en vue d'arriver à des accords* »⁹³. Dans le sillage de cette jurisprudence, le juge Cheng Tien-Hsi estimait dans son Opinion individuelle dans l'affaire des « *Phosphates marocains* », que « *l'essence d'une négociation est de discuter une question avec l'intention de la régler* »⁹⁴. Puis, c'est la CIJ elle-même qui énonce, dans l'affaire du « *Plateau continental de la mer du Nord* », que « *les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsqu'une d'entre elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification...* »⁹⁵. La Cour a donc estimé que l'obligation de négocier n'était pas purement symbolique, que pour y satisfaire, les parties devaient accomplir des actes précis, et manifesté une réelle ouverture d'esprit pour trouver une solution à leurs divergences.

C'est ce point de vue qui nous semble remis en question par la jurisprudence récente de la CIJ. Deux décisions notamment ont été rendues ces derniers temps, qui témoignent, en effet, d'un effritement de l'obligation de négocier, d'un appauvrissement de son contenu. Dans l'ordonnance du 28 mai 2009 au sujet des « *Questions concernant l'obligation de poursuivre*

⁹¹ CPJI, « *Interprétation des arrêts 7 et 8* », série A, n°13, p.10. Dans l'arrêt du 20 décembre 1988 relatif aux « *Actions armées frontalières et transfrontalières* », la CIJ parle d' « *attitude opposée* » de l'une des parties (Rec. p.28).

⁹² CIJ, Rec.1957, p.149.

⁹³ CPJI, Série A/B, n°42, p.116. C'est nous qui soulignons.

⁹⁴ Opinion individuelle, CPJI, Série A/B, n°74, p.39.

⁹⁵ CIJ, Rec.1969,p.47.

ou d'extrader (*Belgique c. Sénégal*) », la Cour, invitée à apprécier l'accomplissement du préalable diplomatique par la Belgique, considère seulement que « *la Belgique a tenté de négocier* »⁹⁶. Cette nouvelle évaluation semble être le résultat d'une politique délibérée, puisque moins d'une année avant, dans une ordonnance du 15 octobre 2008, la CIJ avait estimé que la condition posée par l'article 22 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui posait l'obligation de négocier avant toute saisine de la Cour, avait été satisfaite dès lors que « *l'Etat demandeur (avait) tenté d'engager des discussions avec l'Etat défendeur sur des questions pouvant relever de la Convention* »⁹⁷.

Tout paraît donc indiquer une sorte de dégradation de l'obligation de négocier. Il semble qu'il soit de moins en moins exigé des Etats qu'ils fassent l'effort de trouver un accord en renonçant à certaines de leurs positions, et que, de plus en plus, le simple fait d'avoir « tenté » de négocier suffise à les libérer de leur devoir. La jurisprudence de la Cour mérite d'être observée sur ce point, les deux décisions citées étant susceptibles d'être l'amorce d'une inflexion jurisprudentielle⁹⁸.

Au total, c'est donc le pragmatisme qui domine dans la conception que le juge international se fait des négociations politiques, préalables à sa saisine : la notion même de négociation est entendue dans un sens très large, la Cour répute acquis le désaccord qui scelle sa saisine dans des conditions assez « faciles », et l'obligation de négocier qui pèse sur les Etats est de plus en plus allégée. Toutes ces données concourent à faciliter la juridiction de la Cour ; moins le juge s'attarde sur le processus politique, plus il ménage le processus judiciaire et établit sa compétence. Il faut, pour finir, se demander si un tel pragmatisme ne tient pas également au fait que le juge se trouve dans une certaine difficulté à évaluer les bonnes dispositions des parties, quand celles-ci sont entrées en négociation. Il est en effet malaisé, pour le tiers qu'il est, de « sonder les cœurs et les reins », d'entrer dans l'intimité des négociateurs. Dans ces conditions, le contrôle que la Cour exerce sur l'accomplissement d'une obligation qui, elle l'a elle-même dit, est une obligation de moyens et non de résultat, ne peut être qu'un contrôle minimal. En pratique, il n'est pas possible d'exiger d'un Etat qu'il fasse des concessions, lorsque celles-ci sont la clé d'un accord. Seules les parties sont à même de procéder à une appréciation des véritables chances de parvenir à un règlement politique. C'est sans doute pourquoi la saisine de la Cour par l'une d'elles constitue, aux yeux de celle-ci, la preuve la plus tangible d'un blocage ou d'une impasse dans les négociations. Dans ces conditions, le pragmatisme de l'approche judiciaire se justifie amplement.

La Cour de La Haye prend donc en considération les processus de règlement politique esquissés hors de son prétoire, soit qu'un tel règlement est une condition préalable de sa

⁹⁶ CIJ, ordonnance du 28 mai 2009, §50.

⁹⁷ CIJ, ordonnance du 15 octobre 2008, § 114.

⁹⁸ L'attitude de la CIJ a sans doute déterminé le comportement de la Roumanie dans l'affaire de la « *Délimitation maritime en mer noire* ». Cet Etat considérait, dans sa requête introductive d'instance, que l'échec des discussions au terme de « *24 rounds of negotiations* » l'amenait à saisir la Cour, « *in order to avoid the indefinite prolongation of discussions that, in the opinion of Roumanian side, obviously cannot lead to any outcome* » (Requête enregistrée au greffe de la CIJ le 23 juin 1999, p.10, cité par FORTEAU M., « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in RUIZ FABRI H. et SOREL J-M. (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, p.23.

saisine, soit qu'il n'en est pas une, mais qu'une partie l'invoque spontanément dans un litige. Cette bienveillance de la Cour, notamment dans la seconde hypothèse, montre que le juge est attentif aux développements politiques d'une affaire judiciaire, aux antécédents ou à l'actualité diplomatique du cas dont il est saisi. Et de fait, l'examen de la jurisprudence révèle que la juridiction de la Cour est informée – au sens fort du terme, qui signifie « donner une forme » - par le règlement politique. Cela apparaît nettement quand, le règlement politique *ayant abouti*, le juge décide d'en intégrer les acquis dans la solution judiciaire.

B – La prise en compte des acquis de la négociation politique par la Cour

Avant de voir les modalités pratiques par lesquelles cette prise en compte a lieu (2), il faut essayer de justifier, en théorie, cette attitude de la Cour, qui témoigne du réalisme de la fonction juridictionnelle dans l'ordre international (1).

1. Justification théorique : le caractère contextuel de l'acte de juridiction

La prise en compte des développements politiques d'une affaire, et plus précisément des tentatives de règlement politique esquissées autour d'elle, se recommande d'une série de considérations, qui tournent autour du fait que l'acte de juridiction n'est jamais posé « *in abstracto* » mais doit toujours être relié au contexte dans lequel il intervient, à la réalité concrète dans laquelle il vient s'insérer. Elle trouve également appui dans un certain nombre de principes généraux qui régissent la procédure judiciaire en général, et qui trouvent certainement à s'appliquer dans l'ordre international.

Il faut d'abord rappeler, dans ce sens, le caractère volontaire de la justice internationale. Le juge ne peut dès lors pas se permettre de rendre des arrêts pour le seul intérêt de la procédure, dans le cadre d'une conception quelque peu abstraite du droit. Dans un univers où ce sont les justiciables eux-mêmes qui conditionnent l'exercice de la fonction juridictionnelle, aussi bien dans son principe que dans son étendue, le juge est nécessairement amené à être attentif au vouloir de ces parties. Le caractère volontaire de la justice internationale y renforce l'importance du « principe dispositif », celui qui veut que le procès soit la chose des Etats. Son existence est de nature à réduire le pouvoir d'appréciation du juge, dans l'opportunité même de l'exercice de sa mission. Si, par conséquent, un règlement politique a pu être entrepris par ces parties, la Cour doit être attentive à l'existence et au contenu de celui-ci car c'est toujours la même volonté des Etats qui s'exprime ; le juge ne tient pas son pouvoir d'un principe transcendant cette volonté, le volontarisme induit le réalisme.

Ce caractère volontaire, on le trouve à maintes reprises dans la jurisprudence de la Cour. La CPJI a indiqué dans l'affaire de l' « *Usine de Chorzov* » que « *la juridiction de la Cour est toujours une juridiction limitée, n'existant que dans la mesure où les Etats l'ont admise* »⁹⁹. Dans l'affaire des « *Ecoles minoritaires en Haute Silésie* », elle s'exprime en des termes qui prennent une résonance particulière dans la perspective, qui est la nôtre, d'un « télescopage » entre règlement politique et règlement juridictionnel. Après avoir encore rappelé que « *la juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties* », elle relève que « *la Cour est*

⁹⁹ CPJI, Série A, n°9, p.32. Dans la même affaire, la Cour a réaffirmé que « *la juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties* », Série A, n°17, pp.37-38.

toujours compétente au moment où celles-ci acceptent sa juridiction »¹⁰⁰. Cette donnée a son corollaire : celle d'une valorisation de la volonté des parties dans le contentieux international en général, et devant la Cour de La Haye en particulier. Dans sa très récente étude sur « les techniques interprétatives devant la Cour Internationale de Justice », le Pr Mathias Forteau a mis en exergue la tendance de la Cour à conférer à la volonté des parties au procès un rôle décisif dans les raisonnements et les décisions qu'elle adopte¹⁰¹.

L'attention portée au contexte produit une deuxième conséquence : celle de la nécessité d'une pertinence de la décision rendue, de l'impératif de son actualité, de son adéquation aux circonstances qu'elle trouve quand elle survient. La décision du juge doit être opportune, c'est-à-dire être appropriée aux circonstances, de temps notamment¹⁰². Cette exigence est également au cœur de la jurisprudence de la Cour, elle se manifeste notamment sous la forme d'un rejet de tout « jugement déclaratoire », c'est-à-dire d'un jugement « abstrait » et n'ayant aucune prise sur le réel, présentant un caractère « désincarné » ou « déphasé ». Nul mieux que la CIJ elle-même n'a exprimé cette préoccupation, dans les arrêts relatifs au « Cameroun septentrional » et aux « Essais nucléaires ». Dans la première décision, elle a posé en principe que « la Cour ne peut rendre d'arrêt qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques » entre les parties »¹⁰³. Puis elle précise que « l'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits et obligations juridiques existants des parties... »¹⁰⁴. Dans l'affaire des « Essais nucléaires », la CIJ a tout autant mis en exergue la nécessité que les questions portées à prétoire traduisent des divergences réelles et actuelles. Dans cette perspective, elle estime qu'elle a « un pouvoir inhérent qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de cette compétence ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige »¹⁰⁵.

¹⁰⁰ CPJI, Série A, n°15, p.22. C'est nous qui soulignons. On peut encore citer plusieurs autres décisions de la Cour. Parmi elles, l'Avis sur l' « Interprétation des traités de paix du 12-2-1947 conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie » (« Le consentement des Etats parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse », Rec. 1950, p.71) ; l'arrêt relatif à l' « Anglo-iranian oil Company » (« ces règles générales ...partent du principe selon lequel la compétence de la Cour, pour connaître d'une affaire au fond et pour la juger, dépend de la volonté des parties », Rec.1952, p.103) ; l'arrêt rendu dans l'affaire « Ambatielos » (« La souveraineté implique le droit de refuser d'être attrait devant un tiers », Rec. 1953, p.19) ; l'arrêt sur l'affaire de « l'Or monétaire pris à Rome » (« La Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier », Rec. 1954, p.32) ; l'Avis sur le « Sahara Occidental » (« la Cour n'a pas retenu les objections formulées en fonction du principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant », Rec.1975, p.12) etc.

¹⁰¹ FORTEAU M., « Les techniques interprétatives de la Cour Internationale de Justice », *RGDIP* 2011-2, p.407. Dans le même sens, SOREL J-M., « Article 31 », in CORTEN O. et KLEIN P. (eds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant 2006, pp.1297-1298 ; GUILLAUME G., ex-Président de la Cour, pour qui la CIJ « met « the focus on the intentions of the parties », in *Methods and Practice of Treaty interpretation by the ICJ*, in SACERDOTI G. e.a (ed), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge UP, p.467.

¹⁰² Sur la notion d'opportunité dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, v. l'étude déjà citée de BEDJAOUI M., qui porte précisément sur la question.

¹⁰³ CIJ, Rec. 1963, p.15.

¹⁰⁴ Ibid., pp.33-34.

¹⁰⁵ CIJ, Rec. 1974, p.259.

L'office de la Cour doit donc être « concret », le juge ne l'exerce que dans la mesure où il est assuré que sa juridiction aura un impact, influera sur un contexte déterminé. Dès lors, lorsque la détermination même d'un litige reste problématique, lorsqu'il ne va pas de soi qu'il existe un différend réel ou consistant entre Etats, la Cour s'abstiendra de juger, qu'un tel différend soit « passé » ou « inexistant ». Telle est la leçon des jurisprudences que nous venons de citer. On comprend donc qu'il faille les relier à un autre principe dégagé par la Cour : le devoir des parties d'établir objectivement le litige. Il ne suffit pas, en effet, que l'une d'elles considère qu'il ya divergence pour que la Cour la suive dans sa logique. Comme l'énonce la CIJ dans l'affaire du « *Sud Ouest africain* », « *la simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence de différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas* »¹⁰⁶.

Relativement à notre problématique, cette ligne jurisprudentielle a des conséquences précises. Elle atteste une sorte de limite du principe dispositif, du maniement de l'objet du litige par les parties. Si la saisine même du juge international dépend de ces parties, si la définition de l'objet du litige leur revient également, cette définition ne lie nullement le juge, et celui-ci peut en quelque sorte la contester, en remettant en cause l'existence même d'un différend. En posant que celui-ci doit être « concret » ou « objectif », la CIJ révèle aux parties qu'elles n'exercent pas une maîtrise totale sur le processus judiciaire. La conséquence d'un tel point de vue est que le juge international a le droit de regarder à toutes les données qui entourent sa saisine, aux circonstances dans lesquelles celle-ci intervient, et, notamment, aux tentatives de règlement politique qui l'ont éventuellement précédée. Il en est ainsi parce qu'il pourrait précisément advenir que ce règlement vide de tout sens une intervention judiciaire, rende inutile toute immixtion juridictionnelle dans le règlement de l'affaire. Nous avons là, on le voit bien, quelques considérations sur lesquelles le juge international peut se fonder pour s'intéresser à un règlement politique antérieur ou concomitant à sa saisine.

Ce ne sont pas, au reste, les seules. Deux autres considérations, l'une d'ordre « technique », l'autre de type « politique », peuvent encore expliquer ou justifier l'intérêt de la Cour pour le règlement politique.

Il existe en effet une règle de procédure judiciaire qui veut que l'instance qui se déroule devant le juge ne scelle pas, une fois pour toutes, les bases et les enjeux du litige. L'instance judiciaire est dynamique, elle n'est pas statique. Tout au long de la procédure, des éléments nouveaux sont versés au dossier, les axes de débat se déplacent, les points de controverses changent, les stratégies des parties elles-mêmes s'affinent, s'infléchissent, se modifient, épousent les contours de considérations dictées par l'opportunité. Cette mobilité du débat judiciaire ne vaut pas que pour les parties, elle rejaillit aussi sur l'office du juge, qui ne saurait dès lors s'en tenir à une vision « figée » de son rôle. Cette souplesse procédurale, qui peut se manifester même après l'arrêt de la Cour¹⁰⁷, invite à intégrer dans le débat tous éléments

¹⁰⁶ CIJ, Rec. 1962, p.319. V. également l'Avis du 30 mars 1950 sur l' « *Interprétation des traités de paix* », Rec. p.124.

¹⁰⁷ V. à ce sujet BRANT CALDEIRA N.L., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, LGDJ 2003, qui évoque « *la nécessité sociale, fondement de la flexibilisation de l'effet définitif de la sentence* »(pp.309 et 311).

nouveaux et pertinents, dont les esquisses de solution politique peuvent faire partie¹⁰⁸. On trouve dans le Statut et le Règlement de la CIJ plusieurs dispositions assurant cette fonction de suivi des développements circonstanciels d'une affaire. Rien que les contacts réguliers que le Président de la juridiction entretient avec les parties constituent, à cet égard, un précieux instrument d'ajustement de l'office de la Cour¹⁰⁹. Il est également prévu que la Cour peut, dans le traitement d'une affaire, prendre en compte « *toutes (...) circonstances particulières* »¹¹⁰, s'enquérir auprès de tiers de certains aspects touchant les litiges dont elle est saisie¹¹¹, elle peut indiquer des mesures conservatoires¹¹², requérir des agents des parties la production de tout document propre à l'éclairer¹¹³, confier une enquête ou une expertise à toute personne de son choix¹¹⁴, s'adjoindre des assesseurs¹¹⁵, inviter les Parties à produire des moyens de preuve qu'elle estime nécessaires¹¹⁶, ou à échanger des écritures sur telles questions¹¹⁷ etc. Il s'agit là d'autant de leviers sur lesquels la Cour peut agir pour intégrer, dans sa solution, tous les éléments pertinents. Il va de soi que les développements politiques d'une affaire entrent parmi ces éléments.

La Cour Internationale de Justice en particulier, peut se prévaloir d'une autre considération pour ne pas négliger les processus politiques qui entourent sa saisine. Elle touche son insertion dans une structure politique : celle des Nations Unies, dont la mission principale est le « maintien de la paix et de la sécurité internationales ». La relation organique, structurelle de la Cour avec des organes politiques influe, bien entendu, sur les conditions dans lesquelles elle s'acquitte de sa mission juridictionnelle. En vérité, cette spécificité de la situation de la Cour va se traduire par la conception « holistique » qu'elle aura de sa mission, par le fait qu'elle va intégrer sa fonction dans la visée de l'organisation dont elle-même dérive, en se montrant sensible aux enjeux de la prévention des conflits et de la paix mondiale. Devant la Cour plus que devant toute autre juridiction, « *la fin (finalité) du procès est aussi la fin (terminaison) du procès* », comme l'écrit finement J.C. GAUTRON¹¹⁸. Il existe ainsi une dimension politique dans la mission de la Cour, dimension qu'il ne faut pas se dissimuler. Plusieurs fois, l'accent a ainsi été mis sur la vocation « *pacificatrice* » de l'intervention de la CIJ¹¹⁹, qui pouvait, par moments, la conduire à céder aux sirènes d'une justice « *transactionnelle* »¹²⁰. Il est difficile de contester la pertinence du reproche, lorsqu'on lit,

¹⁰⁸ Dès lors, la saisine de la juridiction « *semble jouer davantage un rôle d'impulsion que de définition de la demande* », comme l'écrit M.FORTEAU, « La saisine des juridictions... », précité, p.86.

¹⁰⁹ BEDJAOUI M., op. cit., p.573.

¹¹⁰ Art. 54 du Règlement.

¹¹¹ Art. 34 du Statut de la Cour.

¹¹² Art. 41 du Statut.

¹¹³ Art. 49 du Statut.

¹¹⁴ Art. 50 du Statut.

¹¹⁵ Art. 9 du Règlement de la Cour.

¹¹⁶ Art. 62 du Règlement.

¹¹⁷ Art. 45 §2 du Règlement.

¹¹⁸ GAUTRON J.C., « Création d'une Chambre au sein de la Cour Internationale de Justice, mesures conservatoires et médiation dans le différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali ; Ordonnance du 10 janvier 1986 », *AFDI* 1986, p.214.

¹¹⁹ Le mot est repris par BEDJAOUI M., op. cit., p. 564. V. également KDHIR M., *Dictionnaire juridique de la Cour Internationale de Justice*, 2^{ème} ed., Bruxelles, Bruylant, 2000, p.235.

¹²⁰ V. ABI SAAB G., « De l'évolution de la Cour Internationale... », précité ; FORTEAU M., « Les techniques interprétatives... » précité, p. 407.

sous la plume de membres de la Cour elle-même, « *qu'en disant le droit, en tranchant exclusivement en conformité au droit international, la Cour se devait toutefois de rechercher, parmi les possibles solutions, celle qui était susceptible de provoquer le moins d'insatisfaction d'un côté comme de l'autre* »¹²¹.

Quoiqu'il en soit, on voit bien dans quel sens va cette sensibilité aux considérations « politiques ». Elle est, elle aussi, de nature à entraîner la Cour vers la prise en compte des règlements politiques. Et de fait, cette prise en compte existe. Un examen minutieux de la jurisprudence permet de l'affirmer, et de nuancer ainsi la récusation du facteur politique dans les décisions rendues par l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Il s'agit donc de voir comment, en pratique, cette prise en considération a eu lieu, comment le processus judiciaire a intégré les acquis des processus politiques et comment, finalement, la coexistence du règlement politique et du règlement juridictionnel a pu s'avérer plus « dialectique » et moins conflictuelle que ne pourrait le laisser croire une première impression. Le caractère nécessairement contextuel de l'acte de juridiction, contrainte à laquelle n'échappe pas la Cour, se traduit concrètement par l'accompagnement du règlement judiciaire par le règlement politique.

2. Confirmation pratique : l'accompagnement du règlement politique par le règlement judiciaire

La Cour tient donc compte des règlements politiques intervenus ou susceptibles d'intervenir entre les Etats qui plaident leur cause devant elle. Contrairement aux apparences, cette jurisprudence a sa rationalité, sa cohérence. Son examen révèle qu'il existe trois modalités à travers lesquelles le règlement judiciaire « accompagne » le règlement politique d'une affaire.

Il arrive, tout d'abord, qu'un règlement politique éteigne la totalité d'un contentieux dont la Cour était saisie. Les effets d'un tel règlement sont alors drastiques, ils se traduisent notamment par le désistement des parties, c'est-à-dire leur renonciation à agir¹²². C'est l'article 88 du Règlement de la Cour qui organise cette procédure. Il dispose que « *si, à un moment quelconque avant l'arrêt définitif sur le fond, les parties, conjointement ou séparément, notifient à la Cour par écrit qu'elles sont convenues de se désister de l'instance, la Cour rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant que l'affaire soit rayée du rôle.*

Si les parties sont convenues de se désister de l'instance parce qu'elles sont parvenues à un arrangement amiable, la Cour peut, si les parties le désirent, soit faire mention de ce fait dans l'ordonnance prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle, soit indiquer les termes de l'arrangement dans l'ordonnance ou dans une annexe à celle-ci.

Si la Cour ne siège pas, toute ordonnance rendue conformément au présent article peut être prise par le Président ».

¹²¹ Opinion dissidente des juges BEDJAOUI, RANJEVA et KOROMA dans l'affaire de la « *Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* », Rec. 2001, p.6.

¹²² Sur le désistement, v. SANTULLI C., op. cit., p. 462 ; GUILLAUME G., « Le désistement devant la CIJ », in *La Cour Internationale de Justice à l'aube...* précité, pp. 141-159.

Sur la base de cette disposition, plusieurs affaires portées devant la Cour ont ainsi été rayées du rôle parce que les parties avaient trouvé un règlement politique au cours de la procédure judiciaire.

Dans l'affaire de la « *Compagnie du port, des quais et des entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio Orient* », le Président de la CIJ a pris une ordonnance du 31 août 1960, « prenant acte » des arrangements intervenus entre la France et le Liban, dont ceux-ci lui avaient fait part, pour ordonner que l'affaire soit rayée du rôle¹²³. Dans l'affaire du « *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* », huit mois après l'arrêt du 24 mai 1980 condamnant le comportement de l'Iran, les accords d'Alger furent conclus entre les deux Etats, les Etats Unis s'engageant à se désister de « *toutes les instances ...introduites devant la Cour* ». En conséquence, ils demandèrent à la CIJ qu' « *il soit mis fin à toutes les instances pendantes ...au sujet des réparations* ». L'ordonnance du Président de la Cour, prise le 12 mai 1981 évoqua alors « *l'intention commune des parties de mettre à présent fin par leur désistement inconditionnel aux instances* » et ordonna la radiation de l'affaire¹²⁴. Puis c'est dans l'affaire de « *Certaines terres de phosphates à Nauru* », opposant l'Australie à Nauru que l'article 88 du Règlement de la Cour trouva à s'appliquer. Par notification conjointe, ces deux Etats indiquèrent à la CIJ « *qu'ils sont convenus, parce qu'ils sont parvenus à un règlement amiable, de se désister de l'instance* »¹²⁵. Enfin, dans l'affaire de l' « *Incident aérien du 3 juillet 1988* », l'Iran et les Etats Unis parvinrent à un accord le 9 février 1996, à la suite duquel, par lettre commune à la Cour, ils indiquèrent qu'ils « *sont convenus de se désister de l'instance* »¹²⁶. A ces cas de désistement concerté, il faut ajouter quelques désistements formellement unilatéraux, mais résultant en réalité de consultations entre les parties¹²⁷.

L'accord politique a ainsi pour effet, dans tous ces cas, d'anéantir la procédure judiciaire. La volonté des parties prime sur toute autre considération. D'autres principes, qui gouvernent la procédure du désistement devant la Cour, tendent également à assurer le primat de la volonté et de la liberté des Etats. Il en est ainsi de la règle suivant laquelle le désistement reste possible même pendant le délibéré et jusqu'à la lecture de l'arrêt. De la même manière, il est prévu que lorsque les parties se sont entendues pour rayer l'affaire du rôle, la CIJ ne peut que suivre leur volonté, elle n'a pas, sur ce point, de pouvoir d'appréciation, comme l'a par exemple une juridiction comme la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁸. La CIJ constate l'accord des parties, elle n'a pas à l'apprécier. On ajoutera que le « pilotage » même de la procédure de désistement a été facilité, puisque depuis la mise en place de la CIJ, en 1946, l'ordonnance de radiation de l'affaire peut être prise par le Président, et non plus par la seule Cour, comme c'était le cas dans le cadre de la CPJI. Ce système avait l'inconvénient de laisser les parties dans le statu-quo dans l'intervalle des sessions de la Cour ; aujourd'hui, les

¹²³ CIJ, Rec. 1960, p.186.

¹²⁴ CIJ Rec 1981, p.45.

¹²⁵ CIJ Rec 1993, p.322.

¹²⁶ CIJ, Rec 1996, I, p.9.

¹²⁷ C'est le cas dans l'affaire de la « *protection de ressortissants et protégés français en Egypte* » (CIJ, rec. 1950, p.59) ou dans celle de la « *Société d'électricité de Beyrouth* » (CIJ, Rec 1954, p.107). Sur les autres cas de désistements enregistrés devant la Cour, cf. GUILLAUME G., op.cit. , pp144-147.

¹²⁸ GUILLAUME G., op.cit., p.153.

Etats voient leur demande promptement satisfaite, la radiation d'une affaire est devenue un « banal » acte d'administration judiciaire. Enfin, pour prononcer une telle radiation, il n'est pas besoin que la Cour connaisse la teneur de l'accord intervenu, la juridiction se borne simplement à prendre acte de l'existence d'un tel accord, qu'au demeurant, les Etats peuvent souhaiter ne pas rendre public.

Tout, ainsi, concourt à faciliter la substitution du règlement politique au règlement judiciaire. La procédure de désistement, telle qu'elle est organisée devant la CIJ, constitue incontestablement une sorte d'hommage au règlement politique, et une facilitation de l'opérationnalité de celui-ci. Il arrive cependant que cette bienveillance ne tienne pas aux textes qui lient la Cour, mais procède d'une sorte de « politique jurisprudentielle », d'une attitude des juges face à un règlement politique. Cela transparait des deux autres modalités d'accompagnement de celui-ci.

Lorsque les Etats plaideurs, *ensemble*, lui font part de l'existence de négociations en cours, ou souhaitent que le règlement judiciaire s'autolimité dans cette perspective, la Cour les suit naturellement, elle accède à leur demande et encourage même de telles négociations. Ce cas de figure, qui est la deuxième modalité d'accompagnement du règlement politique, s'est notamment présenté dans l'affaire du « *Passage par le Grand Belt* » et dans celle de la « *Délimitation maritime entre la Guinée Bissau et le Sénégal* ». Dans le premier cas, la Cour ne s'est prononcée qu'au stade de l'indication des mesures conservatoires. Elle a rejeté la demande finlandaise, compte tenu de l'inexistence d'un risque de préjudice. Mais elle n'ignorait pas qu'au moment où elle statuait, des négociations pour aplanir les difficultés avaient lieu, que les parties s'y étaient complètement investies et en avaient fait état. Dans ces conditions, et ne pouvant pas encore, à l'époque, se prononcer sur le fond, la Cour a estimé que « *toute négociation entre les parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue* »¹²⁹. Quant à l'arrêt du 12 novembre 1991 rendu dans l'affaire de la « *Délimitation maritime entre la Guinée Bissau et le Sénégal* », il relève qu'il est « *éminemment souhaitable que les éléments du différend non (encore) réglés puissent l'être dans les meilleurs délais, ainsi que les parties en ont exprimé le désir* »¹³⁰.

On constate, dans ce dernier cas, que la position de la Cour à l'égard du règlement diplomatique diffère radicalement de celle que nous avons vue à propos de l'« obligation de négocier » qui pèserait sur les Etats. Autant l'argument est rejeté dans le premier cas, autant le règlement politique est encouragé dans le second. La clé de cette différence de traitement se trouve tout simplement dans la volonté des parties : la Cour récusé le facteur politique quand il n'est allégué *que par l'une des parties*, quand le silence de l'autre traduit de sa part un scepticisme à l'égard de la voie de solution - scepticisme précisément exprimé par sa saisine de la Cour - ; elle l'encourage au contraire lorsque les Etats, *conjointement*, ont investi un espoir dans leurs pourparlers, et demandent au juge d'en tenir compte. La parole judiciaire consiste essentiellement, dans ce cas, en un renvoi au règlement politique, en un encouragement à trouver une entente.

¹²⁹ CIJ, ordonnance du 29 juillet 1991, Rec. p.20.

¹³⁰ CIJ Rec 1991, p.75. V. également COTTEREAU G., « Validité de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau, Sénégal). Arrêt de la CIJ du 12 novembre 1991, *RGDIP* 1992, p.774.

La troisième et dernière modalité d'accompagnement d'un règlement politique par un règlement judiciaire est plus insidieuse, plus subtile. Dans ce cas-ci, le juge tient compte du règlement que les parties ont scellé, mais comme celui-ci a des failles, il tente de le compléter, de suppléer à ses lacunes. La Cour aura alors tendance à réaffirmer son credo suivant lequel l'esquisse d'une solution politique ne la prive pas de ses droits, et que les modes de règlement, loin de s'annuler ou se contrarier, se complètent et se renforcent mutuellement. Elle videra donc sa saisine, mais derrière la réaffirmation des principes, se niche un réalisme qui se traduira par l'intégration des acquis de la solution politique dans la solution juridictionnelle, le contenu de l'arrêt sera fonction du contenu de l'accord politique. Trois affaires traitées par la CIJ ces dernières années témoignent d'une telle démarche.

Dans l'affaire du « *Différend frontalier* » entre le Burkina Faso et le Mali, un accord politique était intervenu quelques jours avant que la Cour ne délibère. Cet accord était le fruit de diverses médiations, entreprises par l'OUA et le gouvernement français notamment, et qui avaient réussi à aplanir un certain nombre de points de désaccord abordés dans la demande en indication de mesures conservatoires sur laquelle la Cour devait se prononcer¹³¹. En dépit de cet acquis, la CIJ va néanmoins indiquer des mesures d'urgence. En vérité, son attitude s'explique, au moins partiellement¹³², par le fait que l'accord politique en question souffrait de plusieurs lacunes : l'existence de deux « accords » - l'une initiée par la Libye, l'autre dans un cadre sous-régional - , ainsi que le fait que ceux-ci laissaient sans réponse la question du retrait des troupes de la zone litigieuse, ont pu déterminer la Cour à exercer son office et à étendre celui-ci à ces points laissés en suspens¹³³.

Il en était de même dans l'affaire du différend frontalier entre le Cameroun et le Nigéria. La thèse nigériane consistait à invoquer l'accord politique de Kara, pour contester la juridiction de la CIJ. Cet accord avait, du point de vue nigérian, déjà statué sur les points autour desquels le Cameroun avait axé sa demande de mesures conservatoires. La CIJ ne va pas s'arrêter à cette objection, elle va faire droit à la requête camerounaise parce que l'accord de Kara, comme celui qui était en cause dans le différend entre le Burkina Faso et le Mali, était « imparfait » : non seulement il ne prenait pas en compte l'intégralité des demandes du Cameroun, mais au cours des audiences, cet Etat s'est attaché à montrer que ledit accord était loin d'avoir rétabli les « relations cordiales » entre les deux pays¹³⁴. C'est donc bien parce que le règlement politique n'avait pas aplani toutes les difficultés que la Cour a jugé nécessaire de mettre au point un règlement juridictionnel.

La Cour a également choisi d' « accompagner » un règlement extra-judiciaire dans l'affaire des « *Activités armées au Congo* ». Les circonstances étaient cependant particulières dans ce dernier cas. En effet, les demandes de la partie congolaises avaient ceci de particulier qu'elles avaient déjà été prises en charge par le Conseil de sécurité notamment, et par des accords politiques intervenues entre la République Démocratique du Congo et l'Ouganda. La requête

¹³¹ Sur cet accord, v. GAUTRON J.C., op. cit., pp.208-210.

¹³² Il ne faut pas oublier, en effet, que l'attitude de la Cour a aussi été dictée par le fait que, fait rarissime, elle a été saisie de deux demandes en indication de mesures conservatoires, par chacun des Etats. Ce fait n'a pu que la conforter dans sa volonté d'indiquer de telles mesures.

¹³³ GAUTRON J.C., op. cit., p.205, ainsi que le journal « Le Monde » des 31 décembre 1985 et 4 janvier 1986.

¹³⁴ GARCIA Th., op.cit., pp.416-417.

en indication de mesures conservatoires déposée par le Congo avait donc « *incontestablement un caractère redondant* »¹³⁵. Or, la CIJ va néanmoins se prononcer. Elle le fera cependant en relation étroite avec les développements politiques de l'affaire. La Cour ne suivra pas ainsi tout à fait la RDC, dont la satisfaction des demandes l'aurait certainement entraînée, sur la question du « retrait immédiat » des troupes ougandaises notamment, à contredire les arrangements politiques intervenus¹³⁶. Là également, la démarche de la Cour s'avère cohérente si on la confronte aux thèses que nous soutenons : elle se prononce parce qu'il ya dissentiment des Parties sur la nécessité même de sa juridiction, mais le réalisme de la fonction juridictionnelle l'amène à tenir compte d'un règlement politique, de manière si « serrée » qu'on peut se demander si l'ordonnance du 1^{er} juillet 2000 ne constitue pas tout simplement l'habillage judiciaire du règlement politique antérieur. La mesure conservatoire principale indiquée se lit en effet ainsi : « *les deux parties doivent, immédiatement, prendre toutes mesures nécessaires pour se conformer à toutes les obligations en vertu du droit international, en particulier en vertu de la Charte des Nations Unies et de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, ainsi qu'à la résolution 1304 (2000) du Conseil de sécurité en date du 16 juin 2000* ».

Conclusion

La question de la concurrence des modes de règlement des litiges devant la Cour de La Haye, et, plus généralement, de l'incidence du facteur politique dans ce règlement, a eu à être traitée par la doctrine lorsqu'elle s'est penchée sur certaines affaires soumises à la Cour, mais ce problème n'a, à notre connaissance, jamais donné lieu à une étude systématique, présentant les nuances de la jurisprudence et les clefs pour la comprendre. C'est cette lacune que la présente étude a tenté, très modestement, de combler.

Il s'avère, au terme de celle-ci, que quelques lignes de force ressortent des décisions rendues par la Cour à ce sujet.

On peut d'abord relever le refus systématiquement opposé par le juge à toutes les entreprises tendant à le dessaisir au moins en fait, au motif que le cas soumis serait de « nature politique ». L'affirmation de l'intégrité de la fonction judiciaire dans l'ordre international conduit la Cour à rejeter tout argument de ce type. Il est permis, à cet égard, de s'interroger sur la fameuse distinction « différends juridiques/différends politiques », sur ce qu'il en reste aujourd'hui tant il est vrai qu'à l'aune de la jurisprudence de la Cour, elle apparaît comme une sorte d'Arlésienne, le juge n'en ayant vraiment jamais tiré de conséquences décisives.

En deuxième lieu, on retiendra le caractère très subtil de la jurisprudence de la Cour. Les réponses qu'elle a apportées aux questions qui lui ont été posées sont en effet très nuancées, retorses même parfois, pourrait-on dire. Les solutions arrêtées résultent d'un savant dosage de considérations juridiques et de paramètres politique, de l'exigence d'un « règne du droit » et de l'impératif de tenir compte de la volonté des Parties, de nécessités principielles et des

¹³⁵ PAILLARD E., op. cit., p.252.

¹³⁶ Ibid. ; DUBUISSON F., op. cit., pp.593 et 599.

limites inhérentes à l'exercice de la fonction juridictionnelle dans l'ordre international. Rien ne serait plus réducteur, à cet égard, que d'opérer des coupes ou des évolutions tranchées dans l'attitude non seulement de la CPJI, mais de la CIJ elle-même.

On remarquera enfin que la Cour n'est jamais vraiment « fermée » aux solutions politiques alternatives, contrairement à ce qu'un examen rapide de ses réponses pourrait faire croire. « Bienveillance » ou « sollicitude » à l'égard du règlement politique, avons-nous souvent écrit. Le temps est sans doute venu de se demander si ces mots conviennent, si, en fait, l'attitude du juge international ne serait pas plus dictée par le réalisme que par la générosité, plus par une contrainte objective que par une dilection subjective pour les solutions politiques. « Sans doute », s'empressera-t-on de répondre à cette question, mais on aura garde d'en faire grief à la Cour. La justice internationale, comme toute justice au demeurant, subit en effet une double contrainte : celle de la bonne insertion de son verdict dans la réalité, et celle de l'attente même que les Parties nourrissent à son égard, ce que l'on pourrait appeler les « attentes raisonnables des plaideurs ». L'une et l'autre l'amènent à ne pas concevoir son rôle de façon « abstraite » ou purement technique, et, en l'occurrence, à tenir compte de la volonté des Etats exprimée à travers un règlement politique total ou partiel. Ce n'est ni dévaloriser les « principes » ni « dévaluer » la justice internationale que de le souligner : c'est en faire ressortir la capacité de discernement et, osons le mot, une forme de sympathie et de proximité avec les Etats, ces êtres qui peuplent la scène du monde et que l'on aime trop souvent à dépeindre sous les traits de « monstres froids ».