

**DU BON RECOURS AU JUGE
DANS LES RELATIONS INTERNATIONALES
LES AVIS DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
SUR LA LICÉITE DE L'ARME NUCLEAIRE**

PAR

David DEHARBE

ATER à l'Université de Picardie Jules Verne

La juridiction permanente a suscité l'enthousiasme de la grande majorité de la doctrine internationaliste sous l'empire de la S.d.N. et ce mouvement semble aujourd'hui retrouver une certaine vigueur à propos de la Cour internationale de Justice. L'idée de la paix par le droit se décline une nouvelle fois sur le terrain judiciaire, certains annonçant la fin de la "crise de la justice internationale"¹ et des "lendemain qui chantent"² pour la C.I.J.

Les arguments avancés, le rôle de la Cour bondé d'affaires, le retour du Tiers-Monde devant les juges de La Haye³ et une condamnation sans précédent des Etats-Unis par la Cour dans l'affaire du Nicaragua⁴ ne sauraient

1. Ros (N.), "La Cour internationale de Justice comme instrument de paix par le droit", *Etudes internationales*, n° 2, juin 1994, p. 243.

2. Condorelli (L.), "Des lendemain qui chantent pour la justice internationale ?", *Mélanges Michel Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1990, p. 209.

3. Depuis 1986 ces Etats ont fait un retour remarqué devant les juges de La Haye : Mubiala (M.), "La contribution des Etats africains à la renaissance de la Cour internationale de Justice", *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, n° 4/1995, p. 251.

4. Pour la première fois, les Etats-Unis ont été condamnés au contentieux par la Cour, alors qu'il sont en passe de l'être dans un différend déféré par l'Iran et pour lequel la C.I.J s'est d'ores et déjà déclarée compétente (*Affaire des plates-formes pétrolières, République Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*, arrêt compétence, 12 décembre 1996, C.I.J., rôle général n° 90).

pourtant rendre anachronique le doute émis par Decencière-Ferrandière dès le début du siècle quant à la possibilité “*de faire fonctionner une institution judiciaire dans un milieu social non aménagé en régime d'Etat*”⁵.

Sans prétendre ici trancher cette controverse, qui semble traverser la jeune histoire de la juridiction universelle, l'on tentera simplement d'établir un rapport entre les *formes non conventionnelles d'action politique*⁶ et le recours au juge dans les relations internationales.

Le premier réflexe du juriste consiste évidemment à établir une relation de principe à exception entre la préférence étatique pour le règlement non juridictionnel des litiges et la possibilité de saisir la C.I.J. ; le second, à convoquer l'argument de la compétence facultative de la juridiction pour expliquer ce phénomène : les Etats souverains pouvant refuser *a priori* l'intervention de la C.I.J.⁷, ceci expliquerait cela. Faut-il dès lors considérer la saisine de la Cour comme une forme illégitime d'action politique rompant avec un *modus vivendi* entre Etats tendant à ne pas recourir au prétoire ?

Une analyse purement quantitative de l'activité juridictionnelle corrobore une telle affirmation, mais cette même démarche n'est guère satisfaisante : faute d'appréhender la teneur des causes plaidées devant la Cour et les auteurs des saisines, elle confronte le juge à un justiciable type dont l'existence est plus postulée que démontrée. C'est une toute autre approche de la question que l'on voudrait retenir ici. En mettant en rapport les argumentations juridiques soutenues devant le juge et leur auteur, l'on cherchera à vérifier si ce n'est pas plutôt un certain usage du prétoire qui se trouverait mis hors système : ce ne serait pas tant la “juridictionnalisation” d'un différend qui pour-

5. Decencière-Ferrandière, “Essais sur la justice internationale”, *Mélanges Decencière-Ferrandière*, Pedone, 1940, p. 177. Ces doutes habitent encore les contemporains : cf. Leben (C.), “La juridiction internationale”, *Droits*, n° 9, 1989, p. 143 et Oraison (A.), “Réflexions sur «l'organe judiciaire principal des Nations Unies» (stratégies globales et stratégies sectorielles de la Cour internationale de Justice)”, *R.B.D.I.*, 1995/2, p. 397.

6. C'est-à-dire les actions stigmatisées comme illégitimes au sein du champ politique par ses acteurs dominants ; sachant que l'expression n'a ici aucune connotation juridique. En effet, la doctrine juridique internationaliste la retient par ailleurs pour qualifier certains engagements internationaux : cf. Combacau (J.) et Serge (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 1993, p. 63 et Daillier (P.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Vème Ed., L.G.D.J., p. 311, n° 209.

7. Un Etat ne peut être attiré devant “l'organe judiciaire principal des Nations Unies” sans au préalable avoir accepté la compétence de la Cour et seulement si la partie adverse a pris un engagement symétrique. Ce consentement peut se trouver contenu dans un traité en vigueur (clause compromissoire) et ne vaut dès lors que pour l'interprétation et l'application de ce texte ; il peut encore être donné spécialement par les parties à un litige qui vont circonscrire le différend par un accord international (compromis) ; ou enfin ce consentement résultera d'une éventuelle déclaration facultative de compétence obligatoire (article 36, § 2, du Statut de la juridiction) qui permet à la C.I.J. de connaître de tous différends intéressant son auteur, sauf pour ce dernier à les avoir exclus de son engagement.

rait être tenue pour une “*action inamicale*”⁸ entre Etats, que la façon d’en appeler à l’intervention de la C.I.J.. Les avis consultatifs rendus par la Cour en juillet 1996 à propos de la licéité des armes nucléaires attestent de l’intérêt d’un tel regard qualitatif sur l’usage étatique du prétoire international.

Ces demandes d’avis, formulées par les Assemblées de l’OMS et de l’ONU respectivement en 1993 et 1994, à l’initiative d’Etats hier qualifiés de non alignés, constituent d’abord la forme la plus accomplie d’une nouvelle génération de saisines : invitant le juge à combler les lacunes du droit international, elles s’inscrivent en faux par rapport à l’usage du prétoire pratiqué par certains pays occidentaux ; au point que l’on doit se demander si l’on se trouve ou non en présence d’une entreprise politique tendant à faire de la Cour un moyen privilégié de développement progressif du droit (I). Mais quelle que soit l’ambition des nouveaux champions de La Haye, elle suscite d’ores et déjà une réaction de la clientèle originaire du Palais de la Paix qui, à l’occasion de ces demandes, s’efforce de hiérarchiser le bon et le mauvais recours à la C.I.J. (II).

I - LE RECOURS AU PRÉTOIRE “REVISITÉ” PAR SES NOUVEAUX CHAMPIONS

Certains exposés écrits et oraux sur la licéité de l’arme nucléaire ébranlent l’idée que chaque Etat est souverain : ils invitent la juridiction à méconnaître le sacro-saint consentement étatique qui fonde normalement le caractère obligatoire de la norme internationale. Ce type de recours au juge n’est certes pas sans précédent ; ces onze dernière années il fut même la règle. Reste qu’il rompt avec l’usage français et anglo-saxon du prétoire qui semblait hier interdire tout empiètement du juge sur le monopole étatique d’édiction du droit.

A) L’illicéité des armes nucléaires : un processus normatif sollicitant sa consécration jurisprudentielle

Il est des hypothèses d’écoles dont le juriste internationaliste n’ose pas imaginer qu’un jour le juge aura à en connaître, du moins à en croire le bilan du champ opératoire du règlement judiciaire des différends dressé en 1983 par Michel Virally⁹ : le problème de la licéité de l’arme nucléaire déféré pour avis consultatifs à la Cour en participe pleinement.

8. Il est remarquable que ce qualificatif soit employé par la déclaration de Manille adoptée par la résolution 37/10 du 15 novembre 1982 de l’Assemblée générale des Nations Unies : “Le recours à un règlement judiciaire des différends juridiques, particulièrement le renvoi à la Cour internationale de justice, ne devrait pas être considéré comme un acte d’inimitié entre Etats” (c’est nous qui soulignons).

9. L’auteur parvenait à cette ultime conclusion : “[...] les questions de juridiction d’importance moyenne constituent le champ « naturel » de la juridiction internationale, les petites questions se réglant normalement par voie d’accord et ne justifiant pas le temps, les

Sur le fond les deux questions posées par les Assemblées de l'OMS et de l'ONU¹⁰ demandent tout simplement à la C.I.J. de sabrer le fondement légal de la politique de dissuasion nucléaire : la première envisageant le recours à la bombe nucléaire "au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé" et la seconde "la menace ou l'emploi" de cette arme "en toutes circonstances"¹¹, alors que l'Assemblée générale saisit le juge "convaincue que l'élimination complète des armes nucléaires est la seule garantie contre la menace d'une guerre nucléaire"¹². Mais ce n'est pas tant la teneur des questions déférées au juge qui doivent au premier chef retenir l'attention que les constructions juridiques qu'elles suscitent.

En effet, à l'occasion de cette procédure consultative, c'est surtout la thèse de l'illégalité de l'arme nucléaire qui se trouve soutenue coûte que coûte.

Certes, le fait que certains Etats tentent d'abord de tirer argument des traités internationaux en vigueur n'a rien d'exceptionnel en soi, même s'ils en proposent une interprétation qui n'est pas partagée par toutes les parties qu'ils lient. Ainsi, le principe de la légitime défense, inscrit à l'article 51 de la Charte des Nations Unies, est lu comme ne pouvant justifier l'usage de l'arme nucléaire¹³. De la même façon, on avance "l'argument selon lequel l'interdiction du génocide, formulée dans la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, serait une règle pertinente du droit international coutumier que la Cour devrait appliquer en l'espèce"¹⁴.

(suite note 9) efforts et les coûts d'un procès international et les Etats ne se résignant pas à perdre le contrôle du processus du règlement jusqu'à son terme dans les différends politiquement les plus graves" ("Le champ opératoire du règlement judiciaire international", R.C.D.I.P., 1983, p. 309).

10. Le 27 août 1993, par une lettre enregistrée au greffe de la Cour le 3 septembre 1993, le directeur général de l'O.M.S. communique officiellement au greffier une décision de l'Assemblée mondiale (la résolution WHA 46.40) de la santé tendant à soumettre aux juges de La Haye la question suivante : "Compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement leur utilisation par un Etat au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait-elle une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'O.M.S. ?". Le Secrétaire général de l'ONU pour sa part en fait de même le 19 décembre 1994 (Communiqué de presse de la C.I.J., n° 94/24 en date du 23 décembre 1994), à propos de la résolution 49/75 K de l'Assemblée générale qui "décide conformément au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question suivante : "Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances ?".

11. Seule semble donc échapper au prétoire la question des modalités des essais nucléaires et plus largement de l'usage dit "pacifique", en tout cas non belliqueux, de l'atome.

12. Résolution 49/75 K par laquelle l'assemblée sollicite l'avis juridique de la C.I.J.

13. Ils avancent "que, dans le cas d'armes nucléaires, la condition de proportionnalité doit être appréciée au regard d'autres facteurs encore. Ils soutiennent que la nature même de ces armes et la forte probabilité d'une escalade dans les échanges nucléaires engendrent des risques de dévastation extrêmement élevés. Le facteur risque exclut selon eux toute possibilité de respecter la condition de proportionnalité" (Licéité de l'utilisation de l'arme nucléaire, C.I.J. avis du 8 juillet 1996, rôle général n° 95, p. 18, § 43).

14. *Ibid.*, p. 14, § 26.

Et c'est encore les textes relatifs aux armes de destruction massives qui sont interprétés comme s'appliquant à l'atome : "*il a été avancé que les armes nucléaires devraient être traitées de la même manière que les armes empoisonnées*"¹⁵. Enfin, on tente de démontrer l'existence d'une pratique des Etats pro-nucléaires qui attesterait de l'existence d'une coutume prohibitive¹⁶.

Mais les auteurs de cette lecture tendancieuse des textes en vigueur ne s'arrêtent pas là : semblant considérer que la fin justifie les moyens, ils n'hésitent pas à démontrer que, même en l'absence de l'accord exprès des Etats détenant l'arsenal nucléaire, le droit international prohibe son usage. Ils arguent de l'utilité sociale de la protection de l'environnement pour démontrer l'illégalité du feu nucléaire¹⁷. Ils n'hésitent pas non plus à aller chercher au-delà du consentement étatique la preuve de l'existence d'une coutume internationale en la matière : d'une part, selon eux, "*les conventions qui comportent diverses règles de limitation ou d'élimination de l'arme nucléaire dans des espaces déterminés [...] et les conventions qui appliquent des mesures de contrôle et de limitation [...] témoignent à leur manière de l'émergence d'une norme de prohibition juridique complète de toute utilisation de l'arme nucléaire*"¹⁸ ; d'autre part, ils invoquent le fait majoritaire comme mode de création du droit international, en soutenant que "*l'abondante série de résolutions de l'Assemblée générale qui, depuis la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, ont trait aux armes nucléaires et affirment avec une constante régularité l'illicéité des armes nucléaires, traduit l'existence d'une règle de droit international qui prohibe le recours à ces armes*"¹⁹.

Et à se pencher sur la teneur des traités relatifs à l'arme nucléaire, on comprend aisément sinon ce qui justifie du moins ce qui explique une telle construction juridique.

Aucun accord multilatéral ne vient explicitement et expressément fixer "en toutes circonstances" les conditions d'usage de l'arme nucléaire, si ce n'est *a fortiori* le traité multilatéral sur la non prolifération (T.N.P. 1968), qui comporte des obligations asymétriques²⁰. Il n'existe que de simples "restrictions à

15. *Ibid.*, p. 20, § 54.

16. "*Les Etats qui soutiennent que l'utilisation d'armes nucléaires est illicite se sont employés à démontrer l'existence d'une règle coutumière portant interdiction de cette utilisation. Ils se réfèrent à une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les Etats depuis 1945, et veulent voir dans cette pratique l'expression d'une opinio juris des détenteurs de ces armes*" (*Ibid.*, p. 25, § 65).

17. Ils soutiennent "*que tout emploi de l'arme nucléaire serait illicite au regard des normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement, compte tenu de leur importance*" (*ibid.*, p. 14, § 27).

18. *Ibid.*, p. 24, § 60.

19. *Ibid.*, p. 26, § 68.

20. Selon cet accord, les Etats possédant la bombe s'engagent à ne pas aider les autres membres de la société internationale à se la procurer et ces derniers renoncent à l'acquiescer tout en acceptant le contrôle de l'Agence Internationale de l'Energie Atomique : de fait, il consacre le monopole "des cinq" sur l'arsenal nucléaire.

l'activité nucléaire” à finalité militaire qui attestent du régime juridique éclaté de l’usage de cette arme de destruction massive²¹. Les instruments universels en ce domaine tendent à protéger certains milieux par une “*démilitarisation par zone*”²². Et là où l’on peut parler d’une dénucléarisation du territoire des États, celle-ci n’est visée que par quelques rares traités régionaux auxquels, de surcroît, les États nucléaires ne sont pas toujours parties²³. Sauf à retenir une interprétation extensive des textes existants, c’est donc en se tournant vers la coutume internationale ou les principes généraux du droit que le juge peut répondre positivement aux demandes d’avis. Sachant et c’est sans doute l’essentiel, que dans tous les cas la Cour se heurtera, dans sa recherche d’un hypothétique fondement normatif de la prohibition de certains usages de l’arme nucléaire, à l’absence de tout consentement des États nucléaires. Car si chaque année depuis l’adoption de la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 l’Assemblée générale des Nations Unies fait entériner des déclarations affirmant l’illégalité de l’arme nucléaire, ces textes ne reçoivent évidemment pas l’appui des États qui en sont dotés.

En définitive, la C.I.J. est tout simplement invitée à reconnaître l’existence d’une norme à la naissance de laquelle les États pro-nucléaires sont totalement opposés. Et on peut même affirmer que le juge a été sollicité à cette fin par des justiciables qui, de longue date, alimentent de leurs prises de positions officielles la thèse de l’illégalité de l’arme nucléaire²⁴. La décision de saisir la Cour d’une demande d’avis a été prise — en pleine renégociation du traité TNP arrivant à terme en 1995 — lors de réunions ministérielles qui se sont déroulées au Caire et à New-York en juin et octobre 1994 entre les pays non alignés : le représentant de la Malaisie le rappelle haut et fort à l’occasion du débat précédant le vote de la résolution à l’ONU²⁵.

21. Exposé oral de M. Griffith pour le Commonwealth d’Australie, CR 95/22, 30 octobre 1995.

22. Dupuy (P.-M.), *Droit international public*, 1992, p. 425, n° 558.

23. Ainsi, si la France est partie au traité de Tlatéolco de 1967 (Traité visant l’interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et protocoles additionnels I et II, Mexico, 14 février 1967, *Recueil des traités*, vol. 634, p. 281), elle ne l’était pas (jusque 1996) au traité adopté à Rarotonga le 6 août 1985 ni à ses protocoles du 8 août 1986, instituant une zone dénucléarisée dans le Pacifique Sud — l’article 1er du protocole II prévoit un engagement des puissances nucléaires de ne pas recourir à l’emploi d’armes nucléaires ni à la menace de leur emploi à l’égard de l’Australie de la Nouvelle-Zélande et des États insulaires les entourants.

24. Rappelons que la déclaration finale de la première conférence des chefs d’État ou de gouvernement des pays non-alignés, qui s’est déroulée à Belgrade en 1961 (1-6 septembre) comportait déjà, entre autres revendications, cette dernière affirmation de principe : “[...] *Jun désarmement général et complet doit [...] comporter l’interdiction absolue de produire, de détenir et d’utiliser des armes nucléaires et thermonucléaires*” ; cité par Bedjaoui (M.) in “Non-alignement et droit international”, *R.C.A.D.I.*, 1976 III, Vol. 151, p. 424. Plus généralement sur la dynamique normative impulsée par le Mouvement des pays non-alignés : *ibid.*, pp. 349 et ss..

25. “*La délégation malaisienne était présente à la réunion des ministres du Mouvement des pays non alignés qui ont approuvé la décision de présenter ce projet de résolution. En conséquence, elle appuie le projet de résolution et demande à tous les membres de voter pour*

Or il faut prendre la réelle mesure d'un tel recours à la C.I.J. C'est demander à la Cour de trancher une controverse juridique de *nature constitutionnelle* : le juge doit, à cette occasion, dire ce qui fonde en normativité le droit international, en vérifiant si le mode contractuel de création du droit entre Etats se trouve ou non aujourd'hui dépassé. Hier soigneusement écartée du prétoire par la clientèle originaire de la Cour, cette question, récurrente au contentieux depuis une dizaine d'année, n'a jamais été aussi directe.

B) Une entreprise politique visant la Cour ?

Ces demandes d'avis ouvrent des perspectives longtemps ignorées par la nouvelle majorité de l'organe plénier de l'ONU. Il est de notoriété publique que les Etats du Tiers-Monde, dès leur accès à l'indépendance, ont tenté, au moyen des déclarations de l'Assemblée, de modifier la substance du droit international²⁶ : les droits des peuples à disposer d'eux mêmes et au développement se sont ainsi "juridicisés" sur fond de déclarations onusiennes adoptées à de larges majorités contre la volonté des occidentaux. Il s'agissait là d'une entreprise politique menée par les nouveaux membres de la société internationale afin de peser sur la définition de son droit²⁷. Et dès 1966, l'un des plus fervents défenseur des thèses tiers-mondistes au sein de la Cour pouvait assigner cette tâche nouvelle au couple que constitue l'Assemblée et la C.I.J. : "*Sous la pression incessante de l'opinion publique, naissent constamment des intérêts nouveaux, des besoins nouveaux, des lois et des coutumes nouvelles, des normes et des "standards" de comportement international nouveaux, qui cherchent à se faire reconnaître par les organes législatifs et judiciaires du monde entier [...]*"²⁸. Mais les Etats nouveaux, contrairement aux vœux du juge Padilla Nervo, n'ont jamais réellement utilisé le prétoire à cette fin. Certes, ils furent à l'origine de deux affaires contentieuses et de deux avis consultatifs où le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes cherchait sa consécration judiciaire²⁹. Mais y percevoir une action concertée, tendant à long terme à relayer au sein du prétoire l'entreprise juridique engagée à l'Assemblée générale, serait excessif ; du moins cette hypothèse³⁰ ne s'est pas

(suite note 25) *le projet de résolution présenté par le Mouvement des non alignés, qui sert les intérêts de l'humanité toute entière* (A.G., 90e séance plénière, 15 décembre 1994, p. 27).

26. Buirette-Maurau (P.), *La participation du Tiers-Monde à l'élaboration du droit international*, L.G.D.J., 1983.

27. Bedjaoui (M.), *Pour un nouvel ordre économique mondial*, U.N.E.S.C.O, 1978, pp. 133 et ss.

28. Padilla Nervo, *Sud Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 464.

29. *Sud Ouest africain*, Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Rec. 1962, p. 319 ; *Sud Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Rec. 1966, p. 6 ; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Rec. 1971, p. 16 ; *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Rec. 1975, p. 12.

30. Certes, en 1962 l'Ethiopie et le Liberia défendent le peuple d'Afrique du sud contre le Gouvernement de Pretoria en saisissant la Cour et ainsi "*ces Etats qui s'adressent à la Cour*

vue confirmée : ces affaires furent les seules entre 1960 et 1980 à voir plaider ces Etats devant la Cour qui n'a guère répondu à leurs attentes³¹. De plus et surtout, l'action du Tiers-Monde à l'ONU en faveur du droit au développement ne trouvera aucun écho juridictionnel : c'est paradoxalement la Belgique³² qui donnera très indirectement l'occasion à certains juges favorables aux thèses tiers-mondistes en la matière d'en rappeler la teneur et la portée³³. Enfin, le retour du Tiers-Monde devant les juges de La Haye se fera dans un premier temps en ordre dispersé lorsqu'ils déféreront à la Cour leurs différends maritimes³⁴ : les argumentations juridiques étant étroitement tributaires de la configuration géographique de chaque cas et aucunement d'une revendication normative collective ; d'ailleurs c'est encore dans un différend, plus ancien entre Etats du nord relatif aux droits de pêche³⁵, que l'on verra évoqué le problème du droit au développement par les juges de La Haye³⁶.

Quant à ceux qui se sont présentés comme les champions du Palais de la paix dans les premières années d'activité de la Cour³⁷, ils se sont bien gardés de plaider contre le monopole étatique d'édition du droit : les Etats-Unis, la France et la Grande-Bretagne ne se sont guère aventurés à soutenir devant la Cour que le droit international pouvait naître en dehors du consentement étatique à la norme³⁸.

(suite note 30) *désirent créer un fait doté d'une signification politique*" [Rosenne (S.), "La C.I.J. en 1962", *R.G.D.I.P.*, 1963-4, p. 744] : ils mettent en œuvre le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dont les manifestations juridiques n'ont à l'époque droit de cité qu'au sein de l'Assemblée générale. Et une grande majorité d'Etats africains votera encore en faveur de la demande d'avis sur le Sahara occidental, manifestant ainsi "leur engagement pour la décolonisation du continent" (Mvumbi-di-Navungu, *Le règlement judiciaire des différends interétatique en Afrique*, Fribourg, Ed. universitaires, 1992, p. 188).

31. En témoignent leurs réactions à l'arrêt rendu par la Cour dans la seconde phase du différend sur le sud ouest africain : cf. Mc Whinney (E), *Les Nations Unies et la formation du droit*, Pedone Unesco, 1986, pp. 134-135.

32. C'est l'affaire dite de la Barcelona Traction entre la Belgique et l'Espagne qui donnera lieu à deux arrêts en 1964 et 1970.

33. De surcroît dans de simples opinions séparées : Amoun, *Barcelona Traction, Light and power company limited*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Rec. 1970, pp. 290 et ss. et Padilla Nervo, *op. cit.*, pp. 244 et ss.

34. *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 3 et *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18.

35. Dans l'affaire dite des pêcheries islandaises, le Royaume-Uni et la R.F.A. (par des requêtes du 14 avril et 5 juin 1972) mettaient en cause la possibilité pour l'Islande, Etat particulièrement dépendant économiquement des ressources halieutiques, d'élargir vers le large à 50 milles sa zone de pêche exclusive ; les requérants réclamaient de la Cour la sanction d'un accord qui liait le défendeur et limitait à 12 milles la zone de pêche islandaise.

36. Cf. l'opinion commune des juges Bengzon, Forster, De Arechaga, Singh et Ruda, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c Islande)*, fond arrêt, C.I.J. Rec. 1974, p. 46 et ss.

37. Sur les vingt-quatre saisines de la Cour de 1945 à 1960, seize émanent du Royaume-Uni, des Etats-Unis et de la France.

38. Deharbe (D.), *L'institutionnalisation du juge dans la société internationale. L'exemple des rapports entre la France et la Cour internationale de Justice*, Thèse, 2 volumes, Tours, 1997, pp. 71 et ss.

D'ailleurs, qui met aujourd'hui en branle le mécanisme juridictionnel institué en 1945 par la Charte de San Francisco et hérité de la Société des Nations ? Force est de constater que ce ne sont plus les Etats-Unis, la France ou la Grande-Bretagne, mais essentiellement des Etats ne bénéficiant ni d'un siège permanent au Conseil de sécurité ni d'un titre historique à peser sur la définition du droit international général. Ce constat, déjà troublant en soi, se double d'une autre constante qui ne l'est pas moins : lorsque l'Australie, la Bosnie-Herzégovine, le Burkina Faso, l'Iran, la Libye, le Mali, Nauru, le Nicaragua, la Nouvelle-Zélande ou le Portugal prennent aujourd'hui l'initiative d'en appeler à la juridiction internationale, c'est sans aucun égard pour le monopole étatique d'édition du droit. La Nouvelle-Zélande et l'Australie plaident l'illégalité des essais nucléaires français dans le Pacifique³⁹, alors que la France a toujours évité de souscrire un engagement international qui pourrait alimenter cette thèse jusqu'à l'adoption du traité d'interdiction adopté le 10 septembre 1996 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le Nicaragua plaidera face aux Etats-Unis le caractère coutumier du principe du non-recours à la force, faute de pouvoir se prévaloir de traités (tels la Charte des Nations Unies) dont l'application était exclue par l'engagement juridictionnel américain ; et pour démontrer l'existence de cette norme, la Cour jugera la portée normative de résolutions onusiennes⁴⁰ dont la valeur juridique a toujours été contestée par les occidentaux. C'est encore le Burkina Faso et le Mali qui demandent à la Cour de régler leur différend territorial sur le fondement de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation, principe politique à la valeur juridique incertaine⁴¹. Quant à la république de Nauru, elle assigne l'Australie pour obtenir réparation d'un dommage écologique subi pendant sa colonisation en invoquant rétroactivement son droit sur ses ressources naturelles⁴². Jusqu'ici pour les Etats occidentaux, il s'agissait de garantir leurs investissements à l'étranger face aux nationalisations qui intervenaient sur le fondement de la souveraineté étatique sur les ressources naturelles. Ce principe, forgé par les Etats du sud, se trouve ainsi décliné et renouvelé par une requête novatrice, même par rapport aux travaux de la Commission du droit international⁴³. Le Portugal, pour sa part, soutient que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a valeur *erga omnes*⁴⁴, alors que l'on sait que la France rejette le concept même de *jus cogens* consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Mais c'est également la Bosnie-

39. C'est la célèbre affaire des essais nucléaires de 1974 qui a été rouverte le 21 août 1995 à l'initiative de la Nouvelle-Zélande.

40. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, fond, arrêt, C.I.J. Rec. 1986, pp. 100 et ss.

41. Cf. par exemple Pinho Campinos, "L'actualité de l'*uti possidetis*", in *La frontière, Colloque S.F.D.I.*, Pedone, 1980, pp. 95 et ss.

42. *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Rec. 1992, p. 144.

43. En effet, les paragraphes 1 et 2 de l'article 18 du projet de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats n'acceptent la rétroactivité des règles du droit international qu'au bénéfice de l'auteur du dommage et non de sa victime.

44. *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, Rec. 1995, p. 102.

Herzégovine qui accuse l'ex-Yougoslavie de crime de génocide⁴⁵, alors que la Convention a toujours été interprétée comme ne mettant pas en cause l'État en tant qu'auteur du crime de génocide⁴⁶. Enfin, la Libye soutient que les résolutions du Conseil de sécurité, même celles adoptées dans le cadre du chapitre VII de la Charte, ne sont pas exemptes de contrôle juridictionnel⁴⁷ et met ainsi directement en cause la façon dont les occidentaux utilisent le Conseil de sécurité⁴⁸... Bref, autant de raisonnements juridiques novateurs — dont l'exposé n'est d'ailleurs pas exhaustif —, pour ne pas dire d'hérésies aux yeux de la clientèle originaire de la Cour : ces affaires malmènent le monopole étatique d'édition du droit en invitant le juge à sanctionner une règle n'ayant pas reçu le consentement de son destinataire. Ainsi, la rupture avec les pratiques occidentales d'antan est patente. Cependant si cette nouvelle génération de saisines apparaît comme un mouvement diffus, il peut aussi être tenu pour désordonné. Certes, la Cour est utilisée par ces justiciables comme un moyen ultime pour faire triompher juridiquement une cause qui se heurte de front à la volonté souveraine d'un autre membre de la société internationale, souvent bien mieux doté en ressources et qui pour cette raison peut camper sur ses positions. L'idée du développement du droit via le prétoire s'en trouve renforcée car mise en pratique. Mais même si ces contestations juridictionnelles de la loi de l'accord ont pu s'inspirer mutuellement, seule une étude approfondie de leurs conditions de survenance pourrait permettre de démontrer l'existence d'une action concertée⁴⁹.

45. La Bosnie-Herzégovine soutient, à l'appui de sa requête du 20 mars 1993, "*que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) directement ou par le truchement de ses auxiliaires, a violé et continue de violer la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*" [Application de la Convention pour prévention et la répression du crime de génocide, arrêt 11 juillet 1996 (compétence), C.I.J., rôle n° 91, § 14]. Et nul doute que pour la Cour le demandeur prétend accuser l'ex-Yougoslavie, en tant qu'État, de commettre le crime de génocide et non simplement de le laisser commettre sur son territoire (*op. cit.*, § 30 et 32).

46. C'est d'ailleurs la principale critique qui a été faite à cette convention : Finch (G.-A.), "The Genocide Convention", *AJIL*, 1949, p. 732 ; Graven (J.) "Les crimes contre l'humanité", *R.C.A.D.I.*, T. 76, 1950-1, p. 511 ; Lombois (C.), *Droit pénal international*, Précis, Dalloz, 1971, p. 64.

47. A la suite de deux attentats en 1988 et 1989 contre les vols de la Pan Américain et d'U.T.A., faisant plus de trois cents morts, les États-Unis, la France et le Royaume-Uni vont, dans le cadre des procédures judiciaires internes, demander l'extradition des ressortissants libyens mis en cause dans ces attentats. Face au refus de la Libye d'extrader ses nationaux, ces trois États saisissent le Conseil de sécurité et obtiennent l'adoption d'une résolution 731 dans le cadre du Chapitre VI de la Charte, demandant "*instamment aux autorités libyennes d'apporter immédiatement une réponse complète et effective à ces demandes afin de contribuer à l'élimination du terrorisme international*". La Libye saisit la C.I.J. en revendiquant sa compétence exclusive pour engager des poursuites pénales à l'encontre de ses ressortissants, présumés responsables desdits attentats. Elle conteste le bien fondé des demandes américaines et britanniques, arguant de la Convention de Montréal (1971), qui prévoit l'application en matière d'extradition, de l'adage *aut dedere aut judicare* (extrader ou juger).

48. Des mesures tendant à sanctionner le refus libyen d'extrader ses ressortissants sont prises par le Conseil de sécurité "*agissant en vertu du chapitre VII de la Charte*" (résolution 748 (1992)).

49. Elle est à mener et implique de forcer la boîte noire de la prise de décision au sein de chaque ministère des affaires étrangères, mais aussi de prendre la mesure du rôle réel joué par

Reste que la demande d'avis de 1994 est là pour nous le rappeler, c'est à l'initiative des Etats non alignés que l'Assemblée générale des Nations Unies prétend bel et bien faire entériner par le juge ses tentatives de développer le droit international. Et ce type de saisine peut aisément être renouvelé par ses instigateurs. Car la fonction consultative de la C.I.J. a ceci de particulier : l'article 96 de la Charte de San Francisco habilite l'Assemblée générale de l'ONU à solliciter des avis⁵⁰ sans se heurter directement à l'obstacle majeur du consentement étatique à la compétence juridictionnelle ; d'autant que le recours au juge se trouve ici débattu et ajusté entre Etats du sud qui, forts de la loi du nombre, peuvent imposer son intervention.

On comprend dès lors pourquoi dans leurs exposés écrits et oraux sur les demandes d'avis relatives à l'arme nucléaire les anciens champions du prétoire stigmatisent la mobilisation du "juge-législateur".

II - LA CLIENTÈLE ORIGINNAIRE DE LA COUR CONTRAINTE DE RÉINVESTIR LE PRÉTOIRE

En effet, le procès du "juge-législateur" a bien été instruit, en juillet de l'année dernière, par les membres occidentaux permanents du Conseil de sécurité. Cette réplique est pourtant moins négative pour la Cour qu'on pourrait, de prime abord, le penser : elle démontre que les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni sont contraints d'infléchir leur tentative de nier à la C.I.J. le statut d'acteur des relations internationales en plaidant leur conception de la fonction juridictionnelle au sein même du prétoire.

A) Le procès du "juge-législateur"

Les anciens champions du prétoire ont d'abord tenté de s'opposer aux demandes d'avis lors de leur adoption. Leur action était vaine, puisqu'ils ne disposent pas de la majorité au sein des Assemblées de l'ONU et de l'OMS. Elle aura même un effet inverse à celui voulu, en incitant les non alignés à parfaire leur projet. Ces Etats vont sans aucune difficulté doubler leur recours au prétoire sur le même objet⁵¹, en utilisant également la possibilité, guère contestable, qu'avait l'Assemblée générale des Nations Unies de solliciter l'intervention de la C.I.J. et, ceci, afin de purger la première demande de ses vices. En effet, ses opposants n'avaient pas manqué de rappeler que le principe de spécialité interdisait à l'OMS, statutairement en charge "*d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible*", de solliciter un avis sur la

(suite note 49) les équipes de juristes en charge de la formalisation des mémoires et plaidoiries... la tâche est immense.

50. Il est vrai que la Cour peut en opportunité refuser de répondre, mais pour des considérations "décisives" relevant de la recevabilité de la requête : cf. *infra*.

51. Cf. *supra* note n° 10.

licité des armes nucléaires : les institutions spécialisées ne peuvent solliciter des avis de la Cour que dans le cadre de leur activité. Or comme le rappellera la France — avec une logique qui fait frémir sachant qu'il est question de l'usage belliqueux de l'atome — : “*un hôpital a-t-il besoin d'être éclairé sur la licéité de l'emploi des armes à feu pour prévoir les moyens de soigner les victimes de leur usage*”⁵². Et l'argument a convaincu les non alignés : de l'aveu même du représentant de la Malaisie à l'Assemblée générale, ces Etats doublaient déjà en décembre 1994 de l'efficacité juridique de leur tentative d'utiliser à cette fin l'OMS⁵³. D'ailleurs la thèse emportera la conviction de la Cour⁵⁴.

Mais si dès ce stade il ne faisait aucun doute que le projet des non alignés allait déboucher à l'ONU sur une résolution en bon et du forme, les prises de positions de ses opposants sont tout de même riches d'enseignements : ils y déclinent la rhétorique du bon et du mauvais recours au juge. Ainsi, lors des débats en 1ère Commission, le Royaume-Uni a pu souligner que la question posée n'était pas de nature à être soumise à un examen judiciaire⁵⁵. En assemblée plénière, c'est le représentant français qui critique la volonté des instigateurs de la saisine de doubler la demande d'avis consultatif : “*A plusieurs reprises, ma délégation a eu l'occasion d'attirer l'attention sur le caractère, à nos yeux, inopportun, superflu et mal fondé du dépôt, au sein de notre instance d'une nouvelle demande d'avis [...] Ceux qui veulent utiliser à des fins partisans une institution aussi respectée que la Cour internationale de Justice, ceux-là prennent une responsabilité grave, et j'insiste sur le terme «grave», car en tentant par des pressions que l'on a jamais observées jusqu'à présent, de détourner cette juridiction de sa mission exclusive, les auteurs du projet de résolution K porteront durablement atteinte au crédit de la Cour internationale de Justice et à son image d'organe impartial*”⁵⁶. De la même manière, les Etats-Unis y décèlent “*une utilisation inappropriée de la Cour internationale de Justice, institution respectée, pour quelque chose que l'on ne peut considérer autrement que comme des fins politiques*”⁵⁷.

52. Exposé écrit du gouvernement de la République française sur la demande d'avis de l'OMS, p. 9.

53. “[...] *Le projet de résolution dont nous sommes saisis ne peut être considéré sub judice, car il demande un avis consultatif à la Cour internationale de Justice. Il ne faut pas ignorer que certains pays opposés à ce projet de résolution continuent de contester la compétence de la Cour en ce qui concerne l'initiative prise par l'OMS*” (A.G., 49e session, 90e séance plénière, 15 décembre 1994, p. 27).

54. Sur son fondement la Cour va considérer qu'elle “*ne peut donner l'avis consultatif qui lui a été demandé*” par l'OMS. La doctrine juridique ne critique pas cette réponse de la Cour ; tout au contraire, les commentateurs reprochent à la Cour de ne pas avoir procédé par une simple ordonnance [Quenedec (J.-P.), “E.T. à la C.I.J. : méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs”, *R.C.D.I.P.*, 1996, p. 907] ou de ne pas avoir été plus stricte encore dans l'application du principe de spécialité [Millet (A.-S.), “Les avis ...”, *R.C.D.I.P.*, 1997, p. 150].

55. A/CI/49/PV.24, p. 9.

56. 90e séance plénière de l'Assemblée générale 15 décembre 1995.

57. *Ibid.*

Le stratagème imaginé par les non alignés pour contourner le principe de spécialité qui paralysait l'O.M.S fondait donc leur dernier espoir de voir le juge entériner leurs prétentions. Pourtant, les exposés écrits et oraux des Etats pro-nucléaires relatifs à demande onusienne étoffent la thèse d'un mauvais usage du prétoire. Or ici cette argumentation n'a plus rien de vaine. En effet, la question de la recevabilité revêt un aspect particulier dans le cadre consultatif : le refus de statuer sur des prétentions normatives trouve un fondement solide dans le Statut de la juridiction. En écho à la disposition de la Charte (article 96) qui prévoit que le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et tout autre organe de l'Organisation et institutions spécialisées habilitée par l'A.G. peuvent saisir la Cour pour avis, l'article 65, paragraphe 1, du Statut dispose : *"La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique [...]"*. C'est dire qu'en opportunité ou, si l'on préfère, par respect pour sa fonction judiciaire, la Cour pourrait sur le fondement de ce texte refuser de répondre à une demande d'avis. Dès 1956, la juridiction livre une telle interprétation de cette disposition en confirmant que le juge possède en ce domaine un pouvoir discrétionnaire, précisant tout de même que seules des *"raisons décisives"*⁵⁸ pourraient justifier le rejet d'une procédure consultative.

La France, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis s'engouffrent donc dans cette brèche pour soutenir qu'en l'espèce le juge ne devrait pas accéder à la demande d'avis de l'Assemblée générale. Ils invoquent d'abord les négociations internationales en cours sur l'arme nucléaire, pour nier la pertinence de l'intervention du juge : *"La question posée est floue et abstraite et soulève des problèmes complexes qui sont à l'examen entre les Etats intéressés et au sein d'autres organes ou institutions des Nations Unies ayant mandat exprès de les traiter. En donnant un avis sur la question posée, la Cour n'apporterait aucune aide concrète à l'Assemblée générale pour accomplir les fonctions qui lui ont été conférées par la Charte. Un tel avis serait susceptible de compromettre les progrès déjà réalisés ou en cours sur ce sujet délicat et serait en conséquence contraire aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies"*⁵⁹. La critique demeure somme toute sans grande consistance et entachée du vice qu'elle prétend dénoncer : elle demeure bien vague. Elle ne révèle en fait sa réelle pertinence que lorsque la France affirme : *"[...] la question posée, en demandant une déclaration de principe normative sur une question que les Etats ont délibérément évité d'aborder dans les instances de négociation où ils auraient pu, s'ils l'avaient estimé opportun, la traiter, tend à faire jouer à la Cour un rôle de législateur, qui n'est pas le sien et qui l'est d'autant moins que, malgré l'habillage juridique que l'on a donné à cette question, le problème soulevé devant la Cour est un problème exclusivement politique, et qui*

58. *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1956, p. 183. Pour un commentaire de cette affaire cf. : De Lacharrière (R.), "C.I.J. ...", *A.F.D.I.*, 1956, pp. 383 et ss.

59. *Exposé écrit des Etats-Unis*, pp. 1-2 et 3-7, II. Cf. également : *Exposé écrit français*, p. 13, et *Exposé écrit du Royaume-Uni*, p. 9.

*touche à la question essentielle du maintien de la paix*⁶⁰. Les termes utilisés pour avancer ce même argument à propos de la demande de l'OMS sont de ce point de vue révélateurs : “*En vérité la question posée à la Cour tend à lui faire jouer, en lui demandant une déclaration normative de principe, un rôle de législateur*”⁶¹ ; l'ancien champion de La Haye fait toute la lumière sur une manœuvre inavouable par ses auteurs : ces derniers ne veulent pas seulement faire dire le droit par le juge, ils prétendent lui faire faire !

Mais cette dénonciation/stigmatisation du mauvais usage du prétoire n'est pas une fin en soi pour les membres occidentaux permanents du Conseil de sécurité. Contre toute attente, ils développent au fond une argumentation nourrie devant la Cour.

B) Occuper le prétoire d'une juridiction qui change

En effet, les exposés écrits et oraux des Etats-Unis, de la France et de la Grande-Bretagne comportent deux volets articulés : dans un premier temps ils s'efforcent de convaincre le juge de ne pas répondre à la demande de l'Assemblée générale, puis ils scrutent le droit international (qu'ils tiennent pour) positif afin de démontrer qu'en tout état de cause aucune norme n'hypothèque la légalité de la politique de dissuasion. Leur argumentation tient en une proposition, déjà formulée au début de ce siècle par la devancière de la Cour actuelle, la C.P.J.I., à l'occasion de *l'affaire du lotus* : les limitations de souveraineté ne se présument pas, elles se prouvent par la démonstration de l'existence du consentement étatique à la norme. Or, sauf à contester ce qui fonde en droit le société internationale ou si l'on préfère “la société du Lotus”, on ne peut que constater qu'aucun accord international n'interdit en toute circonstance l'usage de l'arme nucléaire⁶². Dès lors la conclusion s'impose d'elle-même pour tomber comme un couperet : ce qui n'est pas interdit demeure *in fine* autorisé. Mais c'est en dernier ressort pour les anciens champions de La Haye s'en remettre au juge, afin qu'il tranche sur la base de la loi de l'accord le débat qui oppose détenteurs et non détenteurs du feu nucléaire. Et cette argumentation au fond ne se résume pas à quelques lignes d'exposés écrits : quantitativement d'abord, elle est développée sur trente-quatre pages dans un mémoire français qui en contient cinquante-six ; quant aux mémoires britannique et américains ils comportent respectivement dix et trois pages sur l'opportunité de donner l'avis, alors que cinquante-et-une et trente-neuf sont consacrées au fond. Matériellement ensuite et pour s'en tenir aux seuls exposés français, le Quai d'Orsay répond à l'ensemble des thèses soutenues par les pays non alignés : il ne se contente pas de plaider sur l'interprétation des

60. Exposé écrit du gouvernement français sur la demande d'avis de l'Assemblée générale de l'ONU, p. 19.

61. Exposé écrit du gouvernement de la République française sur la demande d'avis de l'OMS, p. 20.

62. Cf. *supra*.

conventions internationales invoquées par ceux-ci, mais s'efforce de contester les démonstrations de l'existence d'une règle prohibitive en la matière, qui sont éminemment empreintes d'objectivisme juridique⁶³. Ainsi, à propos de la thèse selon laquelle les résolutions de l'Assemblée générale proclamant l'illégalité de l'utilisation belliqueuse de l'atome lieraient tous les Etats de la société internationale, le mémoire français ne s'arrête pas au seul constat du caractère non-obligatoire des "recommandations" de l'organe plénier de l'ONU. La réplique est ici enrichie d'un raisonnement qui, loin de contester dans son fondement l'idée que la loi du nombre puisse produire le droit international contemporain, en participe : la France démontre qu'eu égard à ces résolutions, l'objection à la règle qu'elles véhiculent n'est pas le fait de quelques membres isolés de la communauté internationale. Si le justiciable argue de la pratique des Etats nucléaires, il ne manque pas non plus de convoquer celle des Etats non-nucléaires, ce qui confirme à ses yeux le bien-fondé de la politique de dissuasion : *"On ne peut envisager que ces résolutions puissent en elles-mêmes être la source d'une règle juridique. En, dehors du fait que les résolutions de l'Assemblée n'ont pas valeur contraignante, les conditions d'adoption de celles-ci, par des votes comportant une très forte opposition minoritaire, dont celle des Etats les plus intéressés, avec une importante abstention, empêcherait en tout état de cause de les considérer comme déclaratoires de règles juridiques préexistantes et même comme expression probante d'une opinio juris, fût-ce de la part des Etats qui les ont soutenues"*⁶⁴. Et la plaidoirie de M. Perrin de Brichambaut reprend cet argument, même si le jurisconsulte insiste au préalable sur la valeur non contraignante des "recommandations"⁶⁵. C'est en définitive, plaider au fond le consensualisme juridique pour l'ériger en contrainte statutaire s'imposant aux juges de La Haye, plutôt que de soutenir l'existence, selon l'heureuse expression forgée par H. Rasmussen, d'un "devoir judiciaire fondamental de ne pas statuer"⁶⁶ en certaines circonstances.

En effet, il faut prendre la mesure du changement tactique que constitue une telle position des ces Etats en défense. L'on sait que la France dès 1974 quittera le prétoire de la C.I.J. à la suite de l'affaire des essais nucléaires, sans jamais formellement défendre au fond la légalité des essais nucléaires, se contentant de soutenir que la C.I.J. ne pouvait et ne devait connaître de cette question et refusant même l'inscription au rôle du différend. De la même façon, les Etats-Unis dans l'affaire du Nicaragua, après avoir développé en

63. La norme matérielle trouve son fondement dans la nécessité sociale postulée ou encore participe du phénomène majoritaire comme nouveau critère de normativité du droit international (cf. *supra*).

64. Exposé écrit du gouvernement français sur la demande d'avis de l'Assemblée générale de l'ONU, p. 34.

65. Audience publique du 2 novembre 1995, CR 95/24, pp. 19-20.

66. Rasmussen (H.), "Le juge en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ?", *La juridiction internationale permanente colloque de la S.F.D.I.*, Pedone, 1987, p. 383.

1984 une argumentation nourrie sur l'incompétence de la Cour pour connaître de ce différend refuseront de se faire représenter et de déposer des conclusions au fond dans le même différend. Ces deux plaideurs ayant pareillement agité la menace d'un retrait de leur clause facultative de juridiction obligatoire, au cours de l'instance, avant de la concrétiser après avoir perdu la bataille procédurale. Quant au Royaume-Uni, il ne sollicitera plus la Cour après l'affaire des pêcheries en 1974.

Fort de ce constat on ne peut manquer d'être surpris de voir ces trois justiciables plaider au fond contre une cause qu'ils tiennent pour scélérate. L'aménagement tactique de leurs positions successives à l'égard de la Cour est patent : ils ne tentent plus seulement de nier à la Cour le droit de parler du droit dès lors qu'on lui défère des prétentions novatrices. En l'espèce, ils tentent eux-mêmes de faire confirmer par la Cour la validité de ce principe, qu'ils ont contribué à ériger en mode unique de création du droit : le consentement étatique à la règle.

Mais ont-ils réellement le choix ? En effet, si les juges de La Haye ont pendant longtemps évité de statuer sur les prétentions qui malmenaient la loi de l'accord, avant de se déchirer sur ce sujet, ils n'hésitent plus à le faire ces dernières années : l'Australie vérifiera l'adage selon lequel un *mauvais arrangement vaut mieux qu'un mauvais procès* puisque la Cour se reconnaîtra compétente pour connaître de la demande de réparation du fait colonial engagée par Nauru⁶⁷. Et si dans l'affaire du Timor oriental, la C.I.J. décline sa juridiction, c'est en se défendant explicitement de craindre à avoir à sanctionner le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, se permettant dans un arrêt d'incompétence d'ériger ce principe au rang de norme à valeur *erga omnes*⁶⁸. Or les demandes d'avis testaient, on l'a vu, une telle volonté judiciaire d'ouvrir le prétoire à cette nouvelle génération de saisines. Les anciens champions réinvestissent donc un prétoire qui risquait sans doute de leur échapper. *A posteriori*, on peut d'ailleurs affirmer que cette contre-offensive était nécessaire pour ses auteurs et qu'elle s'avère même efficace.

Nécessaire, car à l'argument français selon lequel "*la procédure consultative est destinée à permettre à certains organes ou institutions de recueillir de la Cour un avis juridique [... et] n'a pas pour objet de permettre à tout groupe d'Etats, pussent-ils recueillir au sein de ces organes une majorité de votes, de faire interroger la Cour dans le seul but d'obtenir de celle-ci une réponse qui conforte leurs positions politiques nationales*"⁶⁹, l'avis réplique par un considérant au futur de l'indicatif : "*dès lors que l'Assemblée a demandé un avis consultatif sur une question juridique par la voie d'une résolution adop-*

67. *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Rec. 1992, p. 240.

68. *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, Rec. 1995, p. 102.

69. *Exposé écrit du gouvernement français sur la demande d'avis de l'Assemblée générale de l'ONU*, p. 19.

tée, la Cour ne prendra pas en considération, pour déterminer s'il existe des raisons décisives de refuser de donner cet avis, les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix de l'adoption de la résolution"⁷⁰. C'est dire que la juridiction ouvre tout grand le prétoire aux prétentions normatives qui pourraient être formulées au sein de l'Assemblée générale de l'ONU. D'autant que l'incertitude entourant le droit applicable au cas d'espèce n'est pas non plus tenue par la Cour pour un chef d'irrecevabilité de la demande d'avis⁷¹.

Mais la réplique occidentale est surtout efficace. En effet, les juges de La Haye ne parviennent à fournir à leurs justiciables qu'une "réponse de normand"⁷² ; de surcroît, celle-ci n'est adoptée qu'avec la voix prépondérante du Président Mohammed Bedjaoui. Le recours à l'arme nucléaire ne serait ni autorisé ni interdit à s'en tenir au dispositif de l'avis ; alors que les juges dans quatorze opinions séparées jointes à l'avis transforment le "ni ni" en déclaration d'illégalité ou de licéité de l'arme nucléaire. Or prolongeant cette lecture intra-judiciaire de l'avis, le Ministère des affaires étrangères français dit constater que ceux qui ont soutenu l'illicéité de l'arme nucléaire ne sont pas suivis par la C.I.J., la juridiction les ayant déclarés légaux en cas de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies⁷³. La déclaration est habile, même si elle ne saurait convaincre le lecteur de la décision, et fait d'ailleurs école⁷⁴. Elle démontre en tout cas que les anciens champions de La Haye ont parfaitement compris que nier à la Cour le droit de parler du droit n'était plus la solution pour neutraliser des juges qui n'hésitent plus à débattre des prétentions normatives... mieux vaut convaincre ces magistrats que l'heure n'est pas encore au dépassement de la loi de l'accord comme mode de création du droit, sans pour autant contester le pouvoir juridictionnel en tant que tel. Et lorsque l'actuel juriste français prend la

70. *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, C.I.J., avis du 8 juillet 1996, rôle général n° 95, § 16.

71. "La Cour ne saurait certes « légiférer », et, dans les circonstances de l'espèce elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la mesure ou à l'emploi d'armes nucléaires. L'argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le corpus juris existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument ; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois en constater l'évolution" (op. cit., pp. 11-12, § 18).

72. Quenedec (J.-P.), art. cit.

73. *Presse, information, communication*, 9 juillet 1996, n° 131/96, p. 10 ; cité dans la "Chronique des faits internationaux" de la R.G.D.I.P. (1996/4, p. 1035).

74. "Q : Have you commented on the World Court's decision regarding nuclear weapons ? M. Nicholas Burns : Yes, I have. I basically said that our interpretation from a legal standpoint of this interesting set of decisions is that the ruling would seem, from our perspective, to state that the use and the of use of nuclear weapons can be justified and can be legal under current international law" (U.S. Department of State Daily Press briefing index, Wednesday, July 10, 1996, source Internet).

plume pour commenter les avis, il ne se trompe pas sur la portée d'une telle stratégie : *"le pire ne s'est pas produit et l'irruption de la Cour dans le domaine de la politique de défense des Etats ne s'est pas traduite par des innovations inacceptables en matière de droit international"*⁷⁵.

L'idée qu'il est bon d'avoir le droit pour soi se double donc de celle qu'il n'est pas mauvais non plus d'avoir pour soi son juge ; surtout au moment où il risque de vous échapper. C'est dire que par leurs recours au droit les acteurs dominants ne se contentent pas toujours de stigmatiser les *formes non conventionnelles d'actions politiques*. Les zones grises du système juridique, qu'il revient à certaines institutions de combler au moyen de leur pouvoir d'interprétation des normes, compliquent les rapports qu'établissent ces acteurs entre l'action (qu'ils tiennent pour) illégitime et le droit. Et leur existence donne toute sa portée à la vision du *"champ juridique [comme] le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit"*⁷⁶. Ainsi, les Etats, acteurs autorisés s'il en est du champ politique, ont longtemps rejeté dans le *non conventionnel* le recours à la C.I.J. dès lors qu'il mobilisait le *law making power* de la Cour. Reste que ce schéma qui a pu endiguer toute dynamique jurisprudentielle au sein de la société internationale demeure suspendu à un *modus vivendi* entre ses membres quant à la définition du bon recours au juge ; hier réel, il se trouve aujourd'hui concurrencé et malmené par les Etats les moins bien dotés en ressources politiques et économiques qui contraignent les anciens champions de La Haye à réinvestir le prétoire. La "redéfinition" en cours de la fonction judiciaire internationale implique-t-elle la mobilisation du "juge-législateur", au point d'en faire la forme conventionnelle de recours au prétoire ? Ce mouvement a atteint son paroxysme avec les demandes d'avis de 1996, mais il n'est peut-être pas épuisé : affaire (s) à suivre...

75. Perrin de Brichambaut, "Les avis....", *A.F.D.I.*, 1996, p. 336.

76. Bourdieu (P.), "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n° 64, sept. 1986, p. 4.