UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 1999

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

De la prétendue discrétion de la Cour internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. De la prétendue discrétion de la Cour internationale de Justice de refuser de donner un avis consultatif. In: African journal of international and comparative law, 1999, vol. 11, p. 799–814.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44873

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

DE LA PRETENDUE DISCRETION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DE REFUSER DE DONNER UN AVIS CONSULTATIF

ROBERT KOLB

I. ETAT DE LA JURISPRUDENCE

1. Dans l'avis consultatif relatif à la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*Assemblée générale*, 1996) la Cour internationale de Justice a rappelé sa jurisprudence sur le pouvoir qu'elle détient de ne pas rendre l'avis demandé. Elle dit: «'La Cour *peut* donner un avis consultatif'. (...). Comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, son Statut lui laisse aussi le pouvoir discrétionnaire de décider si elle doit ou non donner l'avis consultatif qui lui a été demandé, une fois qu'elle a établi sa compétence pour ce faire».[1] Cette affirmation d'une discrétion judiciaire repose sur une jurisprudence constante.[2] Si dans les formules de ces affaires la Cour accrédite l'existence d'une discrétion très large, dans des affaires plus anciennes elle avait choisi un vocabulaire suggérant une marge d'appréciation plus limitée. Ainsi, dans l'affaire relative à l'*interprétation des Traités de Paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (*Première phase*) (1950) la Cour précise, après avoir dit que l'article 65 du Statut est permissif,[3] qu'elle a «le pouvoir d'*apprécier si les circonstances de l'espèce* sont telles qu'elles doivent déterminer à ne pas répondre à une demande d'avis».[4] Ce n'est qu'avec l'affaire de *certaines dépenses des Nations Unies* en 1962 que la Cour, mêlée à une crise constitutionnelle majeure au sein de l'Organisation dont elle est l'organe judiciaire, en vient à postuler une discrétion plus générale. Celle-ci a pour but de protéger la Cour face aux dangers que lui font courir des conflits au sein des Nations Unies où prédominent les intérêts de la haute politique.

2. Tout en élargissant ainsi la marge d'appréciation que le Statut lui laisse, la Cour ne s'est toutefois pas départie d'un autre volet de sa jurisprudence en la

1 CIJ., *Rec.*, 1996, p.234-5, italiques dans l'original.

2 *Cf.* l'affaire relative à *certaines dépenses des Nations Unies*, CIJ., *Rec.*, 1962, p. 155: «Le pouvoir qu'a la Cour de donner un avis consultatif procède de l'article 65 du Statut. Le pouvoir ainsi attribué a un caractère discrétionnaire». Voir aussi l'affaire de la *Namibie*, CIJ., *Rec.*, 1971, p.27, para. 41; l'affaire du *Sahara Occidental*, CIJ., *Rec.*, 1975, p.21, para. 23; l'affaire relative à la *demande de réformation du jugement no. 333 du TANU (Yakimetz)*, CIJ., *Rec.*, 1987, p.31, para. 25.

3 Cet article est libellé comme suit: «1. La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies, ou conformément à ses dispositions, à demander cet avis».

4 CIJ., *Rec.*, 1950, p.72, italiques ajoutées. Voir aussi l'affaire des *réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ., *Rec*, 1951, p.19.

matière. Dès 1950, elle avait affirmé que dans l'appréciation des circonstances de l'espèce elle devait s'inspirer du lien fonctionnel qui la relie aux autres organes des Nations Unies. L'avis de la Cour est un service rendu aux autres organes de l'Organisation. Elle constitue pour la Cour l'exercice d'une fonction en vue de laquelle elle a été instaurée. Dès lors la marge d'appréciation se trouve limitée par ces considérations finalistes sur l'objet même de la mission attribuée à la Cour. La réponse à une demande d'avis, dit la Cour dans l'affaire des *Traités de Paix* (1950), «constitue une participation de la Cour, elle même organe des Nations Unies à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée».[5] Ce principe de non-refus avait été renforcé davantage encore dès 1956, en l'affaire des *Jugements du tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'UNESCO* (1956). La Cour indiquait que seules des raisons décisives (*compelling reasons*) pouvaient l'amener à opposer un refus à une demande d'avis consultatif.[6] L'une et l'autre de ces limites, celle fonctionnelle, et celle encore plus étroite des raisons décisives, furent transposées dans les avis plus récents qui postulent comme prémisse majeure la discrétion de refuser de rendre l'avis.

3. Cette jurisprudence a ainsi abouti à un dualisme aux antinomies à peine cachées. D'un côté une discrétion est affirmée et revendiquée; mais de l'autre, aussitôt la discrétion posée, on s'efforce de la réduire jusqu'à la nier en précisant que seules des raisons décisives d'incompatibilité avec la fonction judiciaire peuvent amener la Cour à refuser de donner l'avis demandé. Ces deux branches du raisonnement ne semblent pas réellement s'accommoder. Enoncées par la Cour l'une après l'autre, elles semblent former deux gladiateurs en lutte à qui l'emportera. Elles méritent d'être serrées de plus près.

II. LES TRAVAUX PREPARATOIRES DES TEXTES REGISSANT L'ACTIVITE DE LA COUR

1. La fonction consultative dévolue à la Cour permanente de Justice internationale fut une innovation. C'était une innovation hardie, car cette fonction était inconnue dans la grande majorité des droits nationaux. Un pouvoir consultatif n'était reconnu qu'à certaines juridictions anglo-saxonnes. C'était le cas de certains pouvoirs assignés au Comité judiciaire du Conseil privé du Roi

5 CIJ., *Rec.*, 1950, p.71. Cette formule a été transposée à la jurisprudence discrétionnaliste ouverte avec l'affaire de *certaines dépenses des Nations Unies*, CIJ., *Rec.*, 1962, p.155. Voir aussi l'affaire de la *Namibie*, CIJ., *Rec.*, 1971, p.27, para. 41; l'affaire du *Sahara Occidental*, CIJ., *Rec.*, 1975, p.21, para. 23; l'affaire relative à l'*applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, CIJ., *Rec.*, 1989, p.191, para. 37.

6 CIJ., *Rec.*, 1956, p.86. Cette formule a aussi été transposée à la jurisprudence discrétionnaliste ouverte avec l'affaire de *certaines dépenses des Nations Unies*, CIJ., *Rec.*, 1962, p.155. Voir aussi l'affaire de la *Namibie*, CIJ., *Rec.*, 1971, p.27, para. 41; l'affaire relative à la *demande en réformation du jugement no. 273 du TAOIT*, CIJ., *Rec.*, 1982, p.347, para. 45; l'affaire du *Sahara Occidental*, CIJ., *Rec.*, 1975, p.21, para. 23; l'affaire de l'*applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, CIJ., *Rec.*, 1989, p.191, para. 37.

d'Angleterre par une loi de 1833. C'était le cas aussi pour certaines juridictions d'Etats fédéraux américains, comme par exemple au Massachussetts. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique avait quant à elle décliné de donner des avis dès 1793, en l'affaire *Genêt*.[7]

Ces fonctions consultatives peuvent entrer en conflit avec les attributions ordinaires du juge. Aussi émit-on des doutes et des objections sur la compatibilité de cette fonction avec le caractère judiciaire de la Cour permanente.[8] On émit des réserves quant aux effets sur l'intégrité judiciaire de la Cour si celle-ci prononçait des simples opinions dont il serait loisible de ne tenir aucun compte; on parla du danger de voir prématurément statuer la Cour par avis dans une affaire qui aurait pu ultérieurement lui être soumise sous l'aspect contentieux; on dit qu'il y avait risque que la Cour ne devînt le conseiller juridique du Conseil ou de l'Assemblée de la Société des Nations au lieu d'exercer une fonction juridictionnelle; on souleva des problèmes techniques, par exemple l'absence d'une faculté d'intervention pour des Etats dont les intérêts juridiques pourraient être affectés par la requête d'avis.

La trace de ces controverses se retrouve jusque dans la formulation de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations.[9] Les rédacteurs s'étaient efforcés de répondre aux critiques en affirmant clairement le nouveau pouvoir attribué à la Cour: en annexe à la fonction ordinaire, celle contentieuse, la Cour pourra *aussi* donner des avis consultatifs. D'où la version française de l'article 14: «Elle [la Cour] donnera aussi des avis consultatifs...». La version anglaise de l'article 14 est a le même sens: «The court *may* also give advisory opinions...» (italique ajoutée). Avec la création de la nouvelle Cour internationale après la guerre, le texte français de l'article 65 fut aligné sur l'ancienne version anglaise du Pacte: «La Cour *peut donner*...»[10] (italique ajoutée). La portée précise du texte anglais

7 Ch. de Visscher, «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationales», *RCADI*, vol. 26, 1929-I, p.8ss. M.O. Hudson, «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *RCADI*, vol. 8, 1925-III, p.382ss. M.O. Hudson, «Advisory Opinions of National and International Courts», *Harvard Law Review*, vol. 37, 1924, p.970ss. M.O. Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1936, p.508-9.

8 Ch. de Visscher., (*supra*, note 7), p.5ss. G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, p.69ss, 148. Voir aussi E. Root, dans: CPJI, Comité consultatif de Juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, La Haye, 1920, p.584 et l'*Aide-Mémoire* du juge Moore, dans: CPJI, *sér. D, no. 2*, p.383ss, 397-8.

9 Il reposait sur le Projet d'article de la délégation britannique datant de 1919, *cf.* D.H. Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol. I, New York / Londres, 1928, p.52, 391-2 et vol. II, p.111.

10 CIJ, *sér. D, Actes et Documents relatifs à l'Organisation de la Cour*, no. 1, (1946), p.52. Déjà dans les premières propositions du Royaume-Uni le lien d'une éventuelle nouvelle formulation permissive avec le but de sauvegarder l'intégrité judiciaire de la Cour a été exprimé on ne peut plus nettement: «[It is] necessary to introduce safeguards, with a view to ensuring that the request addressed to the Court were confined to matters of a strictly judicial nature (...). To achieve this, it would be desirable to confer on the Court a right to reject any request for an advisory opinion, if the Court considered that, in the circumstances, the request was not one to which it, as a Court of law, ought to accede». (*UNCIO, Documents*, vol. 14, p.319). Des propositions allant dans le sens d'une discrétion de la Cour de rendre l'avis ont été faites sporadiquement, par exemple par M. Nisot (Belgique) ou M. Gomez-Ruiz (Venezuela) (*ibid.*, p.182); les propositions écrites du Venezuela sont formulées en termes plus circonspects, *cf. ibid.*, vol. 4, p.281: «La Cour aura le droit de donner des avis consultatifs...»). La clause «peut donner» fut insérée dans l'article 65 du

contenant le terme «may» a suscité des doutes. On a dit qu'il conférait une discrétion à la Cour. En réalité, le sens de cette formule ne vise pas à introduire une quelconque discrétion, problème distinct des préoccupations de l'époque. Si un dessein aussi lourd de conséquences pour l'activité de la Cour avait été projeté, on n'aurait pas manqué de le dire et de le discuter. Or la question n'a jamais été soulevée par le Comité des Juristes qui a élaboré le Statut ni n'a été discutée devant l'Assemblée de la Société des Nations qui l'a adopté.[11] L'explication est simple: il s'agissait d'accorder expressément une faculté auparavant contestée, et déclarée même incompatible avec la fonction judiciaire, dans les textes constitutionnels de la Cour. Les mots *may / peut donner* habilitaient la Cour à s'engager dans une activité exorbitante des attributions judiciaires normales. En tant que clause permissive (*enabling clause*), il s'agissait d'autoriser une activité et non de définir son caractère ou les conditions de son exercice.[12]

3. La question de la discrétion de rendre l'avis ne fut posée qu'au stade de l'élaboration du premier Règlement en 1922. Dans un questionnaire, le Comité de procédure soumit la question de savoir si, confrontée à une question abstraite, la Cour aurait la faculté de refuser de répondre.[13] Le Comité proposa à cet effet un article 63bis qui réserverait à la Cour le droit de ne pas répondre sous réserve d'un devoir de motivation.[14] Quand la question fut discutée au sein de la Cour, ses membres se rangèrent à l'avis du juge américain, J.B. Moore. Celui-ci, dans un Aide-Mémoire, après avoir constaté que l'article 14 du Pacte ne contenait aucune obligation de donner un avis dans tous les cas, proposa de n'adopter aucune disposition particulière et de laisser à la pratique le soin de dégager des critères d'espèce aptes éventuellement à être codifiés ultérieurement.[15] On tenait ainsi compte de l'inexpérience des juridictions en matière de fonction

nouveau Statut à la séance du 31 mai 1945 du premier Comité de la Commission sur l'Organisation Judiciaire (Comité IV/1), sur un texte proposé par la Colombie et Cuba, tel qu'amendé par le Canada (*ibid.*, vol. 13, p.244). La question de la 'discrétion' ne fut plus soulevée dans les commentaires sur l'article 65; voir par exemple *ibid.*, vol. 13, p.427. L'article 65 fut ainsi adopté à la 19ème séance du Comité consultatif de Juristes le 20 juin 1945: *ibid*, vol. 19, p.439.

11 *Cf.* B. Schenk Von Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale, Eléments d'interprétation*, Berlin, 1934, p.454-6. La question a été soulevée seulement lors de la préparation du premier Règlement de la Cour. Le juge américain MOORE a alors en effet soutenu que le mot 'may' implique l'idée de permission, «c'est-à-dire de discrétion» (CPJI, *sér. D., no. 2*, p.384). Or le juge Moore précise immédiatement qu'il s'agit d'éviter à la Cour de devoir «obligatoirement accomplir des fonctions évidemment incompatibles avec le caractère judiciaire dont elle a sans aucun doute été investie» (*ibid.*, p.384-5).

12 Observations de G. Abi-Saab, affaire relative à la *licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé (OMS), Audience publique* du 1.11.1995, *Compte-rendu, CR 95/23*, p.19-20. A. Bustamante Y Sirven, *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1925, p.247.

13 CPJI, *sér. D, no. 2*, p.292.

14 *Ibid.*, p.308.

15 *Ibid.*, p.383ss, 398: «Tenant compte des différents aspects de la question, on peut juger préférable qu'il n'existe aucune disposition particulière sur les avis consultatifs, mais que, si la Cour reçoit une demande en vue d'une opinion de ce genre, elle y donne la suite qu'elle jugera opportune d'après la nature et les circonstances de chaque cas particulier». Lors de la 28ème Séance de la Session préliminaire de la Cour, relative à la préparation du Règlement, le juge Altamira a

consultative. En même temps on assurait à la Cour une flexibilité suffisante pour suffire aux exigences de la bonne administration de la justice. C'est donc par la jurisprudence de la Cour que les conditions, limites et exceptions à l'exercice de la fonction consultative furent progressivement dégagées. Comme on l'a vu, cette jurisprudence à fini par affirmer le caractère discrétionnaire d'un pouvoir que la Cour ne devrait toutefois refuser d'exercer que pour des raisons décisives.

III. LA DOCTRINE

La doctrine se divise en trois grands courants dont aucun à lui seul n'est majoritaire. Malgré les affirmations très nettes de la Cour, la question reste donc fortement controversée.

1. Un premier groupe d'auteurs admet une discrétion très large et presque illimitée. Le point de départ est ici la liberté de la Cour. Seul gardien de «l'opportunité» de répondre ou non à la requête d'avis, elle peut peser sans être limitée par le droit tous les facteurs qui militent d'un côté contre le refus de répondre, de l'autre côté en faveur d'un tel refus. Ainsi, pour Kelsen, la discrétion est dans les faits absolue: «Under Article 65 of the Statute the Court is only authorized, not obliged, to give advisory opinions. The court may, for reasons completely within its discretion, refuse to give an advisory opinion requested in conformity with the Charter and the Statute».[16] Cette position a trouvé un crédit certain dans la doctrine anglo-saxonne; elle a été suivie par un nombre non négligeable d'auteurs.[17]

Parfois une très large discrétion est admise, mais en l'axant sur une finalité précise. Le juge Anzilotti s'exprime en faveur d'une discrétion, mais uniquement afin de permettre à la Cour de protéger son indépendance par rapport aux organes politiques et donc d'assurer en général l'intégrité du prononcé judiciaire.[18] C'est ainsi qu'une série d'auteurs partent de l'idée de discrétion mais relient son exercice à des finalités spécifiques dont surtout l'intégrité judiciaire.

demandé si une disposition réservant le droit de la Cour de refuser de donner un avis consultatif ne devrait pas être insérée dans le Règlement. Lord Finlay lui a répondu de la même manière «qu'il est préférable de ne rien stipuler dans le Règlement à cet égard [car la Cour] aurait le devoir de fournir une nouvelle interprétation dans chaque cas déterminé» (*ibid.*, p.161). De l'avis du juge WEISS, le Projet d'article 78 [l'article 74 du Règlement adopté] implique le droit de la Cour de refuser de répondre aux questions à elle posées (*ibid.*, p.161). Cet article qui avait trait à la publication des avis était libellé comme suit: «Tout avis motivé qui *serait donné* par la Cour...» (*ibid.*, p.472).

16 H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1950, p.549.

17 *Cf.* par exemple A.P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, Oxford / Londres, 1932, p.80. D. PrataP, *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, 1972, p.142ss. D.W. Greig, «The Advisory Jurisdiction of the ICJ and the Settlement of Disputes Between States», *ICLQ*, vol. 15, 1966, p.332-3, 339. M. Sibert, *Traité de droit international public*, t. II, Paris, 1951, p.542. L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962, p.78. C. D. Esposito, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1996, p.264.

18 Op.ind. Anzilotti, affaire relative à la *compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la Constitution de la Ville libre*, CPJI, *sér. A/B, no. 65*, p.61: «[L'article 14 du Pacte de la Société des Nations laisse à la Cour] un certain pouvoir discrétionnaire et partant la liberté de s'y refuser,

Exemplairement, G. Schwarzenberger discute la discrétion de la Cour (qu'il admet) sous le titre de "Safeguarding the Court's integrity" et toutes les explications données convergent vers cette idée.[19] Nombre d'auteurs s'en tiennent à une construction analogue.[20]

2. Un deuxième groupe d'auteurs peut être appelé le courant synthétiste. Il cherche à trouver à l'instar de la Cour un équilibre entre l'affirmation de la discrétion et les limites fonctionnelles nécessaires à cette discrétion. Discrétion et règle des "raisons décisives" comme seul motif de refus sont ici mis sur un pied d'égalité. Aucun élément ne l'emporte réellement sur l'autre; la discrétion est tempérée. Dans le Commentaire à la Charte édité par B. Simma, le juge allemand H. Mosler choisit cette voie. Au chiffre marginal no. 22 à l'article 96 il place le principe de la discrétion; au chiffre marginal no. 23 il la pondère de toutes ses limitations.[21] Cette tentative de construire une discrétion liée a été suivie par de nombreux auteurs.[22] M.O. Hudson, ancien juge à la Cour permanente, peut être rattaché à ce courant. Il fait place à la discrétion mais estime qu'il sera tâche de la Cour de fixer progressivement les directives qui permettront d'objectiviser cette discrétion et d'ainsi la réduire.[23]

3. Un troisième et dernier groupe d'auteurs nie toute forme de discrétion en la matière. Le point de départ du raisonnement a été renversé: un organe judiciaire ne peut jouir d'aucune liberté discrétionnaire quand il s'agit de recevabilité de

lorsque les circonstances le conseillent ou l'imposent». Plus haut le juge italien avait dit: «Il est, en effet, difficile de voir de quelle manière pourrait être sauvegardée l'indépendance de la Cour vis-à-vis des organes politiques de la Société des Nations, s'il était dans les pouvoirs de l'Assemblée et du Conseil de l'obliger à répondre à n'importe quelle question qu'ils jugeraient opportun de lui soumettre».

19 G. Schwarzenberger, *International Law – As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, Londres, 1986, p.205-7.

20 *Cf.* par exemple J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6.éd., Oxford, 1963, p.363. G.G. Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice (1951-4): Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure», *BYIL*, vol. 34, 1958, p.139-40. M. Pomerance, *The Advisory Function of the International Court*, Baltimore / Londres, 1973, p.279-81. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4.éd., Oxford, 1990, p.732. D. Carreau, *Droit international*, 3.éd., Paris, 1991, p.607.

21 H. Mosler, «Article 96 of the Charter», dans: B. Simma (éd), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, Oxford, 1994, p.1013.

22 *Cf.* par exemple L.M. Goodrich / E. Hambro / A.P. Simons, *The Charter of the United Nations*, 3.éd., New York / Londres, 1969, p.567-8. D.P. O'connell, *International Law*, 2.éd., vol. II, Londres, 1970, p.1108. S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, 2.éd., Dordrecht / Boston / Londres, 1985, p.708-9. T.O. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, La Haye / Boston / Londres, 1983, p.26-7. K.J. Keith, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, 1971, p.142ss, 149. Nguyen Quoc Dinh / P. Dailler / A. Pellet, *Droit international public*, 5.éd., Paris, 1994, p.857. M. Lachs, «Perspectives pour la fonction consultative de la Cour internationale de Justice», *Comunicazioni e Studi*, vol. XIV (*Mélanges G. Morelli*), Milan, 1975, p.427. P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. II, Genève, 1954, p.179. P. Dailler, dans: J.P. Cot / A. Pellet (éds), *La Charte des Nations Unies*, 2.éd., Paris, 1991, p.1292-3, 1296. A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3.éd., Berlin, 1984, p.128. F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. III, Munich, 1964, p.79. G. Dahm, *Völkerrecht*, t. II, Stuttgart, 1961, p.570.

23 M.O. Hudson, «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *RCADI*, vol. 8, 1925-III, p.356-7. M.O. Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1936, p.522ss.

requêtes conformes aux conditions du Statut. Un refus de la Cour ne se justifie que pour des raisons spécifiques qu'on peut résumer dans la protection de l'intégrité judiciaire. Les raisons de refus étant ainsi suffisamment précisées, on ne peut pas parler de discrétion. De plus, la Cour exerce une fonction et toute fonction, contrairement à la simple faculté, impose un devoir. Parfois il est ajouté que c'est précisément parce que la Cour est un organe judiciaire et non politique qu'elle ne peut détenir en la matière une discrétion.[24] Ce courant est nourri par une minorité doctrinale très importante; on peut lui rattacher des noms tels que De La Pradelle / Negulesco,[25] D. Negulesco,[26] Ch. De Visscher,[27] P. De Visscher,[28] A. Bustamante Y Sirven,[29] H. Accioly,[30] A.P. Sereni,[31] P. Benvenuti,[32] R. Luzzato,[33] B. Conforti,[34] A. Hammarskjøld,[35] G. Scelle,[36]

24 Voir ci-après, Benvenuti, Luzzato ou Scelle.

25 Rapport à l'IDI, *Ann.IDI*, t. 34, 1928, p.436ss.

26 «L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *RCADI*, vol. 57, 1936-III, p.67: la liberté de demander ou non un avis existe pour l'Assemblée ou le Conseil de la Société des Nations mais non pour la Cour qui est un organe judiciaire. Le 'may' de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations est un *enabling may*, non un pouvoir de discrétion.

27 «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *RCADI*, vol. 26, 1929-I, p.29: l'attribution de fonctions à la Cour est impérative; toute fonction impose un devoir. L'auteur a adouci cette position dans Ch. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4.éd., Paris, 1970, p.401.

28 «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 136, 1972-II, p.192: l'intégrité judiciaire de la Cour peut lui interdire de répondre à une demande d'avis. Aller plus loin en postulant une discrétion serait sacrifier l'intégrité d'interprétation de la Charte.

29 *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1925, p.247: arguments analogues à ceux de Negulesco, ci-devant, note 26.

30 *Droit international public*, vol. I, Paris, 1940, p.437: l'exercice d'une fonction est toujours une obligation. La Cour ne peut se dérober à exercer une mission en vue de laquelle elle a été créée.

31 *Diritto internazionale*, vol. IV, Milan, 1965, p.1751: la fonction consultative est une fonction au service des Nations Unies pour laquelle la Cour a été créée. Il ne saurait donc y avoir de discrétion.

32 *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia*, Milan, 1985, p.211, 214: la question ne peut être discrétionnaire précisément parce que la Cour est un organe judiciaire et non un organe politique. La Cour ne peut pas refuser sa collaboration en base à des raisons de pure opportunité (p.211). La Cour est donc obligée de répondre à chaque fois que son intégrité judiciaire n'est pas mise en cause.

33 «La competenza consultiva della Corte internazionale di Giustizia nella soluzione delle controversie internazionali», *Comunicazioni e Studi*, vol. XIV (*Mélanges G. Morelli*), Milan, 1975, p.496-7: le lien entre la Cour et l'organisation des Nations Unies et la fonction-service dont s'acquitte la Cour en rendant des avis consultatifs fait qu'il n'y a aucune discrétion. De plus, on conçoit mal une discrétion d'opportunité par rapport à l'exercice des fonctions d'un organe juridictionnel.

34 *Le Nazioni Unite*, 5.éd., Milan, 1996, p.265: l'esprit de la fonction consultative est celui d'une collaboration obligatoire de la Cour avec les organes des Nations Unies. Il ne peut donc y avoir de discrétion. De plus, on voit mal pourquoi la Cour devrait de nos jours sacrifier l'activité consultative à celle contentieuse, c'est-à-dire la collaboration entre organes, au respect de la volonté d'un seul Etat de se soustraire à l'opinion consultative de la Cour.

35 «Le règlement de la Cour permanente de Justice internationale», *RDILC*, vol. 3, 1922, p.147: la Cour accepte la fonction consultative comme un devoir sous réserve de l'impossibilité de l'exercer.

36 «Les règles générales de la paix», *RCADI*, vol. 46, 1933-IV, p.585: la Cour étant un organe judiciaire, elle ne peut se refuser de donner un avis quand une requête tombe dans un domaine de sa compétence.

J.P.A. François,[37] G. Salvioli,[38] H.W. Lessing,[39] H. Lauterpacht,[40] et G. Abi-Saab.[41]

IV. LA NOTION DE DISCRETION

1. Pour apprécier la portée du *dictum* de la Cour selon lequel elle possède un pouvoir discrétionnaire de décliner de répondre à une demande d'avis, il importe de serrer de plus près la notion de discrétion juridique. Suivant le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, le terme discrétionnaire «exprime l'idée que l'agent intéressé apprécie à sa guise l'opportunité et les modalités de l'exercice [d'une] faculté ou [d'une] action».[42] Comme l'a dit J. Basdevant pour les discrétions exercées par l'Etat: «Supposons qu'une matière rentre dans la compétence d'un Etat; en principe, celui-ci exerce cette compétence comme il l'entend. Mais le droit international peut intervenir pour fixer comment cet Etat devra exercer sa compétence, lui imposer certaines obligations à cet égard. Dès lors, la compétence de l'Etat ne peut plus être exercée *à sa guise*, mais elle doit l'être d'une certaine façon déterminée par le droit international; cette compétence n'est plus discrétionnaire, c'est une compétence liée».[43] Cette définition de la discrétion repose sur la détermination subjective de l'opportunité d'agir par l'opérateur investi de ce pouvoir. Le droit s'abstient d'enserrer sa décision sur un point donné dans des critères objectifs.[44] C'est là l'explication la plus courante de la notion de discrétion.[45]

37 «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 66, 1938-IV, p.236: la Cour doit répondre aux organes politiques qui l'ont considérée apte à apporter une contribution à des problèmes juridiques au sein de l'organisation. C'est à ces organes qu'il appartient de faire attention de ne pas charger la Cour d'affaires politiquement délicates. Un refus par la Cour de répondre constituerait un détournement de pouvoir.

38 «La jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale», *RCADI*, vol. 12, 1926-II, p.52: la Cour est obligée de répondre à moins qu'il ne lui soit absolument impossible d'avoir les renseignements de fait nécessaires pour se prononcer.

39 *Die Gutachten des ständigen internationalen Gerichtshofes*, Berlin, 1932, p.56: la Cour doit répondre à une demande d'avis à moins d'une atteinte à son intégrité judiciaire ou d'impossibilité matérielle.

40 *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p.250: les raisons de refus de répondre à la demande d'avis sont des raisons juridiques précises. La Cour ne s'est pas considérée libre de ne pas répondre pour des raisons politiques ou simplement de convenance propre.

41 *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, p.152-3 et *Observations...* (*supra*, note 12), p.18-29: si elle est compétente, la Cour ne peut refuser de donner un avis que pour des raisons qui touchent à la recevabilité générale (*judicial propriety*), c'est-à-dire à la protection de son intégrité judiciaire. Il n'y a donc pas de discrétion parce que l'appréciation de la Cour ne peut porter que sur les limites de la fonction judiciaire.

42 *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960, p.216.

43 J. Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 58, 1936-IV, p.570, italiques ajoutées.

44 L'opportunité comme critère distinctif de la discrétion est dégagée aussi par G. Cornu (éd), *Vocabulaire juridique*, 2.éd., Paris, 1990, p.274, point II, sous «discrétionnaire».

45 Une notion plus large de discrétion existe dans les ordres juridiques anglo-saxons. Le terme de «judicial discretion» est appliqué «to the discretionary action of a judge or court, and mean discretion bounded by the rules and principles of law [contrairement à la discrétion des

2. La doctrine spécialisée, souvent germanophone, va dans le même sens. Traditionnellement, elle avait coutume de distinguer deux types de discrétion: la discrétion sur les éléments d'une norme (*Tatbestandsermessen*) et la discrétion sur les conséquences commandées par la norme (*Rechtsfolgeermessen*). Dans le premier cas il s'agissait d'interpréter des standards et des termes vagues dans la loi (les fameuses lacunes *intra legem*). Par exemple: «intérêt légitime», «délai raisonnable», «raisons excusables», «cas graves», «dommages disproportionnés». L'activité requise par l'opérateur est ici plus créatrice qu'applicatrice, d'où l'idée d'une discrétion à lui accorder. Dans le deuxième cas, l'opérateur peut choisir entre diverses conséquences prévues par la norme: par exemple de retirer le permis de conduire ou de donner une simple réprimande. C'est ce qu'on a appelé une discrétion sur le choix (*Auswahlermessen*). A côté de cette notion on admettait dans certains cas une discrétion sur la décision d'agir ou de ne pas agir, par exemple de prendre une sanction ou de ne pas en prendre (*Entschliessungsermessen*). C'est le cas notamment si une norme prévoit que l'administration «peut» (*kann / darf*) prendre certaines mesures.[46]

Avec les progrès de l'Etat de droit (la *rule of law*) et le recul du dogme de l'irresponsabilité et des sphères d'action étatique placées hors de l'ordre juridique (*rechtsfreier Raum*), la doctrine attaqua sévèrement toute idée de discrétion dans l'interprétation des termes vagues de la loi. La discrétion signifiait une activité affranchie du regard juridique: l'exercice de la discrétion n'est pas (ou très peu) contrôlable par les tribunaux parce qu'elle n'est pas une question de droit. Le droit renonce à déterminer objectivement le résultat et ouvre un champ à une décision subjective d'opportunité. Dès lors, il a été dit à juste titre que l'interprétation d'un terme vague de la loi n'est pas discrétionnaire. C'est une fonction juridique qui doit être exercée en tenant compte des règles d'interprétation ainsi que des finalités générales de la loi et de l'ordre juridique. L'interprétation est une question de droit et se prête au contrôle du juge au moins sous l'aspect de sa conformité aux normes et aux buts du système juridique. La doctrine nia donc avec raison que le *Tatbestandsermessen* relève réellement de la discrétion.[47]

3. La doctrine administrativiste moderne tend donc à limiter le terme de discrétion à la *discrétion d'opportunité*: il y a discrétion si l'organe est libre de prendre certaines mesures ou de refuser de prendre certaines mesures sans que les

fonctionnaires], and not arbitrary, capricious, or unrestrained. It is not the indulgence of a judicial whim, but the exercise of judicial judgment, based on facts and guided by law, or the equitable discretion of what is just and proper under the circumstances». (*Black's Law Dictionary*, 6.éd., St. Paul, 1990, p.467). Ces différences ont leur racine dans l'organisation juridique et l'évolution propres à chacune de ces traditions. La définition plus restreinte du terme discrétion dans les ordres juridiques basées sur la tradition romaniste est le résultat des progrès de la soumission des organes étatiques à la règle de droit et au contrôle des juridictions administratives (voir ci-après, 2).

46 Voir sur tout cela H. Soell, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg, 1973.

47 *Cf.* H. Ehmke, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Recht und Staat, Cahier no. 230/1*, Tübingen, 1960. Le tribunal fédéral suisse s'est rangé à ces vues: ATF 80, I, p.100; ATF 107 Ib, p.119ss. (ATF = Arrêts du tribunal fédéral, Recueil officiel, tome, section, page).

raisons soient objectivisables et donc susceptibles d'être déterminées *a priori*. Si ce pouvoir est limité par des normes précises ou des finalités de l'ordre juridique suffisamment circonscrites («objet et but d'une disposition»), il n'y aura pas de discrétion. Il n'y aura qu'un pouvoir d'appréciation qui est inhérent au devoir d'interprétation de l'opérateur. De surcroît, l'exercice de ce pouvoir pourra être contrôlé par le juge au moins sur le point de sa conformité avec les normes et les finalités limitatrices.[48]

Où cesse la discrétion et où commence le devoir d'appréciation circonscrit par des normes? Il n'y a pas de limites étanches en tout point entre ces deux sphères. L'essentiel c'est le degré de liberté de l'opérateur juridique. Le fait que certaines normes très générales comme l'interdiction de l'abus de droit ou de l'arbitraire peuvent limiter des pouvoirs n'est pas décisif. Un maire a discrétion pour choisir de mettre ou de ne pas mettre une statue d'un grand homme sur une place publique car la question n'est pas déterminée par le droit. La décision d'accueillir ou d'expulser des étrangers du territoire national constitue, en l'absence d'engagements conventionnels, un pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Il en va de même pour la décision d'accorder ou de ne pas accorder la protection diplomatique à l'un de ses ressortissants, du moins en l'absence de normes constitutionnelles établissant certaines obligations. L'Etat reste libre de procéder à ces mesures pour toute une gamme de raisons d'opportunité qui échappent au contrôle juridique. En revanche, si un pouvoir ne peut être exercé que pour servir une finalité précise susceptible d'être formulée en termes généraux et objectifs (et donc juridiques), il n'y a plus de discrétion. Le pouvoir devra être exercé pour servir cette finalité. La faculté est devenue une fonction, la compétence discrétionnaire une compétence liée. La finalité impose une mesure d'appréciation objective à l'acte de l'organe, interdisant que celui-ci fasse dépendre sa décision de conditions qui n'ont aucun rapport avec l'objet et le but du rapport juridique en question. L'appréciation devient une fonction sociale, faisant partie de cette catégorie que Sperduti a appelé un devoir-pouvoir («dovere-potere»).[49]

V. LA DISCRETION DE LA COUR EN MATIÈRE DE DEMANDES D'AVIS CONSULTATIFS

1. Pour déterminer la nature des pouvoirs de la Cour quand il s'agit de décider s'il faut ou non répondre à une demande d'avis, il faut serrer de près le caractère juridique des *raisons d'un tel refus*. C'est le caractère de ces raisons qui décidera de la question de savoir si la Cour a réellement un pouvoir discrétionnaire de connaître ou de ne pas connaître de la requête (c'est la catégorie de l'*Entschliessungsermessen*).

2. Les raisons qui la conduisent à refuser de répondre à une demande d'avis ont

48 Voir par exemple pour la Suisse, ATF, 98, Ia, p.463-4; ATF, 98, V, p.131; ATF, 101, Ib, p.454; ATF, 103, Ib, p.129-130; ATF, 104, Ib, p.113-4; ATF, 104, Ia, p.212; ATF, 106, Ib, p.292-3; etc.

49 G. Sperduti, «Il principio della buona fede e l'ammissione di nuovi membri nelle Nazioni Unite», *Comunità internazionale*, vol. 7, 1952, p.50-1.

été décrites par la Cour de manière dans sa jurisprudence. Elle les a résumés dans ce concept de "raisons décisives" (*compelling reasons*)[50] qui renvoie à la protection de l'intégrité judiciaire dont la Cour est seule gardienne.[51] A considérer les choses de plus près, on se rend compte qu'il y a deux catégories très différentes de "raisons décisives" s'opposant à l'exercice de la compétence consultative.

a) Il y a, d'un côté, certaines raisons qui reposent sur l'*incompétence* de la Cour *ratione personae*, *materiae*, *temporis*, voire une catégorie intermédiaire. La Cour peut être incompétente si l'organe qui lui demande un avis est lui-même incompétent en la question. C'était l'une des raisons qui ont déterminé la Cour permanente de Justice internationale de refuser l'avis demandé dans l'affaire de la *Carélie orientale* (1923). Devant le Conseil de la Société des Nations, une dispute avait porté sur des questions affectant la position de la Russie. Celle-ci n'était pas à l'époque membre de la Société et n'avait pas par ailleurs donné son consentement à ce que le différend soit traité par le Conseil.[52] La compétence *ratione materiae* du Conseil venait ainsi à faire défaut. Dès lors il ne pouvait pas demander un avis à la Cour en cette matière. Le Conseil était incompétent et la Cour se déclare en conséquence incapable (elle parle d'impossibilité) de donner l'avis.[53] Il en va de même de l'avis de la Cour relatif à la *licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé* (*OMS*, 1996) où elle arrive à la conclusion que la question posée par l'OMS ne rentrait pas "dans le cadre de l'activité" de cette organisation conformément à l'article 96, paragraphe 2, de la Charte. Par conséquent la Cour se déclare incompétente.[54]

Dans ces deux cas, il s'agit d'une incompétence mixte *ratione materiae atque personae*. Une incompétence *ratione materiae* pure se présenterait si un avis était demandé sur une question qui n'est pas juridique.[55] Une incompétence *ratione personae* pure se présenterait à son tour si un organe qui n'est pas habilité par la Charte, voire un Etat, demandait un avis à la Cour.[56]

50 *Supra*, note 6. Sur ces raisons décisives, voir Rosenne (*supra*, note 22), p.24ss, 709ss. M. O. Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale* (*supra*, note 23), p.522ss. Sereni (*supra*, note 31), p.1751-2. Benvenuti (*supra*, note 32), p.211-2. Pratap (*supra*, note 17), p.148-9.

51 Affaire du *Cameroun septentrional*, CIJ., *Rec.*, 1963, p.29: «Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur (...) et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour». Cfr. G. Abi-Saab (*supra*, note 41), p.158ss. R. Giuffrida, *La ricevibilità generale nella giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia*, Milan, 1995, partic., p.169ss. N. Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Dordrecht / Boston / Londres, 1989, p.173ss.

52 CPJI, *sér. B, no. 5*, p.27.

53 *Ibid.*, p.28. Voir Abi-Saab (*supra*, note 41), p.78-80. Abi-Saab, *Observations...* (*supra*, note 12), p.20-3. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine its Own Jurisdiction* (*Compétence de la compétence*), La Haye, 1965, p.120-1. G. Salvioli, «La jurisprudence de la CPJI», *RCADI*, vol. 12, 1926-II, p.96. *Contra*, M.O. Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1936, p.524.

54 CIJ., *Rec.*, 1996, p.84, para. 31.

55 Article 96(1) de la Charte. *Cf.* Abi-Saab (*supra*, note 41), p.73.

56 *Cf.* Mosler (*supra*, note 21), p.1010-2.

Dans toutes ces questions touchant à sa compétence, la Cour n'a aucune discrétion. Elle l'a admis elle-même dans l'affaire relative à *certaines dépenses des Nations Unies* (1962) quand elle écrit: «Si une question n'est pas juridique, la Cour n'a pas de pouvoir discrétionnaire en la matière: elle doit refuser de donner l'avis qui lui est demandé».[57]

b) Il y a ensuite des raisons qui ne touchent pas à la compétence de la Cour mais à la recevabilité de la demande. C'est ici une question de recevabilité générale (*judicial propriety*). Ce concept décrit le pouvoir du juge de ne pas procéder à l'examen du fond de requêtes quand cela le porterait à franchir les limites inhérentes de la fonction judiciaire et à mettre en danger cette intégrité qui lui permet d'administrer la justice.[58]

Au fur et à mesure de l'expérience jurisprudentielle, des catégories particulières d'irrecevabilité issues de l'idée de la *judicial propriety* peuvent se cristalliser au point d'être susceptibles d'une administration autonome. Elles deviennent alors des chefs d'irrecevabilité spéciale. La nouveauté de la procédure consultative et l'absence d'expérience judiciaire nationale sur ce point font que pour l'instant les raisons d'irrecevabilité d'une requête d'avis demeurent au plan de considérations très générales convergeant dans l'idée de l'intégrité judiciaire.[59] L'inexistence de plaideurs au sens propre du terme et donc l'absence de la phase des exceptions préliminaires ont contribué à cet état des choses.

Mais ni dans le cas de raisons formulées de manière précise (par exemple l'inépuisement des recours internes dans la procédure contentieuse), ni dans le cas de considérations formulées de manière (encore) très générale ne peut-on parler de discrétion dans leur application. Comme on l'a vu, la discrétion suppose un résidu de libre choix qui ne se laisse pas ramener à des considérations de droit. Il y a dans toute discrétion un irréductible élément d'opportunité impossible à enserrer dans des conditions objectives. Or, dans le cas d'une requête d'avis soumise à la Cour, celle-ci doit appliquer la norme selon laquelle elle peut – *recte*: doit – refuser de répondre à cette requête si pour y répondre elle serait obligée de se départir des règles essentielles qui la constituent en tant qu'organe judiciaire. L'objectivisation des raisons de refus atteint ici un degré incompatible avec l'idée de discrétion parce que celle-ci suppose un résultat qui n'est pas déterminable par le droit. Ici, l'appréciation de la Cour est complètement dirigée par les nécessités téléologiques de la fonction judiciaire. L'opération mentale du juge étant déterminée par une norme juridique (intégrité de la fonction judiciaire), la discrétion se transforme en appréciation juridique. La seule différence par

57 CIJ., *Rec.*, 1962, p.155. *Cf.* Abi-Saab, *Observations...* (*supra*, note 12), p.25.

58 Sur cette catégorie de la recevabilité générale, *cf.* Abi-Saab (*supra*, note 41), p.146ss. Il y a d'un côté la recevabilité spéciale où les raisons d'irrecevabilité d'une demande – par exemple l'inépuisement des voies de recours internes, l'absence d'intérêt pour agir, etc. – se sont précisés et constituent des chefs d'administration judiciaire courante. D'un autre côté, il y a la recevabilité générale: «[l]es limites dont il est question ici s'imposent lorsque la Cour est appelée à agir d'une manière qui dépasse ou qui est incompatible avec ses pouvoirs tels qu'ils sont tracés par le Statut et le Règlement et par la notion même de fonction judiciaire» (*ibid.*, p.147).

59 *Observations...* (*supra*, note 12), p.27. Abi-Saab (*supra*, note 41), p.152-3.

rapport aux raisons d'irrecevabilité plus spéciales est que la généralité de la norme à appliquer laisse au juge une marge d'appréciation plus large. Mais il n'y a pas de discrétion, aussi peu qu'il y a discrétion dans l'interprétation d'un terme vague de la loi. Le droit impose une unité de mesure objective et interdit toute prise en compte de conditions ou de facteurs n'ayant aucun rapport avec la nécessité de ne pas outrepasser la fonction judiciaire. Toute la démarche étant ainsi enserrée dans des considérations juridiques prédéterminées, nous nous situons dans la catégorie du devoir-pouvoir dont parlait Sperduti. Comme l'a dit avec grande acuité G. ABI-SAAB dans ses *Observations* présentées à la Cour en l'affaire de la *licéité de l'utilisation d'armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*: «[Those general considerations of admissibility] are considerations of "propriety" and not of "opportunity". Propriety is subject of the test of what is proper for a judicial organ to do , i.e. what is compatible with the judicial function. It is not a question of unfettered discretion or convenience (...). For the difference between a right and a function is that right is a power or a faculty which we can exercise or not exercise, keep or abandon; while a function conjugates a power with a charge or an obligation to exercise it in the pursuit of a specific finality».[60]

La pratique de la Cour a déjà pu spécifier certaines raisons d'irrecevabilité d'une demande d'avis consultatif. Dans l'affaire de la *Carélie Orientale* précitée, la Cour ajoute à l'incompétence du Conseil d'autres raisons qui militent en faveur d'un refus de répondre à la demande. Par exemple: si des questions de fait essentielles à la procédure ne peuvent être raisonnablement élucidées en l'absence d'un Etat, la Cour pourrait mettre en danger l'intégrité du prononcé judiciaire en répondant à la demande d'avis.[61] La Cour peut aussi chercher à protéger la fonction contentieuse qui est l'attribution principale de tout organe judiciaire et qui seule permet de discuter sur le vif, sur la base d'une argumentation complète, les problèmes juridiques qui se posent.[62] Si la Cour doit craindre qu'une affaire pourra lui être soumise plus tard au contentieux, qu'une procédure consultative est prématurée, risque de faire perdre des droits procéduraux à des tiers,[63] ou qu'elle constitue une manière de tourner sa compétence contentieuse,[64]

60 *Observations...* (*supra*, note 12), p.27-8.

61 CPJI, *sér. B, no. 5*, p.28-9. *Cf.* Hudson (*supra*, note 53), p.524. G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 2.éd., Paris, 1983, p.652.

62 Dans l'avis consultatif relatif à la *compatibilité d'un projet de loi avec l'article 8(2)(h) de la Convention interaméricaine des droits de l'homme* (1991), la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est exprimée comme suit: «Contentious proceedings provide, by definition, a venue where matters can be discussed and confronted in a much more direct way than in advisory proceedings» (*sér. A, no. 12*, para. 28). Voir l'*Inter-American Yearbook on Human Rights*, 1991, p.1270-2.

63 *Ibid.*, para. 28: «The Court believes that a reply to the questions presented by Costa Rica, could produce, under the guise of an advisory opinion, a determination of contentious matters not yet referred to the Court, withKut providing the victims with the opportunity to participate in the proceedings. Such a result would distort the Convention system».

64 *Ibid.*, para. 28 (*supra*, note 61). Voir aussi la Résolution en l'affaire *V. Gallardo* (1981), *sér. A., no. G. 101/81*, para. 24, de la même Cour. Pour la Cour internationale de Justice, voir l'affaire du *Sahara Occidental*, CIJ., *Rec.*, 1975, p.38ss.

elle peut décliner d'entrer en matière sur la requête. Elle pourra parfois dire qu'une réponse équivaudrait en substance à trancher un différend entre les parties.[65] Autre exemple. Dès les travaux préparatoires du premier Règlement de la Cour, le Comité de procédure avait réservé le droit de la Cour de ne pas répondre à une question posée dans l'abstrait.[66] Le souci du Comité n'était pas tant d'éviter ce genre de questions (que la jurisprudence de la Cour a depuis déclaré recevables)[67] mais de laisser une marge de manœuvre à la Cour si de telles questions confrontaient la Cour à des problèmes d'établissement de faits ou de conflit avec la procédure contentieuse.[68] D'autres arguments ont été présentés par des Etats soumettant leurs observations à la Cour pour l'inciter à décliner sa compétence consultative. Ils touchent parfois à la fonction judiciaire: ainsi il a été suggéré à la Cour de refuser de répondre à une requête parce que sa réponse l'amènerait à légiférer.[69] Parfois ils touchent davantage à l'opportunité de donner un avis: ainsi, il a été prétendu que la Cour devrait refuser de répondre parce que sa réponse pourrait être préjudiciable à des négociations sur le désarmement.[70] Ce dernier argument étant de pure opportunité est à notre avis irrecevable précisément parce que la Cour n'a pas de discrétion. L'appréciation de l'opportunité de l'avis ressortit uniquement de l'organe requérant.[71]

65 Affaire du *Statut de la Carélie Orientale, sér. B., no. 5*, p.28-9. L'absence d'accord d'un Etat à l'exercice de sa compétence consultative par la Cour n'est pas en soi décisif. La Cour a pris soin de distinguer à cet effet la procédure consultative de la procédure contentieuse: affaire de l'*interprétation des Traités de Paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (Première phase)*, CIJ., *Rec.*, 1950, p.71. Affaire relative à l'*applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, CIJ., *Rec.*, 1989, p.189-191. Sur la relation entre le précédent de la *Carélie* et celui des *Traités de Paix* voir les observations de H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p.352ss. Sur l'absence de consentement en général, voir Pratap (*supra*, note 17), p.154ss. Greig (*supra*, note 17), p.332ss. Singh (*supra*, note 51), p.87ss.

66 CPJI, *sér. D, no. 2*, p.308.

67 Affaire des *réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ., *Rec.*, 1951, p.29-30.

68 Divers Etats ont prétendu qu'un tel problème se posait dans l'affaire de la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, (Assemblée générale)*, CIJ., *Rec.*, p.236-7, para. 15. La Cour a réfuté cet argument en disant que sa tâche était de considérer la question sous l'angle des normes juridiques applicables.

69 *Ibid.*, p.237, para. 18. La Cour a écarté cet argument.

70 *Ibid.*, p.237, para. 17. La Cour a écarté cet argument aussi. Sur tous ces arguments présentés par certains Etats, voir M. Perrin De Brichambaut, «Les avis consultatifs rendus par la Cour internationale de Justice le 8 juillet 1996 sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires dans un conflit armé (OMS) et sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires (AGNU)», *AFDI*, vol. 42, 1996, p.323-5.

71 La Cour a répondu à cette objection comme à celle prétendant que l'avis rendu ne serait pas utile à l'Assemblée générale sur le fond, en les écartant: «[I]l n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres» (*ibid.*, p.237, para. 16); «[L']effet qu'aurait cet avis [sur les négociations sur le désarmement] est une question d'appréciation. Des opinions contraires ont été exposées devant la Cour et il n'est pas de critère évident qui permettrait à celle-ci de donner la préférence à une position plutôt qu'à une autre» (*ibid.*, p.237, para. 17). Il s'agit de questions politiques qui ne peuvent pas faire partie d'un examen judiciaire.

3. Ce qui reste en définitive de la prétendue «discrétion» n'est qu'un pouvoir d'appréciation d'ordre fonctionnel pour savoir si les limitations inhérentes aux attributions judiciaires ne s'opposent pas à connaître d'une demande d'avis. Comme le dit G. ABI-SAAB: «This so-called discretion is in fact reduced to a special duty of vigilance for the Court lest in any advisory proceedings (...) be trespassed those inherent limitations of the judicial function. In other words, the discretionary power of the Court thus comes down to no more than a wider margin of appreciation of the general considerations of admissibility (...) of requests for advisory opinions; considerations whose default would mean that answering the question would be incompatible with the judicial function».[72]

Mais il y a aussi d'autres raisons qui militent dans le même sens. Des limites fonctionnelles objectives s'imposent avec plus de force que partout ailleurs quand il s'agit d'un organe judiciaire. Agir discrétionnairement, c'est toujours agir quelque part hors du droit (même si c'est le droit qui l'autorise). Cela est particulièrement grave pour le juge. Si le but de la doctrine de la discrétion est de préserver l'intégrité et le prestige de la Cour, l'exercice d'une discrétion d'opportunité tend au contraire à les mettre en danger. Elle fait prendre à la juridiction des décisions politiques. La protection de l'intégrité de la Cour doit dès lors se faire en reconnaissant des raisons spécifiques de refus ou en faisant appel à une finalité objective au vu desquelles le refus se justifie.

De plus, la doctrine de la discrétion est incompatible avec celle des "raisons décisives". S'il y avait vraiment discrétion, les raisons les plus diverses et les moins prévisibles pourraient entrer en ligne de compte pour motiver un refus. Or, s'il s'agit seulement de préserver l'intégrité du juge, il est clair que ce n'est pas une discrétion qui est exercée mais qu'il s'agit de l'interprétation d'une notion juridique pour voir si une espèce tombe sous sa description ou non. La Cour a bien senti que le postulat d'une discrétion réelle – sans l'adjonction de la doctrine des raisons décisives – aurait été incompatible avec cette même fonction judiciaire dont elle se réclame.

VI. CONCLUSION

Les raisons pour lesquelles la Cour revendique une discrétion en matière de réponse aux demandes d'avis sont évidentes. Elle cherche par ce moyen à se ménager une marge de manœuvre pour pouvoir réagir flexiblement à de futures demandes d'avis qui risqueraient de l'indisposer par le contexte ou les conséquences qui s'y rattachent. Cela peut sembler plus important encore dans la société internationale que dans celle interne parce que la société internationale est traversée d'intérêts et de conflits hautement politiques particulièrement inadaptés aux prolongements judiciaires. Mais la Cour n'a pas besoin de cette arme ambiguë qu'est la discrétion pour venir à bout de ces difficultés. L'appréciation des exigences inhérentes à l'intégrité judiciaire suffisent à ce propos. C'est en

72 *Observations...* (*supra*, note 12), p.29.

liant la «discrétion» à cet objectif, et donc en y renonçant, qu'un équilibre idéal est atteint. Il permet de toucher à l'optimum entre ces principes divergents que sont d'un côté la préservation d'une marge d'action pour la politique judiciaire, et de l'autre, une formulation objective et contrôlable des conditions qui sont à la base des actes juridictionnels de la Cour.

AFRICAN LEGAL MATERIALS – DOCUMENTS JURIDIQUES AFRICAINS

"AFFAIRE HISSENE HABRE"

REPUBLIQUE DU SENEGAL

COUR D'APPEL DE DAKAR, CHAMBRE D'ACCUSATION

Présents: Cheikh Tidiane Diakhate, Président; Alpha OusseyNi Diallo et Amath Diouf, Conseillers; Papa Ndiaye, Greffier.

Arrêt no 135 du 04-07-2000 / Accusation

Ministère Public et François Diouf Contre Hissène Habré (Me Madické Niang, Me Hélène Cissé, Me El Hadji M. Diouf, Me Souleymane Ndéné Ndiaye, Me Abdou Dialy Kâne)

Entre Le Ministère Public, d'une part,

Et Hissan Habré inculpé de complicité de crime contre l'humanité, d'actes de torture et de barbarie, d'autre part.

Vu la procédure suivie contre Hissène Habré né en 1942 à Faya Largeau (République du Tchad) ancien chef d'Etat domicilié à Ouakam, inculpé de complicité de crime contre l'humanité, d'actes de torture et de barbarie;

Vu la requête de Me Madické Niang, avocat à la Cour, conseil de l'inculpé en date du 18/02/2000 tendant à l'annulation de la procédure pour incompétence des juridictions sénégalaises, défaut de base légale et prescription des faits;

Vu le réquisitoire N' 75 du 12 Avril 2000 de Monsieur le Procureur Général près la Cour d'Appel de Dakar;

Ouï Mr le Conseiller Alpha Ousseyni Diallo en son rapport et lecture faite par le greffier des pièces du dossier;

Oui Mes Niang, Hélène Cisse, Abdou Dialy Kane, El Hadji Diouf et Souleymane Ndéné Ndiaye, conseils de l'inculpé en leurs demandes, fins, moyens et conclusions;

Ouï Mes Yérim Thiam, Boucounta Diallo, Sidiké Kaba et Jacqueline Moudewa, Avocats conseils des parties civiles en leurs observations, moyens et conclusions;

Ouï Monsieur l'Avocàt Général François Diouf en ses réquisitions orales.

Après en avoir délibéré conformément à la loi;