

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-5
II. COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE: LA COMPÉTENCE OBLIGATOIRE REVISITÉE	6-36
1. Les travaux du comité consultatif de juristes sur le Statut de la Cour permanente (1920)	6-13
2. Les débats de l'Assemblée de la Société des Nations et de ses organes subsidiaires (1920)	14-26
3. Les débats sur le Statut de la Cour de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale et ses organes subsidiaires (1945)	27-36
III. LA CLAUSE FACULTATIVE D'ACCEPTATION DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE: D'UN IDÉAL PROFESSÉ À UNE PRATIQUE DÉNATURÉE	37-44
IV. LE VIEIL IDÉAL DE L'AUTOMATICITÉ DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE DE LA COUR DE LA HAYE	45-63
V. LE RAPPORT ENTRE LA CLAUSE FACULTATIVE/LES CLAUSES COMPROMISSOIRES ET LA NATURE ET LA TENUEUR DES TRAITÉS CORRESPONDANTS	64-78
VI. LE PRINCIPE <i>UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT</i>	79-87
VII. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE (ART. 22) DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE (CIEDR): ÉLÉMENTS EN PERMETTANT L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION EN BONNE ET DUE FORME	88-118
1. Sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR	92-96
2. Travaux préparatoires de l'article 22 de la CIEDR	97-109
3. La décision antérieure de la Cour sur l'article 22 de la CIEDR: <i>venire contra factum/dictum proprium non valet</i>	110-118
VIII. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE: VÉRIFICATION DES TENTATIVES OU EFFORTS PRÉALABLES DE NÉGOCIATION	119-135
1. La Cour permanente de Justice internationale	119-124
2. La Cour internationale de Justice	125-135
IX. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE SUR LA BASE DE TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME	136-144

X. LE DROIT ET LES SOUFFRANCES ET BESOINS DE PROTECTION DE LA POPULATION: <i>SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA</i>	145-166
XI. LES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN TANT QU'INSTRUMENTS VIVANTS	167-185
XII. OBSERVATIONS FINALES, EN GUISE DE RÉCAPITULATIF	186-196
XIII. ÉPILOGUE: UN VIEUX DILEMME REVISITÉ, DANS LE CADRE DU <i>JUS GENTIUM</i> DES TEMPS MODERNES	197-214

*

I. INTRODUCTION

1. Je regrette de ne pas être en mesure de suivre la majorité des membres de la Cour au sujet de la décision que celle-ci vient d'adopter dans le présent arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. Mon désaccord porte sur le raisonnement de la Cour dans son ensemble et sur ses conclusions concernant la deuxième exception préliminaire et la compétence, ainsi que sur la manière dont elle a traité les questions de fond et de procédure soulevées devant elle. Dans ces conditions, je tiens à ce que les motifs de mon opinion dissidente soient consignés, étant donné l'importance considérable que j'attache aux questions soulevées tant par la Géorgie que par la Fédération de Russie dans le cas d'espèce, sachant que le règlement du différend en question est inéluctablement lié à l'impératif de la *réalisation de la justice* en vertu d'un instrument des Nations Unies relatif aux droits de l'homme aussi important, historiquement, que la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après dénommée la «CIEDR»).

2. C'est donc avec le plus grand soin que j'expose les fondements de mon opinion radicalement dissidente sur l'ensemble de la question examinée par la Cour dans l'arrêt qu'elle vient de rendre, par respect et dévouement envers l'exercice de la fonction judiciaire internationale, guidé avant tout par l'objectif ultime, précisément, de la *réalisation de la justice*. A cette fin, je m'arrêterai sur tous les aspects du différend porté devant la Cour qui forme l'objet de l'arrêt que celle-ci vient d'adopter, dans l'espoir de contribuer ainsi à la clarification des questions soulevées et au développement progressif du droit international, tout particulièrement en ce qui concerne les décisions de la Cour dans les affaires relevant d'instruments universels relatifs aux droits de l'homme.

3. Je m'arrêterai pour commencer sur la genèse de la compétence obligatoire de la Cour de La Haye (c'est-à-dire de la Cour actuelle et de sa devancière), qui ne saurait à mon sens être passée sous silence lorsqu'on examine des clauses compromissaires comme celle qui figure à l'article 22 de la CIEDR. J'aborderai ensuite l'histoire et le développement législatifs

de la clause facultative de compétence obligatoire de la Cour de La Haye. J'en viendrai alors à l'examen des rapports entre clause facultative/clauses compromissoires et la nature et le fond des instruments dans lesquels elles sont énoncées.

4. Après avoir appelé l'attention sur le principe *ut res magis valeat quam pereat*, je m'intéresserai aux éléments permettant d'interpréter et d'appliquer correctement la clause compromissoire (art. 22) de la CIEDR (à savoir son sens ordinaire, ses travaux préparatoires et la décision précédente de la Cour elle-même à son sujet). En m'arrêtant ensuite sur les liens qui existent inévitablement entre règlement pacifique et réalisation de la justice, singulièrement en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, j'insisterai en particulier sur la question de la vérification des tentatives ou efforts de négociation antérieurs, à la lumière de la jurisprudence pertinente de la Cour de La Haye (CPJI et CIJ).

5. Je montrerai ensuite que les souffrances de la population et la protection dont elle a besoin sont les enjeux du *jus gentium* contemporain, question qui, à mon sens, est au cœur de l'examen de la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Cela me conduira à une analyse de la manière dont a évolué l'interprétation des instruments relatifs aux droits de l'homme, comme la CIEDR — toujours considérés dans la jurisprudence internationale et la doctrine internationale comme des instruments *vivants* propres à répondre à de nouveaux besoins de protection de l'être humain, même dans les circonstances les plus adverses. J'arriverai ainsi, et ce n'est pas là le moins important, à la présentation de mes observations et de ma réflexion finales sur un ancien dilemme qui continue de se poser à nous, à la lumière du *jus gentium* contemporain.

II. COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE ET COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : LA COMPÉTENCE OBLIGATOIRE REVISITÉE

1. *Les travaux du comité consultatif de juristes sur le Statut de la Cour permanente (1920)*

6. En juin-juillet 1920, le comité consultatif de juristes chargé par le Conseil de la Société des Nations d'élaborer le Statut de la Cour permanente de Justice internationale («la Cour permanente») débattit longuement de la possibilité de doter celle-ci d'une compétence obligatoire¹ de manière à faire évoluer le système judiciaire international. Le comité examina un texte précis pour la clause compromissoire et parvint rapidement

¹ En ce qui concerne la base de discussion proposée, voir Cour permanente de Justice internationale/comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité* (16 juin-24 juillet 1920), La Haye, Van Langenhuysen Frères, 1920, p. 218. Sur une proposition ultérieure (de lord Phillimore) et un amendement (de M. Hagerup), voir annexes 2-3, p. 252-253.

à un consensus sur l'introduction d'une règle selon laquelle la Cour permanente serait compétente pour connaître de certains différends, *indépendamment de l'existence* d'un accord antérieur (*ad hoc* ou conventionnel) entre les parties adverses.

7. Le projet de statut prévoyait que cette compétence obligatoire s'étendrait à la totalité des différends de nature «juridique», alors que pour d'autres types de questions la Cour permanente ne pourrait être saisie sans l'assentiment des parties. L'intention des membres du comité semblait être que l'introduction d'un tel système de compétence obligatoire pour les différends de «nature juridique» s'étende aussi à d'autres affaires dans la mesure où elles relevaient d'accords généraux ou spécifiques entre les parties (adverses). Depuis la dixième séance du comité, la discussion sur la question d'une clause juridictionnelle se référait en particulier à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, qui faisait état expressément de différends «soumis» par les parties à la Cour permanente².

8. Il fut proposé que le Statut (de la Cour permanente) lui-même soit l'instrument général par lequel les États donneraient leur assentiment à la compétence; dans un texte de travail proposé par le baron Descamps, un dernier paragraphe fut ajouté, qui précisait ce qui suit: «Tout Etat signataire du présent acte est considéré comme acceptant de résoudre juridictionnellement tout différend [de nature juridique].»³ Dès la quatorzième séance du comité (tenue le 2 juillet 1920), la compétence obligatoire avait été généralement acceptée⁴. Passant au droit applicable, le comité se pencha alors sur la question des principes généraux à inclure dans la liste des sources juridiques applicables par la Cour permanente.

9. Conformément à l'article 34 du projet de Statut, la Cour permanente devait avoir compétence (même sans convention spéciale la lui donnant) pour connaître et décider des affaires de «nature juridique» — entre États Membres de la Société des Nations — qui avaient pour objet: *a*) l'interprétation d'un traité; *b*) tout point de droit international; *c*) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; *d*) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international; *e*) l'interprétation d'une sentence rendue par la Cour. Cette dernière devait aussi connaître de tous différends, de quelque nature qu'ils fussent, qui lui étaient soumis en vertu

² L'article 14 du Pacte se lit comme suit:

«Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de Justice internationale et de le soumettre aux Membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée.»

³ Cour permanente de Justice internationale/comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité*, *op. cit. supra* note 1, annexe 1, p. 272, et voir amendement, *ibid.*, annexe 5, p. 277-278.

⁴ En dépit de la préoccupation — quant au droit applicable — exprimée par quelques membres; voir *ibid.*, p. 308-309 et 311.

d'une convention, soit générale, soit spéciale, entre les parties. En cas de contestation sur le point de savoir si un différend rentrait, oui ou non, dans les catégories ci-dessus visées, la Cour décidait⁵.

10. Au cours des débats de fond tenus par le comité consultatif le 2 juillet 1920, l'un de ses membres (E. Root), tentant de modérer le sentiment général, fit observer que «le monde [était] préparé à accepter la juridiction obligatoire d'une cour qui appliquerait les règles universellement reconnues du droit international», mais qu'il ne le croyait pas disposé à accepter «la juridiction obligatoire d'une cour qui appliquerait des principes ... compris différemment selon les pays»⁶. A son avis, il fallait «commencer modestement», avec une «juridiction relativement restreinte»⁷. Le président du comité consultatif (le baron Descamps) répondit immédiatement que, lorsque M. Root disait que les «principes de justice» variaient avec les pays,

«cela [pouvait] être vrai, en partie, lorsqu'il s'agi[ssait] de certaines règles secondaires. Mais ce n'[était] plus vrai lorsqu'il s'agi[ssait] de la loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée au cœur de tout être humain et qui rec[evait] son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés. C'[était] là une loi dont le juge ne [pouvait] faire abstraction, et dont en fait, qu'on le veuille ou non, il ne fera[it] jamais abstraction.»⁸

11. Le baron Descamps ajouta qu'il serait enjoint aux juges de la Cour permanente «de rechercher si les données de leur conscience se trouvaient en harmonie avec les diktats mêmes de la conscience juridique des peuples civilisés»⁹. Un autre membre du comité (B. C. J. Loder) répondit également à M. Root, faisant valoir qu'il y avait «confusion» avec l'«arbitrage obligatoire», qui n'était pas «de la compétence du comité», lequel se préoccupait des normes matérielles à appliquer par la Cour» (la Cour permanente s'entend); B. C. J. Loder répéta qu'il fallait éviter «toute confusion entre la question de l'arbitrage obligatoire et celle des normes à appliquer par la Cour»¹⁰.

12. Le comité consultatif se prononça finalement pour la juridiction obligatoire de la Cour de La Haye (Cour permanente). Voici ce qu'il disait dans son rapport final:

«il ne saurait entrer dans la pensée du comité de donner à une partie le droit d'éluder la juridiction de [la] Cour en alléguant que toute espérance de règlement par la voie diplomatique n'est pas encore perdue.

.....

⁵ Voir *op. cit. supra* note 1, p. 729, le rapport final par lequel le comité a mis la dernière main au projet d'articles et y a joint un commentaire; et la version préliminaire, *ibid.*, p. 566.

⁶ *Ibid.*, p. 308.

⁷ *Ibid.*, p. 309.

⁸ *Ibid.*, p. 310-311.

⁹ *Ibid.*, p. 311.

¹⁰ *Ibid.*, p. 311.

Après s'être assurée que le litige a été l'objet d'une tentative de règlement par la voie diplomatique, la Cour, cette vérification faite *in limine litis*, statue, sous un certain nombre de conditions. L'article 34 déclare en conséquence que, entre Etats Membres de la Société des Nations, la Cour statue sans convention spéciale sur les différends d'ordre juridique... »¹¹

13. Commentant cette disposition du projet de texte, le comité consultatif lui-même constatait ce qui suit :

« de l'avis de la majorité du comité, une telle attribution de compétence, bien qu'elle ne soit peut-être pas rigoureusement conforme aux termes du Pacte, est dans un tel accord avec son esprit qu'on ne comprendrait pas qu'au moment d'organiser définitivement la Cour on n'achevât pas, par ce dernier trait, le progrès qu'elle apporte.

.

La majorité [du comité] a reconnu que les Etats qui forment la Société des Nations doivent, en constituant la Cour, lui donner compétence dans le cas de litiges d'ordre juridique, sans autre convention que le Statut qui organise la Cour. »¹²

Telle était la position du comité consultatif de juristes auquel le Conseil de la Société des Nations avait confié la tâche historique d'élaborer le Statut de la Cour de La Haye en 1920. Cependant, le Conseil lui-même allait adopter une position différente et s'opposer à l'attribution d'une compétence obligatoire à la Cour. La question fut alors renvoyée devant l'Assemblée de la Société des Nations.

2. *Les débats de l'Assemblée de la Société des Nations et de ses organes subsidiaires (1920)*

14. A la première Assemblée, en 1920, la question de la compétence obligatoire de la Cour permanente fit l'objet d'un débat approfondi ; certains des membres du comité consultatif de juristes étaient présents en leur qualité de délégués de leur pays. Dans les débats de l'Assemblée qui suivirent¹³, le projet de clause de compétence obligatoire ne suscita généralement pas

¹¹ *Op. cit. supra* note 1, p. 726-727.

¹² Voir *ibid.*, p. 727-728. Voir aussi le commentaire sur cette disposition de J. Brown Scott dans *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists — Report and Commentary*, Washington, 1920, p. 98 :

« Il semblerait en découler que l'une des parties pourrait, en l'absence d'une convention distincte et spéciale ou d'un assentiment spécial, porter l'affaire devant la Cour, qui a compétence pour en connaître, et que la Cour, ayant compétence, pourrait non seulement entendre l'affaire mais aussi, à la demande de l'Etat demandeur, la juger en l'absence de l'Etat défendeur invité à comparaître devant elle. »

¹³ Repris en grande partie dans le document de la Société des Nations *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte*, Genève, Société des Nations/Cour permanente de Justice internationale, 1921, p. 1 et suiv.

beaucoup d'enthousiasme de la part d'une grande partie des Etats Membres de la Société, même si certains le soutenaient (voir ci-dessous).

15. On se demandait en particulier s'il n'y avait pas contradiction entre l'article 34 initialement proposé, devenu l'article 36 dans la numérotation finale du projet de Statut de la Cour permanente, et le Pacte de la Société des Nations; une sous-commission fut donc chargée d'examiner la question et de déterminer si le Statut pouvait être un instrument par lequel les Etats exprimeraient leur assentiment à la compétence de la Cour permanente¹⁴. La sous-commission prit acte de la controverse sur l'interprétation du Pacte, mais elle décida de ne pas proposer d'amendement aux articles pertinents du projet de Statut¹⁵.

16. Les négociations sortirent de l'impasse grâce à une proposition du délégué du Brésil¹⁶ (Raul Fernandes), qui élaborait une autre version de la clause juridictionnelle permettant aux parties au Statut d'adhérer à l'un ou l'autre des deux textes¹⁷; il présenta ensuite une proposition révisée qui visait à laisser aux Etats désireux d'élargir le cadre de la compétence obligatoire la faculté de le faire par une déclaration. Cette proposition qui énonçait la clause facultative fut alors approuvée par l'Assemblée (huitième séance), ainsi que le projet de Statut dans son ensemble¹⁸.

17. Le délégué de la Norvège (F. Hagerup), qui, comme R. Fernandes, avait examiné la question au sein du comité consultatif, nota non sans regret que l'élan donné par les travaux du comité avait été perdu au cours des débats de l'Assemblée, tout en se félicitant de l'amendement du Brésil; il rappela toutefois à l'Assemblée qu'à son sens la compétence obligatoire restait établie, même sans le recours à la déclaration, du moins pour «tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur», comme le montrait la clause juridictionnelle modifiée¹⁹.

18. Les principales questions examinées au cours des débats furent consignées dans les procès-verbaux de la Troisième Commission de l'Assemblée, chargée du projet de Statut de la Cour permanente. Au cours de la discussion tenue le 24 novembre 1920 sur la question de la compétence obligatoire, le délégué de l'Argentine (H. Pueyrredon) déclara que, «si la juridiction de la Cour de Justice n'était pas obligatoire, cette Cour ne serait qu'un tribunal d'arbitrage»²⁰. Le délégué du Brésil (R. Fernandes) critiqua vivement les modifications apportées par le Conseil aux conclusions du comité consultatif de juristes, estimant que, «dans les questions d'ordre juridique, la juridiction de la Cour s'imposait, puisque les décisions de la Cour étaient l'application du droit et créaient le droit»²¹.

¹⁴ *Op. cit. supra* note 13, p. 91-92.

¹⁵ Voir *ibid.*, p. 210-211, et aussi p. 107, sur les débats de l'Assemblée à ce sujet.

¹⁶ Voir *ibid.*, annexe 49, p. 222.

¹⁷ Voir *ibid.*, p. 107, et annexe 11, p. 168.

¹⁸ *Ibid.*, p. 110.

¹⁹ *Ibid.*, p. 249-250.

²⁰ Société des Nations, *Actes de la première Assemblée — Séances de la Troisième Commission (Cour permanente de Justice internationale)*, Genève, 1920, p. 285.

²¹ *Ibid.*, p. 285.

19. De même, pour le délégué du Panama (H. Arias), «on pourrait bien maintenir la juridiction obligatoire», et «oblig[er] les parties à porter leurs différends devant la Cour, si elles ne s'étaient pas mises d'accord pour les soumettre à l'arbitrage ou à l'enquête du Conseil»²². Dans le même esprit, le délégué du Portugal (A. Costa) fit sien le soutien du comité consultatif à la compétence obligatoire :

«le Pacte établit l'obligation d'avoir recours à la Cour, en s'inspirant du principe contraire à celui de Bismarck : «le droit prime la force». La Société des Nations s'est donné la tâche d'empêcher la guerre. Le seul moyen, c'est le recours obligatoire à la Justice. Si l'on ne peut constituer une cour avec compétence obligatoire, la Société est morte... La Société des Nations gagnerait en force si elle admettait que le Pacte doit s'adapter aux nécessités humaines. Du reste, une Cour permanente sans compétence obligatoire sera non seulement en contradiction avec les grands traités de paix qui lui confèrent cette compétence dans des cas spéciaux, mais fera double emploi avec la Cour d'arbitrage de La Haye.»²³

20. Le délégué de l'Afrique du Sud (lord Robert Cecil) instilla toutefois le doute dans le débat en faisant valoir que la volonté ou l'assentiment des parties devait l'emporter (sur la compétence obligatoire), étant donné que «les sanctions (de la Cour) ne seraient pas appliquées», si le différend «mettait en jeu des intérêts vitaux»²⁴. Le délégué de la Norvège (F. Hagerup) marqua son vif désaccord avec lord Robert Cecil au sujet de la «réserve pour les intérêts vitaux», et «regrett[a] que le Conseil n'ait pu s'associer à la manière de voir du comité de juristes»²⁵. Le délégué des Pays-Bas (B. C. J. Loder) regretta lui aussi «le malentendu» entre le comité de juristes et le Conseil, estimant que «l'établissement de la compétence obligatoire était justement le pas en avant à faire, et le pas désiré par le Pacte»²⁶; pourtant, aller plus loin risquerait à son avis «de faire naître un désaccord entre diverses puissances et de n'aboutir à aucun résultat»²⁷.

21. Pendant la suite des débats, le 26 novembre 1920, ce fut au tour du délégué de la Belgique (H. Lafontaine) de se livrer à une critique sévère. Selon lui, à l'époque (en 1920), le principe de la juridiction obligatoire était considéré

«comme le seul moyen de sortir de la situation créée par la guerre. L'opposition à la réalisation de ce principe [était] due à un double

²² *Op. cit. supra* note 20, p. 286.

²³ *Ibid.*, p. 287-288.

²⁴ *Ibid.*, p. 287.

²⁵ *Ibid.*, p. 289.

²⁶ *Ibid.*, p. 288.

²⁷ *Ibid.*, p. 288.

fétichisme : celui de l'unanimité et celui de la souveraineté... La seule souveraineté admissible [était] celle de la justice... Le pacte [portait] l'empreinte du double fétichisme qui avait inspiré ses auteurs, celui des intérêts vitaux et celui de l'honneur. Ces deux expressions ne se [trouvaient] pas, il est vrai, dans le Pacte, ce qui [était] déjà un progrès». ²⁸

22. Allant encore plus loin dans la critique, le délégué de la Belgique (H. Lafontaine) voyait «une contradiction dans l'article 14 du Pacte», qui «constituait une cour de justice véritable, mais les parties n'y [auraient] cependant recours que si elles [étaient] d'accord pour le faire»²⁹. Cependant, le délégué de l'Empire britannique (sir Cecil Hurst) ne croyait pas pour sa part que l'intention des rédacteurs du Pacte eût été de créer une cour ayant compétence obligatoire; à son sens, la «vraie solution» si l'arbitrage échouait était «d'inciter les Etats à conclure entre eux des traités mutuels» prévoyant le recours à une cour³⁰. C'était à son avis le seul moyen de surmonter «les hésitations de quelques Etats à accepter l'arbitrage obligatoire universel»³¹. C'est pourquoi H. Lafontaine exprima le scepticisme que lui inspirait la proposition de sir Cecil Hurst³².

23. Au cours des derniers débats sur la question, les 1^{er} et 13 décembre 1920, le délégué de la Grèce (N. Politis) releva que, puisqu'il semblait «impossible d'accepter l'idée d'obligation» qui ne pourrait être «imposée» à des esprits qui ne l'auraient pas spontanément acceptée», la solution semblait être «d'établir tout un système de conventions séparées qui étendraient la juridiction de la Cour»³³. Pour sa part, le délégué de la Suisse (Max Huber) proposa l'adoption d'une convention établissant l'arbitrage obligatoire³⁴. Le délégué de la Colombie (F. J. Urrutia) déclara ce qui suit :

«Le principe de l'arbitrage obligatoire n'est pas seulement un principe de justice internationale, mais aussi un principe démocratique, étant donné qu'il découle de l'égalité juridique des Etats. Il a de profondes racines dans l'histoire, dans les traditions et dans les institutions des peuples américains.»³⁵

24. Dans le même esprit, le délégué du Pérou (M. H. Cornejo) déclara que le Pérou [avait] toujours défendu l'arbitrage obligatoire», et releva

²⁸ *Op. cit. supra* note 20, p. 292.

²⁹ *Ibid.*, p. 293.

³⁰ *Ibid.*, p. 293-294.

³¹ *Ibid.*, p. 294.

³² *Ibid.*, p. 294.

³³ *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, Genève, Société des Nations/Cour permanente de Justice internationale, 1920, p. 142.

³⁴ *Ibid.*, p. 142.

³⁵ *Ibid.*, p. 241-242.

que «l'Amérique latine, à une très grande majorité, à l'unanimité peut-être, [voulait] la justice obligatoire et le règne de la paix»³⁶. De même, le délégué de Cuba (M. de Agüero) indiqua ce qui suit :

«bien que le principe de la compétence obligatoire ne soit pas inscrit dans la résolution de la Troisième Commission, nous voterons ses conclusions; nous comprenons la phrase du philosophe latin *natura non fecit saltus*; on ne saurait passer de ce qui n'existe pas encore à une œuvre parfaite. En toute chose, interviennent les lois de l'évolution. Il faut commencer par élever une petite chapelle et, avec le temps, la Société des Nations sera en mesure de construire une cathédrale.»³⁷

Toujours dans cet esprit, le délégué de la Suisse (M. Motta) ajouta que la création d'un tribunal doté d'une compétence obligatoire «eût été l'idéal, mais la situation actuelle de la société humaine s'oppos[ait] encore à sa réalisation ... L'article 36, si imparfait [fût]-il, sera[it] le point de départ du grand mouvement libérateur d'où sortira[it] la juridiction obligatoire universelle.»³⁸

25. Pour sa part, le délégué de la Bolivie (M. Tamayo) exprima son appui aux «idées de justice, de bonté et de vérité que représent[ait] l'arbitrage obligatoire»; toute compétence facultative, ajouta-t-il, reviendrait à «une promesse de justice et non pas à la justice elle-même»³⁹. Le délégué du Portugal (A. Costa) souligna qu'à son avis les articles 12 à 15 du Pacte «entraîn[aient] pour la Cour internationale de Justice le principe de la compétence obligatoire», ajoutant, de façon prémonitoire :

«Quand on constatera la nécessité d'être fidèle aux déclarations du préambule et de se prononcer sur la compétence obligatoire, on sera forcé de la reconnaître. Ainsi, le tribunal que nous allons fonder sera doté de la compétence obligatoire et elle sera admise par tous les membres de la Société des Nations. Tel est le vœu que j'exprime. J'accepte l'institution de la Cour permanente de Justice internationale parce que j'ai confiance en l'avenir. Si nous ne devons pas aboutir comme je l'ai dit, nous nous dupérons nous-mêmes. Le tribunal disparaîtrait et, avec lui, la Société des Nations si, pour régler leurs différends, les Membres de la Société pouvaient encore recourir à la guerre.»⁴⁰

26. La clause facultative proposée par le délégué du Brésil (Raul Fernandes) représentait donc la solution de compromis, comme le releva le rapporteur de la Troisième Commission (F. Hagerup) dans son rapport sur les débats de celle-ci au sujet de ce qui allait devenir l'article 36 du

³⁶ *Op. cit. supra* note 33, p. 244.

³⁷ *Ibid.*, p. 246-247.

³⁸ *Ibid.*, p. 249.

³⁹ *Ibid.*, p. 248.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 246.

Statut de la Cour permanente⁴¹. Concluant les débats le 13 décembre 1920, le délégué de la Norvège (F. Hagerup) tint à ajouter ce qui suit :

« Il existe déjà un grand nombre de conventions établissant la juridiction obligatoire. Je suis heureux de reconnaître ici la grande part que les Etats d'Amérique du Sud ont prise à ce mouvement. C'est à eux que revient le grand mérite de l'extension de cette idée... [L]es Etats d'Europe ne sont pas restés en arrière non plus. Plusieurs d'entre eux, même de grandes puissances, ont conclu un certain nombre de traités établissant la juridiction obligatoire... Je tiens précisément à souligner ici combien il sera hautement désirable que tous les Etats liés par des traités prévoyant la juridiction obligatoire en général les modifient dans un sens tel que cette juridiction soit désormais dévolue à la Cour que nous allons établir. Cette orientation étendra dans une large mesure la compétence de la Cour. J'ai déjà signalé dans mon premier discours l'importance de la proposition de la délégation brésilienne, ... suivant laquelle il est laissé aux Etats désireux d'élargir le cadre de la juridiction obligatoire la faculté de le faire par une simple déclaration... [J]'ai été dès le début partisan du principe de la juridiction obligatoire. C'est ce qui me permet d'adopter de grand cœur le projet présenté actuellement. »⁴²

3. *Les débats sur le Statut de la Cour de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale et ses organes subsidiaires (1945)*

27. La fondation de l'Organisation des Nations Unies inaugura une nouvelle ère. A l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale, un comité de juristes fut nommé en 1945 et chargé d'analyser le Statut de la Cour permanente en vue de l'adoption du Statut de la nouvelle Cour internationale de Justice (ci-après « la Cour »). Ce comité confia à un sous-comité le soin d'élaborer, entre autres, le texte de l'article 36 (sur la compétence obligatoire). Le 14 avril 1945, ce sous-comité fit rapport comme suit :

« Le sous-comité, ayant examiné attentivement les diverses propositions qui avaient été présentées ainsi que les vues précédemment exprimées par les différents délégués devant le comité de juristes, est convenu à l'unanimité de ce qui suit :

« La Cour, en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, devrait être dotée d'une compétence bien définie, sinon dans tous les cas, du moins dans ceux qui se prêtent particulièrement à un règlement judiciaire, à savoir les différends de nature juridique.

On se souviendra que dès 1920 le comité de juristes qui a élaboré le Statut existant avait proposé le principe de la compétence

⁴¹ Voir *op. cit. supra* note 33, p. 222.

⁴² *Ibid.*, p. 250.

obligatoire. Les gouvernements n'étant pas prêts à l'époque à accepter cette proposition, la clause dite facultative a été adoptée.

L'exercice de la compétence obligatoire par la Cour favorisera le respect du droit entre les nations. L'opinion publique dans le monde entier soutient sans réserve le principe de la compétence obligatoire de la Cour. »⁴³

28. De plus, le sous-comité rappela que le consensus s'était fait entre les juristes au moins depuis les négociations de 1920, et que quarante-cinq des cinquante et un Etats avaient déjà accepté la clause facultative. Peu après, le 19 avril 1945, le sous-comité fit de nouveau rapport sur la question :

« La question de la juridiction obligatoire a été débattue dès la préparation initiale du Statut de la Cour. Admise par le comité consultatif de juristes en 1920, la juridiction obligatoire a été écartée au cours de l'examen du projet de Statut par la Société des Nations pour faire place, sur l'initiative fructueuse d'un jurisconsulte brésilien, à une clause facultative permettant aux Etats d'accepter par avance la juridiction obligatoire de la Cour dans un domaine délimité par l'article 36. Ce débat a été repris et de très nombreuses délégations ont fait connaître leur désir de voir consacrer la juridiction obligatoire de la Cour par une clause insérée dans le Statut révisé en sorte que, celui-ci devant devenir partie intégrante de la Charte des Nations Unies, la juridiction obligatoire de la Cour serait un élément de l'organisation internationale qu'on se propose d'instituer à la conférence de San Francisco. A s'en tenir aux préférences ainsi marquées, il ne paraît pas douteux que la majorité de la Commission était en faveur de la juridiction obligatoire. Mais il a été relevé que, malgré ce sentiment prédominant, il ne paraissait pas certain, ni même probable, que toutes les Nations dont la participation à l'organisation internationale projetée apparaît comme nécessaire fussent dès maintenant en situation d'accepter la règle de la juridiction obligatoire et que le projet de Dumbarton Oaks ne paraissait pas la consacrer ; certains, tout en conservant leurs préférences à cet égard, ont estimé que la prudence conseillait de ne pas dépasser le procédé de la clause facultative insérée dans l'article 36 et qui a ouvert la voie à l'adoption progressive, en moins de dix ans, de la juridiction obligatoire par de nombreux Etats qui, en 1920, se refusaient à y souscrire. Placé sur ce terrain, le problème s'est trouvé revêtir un caractère politique et la Commission a estimé qu'elle devait le déférer à la conférence de San Francisco.

⁴³ Nations Unies, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale (CNUOI)*, San Francisco, 1945, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-43, G/33, du 14 avril 1945, p. 286-287.

La suggestion a été faite par la délégation égyptienne de chercher une solution transactionnelle dans un système qui, posant la règle de la juridiction obligatoire, permettrait à chaque Etat de l'écartier par une réserve. Plutôt que d'entrer dans cette voie, la Commission a préféré faciliter l'examen de la question en présentant deux textes pour mémoires plutôt qu'à titre de propositions.

L'un est présenté pour le cas où la Conférence n'entendrait pas consacrer dans le Statut la compétence obligatoire de la Cour mais seulement ouvrir la voie à celle-ci en offrant aux Etats d'accepter, s'ils le jugent à propos, une clause facultative à ce sujet. Ce texte reproduit l'article 36 du Statut avec une addition pour le cas où la Charte des Nations Unies viendrait à faire quelque place à la juridiction obligatoire.

Le second texte, s'inspirant aussi de l'article 36 du Statut, établit directement la juridiction obligatoire sans passer par la voie d'une option que chaque Etat serait libre de faire ou de ne pas faire. Aussi est-il plus simple que le précédent. On a même relevé qu'il serait trop simple. La Commission a cependant pensé que le moment n'était pas encore venu de l'élaborer davantage et de rechercher si la juridiction obligatoire ainsi établie devrait s'accompagner de quelques réserves, telles que celle des différends appartenant au passé, celle des contestations nées au cours de la présente guerre, ou celles autorisées par l'Acte général d'arbitrage de 1928. Si le principe qu'énonce ce second texte était admis, celui-ci pourrait servir de base pour élaborer telles dispositions mettant en application le principe qu'il énonce avec les aménagements qui pourraient être jugés opportuns.

Certaines délégations avaient le désir de voir insérer dans l'article 36, paragraphe 1, la précision que la compétence de la Cour s'étend aux affaires «justiciables», ou «d'ordre juridique», que les parties lui soumettront. Des objections ont été faites à l'insertion d'une telle précision dans une disposition visant le cas où la saisine de la Cour dépend de l'accord des parties. Certains se sont refusés à restreindre ainsi la compétence de la Cour. Des craintes se sont aussi élevées au sujet des difficultés d'interprétation que ferait naître une telle disposition alors que la pratique n'a pas révélé de sérieuses difficultés pour l'application de l'article 36, paragraphe 1. Aussi n'a-t-il pas été modifié dans le sens indiqué.»⁴⁴

29. A la lumière de ce qui précède, le sous-comité proposa une revision de l'article 36 susmentionné, pour qu'il se lise comme suit :

«1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies et dans les traités et conventions en vigueur.

⁴⁴ CNUOI, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-61 rev., du 19 avril 1945, p. 667-668.

2. Les Membres des Nations Unies et Etats parties au Statut reconnaissent comme obligatoire entre eux, de plein droit et sans convention spéciale, la compétence de la Cour sur toutes ou quelques-unes des catégories de différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité;
- b) tout point de droit international;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

3. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.»⁴⁵

30. Après un nouvel examen, le comité de juristes reconnut que cette solution risquait d'être mal accueillie par l'Assemblée et lui présenta donc deux variantes pour l'article 36 du Statut: l'une énonçait la clause de compétence obligatoire alors que l'autre conservait le mécanisme de la clause facultative⁴⁶. Ces deux textes furent présentés à la commission IV, qui conclut que le mécanisme de la clause facultative avait plus de chances de rallier l'accord général des Etats parties; elle écarta donc l'autre variante tout en reconnaissant que le souhait de voir instaurer la compétence obligatoire de la Cour l'emportait au sein du comité de juristes⁴⁷.

31. L'appui exprimé, à diverses occasions — au moment de la création de la Société des Nations (1920) comme de celle de l'Organisation des Nations Unies (1945), ainsi qu'on vient de le voir —, pour la compétence obligatoire de la Cour de La Haye ne devrait pas passer inaperçu ni être oublié aujourd'hui, au début de la deuxième décennie du XXI^e siècle. Les débats du comité de juristes des Nations Unies tenus les 12 et 13 avril 1945 furent particulièrement révélateurs à ce propos. Voici comment le délégué du Brésil (A. Camillo de Oliveira) ouvrit le débat sur le projet d'article 36: «le moment est bien choisi pour apporter un amendement à cet article afin que la compétence de la Cour soit obligatoire pour toutes les catégories de différends qui y sont énumérées»⁴⁸, avant d'ajouter que, depuis que la clause facultative avait été insérée en 1920, «l'idée de doter la Cour d'une compétence obligatoire avait considérablement progressé»⁴⁹.

⁴⁵ *CNUOI*, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-43, G/33, du 14 avril 1945, p. 287.

⁴⁶ Voir *CNUOI*, «Rapport sur le projet de Statut de la Cour internationale de Justice visée au chapitre VII des propositions de Dumbarton Oaks» (rapporteur, Jules Basdevant), vol. XIV, p. 821 et 839-842.

⁴⁷ Voir *CNUOI*, «Compte rendu du sous-comité IV/1 sur l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice», vol. XIII, p. 562-565.

⁴⁸ *CNUOI*, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-34, G/25, du 12 avril 1945, p. 146.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 147.

32. Dans le même esprit, le délégué de la Chine (Wang Chung-hui) jugea «l'exercice d'une compétence obligatoire par la Cour favorable au respect du droit dans la société internationale»⁵⁰. Le délégué de la Turquie (C. Bilsel) se rallia ensuite à la thèse des délégués du Brésil et de la Chine pour ce qui était de la révision de l'article 36, qu'il considérait comme «l'un des articles les plus importants du Statut»⁵¹. Et il ajouta :

«le moment est venu d'accepter l'idée d'une justice internationale obligatoire. L'idée de justice internationale ... a manifestement progressé... Le comité de juristes avait proposé l'attribution d'une compétence obligatoire à la Cour mais ... le Conseil de la Société des Nations n'avait pas souscrit à ce principe et ... l'Assemblée avait trouvé un compromis sous la forme de la clause facultative... L'établissement de la compétence obligatoire de la Cour serait un progrès considérable dans la justice internationale.»⁵²

33. Le principe de la compétence obligatoire de la Cour fut également soutenu par le délégué de l'Uruguay (J. A. Mora Otero), qui, après avoir «entendu avec satisfaction les différents points de vue favorables à ce principe», déclara que «la Cour internationale de Justice devait pouvoir connaître de tout différend international qui n'avait pas été résolu par tout autre moyen pacifique»⁵³. Pourtant, en 1945 comme en 1920 (voir ci-dessus), le principe de la compétence obligatoire avait ses opposants. Le délégué de [ce qui était alors] l'Union Soviétique (URSS, N. V. Novikov) annonça qu'«une telle compétence obligatoire était absolument inacceptable pour son gouvernement»⁵⁴.

34. Pour sa part, le délégué des Etats-Unis (G. H. Hackworth), s'exprimant en sa qualité de président, indiqua qu'il «regretterait une division si profonde de ce groupe», mais avertit que, «si la signature du Statut impliquait *ipso facto* l'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour, il serait difficile à certains Etats de devenir parties au Statut»⁵⁵. La commission IV (organisation judiciaire) de la conférence de San Francisco de 1945 fut dûment informée de cette «profonde divergence de vues» entre les Etats participants sur la question de la compétence obligatoire de la Cour, et la commission I décida alors de conserver la clause facultative par trente et une voix contre quatorze⁵⁶.

35. Malgré l'appui exprimé en faveur de la compétence obligatoire, «[l]a crainte s'est toutefois manifestée qu'en poursuivant la réalisation de cet

⁵⁰ CNUOI, *op. cit supra* note 48, p. 147.

⁵¹ *Ibid.*, p. 148.

⁵² *Ibid.*, p. 149.

⁵³ CNUOI, vol. XIV (comité de juristes), doc. Jurist-66 (34), G/53, du 19 avril 1945 (*corrigendum*), p. 161.

⁵⁴ *Ibid.*, doc. Jurist-40, G/30, du 13 avril 1945, p. 166.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 164.

⁵⁶ CNUOI, vol. XIII (commission IV, organisation judiciaire), 1945, p. 390-392.

idéal on compromettrait les possibilités de rallier l'accord général tant au Statut de la Cour qu'à la Charte elle-même»⁵⁷. En conséquence, comme indiqué le 31 avril 1945, «le système de juridiction facultative semble actuellement plus susceptible de réunir l'adhésion générale»⁵⁸. Il était devenu clair que, collégalement, les Etats participants n'étaient pas encore prêts en 1945, comme un quart de siècle plus tôt (1920), à accepter le principe de la compétence obligatoire pour la Cour de La Haye. Une fois de plus, dans ce cas, l'inertie l'emporta, au détriment de la pleine réalisation de la justice.

36. Peu avant la conférence de San Francisco de 1945, M. O. Hudson avait rappelé que l'article 36 du Statut de la Cour permanente était, en 1920, «le résultat du plus grand combat mené lors de la création de la Cour», étant donné que, du moins au sein du comité de juristes de 1920, le désir dominait, dans les projets préliminaires successifs, d'attribuer «une large compétence obligatoire» à la Cour permanente⁵⁹. Le compromis trouvé par la suite fut la clause facultative proposée par Raul Fernandes (Brésil), rédigée ultérieurement⁶⁰. Quinze ans après la conférence de San Francisco de 1945, R. P. Anand fit observer qu'il était clairement apparu que «la méthode la plus courante d'accepter la compétence obligatoire de la Cour [était] d'accepter les clauses juridictionnelles des traités multilatéraux ou bilatéraux»⁶¹. Pourtant, «les commentateurs de la Cour et les experts gouvernementaux» demeuraient «peu enclins à reconnaître» la pertinence de telles clauses compromissaires comme «bases de la compétence obligatoire de la Cour»⁶². L'accent restait mis sur la clause facultative du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut (même dans les *Annuaire*s de la Cour), bien que «la plus grande partie de la compétence obligatoire de la Cour» découlât des clauses compromissaires elles-mêmes⁶³.

III. LA CLAUSE FACULTATIVE D'ACCEPTATION DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE: D'UN IDÉAL PROFESSÉ À UNE PRATIQUE DÉNATURÉE

37. Les longs débats qui eurent lieu en 1920 aboutirent à l'adoption de l'ingénieux libellé du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — de la Cour permanente, puis de la Cour —, qui permit de surmonter la divergence entre partisans et détracteurs d'une reconnaissance rapide de la juridiction obligatoire de la future Cour permanente, les seconds — à savoir les représentants des Etats les plus puissants — objectant que cette instance

⁵⁷ *CNUOI*, vol. XIII (commission IV, organisation judiciaire), 1945, doc. 702-IV/1/55, du 31 mai 1945, p. 564.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 563.

⁵⁹ M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 - A Treatise*, New York, MacMillan Co., 1943, p. 190.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 192-193.

⁶¹ R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, New Delhi/Bombay, Asia Publishing House, 1961, p. 134.

⁶² *Ibid.*, p. 139.

⁶³ *Ibid.*, p. 139-140.

devait gagner progressivement la confiance des Etats avant de se voir conférer une juridiction obligatoire tout court. Le Statut, approuvé le 13 décembre 1920, entra en vigueur le 1^{er} septembre 1921⁶⁴.

38. Cette décision marqua la première étape d'un processus qui, entre 1921 et 1940, allait conduire quarante-cinq Etats à accepter la juridiction obligatoire de la Cour permanente par le biais de déclarations faites en vertu de la clause facultative⁶⁵. La formule de Raul Fernandes⁶⁶, fermement soutenue par les Etats latino-américains⁶⁷, avait été incorporée dans le Statut de la Cour permanente; visant à ouvrir la voie à de nouveaux progrès vers la juridiction obligatoire, elle remplit son office durant les vingt années qui suivirent.

39. En 1945, à la conférence de San Francisco, il fut envisagé de franchir une nouvelle étape par une acceptation automatique, à plus ou moins brève échéance, de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice nouvellement créée. Les grandes puissances — et, en particulier, l'Union soviétique et les Etats-Unis d'Amérique —, opposées à pareille évolution, défendaient cependant l'idée que soit conservée, dans le Statut de la Cour, la « clause facultative de juridiction obligatoire » qui figurait dans celui, adopté en 1920, de sa devancière. Ainsi que le précisa le rapporteur de la commission de juristes de 1945, Jules Basdevant, quoique la majorité des membres de la commission fussent partisans de l'acceptation automatique de la juridiction obligatoire, il n'y eut pas, à la conférence (ni dans les propositions de Dumbarton Oaks), de volonté politique pour franchir le pas⁶⁸.

⁶⁴ Pour un compte rendu de l'approbation du Statut, voir notamment J. C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales. Traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, p. 22-23; L. Gross, « Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause: History and Practice », *The International Court of Justice at a Crossroads* (dir. publ., L. F. Damrosch), Dobbs Ferry/New York, ASIL/Transnational Publs., 1987, p. 20-21.

⁶⁵ Voir le récit d'un juge de la Cour permanente, M. O. Hudson, *International Tribunals — Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, p. 76-78. Ces quarante-cinq Etats représentaient en réalité à l'époque une grande majorité d'Etats, puisque, à la fin des années 1930, la Société des Nations (dont la Cour permanente ne faisait pas partie, à la différence de la Cour, qui est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies et dont le Statut forme un tout organique avec la Charte des Nations Unies elle-même) comptait cinquante-deux membres.

⁶⁶ Dans ses mémoires publiés en 1967, Raul Fernandes révéla que le comité de juristes de 1920 s'était trouvé confronté à l'épineux problème consistant à établir les bases de la juridiction de la Cour permanente tout en garantissant et en réaffirmant le principe de l'égalité juridique des Etats; voir R. Fernandes, *Nonagésimo Aniversário — Conferências e Trabalhos Esparsos*, vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1967, p. 174-175.

⁶⁷ J.-M. Yepes, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 32 (1930), p. 712; F.-J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 22 (1928), p. 148-149; et, plus récemment, S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 7-8.

⁶⁸ Voir le récit de R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction...*, op. cit. supra note 61, p. 38-46; voir également, sur cette question, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyde, Sijthoff, 1965, p. 32-36; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford University Press, 2003, p. 677-678; O. J. Lissitzyn, *The*

40. C'est donc la formule de 1920, qui correspondait à une conception du droit international remontant au début du XX^e siècle, qui fut reprise dans le Statut de la présente Cour. Une occasion unique de dépasser l'absence d'automatisme du recours à cette instance internationale par une étape décisive vers la juridiction obligatoire avait ainsi été manquée, en raison de la position intransigeante des Etats les plus puissants. Il convient de préciser que tous ces débats se déroulèrent au niveau purement inter-étatique. La formule actuelle de la clause facultative de juridiction obligatoire (de la Cour) n'est donc rien de plus qu'un mécanisme remontant aux années 1920, figé dans le temps⁶⁹, et qui, en toute rigueur, ne correspond plus aux besoins du contentieux international, y compris sur le plan strictement interétatique⁷⁰.

41. Et nombre d'Etats qui ont fait usage de cette clause l'ont fait de manière abusive, la dénaturant en l'assortissant de restrictions qui vont à l'encontre de sa propre logique et la privent de toute efficacité. De fait, près des deux tiers des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ont été assorties de réserves et autres limites, qui les ont rendues « pratiquement inopérantes »⁷¹. Aussi est-il permis de se demander si la clause facultative continue de jouer le rôle qui lui avait été assigné à l'époque de la Cour permanente. Chose curieuse à cet égard, ce n'est que très récemment que les clauses compromissaires prévoyant la juridiction obligatoire de la Cour ont commencé à susciter davantage d'intérêt dans la doctrine.

42. La part des Etats ayant accepté la juridiction de la Cour internationale de Justice en application de la clause facultative est inférieure à ce qu'elle était à l'époque de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. De surcroît, la possibilité d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour offerte par cette clause a, au fil des ans, donné lieu à des abus de la part de certains Etats, qui ne l'ont acceptée qu'à leurs propres conditions, en l'assortissant de restrictions de toute nature⁷². Il n'est donc

International Court of Justice, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1951, p. 61-64.

⁶⁹ A la fin des années 1970, J. G. Merrills a exprimé des vues pessimistes concernant la pratique des Etats en application de cette clause facultative dans « The Optional Clause Today », *British Yearbook of International Law*, vol. 50 (1979), p. 90-91, 108, 113 et 116.

⁷⁰ Voir R. Y. Jennings, « The International Court of Justice after Fifty Years », *American Journal of International Law*, vol. 89 (1995), p. 504, qui, en tant qu'ancien président de la Cour, déplore le fait que cette position dépassée a isolé celle-ci de l'important *corpus* du droit international contemporain.

⁷¹ G. Weissberg, « The Role of the International Court of Justice in the United Nations System: The First Quarter Century », *The Future of the International Court of Justice* (dir. publ., L. Gross), vol. I, Dobbs Ferry New York, Oceana Publs., 1976, p. 163; au sujet des désillusions que ce phénomène a entraînées, voir en outre *ibid.*, p. 186-190. Voir également *Report on the Connally Amendment — Views of Law School Deans, Law School Professors, International Law Professors* (rapport publié sous les auspices du comité pour une utilisation effective de la Cour internationale par la suppression du système des réserves discrétionnaires), New York, [1961], p. 1-154.

⁷² Certains d'entre eux ont ainsi donné l'impression qu'ils n'acceptaient cette clause facultative que dans le but d'attirer d'autres Etats devant la Cour tout en s'efforçant de ne pas l'être eux-mêmes; J. Soubeyrol, « Validité dans le temps de la déclaration d'accep-

guère surprenant que, dès le milieu des années 1950, on ait commencé à parler ouvertement d'un déclin de la clause facultative⁷³.

43. Dans les études classiques qu'ils ont consacrées aux fondements de la juridiction internationale, C. W. Jenks et C. H. M. Waldock ont, dès les années 1950 et 1960, appelé l'attention sur le grave problème que constitue l'insertion, par les Etats, de réserves et de limites de toute nature dans leurs instruments d'acceptation de la juridiction obligatoire (de la Cour)⁷⁴. Bien que le libellé de la clause facultative ne prévoie pas la possibilité de formuler pareilles limites, les Etats ont, face à ce vide juridique, jugé qu'ils étaient «libres» de le faire. Contraire au système de la juridiction obligatoire sur plan international, cette pratique abusive en a ébranlé le fondement même.

44. Si ces abus se sont produits, c'est précisément parce qu'il n'avait pas été tenu compte, dans l'élaboration du Statut de la Cour nouvellement créée, de l'évolution de la communauté internationale. Le fondement même de la juridiction obligatoire de la Cour a ainsi été perdu de vue au profit d'une conception volontariste dépassée du droit international qui avait prévalu au début du siècle dernier et ce, alors même que plusieurs générations de juristes avisés avaient mis en garde contre les conséquences dommageables de cette conception pour la conduite des relations internationales. Il est vrai que, dans le même temps, d'autres juristes, fort nombreux, continuaient de mettre l'accent sur l'importance que revêt, en règle générale, le *consentement* des Etats, plaçant celui-ci bien au-dessus des impératifs de réalisation de la justice au niveau international.

IV. LE VIEIL IDÉAL DE L'AUTOMATICITÉ DE LA JURIDICTION OBLIGATOIRE DE LA COUR DE LA HAYE

45. Ainsi que cela a été fort bien exposé dans une étude classique sur le sujet, les instruments d'acceptation de la compétence contentieuse d'une juridiction internationale devraient satisfaire «à des conditions garantis-

tation de la juridiction obligatoire», *Annuaire français de droit international*, vol. 5 (1959), p. 232-257 et, en particulier, p. 233.

⁷³ C. H. M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *British Yearbook of International Law*, vol. 32 (1955-1956), p. 244-287. En ce qui concerne les origines de ce déclin, voir également l'opinion dissidente du juge Guerrero dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (arrêt du 6 juillet 1957), *C.I.J. Recueil 1957*, p. 69-70.

⁷⁴ Parmi ces abus, on peut citer les exceptions fondées sur la compétence nationale exclusive des Etats et le fait de prévoir la possibilité de retirer à tout moment l'acceptation faite en vertu de la clause facultative, la possibilité de modifier ultérieurement les termes de cette acceptation ou encore la possibilité d'insérer de nouvelles réserves dans le futur; voir C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens, 1964, p. 108, et p. 113, 118 et 760-761; C. H. M. Waldock, «Decline of the Optional Clause», *op. cit. supra* note 73, p. 270; pour une critique de ces abus, voir A. A. Cançado Trindade, «The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), p. 744-751.

sant un degré de stabilité raisonnable dans la reconnaissance de [cette compétence]»⁷⁵, c'est-à-dire aux conditions expressément énoncées par les traités correspondants eux-mêmes, en gardant nécessairement à l'esprit la nature et la teneur de ces instruments. Ainsi que C. W. Jenks l'a précisé il y a près de cinquante ans, la juridiction obligatoire repose, en dernière analyse, sur la confiance dans la primauté du droit à l'échelle internationale⁷⁶. Tant que cette confiance ne sera pas totale, on ne saurait s'attendre à ce que de réels progrès soient réalisés en la matière. Au cours de ces quatre-vingt-dix dernières années, on aurait pu assister à des avancées bien plus importantes si la pratique des Etats n'avait pas mis à mal le but qui a présidé à la création des mécanismes d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente puis de la Cour (clause facultative et clauses compromissaires) et, partant, progresser dans la voie de la soumission au droit des intérêts stratégiques des Etats qui sous-tendent les différends internationaux et de la réalisation de la justice sur le plan international.

46. Après tant d'années de fonctionnement de la Cour de La Haye, le moment est venu de dépasser définitivement la regrettable absence d'automatisme de la juridiction internationale. Compte tenu des errements de la pratique des Etats en la matière, ceux-ci se trouvent en effet aujourd'hui face à un dilemme qui aurait dû être résolu depuis longtemps : soit ils en reviennent à la conception volontariste du droit international, renonçant une fois pour toutes à l'espoir de la primauté du droit sur ce qu'ils considèrent comme leurs intérêts stratégiques⁷⁷, soit ils poursuivent de nouveau avec détermination l'idéal d'édification d'une communauté internationale caractérisée par une cohésion et une institutionnalisation plus importantes, reposant sur le droit et guidée par la quête de la justice.

47. Au cours de ces quatre-vingt-dix dernières années, c'est-à-dire depuis l'adoption du Statut de la Cour permanente, certains auteurs n'ont pas manqué d'appeler à l'instauration de la juridiction obligatoire. Ainsi,

⁷⁵ C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, op. cit. supra note 74, p. 760-761.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 101, 117, 757, 762 et 770.

⁷⁷ Voir la mise en garde de Ch. De Visscher dans *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 204; voir également L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, p. 68, 74 et 76-77. Pour des critiques ultérieures de l'utilisation insatisfaisante et abusive par les Etats du mécanisme de la clause facultative (de juridiction obligatoire de la Cour) énoncée dans le Statut — critiques formulées par deux anciens présidents de la Cour —, voir R. Y. Jennings, «The International Court of Justice...», op. cit. supra note 70, p. 495; et E. Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of Century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 159 (1978), p. 154-155. D'autres critiques ont été exprimées par H. W. Briggs, «Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice», op. cit. supra note 70, p. 495; et E. Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of Century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 93 (1958), p. 273. Voir également, d'une manière générale, J. Sicault, «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», *Revue générale de droit international public*, vol. 83 (1979), p. 633-688.

peu après l'achèvement, en 1920, des travaux du comité consultatif de juristes de la Société des Nations, B. C. J. Loder publiait un article dans lequel il indiquait ce qui suit :

«Le monde aspirait à la réalisation de la justice, et c'est pourquoi cet organe [la Cour permanente] a été créé. Ses membres sont des *juges*, et non de simples conciliateurs. L'expression «juridiction obligatoire» signifie que le requérant peut attirer le défendeur en justice sans qu'il y ait entre eux d'accord préalable, et ce, même *contre* la volonté de ce dernier; la Cour a donc compétence pour statuer — et elle est même tenue de le faire —, que la partie contrevenante compareisse ou non.

La réponse à *cette* question réside dans le nom «Cour de Justice» lui-même. En effet, ce qui caractérise une cour de justice, par opposition à un tribunal d'arbitrage, c'est que la compétence des juges ne découle pas de l'accord volontaire des parties au différend, mais d'une autre source ... [C]'est de la nature même de la Cour que découle la juridiction obligatoire.»⁷⁸

48. B. C. J. Loder, qui allait bientôt — à la mi-février 1922 — devenir le premier président de la Cour permanente, poursuivait comme suit :

«Même si, d'un côté, il apparaissait que l'opposition du Conseil à la proposition formulée par le comité de juristes devait être prise en compte, il était, d'un autre côté, exclu de méconnaître les souhaits de la grande majorité des Etats, qui considéraient la juridiction obligatoire comme la seule garantie que la justice serait mise en œuvre. Aussi convenait-il, pour parvenir à une solution satisfaisante, de trouver un compromis entre ces deux positions.

C'est au délégué du Brésil, M. Fernandes — l'un des dix juristes —, homme aussi sage qu'énergique, que revient l'honneur d'être parvenu à trouver ce compromis; c'est à la sous-commission de la Troisième Commission qu'il incomba d'énoncer cette solution sous une forme acceptable aux yeux de tous.

Le nouvel article 36 en est l'aboutissement.»⁷⁹

49. Peu de temps après, dans une monographie publiée en 1924, Nicolas Politis, rappelant la transformation historique de la justice privée en justice publique, plaida en faveur du passage, sur le plan international, de la justice facultative à la justice obligatoire⁸⁰. Vingt ans plus tard, dans une nouvelle monographie, il soutint de nouveau que les «règles du droit des gens p[ouvaient], moyennant certaines conditions, faire l'objet d'un

⁷⁸ B. C. J. Loder, «The Permanent Court of International Justice and Compulsory Jurisdiction», *British Yearbook of International Law*, vol. 2 (1921-1922), p. 11-12.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁰ Voir N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Librairie Hachette, 1924, p. 7-255 et, plus particulièrement, p. 193-194 et 249-250.

contrôle juridictionnel»⁸¹. Au moment de l'adoption du Statut de la Cour, en 1945 — comme lors de l'adoption de celui de sa devancière, en 1920 —, la question de la juridiction obligatoire occupait une place centrale. A cette fin, un large éventail de possibilités se présentait à ces deux instances, qui choisirent de fonder la juridiction obligatoire sur la clause facultative et les clauses compromissaires.

50. Peu après l'adoption du Statut de la Cour, E. Hambro indiqua que, selon lui, les clauses compromissaires énoncées dans des traités multilatéraux et bilatéraux constituaient «probablement» le «moyen le plus courant» d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour⁸². Quelques années plus tard, au début des années 1950, fut avancée l'idée que cette juridiction obligatoire pouvait être considérée comme ayant été acceptée «volontairement», dès lors que le Statut de la Cour lui-même avait été «volontairement accepté»; c'est à ce moment-là que les Etats avaient exprimé leur consentement, la Cour conservant la faculté et le devoir d'examiner *motu proprio* la question de sa compétence. Encore ce point demandait-il à être éclairci par la construction jurisprudentielle de la Cour⁸³.

51. Dans les années 1950, la question de la juridiction obligatoire de la Cour fut examinée par l'Institut de droit international pendant cinq ans (1954-1959). Au cours des sessions d'Aix-en-Provence (1954) et de Grenade (1956), les discussions (rapporteur, P. Guggenheim) furent essentiellement consacrées à l'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour⁸⁴. A la fin de cet exercice, en 1956, l'Institut adopta une résolution recommandant aux Etats et aux organisations internationales d'insérer, lors de l'élaboration de conventions internationales, multilatérales ou bilatérales, une clause conférant compétence obligatoire (selon le modèle indiqué) à la Cour dans tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de ces conventions⁸⁵.

52. Durant les sessions d'Amsterdam (1957) et de Neuchâtel (1959), les débats de l'Institut (rapporteur, C. W. Jenks) furent consacrés au sujet plus général de la compétence obligatoire des cours et tribunaux internationaux (ce qui englobait les instances judiciaires et arbitrales)⁸⁶. A la fin

⁸¹ N. Politis, *La morale internationale*, New York, Brentano's, 1944, p. 67. Et N. Politis d'ajouter: «A la différence des profits de l'injustice et de l'illégalité, qui, s'ils peuvent être rapides, ne sont pas assurés de durer, ceux de la justice et de la légalité, sans doute plus lents, sont certainement plus durables»; *ibid.*, p. 161-162.

⁸² E. Hambro, «Some Observations on the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice», *British Yearbook of International Law*, vol. 25 (1948), p. 153.

⁸³ R. C. Lawson, «The Problem of the Compulsory Jurisdiction of the World Court», *American Journal of International Law*, vol. 46 (1952), p. 234 et 238; voir également p. 219, 224 et 227.

⁸⁴ Voir les rapports et les débats auxquels ceux-ci ont donné lieu dans *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 45 (1954)-I, p. 310-406; et *ibid.*, vol. 46 (1956), p. 178-264.

⁸⁵ Voir *ibid.*, vol. 46 (1956), p. 360-361.

⁸⁶ Voir les rapports et les observations et débats auxquels ceux-ci ont donné lieu dans *ibid.*, vol. 47 (1957)-I, p. 34-322; et *ibid.*, vol. 48 (1959)-II, p. 55-177.

de ce nouvel exercice, en 1959, l'Institut adopta une résolution soutenant la compétence obligatoire des cours et tribunaux internationaux. Dans le préambule de ce texte, constatant avec inquiétude que le développement de cette compétence était déjà gravement en retard sur les besoins de la justice internationale, il précisait que le « respect du droit », par l'acceptation de la compétence obligatoire, était « un complément essentiel à la renonciation au recours à la force dans les relations internationales »⁸⁷.

53. Afin de remédier à cette situation insatisfaisante, la résolution préconisait notamment de développer la pratique consistant à insérer dans les conventions générales une clause, obligatoire pour toutes les parties, qui permette de soumettre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de ces conventions à des cours et tribunaux internationaux, favorisant ainsi une acceptation plus large de la juridiction obligatoire et notamment de celle de la Cour⁸⁸. Ainsi, dans son dispositif, la résolution de 1959 prévoyait ce qui suit :

« Afin d'assurer l'application effective et l'unité d'interprétation des conventions générales, il importe de maintenir et de développer la pratique consistant à insérer dans ces conventions une clause, obligatoire pour toutes les parties, qui permette de saisir la Cour internationale de Justice par voie de requête unilatérale ou de soumettre à une autre instance judiciaire ou arbitrale les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention ... »⁸⁹

54. Cette résolution de l'Institut de droit international était tournée vers l'avenir, au regard — avant tout — des impératifs de la justice internationale. Dans les années qui suivirent, l'objectif ainsi énoncé demeura au centre des préoccupations des auteurs qui se consacraient à ces questions. Ainsi, dans une monographie publiée l'année suivante (1960), B. V. A. Röling indiqua que « [l]es juridictions internationales parachevaient l'incorporation du critère de civilisation dans le droit international en considérant que l'inobservation de ce critère mettait en cause la responsabilité internationale des Etats »⁹⁰.

55. Par la suite, à la fin des années 1960 — soit dix ans après l'adoption (en 1959) par l'Institut de droit international de la résolution susmentionnée —, et en dépit du prétendu « déclin » de la clause facultative contenue dans le Statut de la Cour (voir ci-dessus), C. W. Jenks fit observer ce qui suit :

« La question de la juridiction obligatoire ... reste l'un des problèmes essentiels de l'organisation du monde ... Une juridiction obli-

⁸⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 48 (1959)-II, p. 358.

⁸⁸ Voir *ibid.*, p. 358-359.

⁸⁹ Paragraphe 4 de la résolution susmentionnée; cit. dans *ibid.*, p. 360-361.

⁹⁰ B. V. A. Röling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan N.V., 1960, p. 39.

gatoire plus étendue demeure l'un des facteurs essentiels du progrès de la primauté du droit sur le plan international ... Le développement de la juridiction obligatoire suppose un développement parallèle des règles de droit, qui doivent s'adapter aux nouvelles attentes d'une société en mutation.»⁹¹

56. Ainsi que Kéba Mbaye le précisa à juste titre à la fin des années 1980, le droit international contemporain repose sur des conventions multilatérales qui permettent de préserver les «intérêts vitaux» non des Etats, mais de l'humanité; dès lors, et compte tenu de l'importance de ces intérêts,

«il est parfaitement justifié qu'il soit permis aux Etats membres d'une collectivité déterminée, et auxquels les prescriptions de ladite convention sont applicables, d'agir dans le but d'une sorte de contrôle objectif ayant pour finalité de sauvegarder les intérêts en question»⁹².

L'«intérêt pour agir» évoluerait alors au rythme des mutations de la société internationale elle-même, laquelle, en tant qu'ensemble organisé, a des intérêts généraux propres qui créent pour les Etats des devoirs envers elle⁹³. Cela conduirait — lorsque sont en jeu des droits de l'homme fondamentaux, qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble — à dépasser le consentement individuel des Etats.

57. Les clauses compromissoires (qui existent depuis fort longtemps, puisqu'elles remontent à l'ère de la Cour permanente)⁹⁴, insérées dans de nombreux traités, ont, en conférant compétence à des juridictions internationales telles que la Cour de La Haye pour régler les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de ces instruments, contribué (lorsqu'elles ont été convenablement interprétées et appliquées) à une acceptation plus large de la juridiction obligatoire. Dès le départ, ces clauses furent considérées comme un moyen d'atteindre cet objectif.

58. Etant donné qu'elles furent notamment insérées, dès la période de l'entre-deux-guerres, dans les traités relatifs aux minorités et aux mandats — aux fins de l'interprétation et de l'application de ces instruments —, la Cour permanente, qui avait opté pour une approche téléologique, ne tarda pas à être amenée à se prononcer sur ces clauses (voir ci-dessous). La présente Cour n'en fit pas non plus une interprétation stricte pour parvenir à un règlement pacifique des différends qui lui étaient soumis⁹⁵.

⁹¹ C. W. Jenks, *The World beyond the Charter*, Londres, G. Allen and Unwin, 1969, p. 166.

⁹² Kéba Mbaye, «L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 209 (1988), p. 271.

⁹³ *Ibid.*, p. 340-341.

⁹⁴ Au sujet de ces clauses compromissoires, voir notamment H. M. Cory, *Compulsory Arbitration of International Disputes*, New York, Columbia University Press, 1932 (rééd. 1972), chap. VI, p. 160-191.

⁹⁵ L. B. Sohn, «Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 150 (1976), p. 245-249 et 256. Parmi les plus de 4800 instruments enregistrés auprès de

De fait, bien que le consentement pût être exprimé de diverses manières (*ante hoc*, *ad hoc* ou *post hoc*), les Etats en vinrent à conclure des traités contenant des clauses compromissaires dans l'espoir de pouvoir s'en remettre à la juridiction obligatoire⁹⁶, faisant ainsi progresser la primauté du droit également sur le plan international.

59. En dépit de ces importantes attentes initiales, la pratique des Etats allait toutefois aussi révéler certaines incongruités et, parfois, certaines hésitations à accepter une juridiction obligatoire inconditionnelle à l'égard des différends interétatiques, et ce, alors même que les Etats paraissaient de plus en plus conscients de la nécessité de recourir au règlement pacifique de ces différends⁹⁷. L'inclusion plus systématique de pareilles clauses juridictionnelles dans les traités et leur invocation contribueraient pourtant très largement à étendre le champ de la juridiction obligatoire à travers le monde⁹⁸, à condition que lesdites clauses soient convenablement interprétées et appliquées. Une telle évolution se produira nécessairement si les Etats s'aperçoivent qu'il est, en définitive, dans leur propre intérêt — aussi bien que dans l'intérêt commun ou général — que le règlement de leurs différends soit, généralement, assuré par des moyens judiciaires. Il s'agit en effet — compte tenu de tous les avantages qu'elle présente: règles préexistantes, rigueur et sécurité judiciaire — de la forme la plus aboutie de règlement pacifique.

60. En dernière analyse, la juridiction obligatoire est l'expression de la primauté du droit au niveau international; elle favorise l'émergence d'un ordre juridique international plus cohérent, inspiré et guidé par l'impératif de réalisation de la justice. En dépit de toute l'attention que cette question a retenue de la part de plusieurs générations de juristes, et malgré les progrès, il semble toutefois que beaucoup reste à faire pour atteindre l'idéal de l'automaticité de la juridiction obligatoire dans le contentieux interétatique, au moins lorsque sont en cause des droits de l'homme fondamentaux. Les tenants d'une souveraineté étatique immuable seraient cependant mal avisés de dédaigner ou de minimiser ce vieil idéal; rien n'est plus fort qu'un idéal qui n'a pas été réalisé, se transmet de génération en génération et reste toujours présent à l'esprit des juristes lucides — même s'ils sont minoritaires —, jusqu'à ce que tous les éléments soient réunis pour qu'il puisse l'être. La juridiction obligatoire n'est d'ailleurs plus un rêve théorique; elle est déjà devenue réalité dans certains régimes juridiques.

la Société des Nations (entre 1920 et 1946) et les 12 500 traités enregistrés auprès de l'Organisation des Nations Unies au cours de ses trente premières années d'existence (entre 1946 et 1976), quelque 4000 contenaient des clauses compromissaires de sorte à ne pas devoir parvenir à un accord spécial (compromis) après qu'un différend s'est fait jour; *ibid.*, p. 259 et 268.

⁹⁶ R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 4, 31-32, 83 et 86; voir également p. 25 et 94.

⁹⁷ Voir R. P. Anand, «Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), p. 5-7, 11, 15 et 19.

⁹⁸ C. W. Jenks, *The Prospects...*, *op. cit. supra* note 74, p. 761; voir également p. 109 et 111.

61. La juridiction internationale s'impose aujourd'hui comme un impératif de l'ordre juridique international lui-même; quant à son caractère obligatoire, il répond à un besoin de la communauté internationale. Quoique cette juridiction obligatoire n'ait pas encore été complètement réalisée, certaines avancées ont été accomplies au cours de ces dernières décennies⁹⁹. A cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes constitue un exemple de juridiction obligatoire supranationale, bien que limitée au droit communautaire et au droit de l'intégration. Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1998, du protocole n° 11, la convention européenne des droits de l'homme représente un autre exemple notable de juridiction obligatoire automatique. La Cour pénale internationale en est l'exemple le plus récent; même si d'autres moyens ont été envisagés tout au long des travaux préparatoires du statut de Rome de 1998 (tels que le système malcommode des formules d'«acceptation expresse» et d'«exclusion expresse»), la juridiction obligatoire a fini par l'emporter, sans qu'il soit nécessaire que les Etats parties au traité de Rome expriment de nouveau leur consentement. Il s'agit d'une décision importante, qui a fait progresser la juridiction internationale.

62. Le système mis en place par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 va, à sa manière, au-delà du régime classique de la clause facultative contenue dans le Statut de la Cour. Il permet aux Etats parties à la convention de choisir entre le recours au Tribunal international du droit de la mer, à la Cour ou à l'arbitrage (art. 287). Bien que certaines questions soient exclues de ce système, la convention a permis de mettre en place une procédure obligatoire assortie d'éléments coercitifs; le choix proposé entre ces différents recours assure au moins un règlement des différends dans le respect des règles énoncées par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁰⁰. Outre les progrès ainsi réalisés, on pourrait aussi signaler d'autres initiatives allant dans le même sens¹⁰¹.

⁹⁹ H. Steiger, «Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire», dans *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century — Essays in Honour of K. Skubiszewski* (dir. publ., J. Makarczyk), La Haye, Kluwer, 1996, p. 818, 821-822 et 832. Voir également R. St. John MacDonald, «The New Canadian Declaration of Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1970), p. 21, 33 et 37. A l'appui de la nécessité d'«un système de procédures générales obligatoires et contraignantes de règlement des différends», voir également M. M. T. A. Brus, *Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 182.

¹⁰⁰ L. Caflisch, «Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 288 (2001), p. 365-366 et 448-449; J. Allain, «The Future of International Dispute Resolution — The Continued Evolution of International Adjudication», dans *Looking Ahead: International Law in the 21st Century* (Actes de la 29^e conférence annuelle du Conseil canadien de droit international, Ottawa, octobre 2000), La Haye, Kluwer, 2002, p. 61-62.

¹⁰¹ A titre d'exemple, on mentionnera les propositions en vue de l'élaboration d'un projet de protocole à la convention américaine des droits de l'homme, que j'ai formulées en

63. Ces exemples suffisent à montrer que la juridiction obligatoire est d'ores et déjà une réalité — du moins dans certains domaines particuliers du droit international, qui ont été rappelés ci-dessus. Du point de vue juridique, la juridiction internationale obligatoire constitue donc, de toute évidence, une possibilité. Si elle n'a pas encore été instaurée à l'échelle mondiale dans le domaine du contentieux interétatique, ce n'est donc nullement dû au fait qu'elle ne serait pas juridiquement viable, mais à des erreurs d'interprétation quant à son rôle ou, tout simplement, à une prise de conscience insuffisante de la nécessité d'étendre son champ d'application. La juridiction obligatoire traduit la reconnaissance du caractère *nécessaire*, et non simplement volontaire, du droit international.

V. LE RAPPORT ENTRE LA CLAUSE FACULTATIVE/LES CLAUSES COMPROMISSOIRES ET LA NATURE ET LA TENEUR DES TRAITÉS CORRESPONDANTS

64. Ni la clause facultative ni les clauses compromissaires ne peuvent être dûment examinées en dehors du cadre de la juridiction obligatoire. Celle-ci constitue en effet l'objectif à atteindre. C'est pourquoi j'y consacre une aussi grande attention dans la présente opinion dissidente en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. De plus, les clauses compromissaires doivent être également examinées, selon leur sens ordinaire, *en fonction de leur rapport avec la nature et la teneur des traités correspondants* dans lesquels elles sont énoncées. La reconnaissance de la nature particulière des traités relatifs aux droits de l'homme a grandement contribué à cet exercice d'interprétation. A cet égard, certaines avancées ont, pour le plus grand bénéfice des êtres humains, été réalisées grâce à l'influence qu'exerce le droit international des droits de l'homme sur le droit international public.

65. En dépit des avancées incontestables qu'a connues — ou permis de réaliser — l'idéal de la juridiction obligatoire dans le domaine du droit international des droits de l'homme, il n'en va pas tout à fait de même dans le champ des relations purement interétatiques, où force est en effet de constater que la juridiction obligatoire n'a guère progressé au cours de ces dernières décennies. Le droit international contemporain lui-même a suivi une évolution lente mais progressive, ce qui a au moins permis

qualité de rapporteur de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et dans lesquelles il est notamment préconisé de modifier l'article 62 dudit instrument afin de rendre la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme automatiquement obligatoire dès ratification de la convention. Voir A. A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2^e éd., San José, Costa Rica, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 2003, p. 1-64.

de fixer des limites aux manifestations du volontarisme des Etats, lequel s'est révélé appartenir à une période révolue¹⁰². Cela doit être relevé ici, puisque la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, qui oppose la Géorgie à la Fédération de Russie, a trait à la clause compromissaire contenue dans un traité relatif aux droits de l'homme.

66. La méthode d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme¹⁰³, qui sera examinée dans les paragraphes ci-après, a pour fil conducteur les règles en matière d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 à 33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et de 1986). La règle générale (le paragraphe 1 de l'article 31) comprend la bonne foi, le libellé, le contexte ainsi que l'objet et le but du traité en cause. Lorsque l'interprétation faite en vertu de l'article 31 aboutit à un résultat manifestement déraisonnable, laissant le sens ambigu ou obscur, l'article 32 prévoit qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment le recours aux travaux préparatoires¹⁰⁴.

67. Dans le cadre de l'examen de la question de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme auquel je me suis livré dans mon opinion individuelle jointe à l'arrêt (du 31 janvier 2006) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire du *Massacre de Pueblo Bello*, qui concernait la Colombie, j'ai jugé utile de préciser ce qui suit :

« Les organes de surveillance en matière de droits de l'homme ont, sans s'écarter des grands principes régissant l'interprétation des traités (paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et de 1986), élaboré une interprétation téléologique mettant l'accent sur la réalisation de l'objet et du but des traités relatifs aux droits de l'homme comme moyen le plus approprié de garantir la protection effective de ces droits. C'est qu'en effet, en dernière analyse, le principe, largement étayé par la jurispru-

¹⁰² Dans un ouvrage de référence publié en 1934 dans lequel il critiquait cette doctrine — à l'époque encore relativement dominante —, Georges Scelle estimait que le fait que les détenteurs du pouvoir s'attribuaient à eux-mêmes une compétence discrétionnaire et qu'ils exerçaient leurs fonctions selon des critères établis par eux-mêmes était caractéristique d'une société internationale peu évoluée, imparfaite et encore quasiment anarchique; G. Scelle, *Précis de droit des gens — Principes et systématique*, partie II, Paris, Rec. Sirey, 1934 (rééd. 1984), p. 547-548; voir également, dans le même sens, l'ouvrage plus ancien de L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, vol. I (dir. publ., A. Fontemoing), Paris, 1901, p. 122-131 et 614.

¹⁰³ Telle que découlant de l'abondante jurisprudence internationale en la matière, qui fait l'objet d'une analyse approfondie dans: A. A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2^e éd. rév., Santiago/Mexico/Buenos Aires/Barcelona, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 17-60.

¹⁰⁴ L'article 33 y ajoute les règles concernant l'interprétation des traités conclus en deux ou plusieurs langues.

dence, selon lequel il convient de s'assurer que les dispositions conventionnelles produisent les effets appropriés (ce qu'on appelle l'effet utile) est sous-jacent à la règle générale d'interprétation susmentionnée, telle qu'énoncée dans les deux conventions de Vienne (au paragraphe 1 de l'article 31). Ce principe — *ut res magis valeat quam pereat* — selon lequel un traité doit être interprété de telle sorte qu'il produise les effets appropriés s'est vu conférer, dans le domaine des droits de l'homme, une importance particulière aux fins de déterminer la portée étendue des obligations conventionnelles visant à la protection de ces droits¹⁰⁵.

De fait, cette interprétation est celle qui reflète le plus fidèlement la nature spéciale des traités relatifs aux droits de l'homme, la dimension objective des obligations qu'ils énoncent et le caractère autonome des notions qui y sont consacrées (à la différence des notions correspondantes dans le cadre des systèmes juridiques nationaux). Dès lors que les traités relatifs aux droits de l'homme contiennent des notions qui ont un caractère autonome, lequel découle de l'évolution jurisprudentielle, et que l'objet et le but de ces traités sont différents de ceux des traités classiques (puisqu'ils ont trait aux rapports entre l'Etat et les personnes qui relèvent de sa juridiction), les principes généraux classiques en matière d'interprétation des traités s'adaptent à cette réalité nouvelle.»¹⁰⁶ (Par. 50-51.)

68. En conséquence, dans le cadre de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme — qui privilégient *l'intérêt des victimes* —, il est en général accordé, selon moi à juste titre, une importance toute particulière à la réalisation de l'objet et du but de ces instruments, afin d'assurer la protection des êtres humains (voir ci-dessous), c'est-à-dire, de toute évidence, la partie la plus faible. Chose importante, et dans le même ordre d'idées, la méthode d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme englobe, à mon sens, toutes les dispositions contenues dans ces instruments, considérés comme un ensemble, et s'étend non seulement aux *dispositions de fond* (relatives aux droits protégés) mais *aussi aux dispositions d'ordre procédural*, à savoir celles qui *régissent les mécanismes de protection internationale*, y compris — dans une perspective historique — les clauses compromissaires conférant compétence aux juridictions internationales relatives aux droits de l'homme.

¹⁰⁵ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 32-33 et 192.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 32-34; voir également R. Bernhardt, «Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties», dans *Protecting Human Rights: The European Dimension — Studies in Honour of G. J. Wiarda* (dir. publ., F. Matscher et H. Petzold), Cologne, C. Heymanns, 1988, p. 66-67 et 70-71; Erik Suy, «Droit des traités et droits de l'homme», *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte — Festschrift für H. Mosler* (dir. publ., R. Bernhardt et al.), Berlin, Springer-Verlag, 1983, p. 935-947; J. Velu et R. Ergéc, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 51.

69. Ainsi, pour mentionner des exemples bien connus, les clauses facultatives initiales d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour européenne des droits de l'homme (avant l'adoption du protocole n° 11 à cette convention)¹⁰⁷ et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme étaient inspirées de l'ancienne clause facultative de juridiction obligatoire contenue dans le Statut de la Cour de La Haye (paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour permanente et de la présente Cour). En dépit de cette origine commune, la logique qui sous-tend l'application de la clause facultative a, aux fins de réaliser l'idéal de justice internationale, fait l'objet d'une interprétation différente en ce qui concerne le contentieux interétatique et en ce qui concerne le contentieux des droits de l'homme au niveau intra-étatique.

70. Dans le premier cas, certaines considérations relatives à l'équilibre contractuel entre les parties, à la réciprocité et à l'équilibre procédural découlant de l'égalité juridique des Etats souverains ont, jusqu'à présent, prévalu; dans le second, ce sont des considérations ayant trait à l'ordre public, à la garantie collective exercée par l'ensemble des Etats parties et à la réalisation d'un objectif commun, supérieur aux intérêts particuliers des parties contractantes¹⁰⁸, qui l'ont emporté. Aussi est-il difficile de faire abstraction de la nature et de la teneur d'un traité lorsqu'on examine la clause facultative ou les clauses compromissaires qui y sont insérées.

71. La présente espèce porte sur l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, l'un des instruments généraux relatifs aux droits de l'homme qui a ouvert la voie à l'action des Nations Unies en la matière, puisqu'il est même antérieur aux deux pactes de 1966. Adoptée le 21 décembre 1965 et ouverte à la signature le 7 mars 1966, la CIEDR est entrée en vigueur dès le 4 janvier 1969. A ce stade de la présente espèce, le *punctum pruriens iudicii* est de bien comprendre la clause compromissoire (énoncée à l'article 22) de cette convention. A cet égard, je rappellerai que, dans l'exposé de mon opinion individuelle joint à l'arrêt récemment rendu en l'affaire *Ahmadou*

¹⁰⁷ Le protocole n° 11 à la convention européenne des droits de l'homme est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998. Au sujet de la clause facultative initiale (art. 46) de cette convention, voir Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la convention européenne des droits de l'homme*, vol. IV, La Haye, Nijhoff, 1977, p. 266-267; et vol. V, La Haye, Nijhoff, 1979, p. 58-59.

¹⁰⁸ Les deux juridictions internationales relatives aux droits de l'homme susmentionnées ont jugé qu'il leur incombait de préserver l'intégrité de leurs systèmes conventionnels régionaux respectifs de protection des droits de l'homme dans leur ensemble. Selon elles, il serait inadmissible d'assortir l'application des mécanismes conventionnels de protection en question de restrictions qui ne seraient pas expressément autorisées par les conventions européenne et américaine ou formulées par les Etats parties dans leurs instruments d'acceptation de la juridiction obligatoire des deux cours (article 62 de la convention américaine et article 46 de la convention européenne avant l'adoption du protocole n° 11). Non seulement cela nuirait directement à l'efficacité de ces mécanismes conventionnels de protection, mais cela entraverait inmanquablement les progrès futurs dans l'application de ces mécanismes.

Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 729), j'ai eu l'occasion d'examiner en détail la question de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme (par. 82-92), étant donné que les parties à cette affaire avaient invoqué deux autres instruments de cette nature, à savoir le pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

72. Les réflexions que j'ai exposées dans cette opinion sont également pertinentes aux fins de l'examen de cette question en la présente espèce. En l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, j'ai ainsi indiqué que, selon moi, le respect des traités relatifs aux droits de l'homme

«déborde le domaine des relations purement interétatiques. En matière d'interprétation des traités, on est enclin à recourir en premier lieu aux dispositions générales des articles 31 à 33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (1969 et 1986 respectivement) et en particulier aux éléments de l'article 31 concernant le sens ordinaire des termes, le contexte et l'objet et le but des traités visés.

Ce faisant, l'on ne tarde pas à constater que dans la pratique, alors que le droit international traditionnel tend de façon marquée vers une interprétation assez restrictive qui vise à préciser le plus possible les obligations des Etats parties, le droit international des droits de l'homme, en revanche, met nettement l'accent sur l'objet et le but du traité pour garantir une protection effective (*effet utile*) des droits garantis, sans pour autant s'écarter de la règle générale énoncée à l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités. En réalité, bien qu'en droit international général les éléments d'interprétation des traités aient été principalement élaborés en vue de servir d'orientations pour l'interprétation des traités par les Etats parties, les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme exigent une interprétation essentiellement *objective* des obligations souscrites par les Etats parties: ces obligations ont pour but de protéger les droits de l'homme et non d'établir les droits subjectifs et réciproques des Etats parties.

.....

L'interprétation et l'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont été effectivement guidées par des considérations liées à l'intérêt général supérieur au à l'ordre public, qui transcendent les intérêts individuels des Etats contractants... [C]es traités se distinguent des traités du type classique qui intègrent des concessions et des compromis restrictifs réciproques; les traités des droits de l'homme prescrivent au contraire des obligations d'un caractère essentiellement objectif, mises en œuvre collectivement, et sont dotés de mécanismes de suivi propres.

.....

La jurisprudence convergente [de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme] dans ce domaine a fait naître ... l'idée commune que les traités relatifs aux droits de l'homme sont empreints d'un caractère spécial (par comparaison avec les traités multilatéraux du type traditionnel); ces traités sont de caractère normatif et leurs termes doivent être interprétés de façon autonome; leur application doit viser à ce que soient effectivement protégés (*effet utile*) les droits garantis; et les restrictions permises (limitations et dérogations) de l'exercice des droits garantis doivent être interprétées de façon restrictive.

De plus, [elle a] fait avancer l'interprétation autonome des dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme par rapport aux systèmes juridiques internes des Etats... En outre, les Cours européenne et interaméricaine ont adopté une interprétation dynamique ou évolutive de leurs conventions relatives aux droits de l'homme (la dimension temporelle) pour faire face aux besoins changeants en matière de protection de la personne humaine.

Il existe ... une jurisprudence convergente des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme — et d'ailleurs d'autres organes internationaux de surveillance des droits de l'homme — sur la question fondamentale de la bonne interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme, qui découle naturellement de l'identité déterminante de l'objet et du but de ces traités.

Le droit international général lui-même témoigne du principe (subsumé dans la règle générale d'interprétation de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités) selon lequel l'interprétation vise à donner à un traité les effets appropriés. Dans le domaine de protection qui nous occupe, le droit international a été utilisé pour améliorer et renforcer — et jamais pour affaiblir ou miner — les garanties des droits de l'homme reconnues (selon le principe *pro persona humana, pro victima*). La spécificité du droit international des droits de l'homme trouve son expression non seulement dans l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme en général, mais également dans l'interprétation de dispositions spécifiques de ces traités.

Tant la Cour européenne que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont, à juste titre, établi des limites au volontarisme des Etats, préservé l'intégrité des conventions relatives aux droits de l'homme relevant de leurs domaines respectifs et la primauté des considérations d'ordre public sur la «volonté» des Etats, fixé des normes supérieures de comportement des Etats, freiné dans une certaine mesure l'imposition de restrictions indues par les Etats et renforcé de façon rassurante la situation de l'individu en tant que sujet du droit international des droits de l'homme, doté de la pleine capacité procédurale. En ce qui concerne la base de leur juridiction en

matière contentieuse, on peut trouver des illustrations éloquentes de leurs prises de position fermes en faveur de l'intégrité des mécanismes de protection des deux conventions régionales.» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 755-759, par. 82-86 et 88-90.)

73. Le rapport entre la *nature* des traités relatifs aux droits de l'homme tels que la CIEDR et l'interprétation et l'application des clauses compromissaires correspondantes (telles que celle qui est énoncée à l'article 22 de la CIEDR) a été examiné en cours d'instance en la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, opposant la Géorgie à la Russie. Ainsi, à la fin de l'audience publique tenue le 17 septembre 2010, j'ai jugé utile de poser aux deux Parties la question suivante :

«A votre avis, la nature des traités relatifs aux droits de l'homme tels que la CIEDR (régissant des relations au niveau intra-étatique) a-t-elle des conséquences ou une incidence sur l'interprétation et l'application des clauses compromissaires qu'ils contiennent ?

Pour préserver l'équilibre linguistique de la Cour, je pose ma question aux deux Parties aussi en anglais, l'autre langue officielle de la Cour :

In your understanding, does the nature of human rights treaties such as the CERD Convention (regulating relations at *intra-State* level) have a bearing or incidence on the interpretation and application of a compromissory clause contained therein?»¹⁰⁹

74. Dans un louable esprit de coopération procédurale, les Parties ont rapidement répondu à ma question. Ainsi, le demandeur — la Géorgie — a présenté à la Cour la réponse écrite suivante :

«La Géorgie reconnaît que, comme de nombreux autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, la CIEDR régit les relations entre l'Etat et le citoyen au niveau intra-étatique, c'est-à-dire les relations entre l'Etat et ses propres nationaux, comme dans le cas de l'apartheid. (Elle régit aussi les mesures prises par un Etat vis-à-vis de ceux de ses nationaux qui se trouvent dans d'autres Etats.) A cet égard, depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme, le mouvement international en faveur des droits de l'homme traduit une évolution réellement nouvelle en droit international, une évolution qui a depuis lors pris racine. Le but des traités multilatéraux de ce type était, sur la base des déclarations antérieures, de rendre l'examen de la situation des droits de l'homme et la mise en œuvre des prescriptions en la matière plus efficaces au niveau international, y compris au moyen de mécanismes de règlement des différends.

Comme la Cour l'a reconnu, cette évolution nouvelle pouvait affecter

¹⁰⁹ CR 2010/11, du 17 septembre 2010, p. 35-36.

ter l'interprétation d'une clause compromissaire. Dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires en l'affaire du *Génocide en Bosnie*, la Cour a mentionné pas moins de trois fois le caractère particulier de la convention sur le génocide en tant qu'instrument universel relatif aux droits de l'homme pour fonder sa compétence *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis* au regard de l'article IX de la Convention. Plus récemment, en relation avec d'autres affaires, on a relevé que la Cour avait «regardé au-delà de la dimension strictement interétatique», pour indiquer — à juste titre selon la Géorgie — une conception large des questions juridictionnelles afin de préserver les valeurs sur lesquelles repose le traité en cause. Ainsi, parce que les traités relatifs aux droits de l'homme régissent les relations entre l'Etat et ses propres nationaux, une clause compromissaire ne doit pas être limitée aux questions envisagées par le droit international traditionnel, par exemple dans le domaine de la protection diplomatique. Il serait de même incorrect de traiter l'interprétation et l'application d'un traité relatif aux droits de l'homme comme une question exclusivement limitée à la fonction consultative de l'organe de supervision en question — ainsi que la Cour l'a indiqué s'agissant du mandat et du rôle de la commission permanente des mandats dans l'affaire du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*. De manière similaire, des protections du type droits de l'homme peuvent survivre à un changement de souveraineté ou un changement de régime de supervision qui peut être fatal à des relations interétatiques uniquement bilatérales.

L'approche géorgienne de l'interprétation de l'article 22 est encore renforcée par la jurisprudence établie de la Cour en ce qui concerne les droits et obligations *erga omnes* dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Il est remarquable que la Cour ait cité comme exemple de normes *erga omnes* les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris, expressément, la protection contre la discrimination raciale, de même que contre la pratique de l'esclavage et le génocide. Les conséquences juridiques des manquements à des obligations *erga omnes* ont depuis lors été encore explicitées par la Cour, et incorporées par la Commission du droit international dans ses articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, en particulier les articles 48 et 54, reconnaissant que tous les membres de la communauté internationale ont un intérêt à invoquer la responsabilité de l'Etat pour manquement à des normes *erga omnes*.

En raison de la nature des traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier leur caractère non synallagmatique, il convient d'interpréter les clauses compromissaires largement, et non de manière étroite ou restrictive. Dans la présente affaire, c'est là une raison supplémentaire de rejeter l'opinion de la Fédération de Russie selon laquelle l'article 22 est subordonné à l'article 11.»¹¹⁰

¹¹⁰ Document GR 2010/19, du 24 septembre 2010, p. 3-4.

75. Le défendeur — la Fédération de Russie — a, quant à lui, présenté la réponse écrite suivante :

« En tant qu'Etat multiethnique, la Fédération de Russie a conscience du caractère spécifique de la CIEDR au sens où il s'agit d'un traité qui impose aux Etats membres des obligations qui doivent avant tout être appliquées au niveau intra-étatique, et elle y attache une grande importance.

Cette spécificité trouve, à bien des égards, son expression dans le mécanisme de mise en œuvre et d'exécution tout à fait particulier auquel l'article 22 fait expressément référence. Dans le cadre de ce mécanisme, les Etats parties sont tenus de présenter des rapports, ce qui permet au Comité de superviser les pratiques internes des parties contractantes.

Ce mécanisme instaure également, par la procédure interétatique de plainte et de conciliation sous les auspices du Comité prévue aux articles 11 à 13, une forme de garantie collective du respect de la Convention par les Etats parties. Cette procédure ne doit faire l'objet d'aucune acceptation spéciale; la ratification de la Convention par un Etat la rend automatiquement applicable, et elle s'impose à tout Etat défendeur. Les parties contractantes deviennent ainsi, aux côtés du Comité, garants de l'exécution de la Convention.

Quant à la procédure de plainte individuelle énoncée à l'article 14 de la CIEDR (que la Fédération de Russie a acceptée le 1^{er} octobre 1991), on notera qu'elle souligne le caractère intra-étatique de la Convention en ce qu'elle permet à des personnes d'agir elles-mêmes contre des parties contractantes lorsqu'elles considèrent qu'il y a eu violation de certains droits protégés par la Convention.

L'importance particulière que revêtent les droits individuels intra-étatiques garantis par la CIEDR se reflète également dans la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui a mis en place une procédure d'urgence visant à assurer la protection de ces droits lorsqu'ils sont particulièrement menacés.

La Convention contient par ailleurs un mécanisme de mise en œuvre plus classique (au regard du droit international général) sous la forme d'un règlement des différends interétatiques devant la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 22, qu'il faut nécessairement interpréter et appliquer en tenant compte des autres procédures de mise en œuvre qu'elle établit. Par conséquent, et ainsi que cela ressort également des termes exprès employés dans cette disposition, les droits visés à l'article 22 n'entrent en jeu que lorsqu'une question qui s'est fait jour en vertu de la CIEDR s'est cristallisée en un différend interétatique et lorsque, de surcroît, les parties à ce différend n'ont pas été en mesure de le régler par des négociations interétatiques et par les procédures énoncées aux articles 11 à 13 de la Convention.

En outre, ainsi que cela résulte conjointement de l'objet de la CIEDR et de ses dimensions intra- et interétatique, les obligations

qu'elle établit ont un caractère *erga omnes*. Cela a également une incidence sur l'interprétation et l'application de l'article 22 et des procédures expressément prévues dans la Convention auxquelles cet article fait référence. Ainsi que la Fédération de Russie l'a indiqué dans ses exceptions préliminaires, «[l]e caractère *erga omnes* des obligations y énoncées [dans la CIEDR] ressort des procédures prévues dans la Convention pour régler les litiges entre Etats, qui impliquent les autres parties contractantes».

Cette interprétation de l'article 22 de la CIEDR tient pleinement compte du caractère intra-étatique qui fait la spécificité de cette convention en ce qu'elle vise à protéger les droits de l'homme individuels.»¹¹¹

76. Ces réponses ont été suivies par un tour d'observations écrites des deux Parties. Ainsi, dans ses observations sur la réponse écrite de la Fédération de Russie à ma question, la Géorgie a indiqué ce qui suit :

«La Géorgie relève que dans sa réponse écrite la Russie ne répond pas directement à la question posée par M. le juge Cançado Trindade. Elle fait observer qu'il n'y a rien dans la réponse de la Russie qui contredise ou affaiblisse sa propre réponse à la question, à savoir que, «[e]n raison de la nature des traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier leur caractère non synallagmatique, il convient d'interpréter les clauses compromissoires largement, et non de manière étroite ou restrictive».

La Russie reconnaît au contraire dans sa réponse que les obligations imposées par la Convention ne doivent pas être exécutées exclusivement au niveau intra-étatique, que la Convention adopte «une forme de garantie collective du respect» de ses dispositions et que «les obligations qu'elle établit ont un caractère *erga omnes*».

Ce faisant, la Russie reconnaît que la Convention a été conçue comme un instrument efficace pour éliminer le fléau de la discrimination raciale (y compris ethnique) sous toutes ses formes. A cet égard, elle étaye la position de la Géorgie en ce qui concerne l'interprétation de l'article 22. La saisine de la Cour en vertu de cet article est un des principaux moyens pour les Etats de donner effet aux dispositions de la Convention contre d'autres Etats, et de rendre ainsi la Convention plus efficace. Lire, dans les dispositions de l'article 22, des *conditions préalables* à la saisine de la Cour, à l'encontre du sens ordinaire du texte, comme le propose la Russie, serait contraire à l'objet et au but de la Convention : cela reviendrait à rendre l'accès à la Cour, à toutes fins utiles, impossible, et réduirait le rôle assigné à la Cour, à savoir celui d'un moyen de faire exécuter en temps voulu les obligations *erga omnes* énoncées dans la Convention.»¹¹²

77. La Fédération de Russie a, pour sa part, présenté les observations suivantes sur la réponse écrite de la Géorgie à ma question :

¹¹¹ GR 2010/20, du 24 septembre 2010, p. 4-5.

¹¹² GR 2010/21, du 1^{er} octobre 2010, p. 2-3.

«Ainsi qu'exposé plus avant dans sa propre réponse à la question posée par le juge Cançado Trindade, la Fédération de Russie reconnaît pleinement le caractère *erga omnes* des droits protégés par les traités relatifs aux droits de l'homme, dont la CIEDR fait partie.

S'agissant de l'interprétation des clauses compromissaires contenues dans ces traités, la Fédération de Russie reconnaît de même que celles-ci revêtent un caractère spécial, en ce sens que n'importe quel Etat partie peut traduire un autre Etat partie devant la Cour pour violation des obligations énoncées dans un tel instrument. Cela ne signifie pas pour autant que les conditions préalables à la compétence qui sont spécifiquement établies dans la clause compromissoire concernée puissent être contournées ou que, pour interpréter cette clause, il faille l'isoler complètement du contexte pertinent, qui peut (comme ici) lui associer certains mécanismes de règlement des différends prévus au sein du traité lui-même.

Comme la Cour a déjà eu l'occasion de le souligner :

««l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29), et ... le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend.

Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour: le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties.

Comme elle l'a rappelé dans son ordonnance du 10 juillet 2002, la Cour n'a de juridiction à l'égard des Etats que dans la mesure où ceux-ci y ont consenti (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 241, par. 57). Lorsque sa compétence est prévue dans une clause compromissoire contenue dans un traité, cette compétence n'existe qu'à l'égard des parties au traité qui sont liées par ladite clause, dans les limites stipulées par celle-ci (*ibid.*, p. 245, par. 71).»

Cela vaut également dans le cas de la CIEDR. Violer ce principe fondamental ne servirait ni la sauvegarde des droits protégés par la CIEDR ni, plus généralement, les intérêts de la justice internationale.

Dans la présente affaire, l'article 22 de la CIEDR assure le juste équilibre recherché entre la compétence (obligatoire) de la Cour d'une part et, de l'autre, le mécanisme (préliminaire) de conciliation obligatoire entre Etats, via le Comité pour l'élimination de la discrimi-

mination raciale créé par la Convention. Cela reflète aussi l'équilibre à atteindre entre le grand nombre d'Etats susceptibles de saisir la Cour en vertu de l'article 22 (étant donné le caractère *erga omnes* des obligations prévues dans la Convention) et l'intérêt des Etats défendeurs à n'estimer devant elle qu'une fois que le différend s'est cristallisé et que les tentatives de règlement requises ont échoué.

C'est au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qu'il incombe au premier chef de mettre en œuvre les dispositions de la CIEDR et d'en surveiller l'exécution, notamment en réglant les différends éventuels entre les Etats parties. Le fait que la Convention ménage une possibilité de saisir la Cour ne doit pas être interprété d'une manière portant atteinte aux fonctions essentielles du Comité.

Réduire le rôle du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ne serait certainement pas conforme aux intentions des rédacteurs de la CIEDR, et ne contribuerait pas davantage à préserver la spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme en général et de la CIEDR en particulier.»¹¹³

78. Il ressort de ce qui précède que les Parties à la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* ont elles-mêmes dûment pris en compte la nature du traité relatif aux droits de l'homme en cause, à savoir la CIEDR, tirant cependant des conséquences différentes de leurs argumentations respectives. Il est en effet tout simplement impossible de faire abstraction de la nature et de la teneur d'un traité relatif aux droits de l'homme lorsqu'on examine la clause compromissoire qui y est énoncée. La règle générale d'interprétation des traités (l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et de 1986) contient les éléments que la Cour doit prendre en compte (voir ci-dessous), l'un d'entre eux — l'objet et le but du traité — devant se voir accorder suffisamment de poids pour garantir que le traité en question produira ses *effets appropriés*, c'est-à-dire rendre cet instrument réellement effectif (voir ci-dessous) en gardant à l'esprit que des valeurs supérieures et les droits de l'homme fondamentaux sont en jeu.

VI. LE PRINCIPE *UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT*

79. La règle générale d'interprétation susmentionnée (voir par. 66, ci-dessus), contenue dans le paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et 1986), repose sur le principe *ut res magis valeat quam pereat*, qui correspond au principe dit de l'effet utile. En vertu de ce principe, largement étayé par la jurisprudence, les Etats parties à des instruments relatifs aux droits de l'homme doivent veiller à ce que les dispositions conventionnelles aient *les effets voulus* sur leurs ordres juridiques internes respectifs. Ce principe, comme

¹¹³ Document GR 2010/22, du 1^{er} octobre 2010, p. 3-4.

je l'ai déjà relevé (par. 68, ci-dessus), s'applique non seulement aux normes *de fond* des instruments relatifs aux droits de l'homme (autrement dit à celles qui concernent les droits protégés), mais aussi aux normes *de procédure*, en particulier celles ayant trait au droit de recours individuel et à l'acceptation de la compétence obligatoire des organes judiciaires internationaux de protection dans les affaires contentieuses. Ces normes conventionnelles, qui sont essentielles pour assurer l'efficacité du système de protection international, devraient être interprétées et appliquées de sorte à donner une utilité pratique réelle aux garanties qu'elles énoncent, compte tenu du caractère ou de la nature particulière des instruments relatifs aux droits de l'homme et de leur application collective. Telle a été, comme je l'ai déjà dit (par. 72, ci-dessus), la démarche suivie par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

80. Permettez-moi à ce stade de rappeler quelques exemples d'affaires concrètes dans lesquelles et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) ont eu l'occasion de se prononcer en ce sens. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires (du 23 mars 1995) en l'affaire *Loizidou c. Turquie*, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme fait observer que la lettre et l'esprit de la convention européenne ne permettent pas de conclure à l'existence de restrictions à la clause facultative relative à la reconnaissance de la juridiction contentieuse de la Cour¹¹⁴. Dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, il n'existe pas de limitations «implicites» à l'exercice des droits protégés; et les limites énoncées dans les traités de protection devraient être interprétées de manière restrictive. La clause facultative de compétence obligatoire des cours internationales des droits de l'homme n'admet pas de limitations autres que celles qui sont expressément énoncées dans les instruments considérés. Et, comme l'a également relevé la CIDH, elle ne saurait être à la merci de limites qui n'y sont pas prévues et que les Etats parties invoquent en raison de problèmes d'ordre interne¹¹⁵.

81. La clause relative à la compétence obligatoire des cours internationales des droits de l'homme est, à mon avis, un élément fondamental (*cláusula pétrea*) de la protection internationale de l'être humain, qui n'admet d'autres restrictions que celles expressément prévues dans les instruments

¹¹⁴ Article 46 de la convention européenne, avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1998, du protocole 11 y relatif. De plus, la Cour a relevé le contexte fondamentalement différent dans lequel les cours internationales opèrent, la Cour internationale de Justice étant «une cour internationale séparée, sans lien avec un instrument normatif comme la convention»; voir Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), Strasbourg, C.E., arrêt du 23 mars 1995, p. 25, par. 82, et p. 22, par. 68. Sur le caractère généralisé des obligations conventionnelles des Etats parties, voir aussi les *obiter dicta* de la Cour dans sa décision antérieure, en l'affaire *Belilos c. Suisse* (1988).

¹¹⁵ Voir CIDH, affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou* (exceptions préliminaires), arrêt du 4 septembre 1998, série C n° 41, opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 36 et 38.

de protection des droits de l'homme considérés. La Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a établi dans ses arrêts (compétence) sur la *Cour constitutionnelle* et *Ivcher Bronstein c. Pérou* (du 24 septembre 1999)¹¹⁶. Le laisser-faire que représente l'insertion de limitations, qui ne sont pas prévues dans les instruments relatifs aux droits de l'homme, dans un instrument d'acceptation d'une clause facultative de compétence obligatoire¹¹⁷ représente une distorsion historique regrettable de la conception originale de pareille clause, qui est à mon sens inacceptable dans le domaine de la protection internationale des droits de l'être humain.

82. Toute autre interprétation ne permettrait pas de garantir que l'instrument de protection des droits de l'homme en question a l'effet utile voulu dans le droit interne de chaque Etat partie. La décision de la CIDH en l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* (exceptions préliminaires, arrêt du 1^{er} septembre 2001) était claire : les modalités d'acceptation, par un Etat partie à la convention américaine relative aux droits de l'homme, de la juridiction contentieuse de la Cour sont expressément énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 62¹¹⁸ ; elles ne sont pas données à titre purement indicatif, mais sont au contraire très *précises*¹¹⁹, et elles n'autorisent les Etats parties à ajouter aucune autre condition ou restriction (*numerus clausus*).

¹¹⁶ CIDH, affaire de la *Cour constitutionnelle* (compétence), arrêt du 24 septembre 1999, série C n° 55, p. 44, par. 35 ; CIDH, affaire *Ivcher Bronstein* (compétence), arrêt du 24 septembre 1999, série C n° 54, p. 39, par. 36.

¹¹⁷ Par exemple, la pratique des Etats en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice (ci-dessus).

¹¹⁸ Aux termes des paragraphes 1 et 2 de l'article 62 de la convention américaine relative aux droits de l'homme :

« Tout Etat partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion à la présente convention, ou à tout autre moment ultérieur, déclarer qu'il reconnaît comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, la compétence de la Cour pour connaître de toutes les espèces relatives à l'interprétation ou à l'application de la convention.

La déclaration peut être faite inconditionnellement, ou sous condition de réciprocité, ou pour une durée déterminée, ou à l'occasion d'espèces données. Elle devra être présentée au secrétaire général de l'Organisation, lequel en donnera copie aux autres Etats Membres de l'Organisation et au greffier de la Cour. »

Ainsi, en vertu du paragraphe 2 de l'article 62 de la convention, un Etat partie peut accepter la juridiction contentieuse de la CIDH selon quatre modalités, à savoir : *a*) inconditionnellement ; *b*) sous condition de réciprocité ; *c*) pour une durée déterminée ; *d*) à l'occasion d'espèces données. Telles sont les seules modalités d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour prévues et autorisées par le paragraphe 2 de l'article 62 de la convention.

¹¹⁹ En vertu du paragraphe 2 de l'article 62 de la convention, un Etat partie peut accepter la juridiction contentieuse de la Cour selon quatre modalités, à savoir : *a*) inconditionnellement ; *b*) sous condition de réciprocité ; *c*) pour une durée déterminée ; *d*) à l'occasion d'espèces données. Telles sont les seules modalités d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour prévues et autorisées par le paragraphe 2 de l'article 62 de la convention, qui ne permet pas aux Etats parties d'ajouter toute autre condition ou restriction (*numerus clausus*).

83. Dans mon opinion individuelle en l'affaire susmentionnée *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*, j'ai jugé bon de relever ce qui suit :

« A ce sujet, on ne peut faire valoir que ce qui n'est pas prohibé est autorisé. Ce serait le *laisser-faire, laisser-passer*, attitude traditionnelle et dépassée caractéristique d'un ordre juridique international fragmenté par le subjectivisme volontariste des Etats qui, dans l'histoire du droit, a inévitablement favorisé les plus puissants. *Ubi societas, ibi jus...* En ce début du XXI^e siècle, dans un ordre juridique international où l'on s'efforce d'affirmer des valeurs communes supérieures, au milieu de considérations d'ordre public international, comme dans le domaine du droit international des droits de l'homme, c'est précisément la logique opposée qui devrait s'appliquer : *ce qui n'est pas autorisé est prohibé*.

Si nous voulons véritablement tirer les leçons du droit international pendant cette période turbulente que fut le XX^e siècle ... nous ne pouvons accepter une pratique internationale soumise au volontarisme des Etats, qui a trahi l'esprit et le but de la clause facultative de compétence obligatoire, au point de la dénaturer entièrement — et qui a perpétué la fragmentation du monde en unités étatiques qui se considèrent comme les arbitres finals de la portée des obligations internationales contractées tout en ne semblant pas croire véritablement en ce qu'elles ont accepté : la justice internationale. » (Par. 24-25.)

84. Pour tenir compte des trois éléments composant la règle générale d'interprétation de bonne foi des traités — texte pris dans son sens ordinaire, dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but — énoncés au paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et 1986), il faut aussi tenir compte de la *nature* du traité dans lequel figure cette clause (facultative ou compromissaire) de compétence obligatoire. Cela correspond au « contexte », à savoir au deuxième élément de la règle générale d'interprétation des traités énoncé à l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités¹²⁰.

¹²⁰ En l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* (ci-dessus), la CIDH en avait dûment tenu compte, en soulignant le caractère particulier des instruments relatifs aux droits de l'homme (par. 94-97). De même, elle a toujours gardé à l'esprit le troisième élément de cette règle générale d'interprétation, à savoir « l'objet et le but » du traité en question, la convention américaine relative aux droits de l'homme (par. 82-83 et 88). Comme j'ai jugé bon de le relever à ce propos dans mon opinion individuelle en l'affaire *Blake c. Guatemala* (réparations, 1999) portée devant la CIDH :

« Dans la mesure où des instruments relatifs aux droits de l'homme sont concernés, il faut toujours avoir présent à l'esprit le caractère objectif des obligations qui y sont énoncées, le sens autonome (par rapport au droit interne des Etats) des termes de ces instruments, la garantie collective qui les sous-tend, la large portée des obligations de protection et l'interprétation restrictive des limitations possibles. Ensemble, ces éléments maintiennent l'intégrité des instruments relatifs aux droits de l'homme, en visant la réalisation de leur objet et de leur but et, en conséquence, en mettant des limites au volontarisme des Etats. » (Par. 32-33.)

85. La CIDH, par ses arrêts sur les exceptions préliminaires dans les affaires *Hilaire*, *Benjamin* et *Constantine*, ainsi que ses arrêts antérieurs sur la compétence dans les affaires de la *Cour constitutionnelle* et *Ivcher Bronstein*, a sauvégarde l'intégrité de la convention américaine relative aux droits de l'homme, est restée maîtresse de sa propre juridiction et a agi conformément aux hautes responsabilités que lui confère cette convention¹²¹. La CEDH a fait de même par son arrêt susmentionné sur les objections préliminaires en l'affaire *Loizidou c. Turquie*, dans la mesure où la convention européenne des droits de l'homme est concernée. Dans leurs jurisprudences convergentes sur la question à l'examen, ces deux cours ont donc apporté une précieuse contribution au renforcement de la juridiction internationale et à la réalisation du vieil idéal de justice internationale¹²². Elles ont en outre contribué à la création d'un ordre public international fondé sur le respect des droits de l'homme en toutes circonstances.

86. En résolvant avec discernement des questions juridictionnelles fondamentales soulevées dans les affaires susmentionnées, la CEDH et la CIDH ont fait bon usage des techniques du droit international public pour renforcer leurs compétences respectives en matière de protection des droits de la personne humaine. Elles ont sauvégarde de manière décisive l'intégrité des mécanismes de protection des conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Elles ont contribué à développer et à établir l'aptitude du droit international à régler efficacement des

¹²¹ Dans son arrêt en l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*, la CIDH a fait observer à juste titre que, si les restrictions apportées à l'instrument d'acceptation de sa juridiction contentieuse étaient acceptées, dans les termes proposés par l'Etat défendeur dans le cas d'espèce, restrictions qui ne sont pas expressément prévues à l'article 62 de la convention américaine, il en résulterait une situation dans laquelle «le premier paramètre de référence serait la Constitution de l'Etat et, subsidiairement seulement, la convention américaine», ce qui conduirait à «une fragmentation de l'ordre juridique international dans le domaine de la protection des droits de l'homme et rendrait illusoire l'objet et le but de la convention» (par. 93).

Comme je l'ai conclu dans ma propre opinion individuelle en l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*,

«Le moment est venu d'envisager, en particulier dans un futur protocole portant modification des dispositions procédurales de la convention américaine relative aux droits de l'homme en vue d'en renforcer le mécanisme de protection, la possibilité d'un amendement à l'article 62 visant à rendre cette clause également *obligatoire*, conformément à son caractère de clause fondamentale (*cláusula pética*), établissant ainsi l'*automatisme* de la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il est urgent que le vieil idéal de compétence internationale obligatoire permanente devienne réalité sur le continent américain aussi, dans ce domaine de protection, avec les ajustements nécessaires pour tenir compte de la réalité des droits de l'homme dans cette région et répondre à la nécessité croissante d'assurer une protection efficace à l'être humain.» (Par. 39.)

¹²² A. A. Cañado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, chap. XV-XVI, p. 60-83 et 147-168.

relations qui ont leur propre spécificité — au niveau intra-étatique plutôt qu'interétatique. L'unité et l'efficacité du droit public international peuvent se mesurer précisément à son aptitude à régler les relations juridiques avec la même justesse dans des contextes différents.

87. Lorsqu'il s'agit des instruments relatifs aux droits de l'homme, la nécessité de porter attention au respect du principe *ut res magis valeat quam pereat* semble particulièrement impérieuse pour assurer la protection efficace des droits garantis dans l'instrument considéré. Cela vaut pour la CIEDR, comme dans le cas d'espèce dont la Cour est saisie, de même que pour tous les autres traités relatifs aux droits de l'homme. Sinon, leur objet et leur but ne seraient pas réalisés, ce qui aurait des conséquences néfastes pour la protection de la personne humaine, domaine dans lequel des considérations d'ordre supérieur (ordre public international) priment le volontarisme des Etats. Lorsque nous abordons la *terra nova* du règlement des différends relatifs aux droits de l'homme dans le cadre des contentieux classiques entre Etats, nous ne pouvons perdre de vue que, ce faisant, nous passons résolument du *jus dispositivum* au *jus cogens*¹²³.

VII. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE (ART. 22) DE LA CONVENTION
DES NATIONS UNIES SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES
DE DISCRIMINATION RACIALE (CIEDR): ÉLÉMENTS EN PERMETTANT
L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION EN BONNE ET DUE FORME

88. A la lumière de ce qui précède, je m'intéresserai maintenant à la clause compromissoire de la CIEDR. Aux termes de l'article 22 de la Convention:

«Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.»

89. Dans le présent arrêt (par. 140), la majorité des membres de la Cour donne une interprétation particulièrement stricte et rigide de la clause compromissoire: l'article 22 de la Convention subordonnerait la compétence de la Cour aux procédures énoncées dans la Convention elle-même (partie II, art. 11-12), ainsi qu'à la tenue de négociations préa-

¹²³ Voir à ce propos mon intervention, le 12 mars 1986, dans le débat de la conférence de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales: Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 1986)*, documents officiels, vol. I, New York, Nations Unies, 1995, p. 187-188 du texte anglais (intervention de A. A. Cançado Trindade).

lables, comme «conditions préalables» devant être remplies par un Etat partie avant toute saisine. Cette interprétation vise à établir des «conditions préalables» rigides rendant l'accès à la Cour particulièrement difficile. Contrairement à ce que la majorité des membres de la Cour tente de faire valoir, elle n'est à mon avis aucunement étayée, ni par la jurisprudence constante de la Cour elle-même, ni par la genèse de la CIEDR, et elle est contradictoire avec la décision récente de la Cour elle-même dans son ordonnance du 15 octobre 2008 en la présente affaire, concernant l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (voir ci-dessous).

90. Il y a soixante ans, dans son avis consultatif sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (du 3 mars 1950), la présente Cour a jugé nécessaire de rappeler que :

«le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leurs sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte»¹²⁴.

Si les mots, lorsqu'on leur attribuait leur signification naturelle et ordinaire, étaient équivoques ou conduisaient à des résultats déraisonnables — ajoutait la Cour —, c'était alors, et *alors seulement*, que la Cour devait rechercher «par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agissait»¹²⁵.

91. A mon avis, les circonstances de la présente affaire n'exigent pas pareille procédure, mais, étant donné l'importance du principe *ut res magis valeat quam pereat* (section VI, ci-dessus) et les rapports de la clause compromissaire énoncée à l'article 22 avec la nature et le fond de la CIEDR (section V, ci-dessus), j'en userai quand même afin d'asseoir plus solidement mon opinion dissidente, car, à mon avis, ni le sens ordinaire de l'article 22 ni ses travaux préparatoires n'étaient les vues de la majorité des membres de la Cour dans le présent arrêt.

1. Sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR

92. La position majoritaire quant au sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR, exprimée dans l'ordonnance du 15 novembre 2008 en la présente affaire, et qui reposait sur la règle générale d'interprétation énoncée au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, était très claire. Voici ce que disait la Cour :

«la formule «[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues» par

¹²⁴ C.I.J. Recueil 1950, p. 8 (les italiques sont de moi).

¹²⁵ *Ibid.*, p. 8.

la Convention, prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la Convention ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114).

Le sens naturel du texte de l'article 22 de la Convention, comme la Cour le reconnaît elle-même, est encore confirmé par le contexte, ainsi que par l'objet et le but de la CIEDR. Il est en outre en harmonie avec la jurisprudence constante de la Cour sur la question. Pour des raisons qui échappent à mon entendement, la majorité de la Cour est revenue sur sa position dans le présent arrêt et en a adopté une autre qui lui est diamétralement opposée (voir point 3 ci-dessous, par. 110-118).

93. En effet, l'article 22 se trouve dans la partie III de la Convention, qui traite du règlement des différends touchant l'interprétation et l'application de la Convention dans son ensemble. L'article 11, qui se trouve dans la partie II, établit une procédure de plainte spéciale qui n'est pas obligatoire. Si l'article 22 figure dans une partie de la Convention distincte de celle qui régit le fonctionnement du Comité (partie II), ce n'est donc pas le fait du hasard et ne devrait pas passer inaperçu. Une brève analyse de la procédure de plainte spéciale énoncée à l'article 11 de la CIEDR montre que l'article 22 ne doit pas être interprété comme exigeant l'«épuisement» préalable des procédures prévues aux articles 11 et 12 de la Convention, en tant que «condition préalable» à la compétence de la Cour.

94. On se souvient peut-être que le paragraphe 1 de l'article 11 de la CIEDR établit une procédure distincte permettant à un Etat partie d'appeler l'attention du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale sur les actes ou omissions d'un autre Etat partie. Il est dit dans cet article qu'un Etat partie «peut» appeler l'attention du Comité (et non qu'il appelle l'attention du Comité) s'il le souhaite; cela montre bien que l'Etat partie n'est pas dans l'obligation d'avoir recours à cette procédure à des fins ultérieures. Le texte n'a rien d'impératif, et ce n'est pas là la seule indication dans ce sens.

95. De plus, il est intéressant de noter que, en son paragraphe 2, l'article 11 de la Convention, qui traite du droit de soumettre à nouveau la question au Comité «si [elle] n'est pas réglée», énonce deux conditions de procédure, à savoir: *a)* ce droit doit être exercé dans un délai de six mois à compter de la date de réception de la communication originale du Comité par l'Etat destinataire; et *b)* le Comité doit avoir déterminé que la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats, par voie de négociations bilatérales ou par toute autre procédure qui serait à leur disposition. Si ces deux conditions n'ont pas été réunies, l'Etat concerné ne peut saisir à nouveau le Comité de la question.

96. Cela confirme que, lorsque les rédacteurs de la CIEDR ont jugé nécessaire d'élaborer une condition de procédure, ils l'ont manifestement fait sans laisser la moindre place à une autre interprétation ou au doute.

Puisqu'une condition de cette nature n'a pas été clairement énoncée, elle ne saurait résulter d'une déduction, étant donné qu'elle ne serait pas conforme à la nature et au fond de la Convention, instrument des droits de l'homme orienté vers les victimes, et qu'elle empêcherait manifestement la réalisation de son objet et de son but. Cela montre bien le sens ordinaire de l'article 22 de la CIEDR.

2. Travaux préparatoires de l'article 22 de la CIEDR

97. La CIEDR a été rédigée en relativement peu de temps (1964-1965), grâce à la collaboration de l'ex-sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, l'ex-Commission des droits de l'homme et la Troisième Commission de l'Assemblée générale. Dès le début des débats à la sous-commission, la principale mesure envisagée par les rédacteurs dans le domaine essentiel de la mise en œuvre fut une disposition prévoyant l'établissement de rapports. Le projet de convention offrait un choix supplémentaire aux Etats parties, à savoir la création d'un comité d'enquête et de conciliation chargé d'aider les Etats parties intéressés à régler à l'amiable les différends touchant l'interprétation ou l'application de la Convention¹²⁶. Ces moyens de règlement à l'amiable mis à la disposition des Etats parties étaient d'autres mesures d'application qui « renforceraient l'efficacité du projet de convention »¹²⁷.

98. La Commission des droits de l'homme n'a pas débattu des mesures d'application¹²⁸. Des débats ont alors eu lieu à la Troisième Commission de l'Assemblée générale, qui portaient essentiellement sur des mesures d'application novatrices, et plus particulièrement sur le droit de recours individuel, l'une des questions les plus discutées dans tout l'examen

¹²⁶ Cette proposition venait du représentant des Philippines (M. Inglés), à la 427^e séance de la sous-commission. Considérant que le règlement des différends relatifs aux droits de l'homme ne se prêtait pas toujours à une procédure strictement judiciaire (mécanisme de rapports), et pour faciliter l'application de la Convention, celui-ci a proposé la possibilité d'un règlement à l'amiable des différends (comité de conciliation) comme autre moyen d'application; voir Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/SR.427, p. 12-14; Nations Unies, Conseil économique et social, *Projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale — Mesures proposées de mise en œuvre* (M. Inglés), Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/L.321 du 17 janvier 1964, p. 1.

¹²⁷ Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Rapport sur les travaux de la vingtième session* (17 février-18 mars 1964), Conseil économique et social, *Documents officiels — trente-septième session*, supplément n° 8, doc. E/3873, p. 10 (du texte anglais), par. 18; Nations Unies, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Rapport sur les travaux de la seizième session* (13-31 janvier 1964), Nations Unies, doc. E/CN.4/873, p. 51-57 (du texte anglais).

¹²⁸ Voir Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Rapport sur les travaux de la vingtième session* (17 février-18 mars 1964), Conseil économique et social, *Documents officiels — trente-septième session*, supplément n° 8, doc. E/3873, p. 66-67 (du texte anglais).

de la Convention. Les comptes rendus de la Troisième Commission ne contiennent aucune référence aux conditions dans lesquelles la Cour devrait exercer sa compétence ou à leurs rapports avec les procédures spéciales énoncées dans la CIEDR. La seule question examinée a été celle de savoir si les Etats pouvaient adhérer unilatéralement à la Cour (proposition des Philippines¹²⁹ et interventions des représentants du Canada¹³⁰, de l'Italie¹³¹ et de la Belgique¹³²), ou si le consentement commun des Etats concernés était nécessaire pour saisir la Cour de différends touchant à la Convention (proposition du Ghana¹³³ et amendement de la Pologne¹³⁴ appuyé par l'Ukraine¹³⁵, l'URSS¹³⁶ et la Tanzanie¹³⁷).

99. Le bureau de la Troisième Commission présenta un projet de clause VIII sur le règlement des différends (parmi les clauses finales du projet de convention) le 15 octobre 1965¹³⁸ et, finalement, la Troisième Commission examina aussi un «amendement des trois puissances» présenté par le Ghana, la Mauritanie et les Philippines, concernant les procédures énoncées dans le projet de convention¹³⁹ (tel que présenté par le Ghana)¹⁴⁰. Les délégués et les rédacteurs du texte semblaient se préoccuper surtout des mesures d'application déjà prévues dans le projet de convention, et non du rôle de la Cour et des conditions de sa saisine. Ces dernières propositions furent adoptées sans qu'il y ait eu de discussion approfondie à leur sujet.

100. Les Etats n'ont pas consacré toute l'attention voulue à ces dernières propositions (pour ce qui concerne la question de la saisine de la Cour), avant qu'elles deviennent l'article 22 de la CIEDR sous sa forme actuelle. La majorité de la Cour elle-même concède dans le présent arrêt (par. 142), relatif à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, que la discussion

¹²⁹ Assemblée générale des Nations Unies, *Proposition des Philippines: projet d'articles concernant les mesures de mise en œuvre*, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1221 du 11 octobre 1965, p. 1 et suiv.

¹³⁰ Assemblée générale des Nations Unies, Troisième Commission, *Compte rendu analytique de la 1367^e séance*, Nations Unies, doc. A/C.3/SR.1367, p. 485, par. 25.

¹³¹ *Ibid.*, p. 486, par. 39.

¹³² *Ibid.*, p. 487, par. 40.

¹³³ Assemblée générale des Nations Unies, *Proposition du Ghana: amendements révisés au document A/C.3/L.1221*, du 12 novembre 1965, p. 1 et suiv.

¹³⁴ Assemblée générale des Nations Unies, *Pologne: amendements aux suggestions relatives aux clauses finales présentées par le bureau de la Troisième Commission*, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1237 du 15 octobre 1965, p. 1 et suiv.

¹³⁵ *Op. cit. supra* note 130, p. 485, par. 27.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 486, par. 33.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 486, par. 36.

¹³⁸ Assemblée générale des Nations Unies, *Suggestions relatives aux clauses finales présentées par les membres du bureau de la Troisième Commission*, Nations Unies, doc. A/C.3/L.1237 du 15 octobre 1965, p. 1 et suiv.

¹³⁹ Nations Unies, doc. A/C.3/L.1313, dans Assemblée générale des Nations Unies, *Documents officiels — vingtième session*, annexes: *Rapport de la Troisième Commission*, Nations Unies, doc. A/6181 du 18 décembre 1965, p. 1 et suiv.

¹⁴⁰ *Op. cit. supra* note 130, p. 485, par. 29.

sur ce qui devait devenir l'article 22 de la Convention fut brève et peu satisfaisante. L'histoire législative de la CIEDR ne contient aucune indication de *mens legis* tendant à subordonner la compétence de la Cour internationale à la satisfaction de «conditions préalables» à caractère obligatoire.

101. Il me paraît surprenant, pour ne pas dire extraordinaire, que la majorité de la Cour, en connaissance de cause, parvienne ensuite à la «conclusion» (par. 142) — relevant du prêt-à-porter — que l'article 22 de la CIEDR «impose des conditions préalables» qui doivent être satisfaites (par. 148) avant qu'un Etat puisse saisir la Cour d'un différend. Le fait est qu'il n'y a ni indication probante à cet effet dans les travaux préparatoires de la Convention, ni la moindre déclaration quant à l'existence d'une obligation catégorique incombant à tous les Etats parties de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour régler leurs différends par voie de négociation, avant même de saisir la Cour. Le recours à la négociation n'était généralement évoqué que d'une manière factuelle, comme un *effort* ou une *tentative* par exemple, et non comme une obligation catégorique.

102. Le fait même que la Cour a été saisie milite fortement contre l'hypothèse ou la conclusion selon laquelle le différend aurait pu être réglé par voie de négociations préalables entre les Parties. Dans les débats susmentionnés de la Troisième Commission sur les dernières propositions relatives au projet de clause finale VIII du projet de Convention (qui a conduit à l'article 22 de la CIEDR), le représentant du Canada (R. St. John Macdonald), par exemple, déclara ce qui suit :

«Toute partie à un différend touchant l'interprétation ou l'application de la Convention devrait pouvoir porter l'affaire devant la Cour, car la Convention a été préparée sous les auspices des Nations Unies et la Cour est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. D'ailleurs, la clause VIII laisse une grande latitude aux parties à un différend.»¹⁴¹

Appelant l'attention sur «la flexibilité des termes de l'article», le représentant du Canada ajouta que sa délégation «espérait» qu'«il serait possible de conférer à l'avance à la Cour une certaine juridiction en ce qui concerne les questions relatives à la Convention»¹⁴².

103. A son tour, le représentant de l'Italie (F. Capotorti) commença par relever qu'en vertu du droit international un différend pouvait être soumis à la Cour avec le consentement soit «de l'une des parties, soit de toutes», et soit «au moment de la ratification de la Convention», soit «lorsque le différend survient». Il fit observer qu'«il sera[it] beaucoup plus difficile d'obtenir le consentement des Etats lorsqu'un différend exist[erait] qu'au moment où la Convention [serait] ouverte à la signature». A son avis :

¹⁴¹ *Op. cit. supra* note 130, p. 485, par. 25.

¹⁴² *Ibid.*, p. 485, par. 25 et 28.

«[L]a Commission devrait adopter une attitude pratique et décider quelle méthode [serait] la plus conforme à l'esprit de la Convention et assurera[it] le mieux le règlement des différends auxquels [la Convention] pourrait donner lieu.»¹⁴³

104. En bref, le représentant de l'Italie était d'avis que la question du consentement des Etats pouvait être soulevée au moment approprié, à savoir au moment de la ratification de la Convention et non pas ultérieurement, lorsqu'un différend particulier surgissait. Au cours du même débat, le représentant de la Trinité-et-Tobago (M. Ince) fit observer au sujet du projet de clause finale VIII «qu'un esprit de bonne volonté» présidait à l'élaboration du projet de CIEDR et qu'il fallait donc «faciliter le renvoi à la Cour»¹⁴⁴. De même, pour le délégué de la Belgique (M. Cochaux):

«La Cour [était] un organe international important dont le rôle dans le règlement des différends se rapportant au présent projet de Convention — un instrument créé par l'Organisation des Nations Unies — ne [devait] pas être amoindri.»¹⁴⁵

105. Le projet (modifié) de clause finale VIII, qui devait devenir l'article 22 de la Convention, fut ensuite adopté dans son ensemble par la Troisième Commission, par soixante-dix voix contre neuf, avec huit abstentions¹⁴⁶. Les déclarations de certains représentants au cours du débat qui précéda le vote n'impliquent en rien ni ne donnent à penser que la saisine de la Cour était considérée comme dépendant des autres procédures de règlement prévues dans la Convention ou de toute «condition préalable». Peu après le vote, le représentant du Ghana (M. Lamptey), qui avait déjà fait une déclaration (que la majorité de la Cour a jugé bon de mettre en évidence dans le présent arrêt, par. 142), ajouta une déclaration interprétative selon laquelle sa délégation «accept[ait] la juridiction obligatoire de la Cour dans le cas de certaines conventions» et attachait une «grande importance» à la CIEDR¹⁴⁷.

106. Dans le présent arrêt en l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, je ne vois donc pas sur quelle base la majorité de la Cour est arrivée à sa décision au sujet du sens ordinaire et de la portée de l'article 22 de la Convention. Son avis selon lequel les travaux préparatoires de la Convention «ne suggèrent ... pas une conclusion différente de celle à laquelle [la Cour] est parvenue par la méthode principale de l'interprétation selon le sens ordinaire» (fin du paragraphe 147) élude tout simplement la question et ne résiste pas à un examen plus poussé.

107. De plus, comme nous venons de le voir, certains rédacteurs de la Convention souhaitaient manifestement que le texte tienne compte des

¹⁴³ *Op. cit. supra* note 130, p. 486, par. 39.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 487, par. 41.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 487, par. 40.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 487, par. 41.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 487, par. 42.

relations sociales et étaient favorables à la possibilité de saisir la Cour¹⁴⁸ sans «condition préalable». Je suis d'avis que, dans le présent arrêt sur les exceptions préliminaires, l'interprétation que la majorité des membres de la Cour donne de l'article 22 de la CIEDR ne tient pas.

108. La «conclusion» à laquelle est parvenue la majorité de la Cour n'est pas, à mon sens, appuyée ou «confirmée» par une analyse attentive des travaux préparatoires de la Convention. Les «conditions préalables» énoncées à l'article 22 et qui devraient être remplies avant la saisine de la Cour ne sont à mon avis que des obstacles nouvellement proposés — voire imposés — à la réalisation de l'objet et du but de la Convention qui, de plus, ne tiennent pas compte de la nature et du fond de la CIEDR, instrument fondamental de défense des droits de l'homme qui revêt une importance considérable dans l'histoire des Nations Unies elles-mêmes. En bref, ce sont à mon avis des obstacles injustifiés à l'accès à la justice au niveau international.

109. Rien dans la structure du présent arrêt de la Cour relatif à la deuxième exception préliminaire ne semble reposer sur un raisonnement solide et ne paraît fondé. L'article 22 ne contient pas de conditionnel («si»). Il se borne à indiquer que tout différend qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par la Convention *sera* porté devant la Cour pour qu'elle statue à son sujet. Ces termes expriment simplement des faits et il n'est question nulle part, pas même implicitement, d'une «condition préalable» dans la lettre et à plus forte raison dans l'esprit de la Convention.

3. *La décision antérieure de la Cour sur l'article 22 de la CIEDR:* venire contra factum/dictum proprium non valet

110. Nous avons vu que l'article 22 de la CIEDR dispose qu'un Etat partie peut unilatéralement porter devant la Cour un différend qui «n'aura pas été réglé par voie de négociation», ce qui n'établit pas une obligation expresse, sous la forme d'une «condition préalable» d'engager de telles négociations. Comme l'a déjà noté *la Cour elle-même*, dans sa récente ordonnance en indication de mesures conservatoires (du 15 octobre 2008), ces mots traduisent un état de fait, de sorte que le rôle de la Cour se limite à déterminer si le différend est ou non réglé. Dans le paragraphe où cette

¹⁴⁸ Il suffit de rappeler ici la position de deux juristes éminents, Ronald St. John Macdonald et Francesco Capotorti (voir ci-dessus). Des années plus tard, le premier a appelé l'attention sur l'évolution de l'interprétation téléologique de la Charte des Nations Unies elle-même, tandis que le second voyait dans le règlement judiciaire (y compris la saisine de la Cour) le meilleur moyen de régler les différends touchant à la protection des droits de l'homme. Voir, respectivement: R. St. John Macdonald, «A Short Note on the Interpretation of the Charter of the United Nations by the International Court of Justice», dans *Liber Amicorum Judge S. Oda* (dir. publ., N. Ando *et al.*), La Haye, Kluwer, 2002, p. 182; F. Capotorti, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 248 (1994), p. 107.

dernière indique qu'il n'y a pas de condition préalable à satisfaire, elle ajoute «l'article 22 donne en revanche à penser que la Partie demanderesse doit avoir tenté d'engager, avec la Partie défenderesse, des discussions sur des questions pouvant relever de la CIEDR» (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114).

111. Toutefois, ces négociations ne constituent pas une obligation formelle avant toute saisine de la Cour. C'est aussi ce qui ressort de la pratique traditionnelle de la Cour, et rien ne justifie qu'elle s'en écarte car il en résulterait une incertitude juridique dans l'esprit des Etats quant aux circonstances dans lesquelles la Cour exerce sa compétence. L'arrêt de la Cour en l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) (compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984)* revêt une importance particulière: la Cour y a conclu que, aucun règlement de différend n'étant effectivement intervenu entre les parties, les conditions posées dans la clause compromissoire (article XXIV, paragraphe 2, du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956) étaient remplies puisqu'il était clair que ce différend ne pourrait être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique (voir ci-dessous).

112. En bref, et comme la Cour l'a décidé dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 15 octobre 2008 en la présente affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, l'article 22 de la CIEDR, pris dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la CIEDR ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent «des conditions préalables» auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 114). Telle était la clarification que la Cour a faite fort à propos dans son ordonnance du 15 octobre 2008 et qu'elle rend aujourd'hui lettre morte dans le présent arrêt, ce qui est incompréhensible, va à l'encontre de sa propre *res interpretata* et la réduit à néant (arrêt, par. 129).

113. Chacun sait que, dans la procédure internationale, lorsque l'une des parties en présence a fait connaître sa position sur une question donnée devant une cour internationale, elle ne peut plus tenter d'en faire valoir une autre qui va dans le sens opposé (comme l'indique la jurisprudence internationale elle-même¹⁴⁹): *allegans contraria non audiendus est*. Ce principe fondamental du droit procédural vaut pour les pays de tradition civiliste (en vertu de la théorie qui remonte au droit romain classique, *venire contra factum proprium non valet*, élaborée sur la base de considérations d'équité, *aequitas*) comme pour les pays de *common law* (en vertu de l'institution de l'*estoppel*¹⁵⁰, propre à la tradition juridique anglo-

¹⁴⁹ Voir, par exemple, Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, Pedone, 1972, p. 49-52.

¹⁵⁰ Voir entre autres, par exemple, Ian Sinclair, «Estoppel and Acquiescence», dans *Fifty Years of the International Court of Justice — Essays in Honour of R. T. Jennings* (dir. publ., V. Lowe et M. Fitzmaurice), Cambridge University Press, 1996, p. 104-120; Ch. Vallée, «Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens», *Revue générale de droit international public*, vol. 77 (1973), p. 949-999.

saxonne). Quoi qu'il en soit, il ne pourrait en être autrement si l'on veut préserver la confiance et le principe de *bona fides* qui devrait toujours l'emporter dans la procédure internationale.

114. Le même raisonnement s'appliquerait à fortiori aux décisions déjà adoptées par une cour internationale *quant au droit* — question très différente de celle de ses conclusions *prima facie quant aux faits*. La Cour ne peut tout simplement pas modifier à son gré des décisions qu'elle a prises *quant au droit* et adopter peu de temps après une position diamétralement opposée ! Il en résulterait un sentiment d'insécurité juridique qui ne pourrait que nuire à la crédibilité du travail d'une cour internationale, encore plus lorsque sa compétence s'exerce sur la base d'un instrument relatif aux droits de l'homme. *Venire contra factum proprium non valet* et, peut-être encore davantage, *venire contra dictum proprium non valet*. A mon sens, les considérations de la Cour énoncées au paragraphe 129 du présent arrêt ne tiennent absolument pas : elles sont contraires à un principe fondamental du droit procédural international, profondément enraciné dans la pensée juridique.

115. Rien *n'impose* que les négociations entre la Géorgie et la Fédération de Russie incluent une *référence expresse* à la CIEDR. Il suffit que la question du différend ait été débattue entre les Parties, portée à leur attention. A la lumière des éléments de preuve présentés à la Cour, la Géorgie a cherché à discuter avec la Russie de questions relevant de la Convention dans le cadre des conflits qui causaient un préjudice aux Géorgiens de souche en Ossétie du Sud et en Abkhazie.

116. Enfin, s'agissant de la question de savoir si l'ouverture préalable de négociations et le recours aux procédures expressément prévues par la Convention (évoquées à l'article 22) sont cumulatives ou alternatives, la conjonction «ou» indique que les rédacteurs de la CIEDR considéraient manifestement «la négociation» ou «les procédures expressément prévues par la Convention» comme *alternatives*. La Cour pouvait — et aurait dû — dissiper tout doute pouvant subsister sur ce point ; au lieu de quoi elle a délibérément choisi de s'abstenir de se prononcer (par. 183) sur cet aspect de la controverse. Elle n'a pas jugé nécessaire d'éclaircir ce point, de dire ce qu'est le droit (*juris dictio*).

117. Les instruments multilatéraux de défense des droits de l'homme comme la CIEDR ont pour objectif de rendre la surveillance des droits de l'homme et leur application efficaces au niveau international, y compris par le règlement des différends. Dans sa jurisprudence constante, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'objet et le but des instruments relatifs aux droits de l'homme (comme la convention européenne) exigent que leurs dispositions soient interprétées et appliquées de manière à rendre les garanties qui y sont énoncées «pratiques et efficaces»¹⁵¹. Il en est de même de la CIEDR, instrument essentiel de défense des droits de l'homme des Nations Unies.

¹⁵¹ Voir à ce propos, par exemple, CEDH, affaire *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, par. 33 ; CEDH, affaire *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, par. 87 ; CEDH, affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, arrêt du 7 janvier 2010, par. 275.

118. Dans la présente affaire, il aurait fallu accorder l'importance voulue au préambule de la Convention (par. 1), qui dispose que tous les Etats Membres se sont engagés à agir, en coopération avec l'Organisation, en vue d'atteindre l'un des buts des Nations Unies, à savoir «développer et encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme» pour tous, sans distinction d'aucune sorte, en ayant à l'esprit que, en son article premier, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.

VIII. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE :
VÉRIFICATION DES TENTATIVES
OU EFFORTS PRÉALABLES DE NÉGOCIATION

1. *La Cour permanente de Justice internationale*

119. La Cour permanente de Justice internationale (ci-après la «Cour permanente»), dans sa jurisprudence constante, a appréhendé les tentatives ou les efforts préalables de négociation comme une donnée factuelle à prendre en considération dans le cadre du processus de règlement judiciaire des différends portés devant elle. Elle n'en a jamais fait une «condition préalable» devant être pleinement remplie pour qu'elle puisse exercer sa compétence. Ainsi, dans un célèbre passage de son arrêt (du 30 août 1924) en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt n° 2), la Cour permanente a déclaré :

«Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte: tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le *différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.*»¹⁵²

120. La Cour permanente a ajouté, toujours dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), qu'«il serait peu compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales d'obliger ces gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait» (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 15). En cas d'exception d'incompétence présentée *in limine litis*, indiqua-t-elle aussi, elle «[était] libre d'adopter la règle qu'elle consid[érait] comme la plus appropriée à la bonne administration de la justice, à la procédure devant un tribunal international, et la plus conforme aux principes fondamentaux du droit international» (*ibid.*, p. 16).

121. Peu après, dans son arrêt (du 25 août 1925) en l'affaire relative à

¹⁵² *C.P.J.I. série A n° 2*, p. 13; les italiques sont de moi.

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (arrêt n° 6), la Cour permanente a une nouvelle fois rejeté toute approche formaliste, en faisant observer qu'«[elle] ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître» (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 14).

Et d'ajouter, dans la même affaire, que «[s]a compétence ... ne saurait dépendre seulement de la manière dont la requête est formulée» (*ibid.*, p. 15).

122. Dans le même ordre d'idées, la Cour permanente, dans son arrêt (du 26 juillet 1927) en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (compétence, arrêt n° 8), a une fois encore refusé de s'enfermer dans une vision restrictive de la clause compromissoire, ce qui en aurait indûment réduit la portée. Elle a formulé la mise en garde suivante :

«Dire que la clause compromissoire ... doit maintenant recevoir une interprétation restrictive ... serait se mettre en contradiction avec les conceptions fondamentales qui ont caractérisé le mouvement en faveur de l'arbitrage général.» (*C.P.J.I. série A n° 8*, p. 22.)

La Cour permanente a refusé d'inférer une «intention contraire» des parties qui aurait eu pour effet de limiter sa compétence; faire ainsi fond sur «une divergence» entre les parties quant à «l'interprétation ou l'application de la convention» — conclut-elle —, «au lieu de vider définitivement un différend, laisserait la porte ouverte à de nouveaux litiges» (*ibid.*, p. 25).

123. Cette position adoptée par la Cour permanente, à savoir que le recours à des négociations n'avait jamais constitué une «condition préalable» à sa saisine, fit rapidement des émules dans les cercles juridiques de l'époque. Peu après les décisions susmentionnées, même ceux qui demeureraient partisans des négociations préalables et qui voyaient le règlement judiciaire comme un ultime recours en vinrent à admettre que, par le terme «négociations», il convenait plus précisément d'entendre des «tentatives» de règlement amiable au moyen de négociations diplomatiques¹⁵³, pour des raisons de courtoisie internationale¹⁵⁴. Il ne devait en aucun cas s'agir d'une «condition préalable»; il suffisait qu'une partie ait tenté — en vain — de négocier. Les intéressés finirent par concéder que la Cour permanente était maîtresse de sa propre compétence, et qu'elle était fondée à statuer en ce sens (au-delà des thèses avancées par les parties en litige), en «annula[n]t» cette «condition préalable», en dépit du fait que la compétence internationale revêtait un caractère «subsidiare»¹⁵⁵.

124. Aux nostalgiques, qui continuaient de privilégier les négociations

¹⁵³ «[U]ne tentative de solution amiable par la voie diplomatique»; ou «les moyens de règlement amiables ont été tentés»; ou encore «un moyen préalable qui doit être tenté»; N. Kaasik, *op. cit. infra* note 154, p. 67 et 69 (les italiques sont de moi).

¹⁵⁴ N. Kaasik, «La clause de négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 14 (1933), p. 94.

¹⁵⁵ Voir *op. cit. supra* note 154, p. 90-92 et 94-95.

diplomatiques et résistaient à l'essor du règlement judiciaire, Maurice Bourquin rétorqua avec perspicacité que l'article 36 du Statut de la Cour de La Haye n'avait jamais subordonné l'institution d'une action en justice à une tentative préalable de règlement diplomatique. Comment prouver que les négociations avaient été «suffisamment utilisées»? Il s'agissait là d'une notion imprécise et relative, et toute formule rigide serait «inacceptable», chaque affaire ayant ses circonstances propres. Si les négociations diplomatiques pouvaient se révéler utiles, selon M. Bourquin, il était toutefois plus sage d'adopter une approche «nuancée» à leur égard; l'«attitude négative» de l'une des parties suffirait à permettre à l'autre de porter une affaire devant la Cour de La Haye, même si l'échange de vues n'avait que très peu duré. Il arrivait d'ailleurs, ajouta M. Bourquin, que «des controverses diplomatiques se situent en dehors du droit; ... les prétentions qui s'y font jour s'inspirent uniquement de considérations d'opportunité»¹⁵⁶.

2. La Cour internationale de Justice

125. Pour sa part, dans son arrêt (du 21 décembre 1962) sur les exceptions préliminaires dans les affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud)*, la Cour internationale de Justice («la Cour»), en rejetant la troisième exception préliminaire, a appelé l'attention sur l'importance du «bien-être et [du] développement des habitants du territoire sous mandat» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 344), et rejeté l'argument selon lequel «toute interprétation large de la juridiction obligatoire en question serait incompatible avec l'article 22 du Pacte» (*ibid.*, p. 343). La Cour a ajouté :

«Il est sans pertinence et inutile de rechercher quelles thèses différentes et opposées ont conduit les négociations des Nations Unies dans une impasse, étant donné qu'au stade actuel il ne s'agit que de trancher la question de compétence. Le fait que dans le passé les négociations collectives aient abouti à une impasse et le fait que les écritures et les plaidoiries des Parties dans la présente procédure aient clairement confirmé que cette impasse demeure obligent à conclure qu'il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement.» (*Ibid.*, p. 345.)

126. Ayant invoqué l'*obiter dictum* de sa devancière dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (ci-dessus), la Cour a elle aussi conclu, sur cette question particulière, qu'il «n'y a aucune raison» que chacune des parties «se conforme au formalisme et aux faux-semblants d'une négociation directe avec l'Etat auquel [elle] s'oppos[e] s[i] elle a] déjà

¹⁵⁶ M. Bourquin, «Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale?», *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 52, et voir p. 45, 47-48, 52 et 54-55.

pleinement participé aux négociations collectives avec cet Etat adverse» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 346). De l'avis de la Cour :

«ce qui importe en la matière ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Tant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre ... il n'y a aucune raison qui permette de penser que le différend soit susceptible d'être réglé par de nouvelles négociations entre les Parties.» (*Ibid.*)

127. Dix ans plus tard, dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, la Cour, face à la question d'une action licite mais «préjudiciable», qui causait «une injustice ou un préjudice» à la partie adverse dans le cadre des traités en cause (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 58, par. 20), a conclu que les différentes exceptions opposées à sa propre compétence ne pouvaient être accueillies (*ibid.*, p. 60-61, par. 25-26). Par la suite, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande) (compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973)*, la Cour a estimé que :

«en l'espèce l'objet et le but de l'échange de notes de 1961, et par suite les circonstances qui constituaient une base essentielle du consentement des parties à être liées par l'accord qu'il contenait, avaient une portée beaucoup plus large. Il s'agissait non seulement de trancher la prétention du Gouvernement islandais d'étendre sa compétence en matière de pêcheries à une distance de 12 milles mais encore de fournir un moyen permettant aux parties de régler entre elles la question de la validité de toute prétention ultérieure.» (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 61-62, par. 32.)

128. La Cour a ensuite conclu que l'obligation juridictionnelle imposée dans l'échange de notes de 1961 demeurerait applicable, et que :

«La clause compromissoire autorisait l'une ou l'autre partie à porter devant [elle] tout différend qui surviendrait entre elles au sujet d'un élargissement de la juridiction de l'Islande sur les pêcheries dans les eaux recouvrant le plateau continental au-delà de la limite de 12 milles. Le différend actuel est exactement du genre de ceux que la clause compromissoire de l'échange de notes envisageait. Non seulement l'obligation juridictionnelle ne s'est pas radicalement transformée dans sa portée mais encore elle est restée précisément ce qu'elle était en 1961.» (*Ibid.*, p. 65, par. 43.)

129. Plus de dix ans après, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran) (arrêt, C.I.J. Recueil 1980)*, la Cour a indiqué que :

«lorsque les Etats-Unis [avaient] déposé leur requête du 29 novembre 1979, leurs tentatives de négociations avec l'Iran au sujet de l'invasion de leur ambassade et de la détention de leurs ressortissants en otages avaient abouti à une impasse, le Gouvernement de l'Iran

ayant refusé toute discussion. Il existait donc à cette date non seulement un différend mais, sans aucun doute, «un différend ... qui ne [pouvait] pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique» au sens de l'article XXI, paragraphe 2, du traité de 1955; et ce différend portait notamment sur les matières faisant l'objet des demandes présentées par les Etats-Unis en vertu de ce traité.» (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 27, par. 51.)

130. Peu après, dans son arrêt sur la compétence et la recevabilité en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a confirmé que, «parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité», à savoir le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1956 par le Nicaragua et les Etats-Unis (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428, par. 83). Après avoir invoqué l'*obiter dictum* de la Cour permanente en l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour a exposé la conclusion ci-après sur cette question particulière :

«En conséquence la Cour conclut que, dans la mesure où les demandes formulées dans la requête du Nicaragua révèlent l'existence d'un différend sur l'interprétation ou l'application des articles du traité de 1956 ..., [elle] a compétence pour en connaître en vertu de ce traité.» (*Ibid.*, p. 429, par. 83.)

131. Dans le même arrêt de 1984 en l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, la Cour, en affirmant sa propre compétence, a écarté toute prétention d'ériger une «règle» exigeant «l'épuisement préalable des voies de recours disponibles sur le plan international» (sous la forme de négociations régionales), par le jeu d'une analogie inappropriée et infondée avec la règle de l'épuisement des voies de recours locales ou internes¹⁵⁷. Je cite :

«la Cour n'est en mesure d'admettre, ni qu'il existe une obligation quelconque d'épuisement des procédures régionales de négociation préalable à sa saisine, ni que l'existence du processus de Contadora empêche la Cour en l'espèce d'examiner la requête nicaraguayenne et de se prononcer le moment venu sur les conclusions présentées par les Parties en l'espèce. La Cour ne peut donc déclarer la requête irrecevable, comme le demandent les Etats-Unis, pour l'un quelconque des motifs avancés par eux comme imposant une telle décision.» (*Ibid.*, p. 440-441, par. 108.)

¹⁵⁷ Pour une analyse critique de cette prétendue analogie, qui n'est en fait pas justifiée, voir, à l'appui de la décision de la Cour sur la compétence et la recevabilité en l'affaire, A. A. Cañado Trindade, «Nicaragua v. Estados Unidos (1984): Os Limites da Jurisdição «Obrigatória» da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas de Solução Judicial de Controvérsias Internacionais», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 37-38 (1983-1986), p. 71-96.

132. Constatant ainsi qu'un différend existait entre le Nicaragua et les Etats-Unis quant à l'interprétation et l'application de certains articles du traité de 1956, et qu'elle avait compétence pour connaître du différend en question sur la base du paragraphe 2 de l'article XXIV du traité, la Cour a tenu compte du fait que les clauses compromissaires étaient monnaie courante dans les traités bilatéraux de cette nature, et que ces clauses visaient à permettre aux parties de la saisir unilatéralement si elles ne parvenaient pas à s'accorder sur un autre mode de règlement pacifique. Deux ans plus tard, dans l'arrêt qu'elle rendit (le 27 juin 1986) dans la même affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, mais sur le fond, la Cour, réaffirmant sa position, ajouta qu'«il serait donc excessivement formaliste d'exiger du Nicaragua qu'il épuise la procédure prévue à l'article XXIV, paragraphe 1, avant de la saisir de la question» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, par. 274).

133. Plus de dix ans après, dans son arrêt (du 11 juin 1998) sur les exceptions préliminaires en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (*Cameroun c. Nigéria*), la Cour a déclaré de manière catégorique :

«Il n'existe ni dans la Charte [des Nations Unies], ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour. Un tel préalable n'avait pas été incorporé dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale ... Il ne figure pas d'ailleurs à l'article 36 du Statut de la présente Cour.» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 303, par. 56.)

134. Plus récemment, la question est à nouveau passée au premier plan dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*) (*arrêt, C.I.J. Recueil 2003*). La Cour a conclu qu'elle devait

«prendre acte que le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique. Peu importe aux fins de la présente question que l'absence de négociations diplomatiques soit attribuable au comportement de l'une ou de l'autre Partie, ou que ce soit le demandeur ou le défendeur qui a pour ce motif opposé une fin de non-recevoir. Comme dans de précédentes affaires qui mettaient en cause des dispositions conventionnelles pratiquement identiques (voir *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 26-28; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), *C.I.J. Recueil 1984*, p. 427-429), il suffit à la Cour de constater que le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique avant de lui être soumis.» (*C.I.J. Recueil 2003*, p. 210-211, par. 107.)

135. Rien, dans l'analyse qui précède, ne permet d'inférer une propension, que ce soit de la part de la Cour ou de sa devancière, à faire des négociations préalables une condition excessive à l'exercice de la compé-

tence. Bien au contraire, tant la Cour permanente que la Cour actuelle ont indiqué très clairement qu'une *tentative* de négociation suffisait, étant entendu que la tenue de négociations *effectives* ne constituait nullement une «condition préalable» à ce que l'une ou l'autre puisse exercer sa compétence dans l'affaire portée devant elle. La Cour de La Haye s'est en effet, tout au long de son histoire, gardée d'imposer toute condition excessive quant à la tenue de négociations préalables entre les parties en litige.

IX. VERS LE RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS ET LA RÉALISATION DE LA JUSTICE SUR LA BASE DE TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

136. Dans la présente affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la majorité de la Cour semble ne faire aucun cas de la jurisprudence constante de la Cour elle-même lorsqu'elle établit qu'une «condition préalable» stricte de négociation (par. 157-159), assortie d'un seuil très élevé, doit être remplie avant qu'elle ne puisse exercer sa compétence sur la base de ce traité consacré aux droits de l'homme, à savoir la CIEDR. Tentant d'étayer sa position, la majorité de la Cour rappelle un *obiter dictum* (p. 116) de sa devancière dans l'avis consultatif sur le *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne* (1931). Pourtant, a contrario, dans sa jurisprudence constante en la matière, la Cour de La Haye s'est bornée à noter que les parties n'étaient pas parvenues à trouver un terrain d'entente avant le dépôt de la requête devant elle.

137. Tout au long des dernières décennies, les études réalisées sur la position de la Cour de La Haye (la Cour actuelle et sa devancière) quant à l'examen des tentatives ou des efforts de négociation préalables à la saisine de la Cour elle-même ont donné lieu à la conclusion que la jurisprudence constante de celle-ci n'était *nullement* le point de vue selon lequel ces tentatives ou efforts de négociation constituaient une «condition préalable» incontournable pour que la Cour puisse exercer sa compétence¹⁵⁸. Bien au contraire, les clauses compromissaires se sont révélées être une source de compétence importante¹⁵⁹, à fortiori lorsqu'elles s'inscrivaient dans le cadre de certains traités relatifs aux droits de l'homme (voir ci-dessous), le but ultime étant la réalisation de la justice.

¹⁵⁸ Voir, par exemple, G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, p. 124-125; J. I. Charney, «Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice», *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), p. 870-883, et voir p. 859-864; S. Torres Bernárdez, «Are Prior Negotiations a General Condition for Judicial Settlement by the International Court of Justice?», dans *Liber Amicorum in Memoriam of Judge J. M. Ruda* (dir. publ., C. A. Armas Barea, J. A. Barderis et al.), La Haye, Kluwer, 2000, p. 507-525.

¹⁵⁹ Voir, par exemple, C. J. Tams, «The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction», dans *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the II Hague Peace Conference* (dir. publ., Th. Giegerich et U. E. Heinz), Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 471, 476, 480-481, 487-489 et 492.

138. A rebours de cette jurisprudence constante de la Cour (ci-dessus), la majorité a malheureusement assorti l'obligation de négociation préalable d'un seuil très élevé dans la présente affaire. A mon sens, la position adoptée par la Cour tout au long de son histoire, sur cette question particulière, consistait à privilégier l'accès à la justice au sens large (y compris la réalisation de la justice); le revirement effectué par la majorité de la Cour dans la présente affaire opposant la Géorgie et la Fédération de Russie non seulement va dans le sens contraire, mais risque en outre d'engendrer un sentiment d'insécurité judiciaire et de compromettre à l'avenir l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour dans les traités internationaux.

139. Cette situation est encore plus fâcheuse lorsqu'on songe à la *nature* du traité en cause, à savoir la CIEDR, qui est l'une des conventions fondamentales des Nations Unies sur les droits de l'homme. Il ne faut pas oublier les droits et les valeurs qui sont en jeu. Le recours à des formules conventionnelles, l'attachement aux «intérêts» ou aux intentions de l'Etat, à sa «volonté», à d'autres notions du même ordre, ou encore à la stratégie adoptée par l'Etat à l'égard des négociations, ne doivent pas occulter le fait que ceux qui réclament justice, et ceux qui en bénéficient, sont en définitive des êtres humains¹⁶⁰ — comme en témoigne la présente affaire portée devant la Cour.

140. Il semble généralement acquis de nos jours que l'expansion de la juridiction internationale — illustrée entre autres par l'action menée, aux côtés de la Cour, par les tribunaux internationaux chargés de défendre les droits de l'homme — répond et correspond à un besoin actuel de la communauté internationale, qui déborde le cadre des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux (utilisées dans les différends entre Etats) et qui traduit l'idée d'une prééminence du droit international¹⁶¹. La Cour doit rester attentive à cela, et elle ne peut perdre de vue la raison d'être des traités relatifs aux droits de l'homme. Une recherche mécanique et systématique du consentement de l'Etat, qui passerait avant les valeurs fondamentales sous-tendant ces traités, ne la conduira nulle part.

141. La Cour a, de temps à autre, reconnu expressément que l'idée d'un *état de droit* international avait bel et bien gagné du terrain ces dernières années. Il suffit ici d'évoquer, par exemple, la contribution apportée par ses avis consultatifs sur la *Namibie* (21 juin 1971, voir ci-dessous) et sur l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (26 avril 1988). Cette idée-force a favorisé la quête de justice dans le cadre de l'*état de droit* au niveau international, et la Cour doit la garder à l'esprit dès lors qu'elle est priée de trancher une affaire sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme.

¹⁶⁰ Voir notamment, à cet effet, Julius Stone, *Approaches to the Notion of International Justice*, Princeton University Press, 1970, p. 55.

¹⁶¹ J.-Y. Morin, «L'état de droit: émergence d'un principe du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 254 (1995), p. 199, 451 et 462.

142. Qu'il me soit permis de rappeler que, à la fin des années 1980 (1988-1989), notamment, l'Union soviétique de l'époque (à laquelle la Fédération de Russie a succédé) et certains autres Etats d'Europe orientale ont retiré leurs déclarations antérieures par lesquelles ils avaient exclu le règlement obligatoire des différends dans certaines conventions relatives aux droits de l'homme conclues pendant la guerre froide. Il s'agissait là d'une initiative rassurante tendant à favoriser la juridiction obligatoire de la Cour à l'égard de six traités fondamentaux en matière de droits de l'homme (au nombre desquels figurait la CIEDR). Dans son discours du 7 décembre 1988 devant l'Assemblée générale des Nations Unies, le président de ce qui était alors le Présidium du Soviet suprême de l'URSS (M. Mikhaïl Gorbatchev), après avoir invoqué «la primauté des valeurs humaines universelles», déclara :

«Nous pensons que la compétence de la Cour internationale de Justice de La Haye en ce qui concerne l'interprétation et la mise en œuvre des accords sur les droits de l'homme doit être acceptée par tous les Etats.»¹⁶²

143. Quelques semaines plus tard, le 10 février 1989, le Présidium du Soviet suprême prit, sur proposition du Conseil des ministres de l'URSS, un décret ayant pour effet de retirer les réserves que l'Union soviétique avait précédemment formulées dans les dispositions pertinentes de six traités relatifs aux droits de l'homme, à savoir : l'article 22 de la CIEDR (qui revêt une importance centrale dans la présente affaire), le paragraphe 1 de l'article 29 de la convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le paragraphe 1 de l'article 30 de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, l'article IX de la convention sur le génocide de 1948, l'article IX de la convention sur les droits politiques de la femme de 1953, et l'article 22 de la convention de 1950 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui¹⁶³.

144. En outre, justice pourra difficilement être rendue en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme (tels que la CIEDR) si la Cour évalue les éléments de preuve produits devant elle d'un point de vue strictement

¹⁶² Nations Unies, doc. A/43/PV.72 du 8 décembre 1988, p. 26 ; voir également p. 8. Peu après, un mémorandum de l'URSS du 29 septembre 1989 sur le «renforcement du rôle du droit international», distribué à l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 octobre 1989 (dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international), faisait référence au renforcement du rôle de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation ; voir Nations Unies, doc. A/44/585 du 2 octobre 1989, p. 5. S'agissant de cette nouvelle vision de la primauté de l'état de droit dans les relations internationales, voir les observations formulées dans, notamment, A. Gorin et P. Mishchenko, «New Political Thinking as a Philosophy and a Tool of Soviet Foreign Policy», *Journal of Legislation*, vol. 17 (1990), p. 17-18. Quant à la «priorité des valeurs humaines universelles» professée dans le cadre de cette nouvelle vision, voir les observations formulées dans, notamment, V. S. Vereshchetin et R. A. Mullerson, «International Law in an Interdependent World», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 28 (1990), p. 292-293 et 300.

¹⁶³ Voir les observations formulées dans, notamment, T. Schweisfurth, «The Acceptance by the Soviet Union of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ for Six Human Rights Conventions», *European Journal of International Law*, vol. 2 (1990), p. 110-117.

interétatique, en identifiant la stratégie choisie par les parties en litige dans le cadre de leur procédure internationale, sans tenir compte de la *raison d'être fondamentale* de ces instruments de défense des droits de la personne humaine. Au regard de ces instruments, le règlement pacifique va de pair avec la réalisation de la justice, et cette dernière ne peut guère être rendue dans une affaire comme celle-ci si l'attention ne se porte pas sur les souffrances de la population et son besoin de protection.

X. LE DROIT ET LES SOUFFRANCES ET BESOINS DE PROTECTION
DE LA POPULATION: *SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA*

145. Ce n'est malheureusement pas ce que la Cour a fait en l'espèce. Elle pouvait, et elle devait, être particulièrement attentive aux souffrances de la population et à la nécessité de la protéger sur la foi de tous les éléments de preuve présentés par les Parties en présence elles-mêmes. Ainsi, lorsqu'elle a examiné les première et deuxième exceptions préliminaires en la présente affaire, la Cour s'est référée à plusieurs des très nombreux documents que la Fédération de Russie et la Géorgie avaient portés à sa connaissance. Et pourtant, son raisonnement s'est situé dans une perspective essentiellement interétatique et essentiellement bilatérale, centrée sur les relations (diplomatiques) entre les deux Etats en cause.

146. Le raisonnement de la majorité des membres de la Cour ne repose donc pas sur un examen approfondi de la documentation susmentionnée, qui révèle une réalité à laquelle j'attache la plus grande importance: la vulnérabilité, pour ne pas dire l'impuissance, des populations opprimées, qui étaient les victimes directes d'un différend de longue date entre la Géorgie et la Fédération de Russie¹⁶⁴, lequel a pris les dimensions d'un conflit armé au début d'août 2008. Le présent arrêt ne mentionne qu'en passant les souffrances endurées par la population opprimée, par exemple à propos d'un accord conclu entre la Géorgie et la Fédération de Russie dès le 24 juin 1992, dans le préambule duquel les parties déclaraient s'efforcer de parvenir à «la cessation immédiate de l'effusion de sang» (par. 40).

147. Il n'entre pas dans mon propos de procéder à une analyse approfondie de ces nombreux documents. Je me contenterai de mentionner ceux d'entre eux que la Fédération de Russie ou la Géorgie ont portés à la connaissance de la Cour, et il faut les en féliciter, et qui illustrent clairement la question qui retient mon attention ici, à savoir celle de la douleur et des souffrances des victimes silencieuses du différend et du conflit

¹⁶⁴ Comme le montrent, par exemple, les résolutions du Parlement géorgien du 20 mars 2002 (concernant la situation en Abkhazie) et du 11 octobre 2005 (concernant le «nettoyage ethnique auquel se livreraient des tierces parties» en Abkhazie et en Ossétie du Sud), la lettre de la Géorgie adressée le 27 octobre 2005 au Conseil de sécurité des Nations Unies (Nations Unies, doc. S/2005/678) et celle du 10 novembre 2005 adressée au Secrétaire général de l'ONU (Nations Unies, doc. A/60/552-S/2005/718), la déclaration de la Géorgie devant le Conseil de sécurité des Nations Unies le 26 janvier 2006 et le discours prononcé devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 23 septembre 2006, ainsi que d'autres déclarations de même nature effectuées entre septembre-novembre 2006 et août 2008.

armé entre la Géorgie et la Fédération de Russie, ainsi que de la protection à leur assurer d'urgence. Ce que je tiens à dire, c'est que cet aspect de la présente affaire pouvait d'autant moins être passé sous silence que la Cour avait à connaître d'un différend relatif à un instrument de défense des droits de l'homme de l'importance de la CIEDR.

148. La documentation que la Fédération de Russie a présentée à la Cour, en annexe de ses exceptions préliminaires du 1^{er} décembre 2009¹⁶⁵, contient les observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale au sujet des rapports soumis par la Fédération de Russie et la Géorgie en application de la CIEDR. Dans ses observations finales du 22 mars 2001 sur le rapport initial présenté par la Géorgie, le Comité relevait déjà ce qui suit :

«La Géorgie a été confrontée, depuis l'indépendance, à des conflits ethniques et politiques en Abkhazie et en Ossétie du Sud. ... Les [conflits] en Ossétie du Sud et en Abkhazie ont entraîné une discrimination à l'encontre de personnes d'origines ethniques différentes, notamment d'un grand nombre de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et de réfugiés.»¹⁶⁶

149. Le Comité est revenu sur la question dans ses observations finales du 15 août 2005 sur les deuxième et troisième rapports périodiques de la Géorgie¹⁶⁷ et, dans ses observations finales les plus récentes, le 13 août 2008, concernant les dix-huitième et dix-neuvième rapports périodiques de la Fédération de Russie, il a notamment recommandé :

«à l'Etat partie d'enquêter de manière approfondie, par l'intermédiaire d'un organe indépendant, sur tous les agissements illicites de membres des forces de l'ordre qui auraient visé des ressortissants géorgiens et des Géorgiens de souche en 2006, et de prendre des mesures pour éviter que de tels actes ne se reproduisent»¹⁶⁸.

150. La documentation présentée par la Géorgie à la Cour, en annexe de son mémoire du 2 septembre 2009 et de ses observations écrites sur les exceptions préliminaires du 1^{er} avril 2010, contient plusieurs rapports d'organisations internationales (Nations Unies, Conseil de l'Europe, Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), Union européenne)¹⁶⁹, ainsi que d'organisations non gouvernementales (Human Rights Watch, Amnesty International)¹⁷⁰. Ces dernières relatent des cas, pendant le conflit armé qui a éclaté le 7 août 2008, d'emploi aveugle

¹⁶⁵ Annexes 50, 63 et 70.

¹⁶⁶ Nations Unies, doc. CERD/C/304/Add.120 du 27 avril 2001, par. 3-4. Le Comité ajoutait : «A maintes reprises, l'attention a été appelée sur le fait que les autorités abkhazes font obstruction au retour librement consenti des populations déplacées.» (*Ibid.*, par. 4.)

¹⁶⁷ Voir Nations Unies, doc. CERD/C/GEO/CO/3 du 27 mars 2007, par. 4-5.

¹⁶⁸ Nations Unies, doc. CERD/C/RUS/CO/19 du 20 août 2008, par. 13.

¹⁶⁹ Annexes (au mémoire) 56, 59, 60, 62, 71.

¹⁷⁰ Annexes (au mémoire) 150, 152, 156, 158.

de la force et de la violence contre des civils, d'attaque ethnique, d'incendie volontaire de maisons et de villages, de déplacement forcé de personnes et autres violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Mais ce sont les premières, en particulier la commission de suivi¹⁷¹ de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans ses rapports successifs, qui brossent un tableau d'ensemble des violences systématiques à l'origine des souffrances de la population des régions touchées par le conflit armé et de la protection à assurer d'urgence aux nombreuses victimes.

151. Même si cet aspect particulier du cas d'espèce n'entre pas dans le cadre des relations interétatiques bilatérales (diplomatiques), la Cour ne pouvait, à mon avis, en faire abstraction au stade de l'examen des exceptions préliminaires — d'autant qu'elle venait d'ordonner des mesures provisoires de protection (ordonnance du 15 octobre 2008) en la présente affaire, ayant jugé qu'elle avait compétence *prima facie* en l'espèce (*C.I.J. Recueil 2008*, p. 388, par. 117). Mais, surtout, elle devait aller au-delà d'une vision strictement interétatique (diplomatique) du droit international traditionnel car, chacun en convient, le *jus gentium* contemporain est loin d'être indifférent au sort des populations.

152. Il ne faut donc pas oublier que, dans les rapports susmentionnés, la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pris soin d'appeler l'attention sur les conditions de vie de la population victime du conflit. Voici ce qu'elle écrivait dans l'un d'entre eux, datant de la fin du mois d'avril 2009 :

« Les principes du droit international coutumier, à savoir que les conditions de vie dans les zones occupées doivent constituer une des préoccupations premières des parties à un conflit ... [L]es conditions de vie dans les zones occupées doivent constituer une des préoccupations premières des parties à un conflit... »¹⁷²

La mission ajoutait que ces principes étaient d'une grande importance à la lumière des allégations de « violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire » pendant et après le conflit¹⁷³.

153. Dans un rapport précédent publié à la fin janvier 2009, la commission de suivi avait déjà donné l'alarme (par. 1, 46, 49 et 50), le nombre de personnes déplacées à l'intérieur de la Géorgie initialement enregistrées par le HCR¹⁷⁴ s'élevant à 133 000¹⁷⁵. Si l'on tient compte aussi du conflit

¹⁷¹ C'est-à-dire la Commission pour le respect des obligations et des engagements des Etats membres du Conseil de l'Europe (commission de suivi).

¹⁷² Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Suites données par la Géorgie et la Russie à la résolution 1647 (2009)*, doc. 11.876 du 28 avril 2009, p. 6, par. 29-30.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 5, par. 23.

¹⁷⁴ C'est-à-dire le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Outre le HCR, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a reçu des demandes émanant des familles de personnes déplacées ou portées disparues.

¹⁷⁵ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *La mise en œuvre de la résolution 1633 (2008) sur les conséquences de la guerre entre la Géorgie et la Russie*, doc. 11.800 du 26 janvier 2009, p. 15, par. 58, et voir p. 2, 13, 14 et 21, par. 1, 46, 49-50 et 104.

de 1992 qui a également entraîné des déplacements forcés, le nombre total de personnes déplacées dans la région au cours des années 1990 passe à 222 000, comme l'indique un autre rapport de la commission publié au début du mois d'octobre 2008 ; selon ses auteurs, plus de 30 000 personnes déplacées à la suite de la guerre d'août 2008, dont 25 000 originaires d'Ossétie du Sud et 6000 d'Abkhazie, «seront dans l'impossibilité de regagner leur lieu de résidence d'origine, et ce, «à titre permanent»»¹⁷⁶.

154. La commission y déplore «les souffrances humaines» causées par la guerre entre la Géorgie et la Russie, et qui résultent en particulier de «nettoyages ethniques systématiques» en Ossétie du Sud¹⁷⁷ et d'autres «violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commises par les deux parties dans le contexte de la guerre, telles que les meurtres ou blessures intentionnels ou évitables de civils, ainsi que la destruction de biens»¹⁷⁸. Pendant l'année 2009, deux commissions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont établi des rapports qui portaient aussi sur les souffrances de la population en raison des *conséquences* humanitaires de la guerre entre la Russie et la Géorgie.

155. Dans un nouveau rapport publié à la mi-septembre 2009, la commission de suivi a regretté que «peu de progrès tangibles» aient été enregistrés pour remédier aux conséquences de cette «guerre tragique»: il n'y avait eu aucune enquête sérieuse sur les allégations de «nettoyage ethnique à l'encontre de Géorgiens de souche» et les responsables n'avaient pas été traduits en justice¹⁷⁹. Les tensions ne s'étaient pas apaisées dans la région, ce qui nuisait à sa stabilité et à «la sécurité de tous les habitants»; il restait urgent de protéger «les droits de l'homme et [d']assurer la sécurité humanitaire»¹⁸⁰.

156. Pour sa part, la commission des migrations, des réfugiés et de la population de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans un rapport publié au début du mois d'avril 2009, s'est également penchée sur les problèmes qui continuaient de causer des souffrances à la population «dont la peur persistait quant à une reprise des hostilités» (par. 95), à savoir: *a*) les personnes détenues ou disparues (par. 39-46); *b*) les déplacements forcés (par. 2); *c*) la réunification des familles (par. 25 et 45); et *d*) la destruction de biens et le pillage (par. 30)¹⁸¹.

¹⁷⁶ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Les conséquences de la guerre entre la Géorgie et la Russie*, doc. 11.724 du 1^{er} octobre 2008, p. 3, par. 15; voir aussi p. 14, par. 36.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 1 (résumé) et p. 15-16, par. 42 et 54. A ce propos, le rapport de la commission de suivi fait état «d'allégations plausibles d'actes de nettoyage ethnique commis dans des villages géorgiens en Ossétie du Sud et dans la «zone tampon» par des milices irrégulières et des gangs que les troupes russes n'ont pas arrêtés»; *ibid.*, p. 1 (résumé).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 3, par. 11; voir aussi p. 17, par. 60.

¹⁷⁹ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *La guerre entre la Géorgie et la Russie: un an après*, doc. 12.010 du 14 septembre 2009, p. 3 et 7, par. 1 et 9-10; voir aussi p. 2, par. 6.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 9 et 12, par. 27 et 49. Les auteurs du rapport ajoutaient «qu'un nouvel exode de ces populations des districts de Gali et d'Akhalgori [était] malheureusement à craindre»; *ibid.*, p. 14, par. 64.

¹⁸¹ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Conséquences humanitaires de la guerre entre la Géorgie et la Russie: suites données à la résolution 1648 (2009)*, doc. 11.859 du 9 avril 2009, p. 2, 8-11 et 16, par. 2, 25, 30, 39-46 et 95.

157. Ces rapports étaient accompagnés de résolutions (relatives au travail d'enquête de la commission de suivi) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁸² qui mentionnaient aussi les souffrances de la population opprimée. L'une de ces résolutions, à savoir la résolution 1683 (2009) du 29 septembre 2009, après avoir évoqué cette « guerre tragique » (par. 1), se référait au rapport de la « Mission d'enquête internationale indépendante sur les origines et le déroulement du conflit » créée par l'Union européenne (par. 2).

158. Ce rapport figurait également dans la documentation que la Géorgie a présentée à la Cour pendant l'examen des exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie¹⁸³. La mission d'enquête commençait par souligner que, à la suite d'une décision prise par le Conseil de l'Union européenne, c'était la première fois dans son histoire que l'Union européenne décidait d'intervenir activement dans un conflit armé grave et de créer une mission d'enquête à la suite du conflit (p. 2). Elle ajoutait :

« La plupart des personnes directement impliquées dans le conflit se souviennent d'abord et surtout du sort et des souffrances des victimes. Le conflit armé de 2008 a malheureusement été marqué par de nombreux crimes commis en violation du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme... »

Pour ce qui était du conflit en Ossétie du Sud et dans les régions adjacentes du territoire de la Géorgie, la Mission a établi que toutes les parties au conflit — forces géorgiennes, forces russes et forces d'Ossétie du Sud — avaient commis des violations du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme... » (Par. 25-26.)

159. La Mission avait constaté des « déplacements forcés systématiques de Géorgiens de souche qui étaient restés chez eux après le déclenchement des hostilités » (par. 27). Les violations des droits de la personne prenaient essentiellement la forme d'attaques menées sans discrimination et de mauvais traitements, de déplacements forcés et de destruction de biens :

« Le nombre de personnes déplacées et de réfugiés était considérable, ce qui aggravait encore la situation. Quelque 135 000 personnes auraient fui leur foyer, la plupart d'entre elles venant de régions d'Ossétie du Sud ou des environs. Si la majorité s'est réfugiée dans d'autres régions de la Géorgie, un nombre non négligeable a cherché refuge en Russie. La plupart fuyaient les dangers et l'insécurité liés au conflit. Mais on a également constaté de nombreux cas de

¹⁸² Par exemple, résolution 1647 du 28 janvier 2009 ; résolution 1633 du 2 octobre 2008 (déplacements forcés, par. 15 et 24, al. 3) ; résolution 1683 du 29 septembre 2009 (allégations de « nettoyage ethnique », par. 9).

¹⁸³ Voir annexes 120 et 121 aux observations écrites de la Géorgie sur les exceptions préliminaires du 1^{er} avril 2010.

déplacements forcés en violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme.» (Par. 28.)

160. Comme nous l'avons vu, dans les rapports d'enquête examinés ci-dessus, le conflit armé russo-géorgien de 2008 a été qualifié de « guerre tragique », tous ceux qui s'en souviennent étant restés marqués par le « sort et [l]es souffrances des victimes » (voir ci-dessus). Même des événements plus anciens, bien antérieurs au conflit armé de 2008, ont été qualifiés de « tragiques ». Cette qualification des faits par la Géorgie est brièvement évoquée dans le présent arrêt, au paragraphe 55 (les « événements tragiques » de 1993), au paragraphe 61 (les « événements tragiques » de 1998) et au paragraphe 71 (les « conséquences tragiques » des événements de 2001). Pourtant, cette dimension — le facteur humain — ne se retrouve pas du tout dans l'analyse des faits que la Cour a elle-même réalisée, dans son arrêt, pour statuer sur les exceptions préliminaires soulevées devant elle.

161. En ce qui concerne la première de ces exceptions, par exemple, il a fallu quatre-vingt-douze paragraphes à la Cour pour reconnaître que, selon elle, un différend juridique s'était finalement cristallisé le 10 août 2008 (par. 93), seulement *après* l'éclatement d'une guerre ouverte et déclarée entre la Géorgie et la Russie ! Je trouve cela vraiment extraordinaire : voici un différend juridique qui ne s'est fait jour qu'*après* le déclenchement d'une vague de violence et d'une guerre généralisée ! Existe-t-il des différends foncièrement et ontologiquement *juridiques* coupés de toutes ramifications ou considérations politiques ? Je ne pense pas. Ce même raisonnement formaliste conduit la Cour, au bout de soixante-dix paragraphes, à retenir la deuxième exception préliminaire, sur la base de prétendues « conditions préalables » (non remplies) de son invention — en s'écartant à mon sens de sa propre jurisprudence constante et de la doctrine juridique internationale, plus éclairée.

162. Selon les traités relatifs aux droits de l'homme, les personnes concernées, qui se trouvent en situation de grande vulnérabilité ou de grande détresse, doivent bénéficier d'un degré de protection plus élevé ; or la Cour, dans cette affaire portée devant elle sur la base de la CIEDR, a jugé au contraire qu'un degré de consentement des Etats plus élevé était requis pour qu'elle puisse exercer sa compétence. Ce faisant, elle a renvoyé le présent différend devant les parties en litige. Les cris de souffrance des victimes (des deux camps) du conflit russo-géorgien d'août 1998 semblent avoir été entendus au Palais des droits de l'homme à Strasbourg, dans la décision rendue sur la recevabilité de l'affaire *Géorgie c. Russie*¹⁸⁴, mais être restés sans écho au Palais de la Paix, ici à La Haye.

163. Cela justifie d'autant plus, à mes yeux, de considérer la présente affaire comme une véritable tragédie, surtout du point de vue des familles et des personnes qui en ont été les victimes. La tragédie va de pair avec

¹⁸⁴ Voir Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), affaire *Géorgie c. Russie* (requête n° 13255/07, décision du 30 juin 2009, par. 1-51) : la Cour, à la majorité, a déclaré la requête recevable (sans préjuger le fond de l'affaire) et a joint au fond les exceptions préliminaires (tout à fait distinctes) soulevées devant elle.

l'existence humaine; nul ne peut être certain d'y échapper avant d'avoir franchi le seuil de sa propre existence sans avoir connu ni la souffrance ni l'injustice, pour reprendre la mise en garde formulée par Sophocle (497-405 av. J.-C.) dans l'une de ses pièces. Il n'est guère surprenant que les chefs-d'œuvre de cet auteur, comme ceux d'Eschyle (525-456 av. J.-C.) peu avant lui et ceux de son contemporain Euripide (484-406 av. J.-C.), n'aient pas cessé d'être représentés à travers les siècles, encore et encore, depuis le V^e siècle avant J.-C. jusqu'à notre époque, dans différentes parties du monde, et dans différentes langues. Leur message est empreint de modernité — ce qu'ont parfaitement compris les générations successives du monde entier au fil des siècles — en tant qu'il touche au malheur et aux souffrances propres à la condition humaine.

164. Sur ce fond de violence dépeint dans les représentations des tragédies grecques intemporelles du V^e siècle avant J.-C. ressortait une mise en garde fort à propos quant au destin (comme dans l'*Œdipe roi* de Sophocle, ou dans son *Ajax*) et au caractère aléatoire de l'existence humaine, jusqu'à son terme. Les tenants du rationalisme et d'un prétendu «réalisme» ont tenté de mettre un terme à la tragédie, et ont totalement échoué puisque, depuis des temps immémoriaux, l'existence humaine rime avec irrationalité et brutalité. Il n'est pas étonnant que les tragédies de la Grèce antique aient aussi fait apparaître une soif et une quête de justice (par exemple dans l'*Hécube* d'Euripide, ou dans la trilogie eschyléenne de *L'Orestie*, en particulier dans *Les Euménides*) qui demeurent intactes aujourd'hui. Depuis cette époque, les impératifs de la conscience humaine ont été pris en considération, même lorsqu'ils entraient en conflit avec les règles du droit de la *polis* (je songe par exemple à l'*Antigone* de Sophocle); ce conflit a donné lieu, pour reprendre les termes qui se sont progressivement cristallisés au long des siècles suivants, à l'opposition du droit naturel — émanation de la *recta ratio* — et du droit positif (*jus positum*), dans le cadre de cette quête de justice.

165. Le besoin de justice invoqué découle, entre autres, des rituels effectués en hommage aux défunts et aux victimes. La tragédie renvoie en outre au processus d'apprentissage par la souffrance (comme, là encore, dans la trilogie eschyléenne de *L'Orestie*, en particulier dans *Agamemnon*). La tragédie a survécu au rationalisme, au prétendu «réalisme», et elle reste manifestement d'actualité, en tant qu'elle condamne les traitements cruels, inhumains et dégradants (inutiles et abominables en toutes circonstances) — qui n'ont malheureusement toujours pas disparu à notre époque. Les victimes de la «guerre tragique» de 2008 entre la Géorgie et la Fédération de Russie, celles qui ont perdu la vie et leurs proches qui ont survécu, et celles qui ont été déplacées par la force de leurs foyers et ne sont pas en mesure d'y retourner librement depuis, n'ont pas encore obtenu justice... En tant que membre de la Cour internationale de Justice (saisie de l'affaire qui les touche), je ne puis que le regretter vivement. *Summum jus, summa injuria.*

166. A cet égard, qu'il me soit permis de rappeler enfin, toujours dans une perspective temporelle, que, dans la période tragique de l'entre-deux-

guerres qui a marqué la première moitié du XX^e siècle, l'un des pionniers de la protection internationale des droits de l'homme (presque oublié à notre époque mouvementée), le juriste russe André Nicolaïevitch Mandelstam, s'affligeait de ce que l'ordre juridique international de son temps accordait « une complète impunité à l'Etat violant les droits les plus sacrés de l'individu », et aspirait à un nouvel ordre juridique qui « obligerait l'Etat à reconnaître » à chaque être humain un certain « minimum de droits ». Dans son ouvrage de 1931, qui sonne quelque peu comme une mise en garde prémonitrice, il ajoutait :

« L'horrible expérience de notre temps a démontré que les abus éventuels, qui pourraient naître de cette imprécision et de l'absence de sanctions, sont beaucoup moins à redouter que ceux qui résultent de la reconnaissance à l'Etat d'un pouvoir illimité sur la vie et la liberté de ses sujets. »¹⁸⁵

XI. LES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN TANT QU'INSTRUMENTS VIVANTS

167. Dans le présent arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour retient la deuxième exception sur la foi de son propre raisonnement, strictement fondé sur une analyse textuelle ou grammaticale de la clause compromissaire (art. 22) de la CIEDR (par. 135). Elle ne dit rien sur le contexte, pas plus qu'elle ne tente, au minimum, de relier ladite clause compromissaire à l'objet et au but de la CIEDR, eu égard à la teneur et à la nature de la Convention *dans son ensemble*. La Cour passe totalement sous silence l'importance historique de cette convention en tant que traité pionnier dans le domaine des droits de l'homme, ainsi que l'actualité de cet instrument pour répondre aux nouveaux défis — et préoccupations légitimes — de l'humanité, aux fins d'interpréter la clause compromissaire contenue dans cet instrument.

168. De plus, le raisonnement de la Cour me paraît statique, tentant de transposer à notre époque les intentions qui — *dans l'esprit* de la majorité — animaient les rédacteurs de la Convention (ou certains d'entre eux) il y a près d'un demi-siècle, sur la base d'un argument d'ordre textuel ou grammatical. La Cour note que, « à l'époque » où la CIEDR « a été rédigée, l'idée de consentir au règlement obligatoire des différends par [elle] n'était pas facilement acceptable pour nombre d'Etats » (par. 147). La Cour tâche ensuite d'en tirer les conséquences, au point d'avancer aujourd'hui, en 2011, un raisonnement qui a pour effet de geler ou de paralyser le droit international dans le domaine qui nous occupe ici, à savoir celui de la protection de la personne humaine, d'empêcher son développement progressif et — chose incompréhensible — de limiter sa propre compétence !

¹⁸⁵ A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Editions internationales, 1931, p. 138.

169. La Cour ne fait référence nulle part dans son arrêt à la manière dont la CIEDR a été réellement appliquée dans la pratique, tout au long des dernières décennies, afin de servir son objet et son but au bénéfice de millions d'êtres humains. Elle ne reconnaît nulle part que la CIEDR — comme les autres instruments de défense des droits de l'homme — est un traité *vivant*, qui a acquis une existence propre, indépendamment des « intentions » supposées de ses auteurs il y a près d'un demi-siècle. Même si l'on adopte la perspective statique dans laquelle se place la Cour, il reste que le règlement obligatoire des différends par celle-ci comptait déjà des adeptes au moment de l'élaboration de la CIEDR — ainsi qu'exposé plus haut — et qu'il rallie encore davantage de suffrages aujourd'hui, en 2011, pour ce qui est des obligations prévues dans cette convention et dans d'autres traités relatifs aux droits de l'homme.

170. Je rappellerai ici que, une quinzaine d'années avant l'adoption de la CIEDR, dans son opinion dissidente en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)* portée devant la Cour, le juge Alejandro Alvarez avait critiqué les méthodes traditionnelles d'interprétation consistant à s'en tenir strictement à la lettre des traités (auxquels était prêté un « caractère de pérennité et de fixité ») et à faire trop grand cas de l'aspect « grammatical » sans envisager « l'ensemble » de la convention (*exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 125). De son point de vue :

« on ne doit pas s'attacher strictement à la teneur littérale des textes légaux ou conventionnels ... Ce qui s'impose ... est de prendre en considération surtout l'*esprit* de ces textes, la volonté des parties s'il s'agit d'une convention, en les dégageant de l'ensemble de l'institution ou de la convention, voire même des nouvelles exigences de la vie internationale ... [U]ne convention, une fois établie, acquiert une vie propre et évolue conformément, non pas aux idées ou à la volonté de ceux qui ont rédigé ses dispositions, mais aux conditions changeantes de la vie des peuples. » (*Ibid.*, p. 126.)

171. Le juge Alvarez rappelait en outre ce qui suit :

« il faut recourir à l'*esprit* de la Charte des Nations Unies dont le Statut de la Cour fait partie intégrante..., ainsi qu'aux principes généraux du droit des gens... »

[L]a Cour actuelle est, d'après son Statut, une Cour de *Justice* et, de ce fait, ainsi que du dynamisme de la vie internationale, elle a aujourd'hui une double mission : *dire* le droit et *développer* le droit. » (*Ibid.*, p. 131-132.)

172. Ces considérations s'appliquent avec encore plus de force dans le cas des traités relatifs aux droits de l'homme, qui sont des instruments vivants, et qui accompagnent l'évolution des temps et du milieu social au sein duquel sont exercés les droits protégés, afin de répondre aux nouveaux besoins de protection de la personne humaine. Leur interprétation dynamique ou évolutive se retrouve dans la jurisprudence internationale. Un *locus classicus* à

ce sujet figure dans l'avis consultatif rendu par la Cour en l'affaire *Namibie* (1971), dans lequel celle-ci a indiqué que le système des mandats (territoires sous mandat), et en particulier les notions consacrées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations « n'étaient pas statiques mais par définition évolutifs ». Et la Cour d'ajouter une précision importante :

« son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu ... Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer. » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31-32, par. 53.*)

173. Dans le même ordre d'idées, sur le chapitre de la protection internationale des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a fait valoir dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 avril 1978) que la convention européenne des droits de l'homme était « un instrument vivant » à interpréter à la lumière des conditions d'existence actuelles (par. 31). Elle est restée fidèle à ce point de vue dans d'autres arrêts rendus dans des affaires de premier plan, telles que l'affaire *Airey c. Irlande* (du 9 octobre 1979), *Marckx c. Belgique* (du 13 juin 1979) ou *Dudgeon c. Royaume-Uni* (du 22 octobre 1981).

174. La Cour européenne des droits de l'homme s'en tient toujours à cette position à l'heure actuelle. Cette interprétation évolutive témoigne de l'incidence de la *dimension temporelle* en matière d'interprétation juridique. Dans son arrêt du 28 juillet 1999 en l'affaire *Selmouni c. France* — pour citer un autre exemple —, après avoir répété que la Convention était « un instrument vivant », qui devait être interprété « à la lumière des conditions de vie actuelles », la Cour européenne a ajouté que :

« le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (par. 101).

175. Plus récemment, dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé sa position, *ipsis literis*, dans son arrêt du 7 janvier 2010 en l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie* (par. 277). Des années auparavant déjà, elle avait dûment précisé que son interprétation évolutive n'était pas limitée aux normes de fond de la Convention, mais s'appliquait également à des clauses d'exécution comme les clauses facultatives (telles qu'elles existaient avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11 de la Convention, le 1^{er} novembre 1998).

176. Ainsi, dans la célèbre affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préli-

minaires, 1995), la Cour européenne des droits de l'homme a une nouvelle fois indiqué que la convention européenne, en tant « qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (par. 75), était « un instrument vivant » à interpréter à travers le prisme des conditions de vie du moment. Elle a ajouté que même les clauses facultatives (de l'époque) — sur l'acceptation du droit de recours individuel (art. 25) et la juridiction obligatoire de la Cour (art. 46) — ne pouvaient être interprétées uniquement à travers le prisme des intentions qui avaient pu animer leurs rédacteurs plus de quarante ans auparavant¹⁸⁶.

177. La même conception a également été avancée, de l'autre côté de l'Atlantique, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui, elle aussi, a adhéré à cette interprétation évolutive pour ce qui est de la convention américaine relative aux droits de l'homme, notamment dans son arrêt (du 18 août 2000) en l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (par. 99). Qui plus est, dans son avis consultatif n° 16 précurseur (du 1^{er} octobre 1999) sur *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, la Cour interaméricaine, après avoir renvoyé (par. 113) à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Namibie* de 1971, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, a déclaré que :

« les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments dynamiques dont l'interprétation doit suivre l'évolution des temps et les conditions de vie du moment.

Le *corpus juris* du droit international consacré aux droits de l'homme comprend un ensemble d'instruments internationaux au contenu et aux effets juridiques variés (traités, conventions, résolutions et déclarations). Son évolution dynamique a eu une influence positive sur le droit international, en ce sens qu'elle a confirmé et développé la capacité de ce dernier de régler les relations entre les Etats et les êtres humains dans leurs sphères de compétence respectives. Dès lors, la Cour doit suivre une démarche appropriée pour répondre à la question en cours d'examen dans le cadre de l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en droit international moderne. » (*The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, par. 114-115.)

178. Plusieurs années auparavant, dans son avis consultatif n° 10 (du 14 juillet 1989), la Cour interaméricaine des droits de l'homme avait indiqué qu'elle interpréterait la déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948 non pas à la lumière de la façon dont elle était perçue en 1948, à l'époque de son adoption, mais « par rapport au moment pré-

¹⁸⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, même si les rédacteurs avaient été favorables à des restrictions (autres que *ratione temporis*) dans le cadre de ces clauses facultatives — ce qui n'était pas démontré en l'espèce —, cet élément n'aurait pas revêtu une importance décisive (par. 71); au contraire, la pratique suivie par les Etats parties au fil des ans milite en faveur d'une acceptation inconditionnelle desdites clauses facultatives de la Convention.

sent, face au système interaméricain actuel» de protection, compte tenu de l'«évolution intervenue depuis son adoption» (par. 37). Partant, les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ont interprété les traités en question non pas de manière statique, en ne retenant que le consentement exprimé par l'Etat à l'époque de leur adoption, mais dans une perspective évolutive, en tenant compte des progrès accomplis au fil des ans dans le *corpus* de la société humaine sur le chapitre de la protection des droits de l'homme.

179. La présente affaire concerne l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. La CIEDR est, elle aussi, un instrument évolutif. Il s'agit d'un traité réellement novateur dans le domaine des droits de l'homme, puisqu'elle a été conclue avant les deux pactes des Nations Unies de 1966 sur les droits de l'homme. Des études historiques font état de l'«enthousiasme» et des attentes considérables sur le fond desquels la naissance de la CIEDR «fut accueillie»¹⁸⁷. Ses rédacteurs avaient à l'esprit, notamment, les dispositions inédites de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, tant et si bien qu'ils les reprirent au sein même du régime juridique constitué par la CIEDR, concevant ainsi un traité «maximaliste» en matière de droits de l'homme¹⁸⁸. La CIEDR, instrument universel s'il en est¹⁸⁹, occupa vite une place de premier plan dans le *droit des Nations Unies* lui-même.

180. Depuis son adoption, la CIEDR offre un rempart contre une grave violation d'une norme de *jus cogens* (l'interdiction absolue de la discrimination raciale) — norme dont découlent des obligations *erga omnes* —, et elle a influé sur les instruments universels adoptés par la suite au niveau international (Nations Unies)¹⁹⁰. Au fil des ans, l'organe international chargé de surveiller sa mise en œuvre, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, a enrichi le *corpus juris gentium* moderne sur l'égalité et la non-discrimination¹⁹¹. Le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination fut consacré, dans l'un des rares moments ou éclairs de lucidité du XX^e siècle, par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et fut repris aux quatre coins du monde :

«Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.» (Art. premier.)

¹⁸⁷ Egon Schwelb, «The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), p. 997.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 1024 et 1057, et voir p. 998, 1003, 1025-1026 et 1028.

¹⁸⁹ N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. IX et 11.

¹⁹⁰ Voir N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2^e éd., La Haye, Nijhoff, 2003, p. 59, 71 et 177.

¹⁹¹ Voir notamment W. Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 1-293; et, au niveau normatif, voir par exemple J. Symonides (dir. publ.), *The Struggle against Discrimination*, Paris, Unesco, 1996, p. 3-313.

Ce principe est à la base — que dis-je, il constitue l'un des piliers — non seulement de la CIEDR, mais aussi du droit international relatif aux droits de l'homme dans son ensemble¹⁹² ; il relève, à mes yeux, du domaine du *jus cogens* international¹⁹³.

181. Du fait de son propre arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, dans lequel elle a retenu la deuxième exception préliminaire, la Cour s'est privée de la possibilité de déterminer si le présent différend — qui a fait tant de victimes — relevait ou non de la CIEDR. Je suis fermement opposé à l'ensemble de son raisonnement, ainsi qu'à ses conclusions au sujet de la deuxième exception préliminaire et de sa compétence, pour les arguments et motifs exposés dans la présente opinion dissidente. L'issue fâcheuse de la présente affaire révèle que, en dépit de tous les progrès accomplis pour la dignité humaine en vertu de la CIEDR, beaucoup reste encore à faire : la lutte pour imposer le respect des droits de l'homme est sans fin, comme dans le mythe de Sisyphe.

182. La CIEDR, instrument évolutif adopté il y a quarante-cinq ans, se révèle ainsi être d'une modernité à toute épreuve. Depuis son adoption le 21 décembre 1965, et son ouverture à signature le 7 mars 1966, deux conférences mondiales contre le racisme et la discrimination raciale ont eu lieu à Genève, en 1978 et 1983. Dix ans plus tard, les documents finaux de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (1993) — baptisés la déclaration et le programme d'action de Vienne — indiquaient que :

« Eliminer rapidement et intégralement toutes les formes de racisme et de discrimination raciale, ainsi que de xénophobie, et l'intolérance dont elles s'accompagnent, est pour la communauté internationale une tâche prioritaire ... [La conférence mondiale] souligne la nécessité d'accorder une attention particulière, en faisant notamment appel au concours d'organisations intergouvernementales et humanitaires, aux problèmes des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et d'y apporter des solutions durables, notamment en favorisant le retour volontaire dans la sécurité et la réinsertion ... La conférence mondiale sur les droits de l'homme engage tous les Etats à prendre sur-le-champ, individuellement et collectivement, des mesures pour combattre le nettoyage ethnique afin d'y mettre rapidement un terme. Les victimes de cette pratique odieuse ont droit à des recours appropriés et efficaces. »¹⁹⁴

¹⁹² Voir à cet effet, notamment, T. Opsahl, *Law and Equality*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, p. 167-176.

¹⁹³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif n° 18 (du 17 septembre 2003), *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (Sort juridique et droits des migrants sans papiers), par. 97-101 ; voir également opinion individuelle de M. le juge A. A. Cançado Trindade, par. 65-89.

¹⁹⁴ Par. I.15, I.23 et II.24, respectivement ; voir également par. I.28 (la partie I correspond à la déclaration de Vienne, la partie II au programme d'action).

183. La CIEDR semble même gagner du terrain puisqu'elle s'applique à différentes sortes de relations, c'est-à-dire non pas uniquement à celles des personnes avec l'État en tant que puissance publique, mais aussi aux relations entre individus ou entre groupes. Un autre fait important est qu'elle porte sur des situations touchant des individus ou des groupes vivant — ou survivant — dans un état de vulnérabilité ou de détresse considérable. En tout état de cause, les relations qu'elle vise à régler dépassent largement la dimension strictement interétatique — ce que la Cour semble avoir beaucoup de peine à saisir. La Cour doit suivre l'évolution du droit international dans ce domaine de la protection lorsqu'elle est priée, comme ici, de trancher une affaire sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme.

184. Huit ans après l'adoption de la Convention et du programme d'action de Vienne de 1993 par la deuxième conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme (si présente dans ma mémoire), la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban, 2001) exhorta à son tour les États, dans la déclaration adoptée à l'issue de la rencontre, à adhérer à la CIEDR sans attendre « en vue de sa ratification universelle d'ici à 2005 » (par. 75)¹⁹⁵. Cet appel eut rapidement des répercussions au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies elle-même¹⁹⁶, et sur les travaux du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale¹⁹⁷.

185. Dans la déclaration et le programme d'action de Durban, l'accent était mis sur la nécessité urgente de « s'attaquer aux causes profondes des déplacements de population » et de trouver des solutions durables à ce problème (par. 54), et un appel était lancé pour que les « victimes de discrimination » et les « groupes les plus vulnérables » puissent avoir accès à la justice — égalité oblige (par. 42 et 164, al. f)). Étaient également évoquées à plusieurs reprises les « tragédies du passé » qui avaient frappé l'être humain (par. 98-101 et 106), et certaines « tragédies effroyables dans l'histoire de l'humanité » (par. 13), dont les enseignements devaient être tirés afin « d'éviter à l'avenir de nouvelles tragédies » (par. 57). La conférence mondiale des Nations Unies de 2001 semble avoir mené ses travaux sous le spectre et dans la crainte de l'éternelle tragédie humaine, qui est intimement liée à la condition même de l'homme.

¹⁹⁵ Rappelons que la Fédération de Russie (alors l'URSS) est devenue partie à la CIEDR le 4 février 1969, tandis que la Géorgie l'a fait trente ans plus tard, le 2 juin 1999.

¹⁹⁶ Voir, par exemple, les résolutions de l'Assemblée générale 61/149 (du 19 décembre 2006) et 62/220 (du 22 décembre 2007), sur la mise en œuvre globale et sur le suivi de la déclaration et du programme d'action de Durban, dans le cadre de l'action menée pour l'élimination de toutes les formes (même nouvelles) de discrimination raciale et de l'intolérance qui lui est associée, y compris la ségrégation *de facto*.

¹⁹⁷ Dans sa « recommandation générale » n° XXVIII du 19 mars 2002, par exemple, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a souligné que la déclaration et le programme d'action de Durban confirmaient les « valeurs ... fondamentales » sous-tendant la CIEDR, et étaient directement liés à la mise en œuvre de celle-ci.

XII. OBSERVATIONS FINALES, EN GUISE DE RÉCAPITULATIF

186. De toutes les considérations qui précèdent, il ressort de manière évidente que ma propre position, à l'égard de l'ensemble des points qui font l'objet du présent arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, est clairement à l'opposé du point de vue adopté par la majorité de la Cour. Elle n'entre pas non plus exactement dans le cadre conceptuel de l'opinion dissidente commune, mais le dépasse. Ma position dissidente est en effet fondée non seulement sur l'appréciation des éléments de preuve qui ont été présentés à la Cour — aspect certes important — mais, avant tout, sur des questions de principe auxquelles j'attache une importance plus grande encore. Je me suis donc senti tenu, pour servir la justice internationale comme il se doit, d'exposer dans la présente opinion dissidente les fondements de mon désaccord en l'instance. Il me semble indiqué, à ce stade, de récapituler tous les aspects de ma position dissidente que j'ai exposés jusqu'ici, par souci de clarté et pour bien montrer qu'ils sont liés les uns aux autres.

187. *Primus*: L'examen des clauses compromissaires, telles que celle contenue à l'article 22 de la CIEDR, ne peut être dissocié du cadre plus général de la juridiction obligatoire de la Cour de La Haye (Cour permanente et Cour actuelle). *Secundus*: S'agissant de la genèse de la question, le comité consultatif de juristes de 1920 était clairement favorable à la juridiction obligatoire, qui se heurta aux vues divergentes des organes politiques de la Société des Nations, d'où la modification de la clause de juridiction et la coexistence ultérieure de la clause facultative avec les différents types de clause compromissoire — autant de bases fondant la Cour de La Haye à exercer sa juridiction obligatoire.

188. *Tertius*: La conférence de San Francisco de 1945 maintint cette coexistence des clauses compromissaires avec le mécanisme de la clause facultative, non sans prendre acte de la préférence de la commission de juristes de 1945 pour l'établissement de la juridiction obligatoire de la Cour; la force d'inertie l'emporta alors. *Quartus*: La pratique ultérieure des Etats montre que la doctrine juridique internationale déplorait la propension des Etats à n'adhérer à la clause facultative qu'à leurs propres conditions, et que l'on misait davantage sur les clauses compromissaires pour contribuer plus efficacement à la réalisation de la justice internationale.

189. *Quintus*: La doctrine juridique internationale des années 1950 aux années 1980 révèle une volonté de dépasser les vicissitudes de la «volonté» des Etats et de faire accepter davantage la juridiction obligatoire de la Cour, par le jeu des clauses compromissaires. *Sextus*: Par la suite (à partir de la fin des années 1980) est apparue dans la doctrine juridique internationale une tendance plus pragmatique, toujours en quête de cet ancien idéal, mais consistant à rattacher les clauses compromissaires en question à la *nature* et au *fond* des traités correspondants; ce courant de pensée juridique s'est développé à la faveur de l'expérience accumulée au fil des ans dans le domaine de l'interprétation et de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, tels que la CIEDR dans la présente affaire.

190. *Septimus*: L'essor des traités relatifs aux droits de l'homme a contribué à enrichir le *jus gentium* moderne, dont il a accru la capacité de réglementer les relations non seulement entre les Etats, mais aussi à l'intérieur de l'Etat, comme les Parties en litige (la Géorgie et la Fédération de Russie) l'ont elles-mêmes reconnu en l'instance, dans leurs réponses à la question que j'avais jugé utile de poser à l'une et à l'autre au terme de l'audience publique du 17 septembre 2010. *Octavus*: En l'espèce, les Parties en litige elles-mêmes ont ainsi dûment tenu compte de la *nature* du traité relatif aux droits de l'homme qui était en cause, à savoir la CIEDR; la Cour est la seule à ne pas l'avoir fait.

191. *Nonus*: L'herméneutique des traités relatifs aux droits de l'homme, fidèle à la règle générale de la bonne foi dans l'interprétation des traités (paragraphe 1 de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités, datées de 1969 et de 1986 respectivement), tient compte des trois éléments constitutifs du texte, à savoir le sens ordinaire de ses termes, son contexte, et l'objet et le but du traité en question, *auxquels s'ajoute* la *nature* du traité dans lequel figure la clause (facultative ou compromissoire) prévoyant la compétence obligatoire. *Decimus*: La règle générale d'interprétation des traités repose sur le principe *ut res magis valeat quam pereat* (dit de l'«effet utile»), à savoir que les Etats parties à des traités relatifs aux droits de l'homme doivent veiller à ce que les dispositions de ceux-ci produisent *les effets voulus* dans leur droit interne; ce principe s'applique à l'égard non seulement des normes *de fond* de ces traités, mais aussi des normes *procédures*, telles que celle qui concerne l'acceptation de la juridiction obligatoire, en matière contentieuse, des organes judiciaires de protection existant à l'échelle internationale.

192. *Undecimus*: Dans la jurisprudence internationale consacrée aux droits de l'homme, l'accent a toujours été mis sur le fait que les prescriptions des traités conclus en la matière devaient être interprétées de manière à rendre *effective* la sauvegarde de ces droits; à cet égard, l'article 22 de la CIEDR n'impose aucune «condition préalable» à la saisine de la Cour. *Duodecimus*: Le fait de poser de telles «conditions préalables» — alors qu'elles n'existent pas — revient à faire obstacle, de manière indue et infondée, à l'accès à la justice prévu par un traité relatif aux droits de l'homme. *Tertius decimus*: Dans sa propre jurisprudence constante, la Cour (tant l'actuelle que sa devancière) a précisé que les négociations préalables n'étaient pas une condition impérative pour qu'elle exerce sa compétence.

193. *Quartus decimus*: Dans la présente affaire, la Cour s'est écartée de sa propre jurisprudence constante en instaurant une telle condition préalable, limitant ainsi indûment sa propre compétence. *Quintus decimus*: En outre, dans son ordonnance antérieure du 15 octobre 2008 sur les mesures conservatoires en l'instance, la Cour avait réaffirmé le point de vue qui avait été le sien jusque-là, à savoir que les négociations préalables ne constituaient pas une condition impérative pour qu'elle exerce sa compétence; elle ne peut donc revenir à présent de cette façon sur l'intégralité de sa propre *res interpretata* (étant donné le principe *venire contra factum dictum proprium non valet*).

194. *Sextus decimus*: La Cour ne doit pas perdre de vue la *raison d'être fondamentale* des traités relatifs aux droits de l'homme, car elle fera fausse route si elle érige le consentement de l'Etat au-dessus des valeurs cardinales exprimées par ces traités. *Septimus decimus*: Dans une affaire comme celle-ci, on ne peut rendre la justice sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme qu'en tenant dûment compte et en prenant la mesure des souffrances de la population et de ses besoins en matière de protection. *Duodevicesimus*: Le consentement de l'Etat joue son rôle quand un Etat devient partie à un traité; cependant, ce n'est pas un élément d'interprétation des traités.

195. *Undevicesimus*: Les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments *vivants* à interpréter à la lumière des conditions de vie du moment, afin de répondre aux nouveaux besoins de protection des êtres humains. *Vicesimus*: Cela vaut d'autant plus dans le cas d'un traité tel que la CIEDR, centré sur le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination, qui relève selon moi du domaine du *jus cogens* international. *Vicesimus primus*: Les conditions de vie de la population sont devenues un sujet de préoccupation légitime pour la communauté internationale tout entière, ce qui se retrouve dans le *jus gentium* moderne, lequel n'est pas indifférent aux souffrances de la population. *Vicesimus secundus*: Etant donné les préjudices réellement irréparables qui ont été infligés à des êtres humains à cause de ces violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, il est impératif, pour que justice soit faite, de reconnaître ces victimes en tant que telles, afin au moins d'*atténuer* leurs souffrances.

196. L'affaire ne s'arrête pas là. Tout cela fait remonter à la surface un ancien dilemme, qui a une incidence directe sur la justice internationale actuelle et future. Ce vieux dilemme ne peut être réexaminé ici à l'aune de dogmes d'un autre âge, qui ont été bâtis en des temps révolus, sur la base des notions de «volonté», d'«intérêts» ou encore d'intentions des Etats. En s'obstinant à rester fidèle à ces dogmes, on ne poserait aucun dilemme, puisque cela entraînerait l'immobilisme ou la paralysie du droit international. Or, rien n'est plus étranger ou contraire à la protection des droits de l'homme que les dogmes en question. Le dilemme qui se pose toujours à nous aujourd'hui ne peut être réexaminé, à mes yeux, que dans le cadre du *jus gentium* moderne.

XIII. ÉPILOGUE : UN VIEUX DILEMME REVISITÉ, DANS LE CADRE DU *JUS GENTIUM* DES TEMPS MODERNES

197. En conséquence de son présent arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour renvoie finalement le différend en cause devant les Parties en litige, pour que celles-ci le règlent par tout autre moyen (politique ou non) de leur choix. La Cour s'est ainsi privée, notamment¹⁹⁸, de la possibilité de se prononcer, lors d'une phase ultérieure au fond, sur la question

¹⁹⁸ La Cour s'est également privée, par sa décision en l'espèce, de toute possibilité d'examiner la question pertinente, également soulevée devant elle (dans le cadre d'une autre exception préliminaire), de l'application extraterritoriale des traités relatifs aux droits

de savoir si les faits mentionnés dans la requête qui lui a été présentée, et qui ont fait tant de victimes, relèvent ou non des dispositions pertinentes de la CIEDR. Le présent arrêt empêche la CIEDR de produire les effets voulus (y compris ceux de sa clause compromissoire énoncée à l'article 22), et la Cour elle-même d'exercer sa juridiction obligatoire prévue dans cet instrument.

198. La Cour ne peut demeurer l'otage du consentement des Etats. Elle ne peut continuer de rechercher instinctivement ce consentement — comme elle l'a manifestement fait, par exemple, dans son arrêt du 30 juin 1995 en l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* et dans son arrêt du 3 février 2006 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* —, au point de perdre de vue l'impérieuse nécessité de rendre la justice. Le consentement d'un Etat se manifeste au moment où celui-ci décide de devenir partie à un traité — comme l'instrument de défense des droits de l'homme en question dans la présente affaire, la CIEDR. L'interprétation et la bonne application de cet instrument ne peuvent être systématiquement assujetties à une recherche continuelle du consentement de l'Etat. Cela rendrait injustement le traité lettre morte; or, les instruments de défense des droits de l'homme, et a fortiori l'esprit qui les anime, sont censés être vivants.

199. Il est de notoriété publique que les «pères fondateurs» du droit des gens n'ont jamais vu dans le consentement individuel des nouveaux Etats la source *suprême* de leurs obligations juridiques. James L. Brierly, entre autres, cerna fort bien ce point dans son cours thématique de 1928 à l'Académie de droit international de La Haye. Critiquant vivement les dogmes positivistes, il rappela qu'Hugo Grotius, par exemple, avait reconnu que le consentement ne pourrait jamais constituer à lui seul la source *suprême* d'obligations juridiques; un contrat ou un traité (à l'échelle interne ou internationale) lie les parties en vertu de la règle juridique générale de base dite *pacta sunt servanda*¹⁹⁹.

200. Trente ans plus tard, son cours fut republié dans le cadre d'un ouvrage, inspiré des *Collected Papers*, dans lequel son point de vue apparaissait de nouveau. J. L. Brierly revenait tout d'abord sur ce qui, dans les différentes théories de certains de ses principaux prédécesseurs et contemporains, constituait la base des obligations en droit international (voir, par exemple, la *notion de solidarité* chez L. Duguit, le *sens inné du droit* chez H. Krabbe, la *norme fondamentale* (hypothétique) chez H. Kelsen et la *notion de justice objective* chez A. Verdross), avant d'exposer son propre point de vue. Pour J. L. Brierly, les divergences entre droit et éthique n'importent pas tant que leurs points de convergence: d'une manière

de l'homme, sur laquelle il existe déjà une jurisprudence internationale croissante et importante, propre à notre époque, laissant présager l'essor du nouveau *jus gentium*, centré sur la protection de la personne humaine.

¹⁹⁹ J. L. Brierly, «Le fondement du caractère obligatoire du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 23 (1928), p. 478-479.

générale, l'obligation appartient au domaine de l'éthique, elle s'inscrit dans le cadre d'un ordre juridique objectif, et c'est dans la sphère métajuridique qu'il faut en rechercher les bases. Il conclut en indiquant que, selon lui, la «résurgence» de la pensée fondée sur le droit naturel «semble porteuse de grands espoirs pour la science juridique»²⁰⁰.

201. James Brierly et ses prédécesseurs et contemporains (tels que L. Duguit, H. Krabbe, H. Kelsen, A. Verdross, pour ne nommer qu'eux) vivaient à une époque où une partie non négligeable de la doctrine juridique internationale traitait toujours de la question des *fondements* de notre discipline et de la *validité* des obligations juridiques internationales. Les spécialistes du droit international de l'époque avaient davantage de temps pour étancher leur soif de connaissance; leur énergie n'était pas encore détournée ou consumée par les distractions de l'ère de la télévision et de l'Internet. La modernité et la postmodernité, marquées par le triomphe du pragmatisme, semblent avoir occulté le besoin d'étancher cette soif et accaparer aujourd'hui beaucoup trop la majorité des gens en permanence, sans jamais lui laisser le temps d'aller au fond des choses, et certainement pas de réfléchir.

202. La décision de la Cour dans la présente affaire, qui concerne l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, découle inéluctablement d'une propension indue et fautive à faire la part belle au consentement de l'Etat, en le plaçant même au-dessus des valeurs fondamentales qui sont en jeu et qui sous-tendent la CIEDR, le but ultime étant que justice soit faite. En fait, nombreux sont ceux qui, tout au long de l'histoire de la Cour, ont réaffirmé leur foi dans la justice internationale. Pour conclure la présente opinion dissidente, je me permettrai de rappeler à cet égard certaines déclarations, faites au sein de la Cour de La Haye, à trois occasions historiques. Lors de la séance inaugurale de la Cour permanente de Justice internationale, le 15 février 1922, le juge B. C. J. Loder, alors président de la Cour, déclara que l'institution ainsi établie :

«occup[ait] dans la Société des Nations une place analogue à celle du pouvoir judiciaire dans beaucoup d'Etats...

.....
La création de la Cour permanente marque, en effet, l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale. Il est de première importance de se rendre parfaitement compte de la valeur de ce fait...

.....
L'égalité des Etats devant le droit et la justice est maintenant reconnue et franchement enregistrée dans le Pacte de la Société des Nations... Le premier acte de cette Société a été de créer une Cour de Justice, une Cour appelée à faire droit, droit entre des Etats.»²⁰¹

²⁰⁰ J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 67, et voir p. 10, 16, 18 et 64.

²⁰¹ Discours prononcé à l'occasion de la séance inaugurale de la Cour permanente de Justice internationale par le président de celle-ci, B. C. J. Loder, à La Haye, le 15 février 1922 p.

203. Une bonne vingtaine d'années plus tard, à la séance inaugurale de la Cour actuelle, le 18 avril 1946, le juge J. G. Guerrero, alors président, rappelant l'époque de la seconde guerre mondiale, déclara :

«Je n'oublierai jamais ce jour du 16 juillet 1940, quand, au début d'une matinée couverte d'un voile de tristesse et de douleur, nous quittâmes lentement la gare de cette ville martyre, les larmes aux yeux, le cœur rempli d'angoisse.

.....
Cette Cour permanente de Justice internationale qui a quitté La Haye en l'année 1940, elle est maintenant remplacée par la Cour internationale de Justice. Mais, entre l'ancienne et la nouvelle Cour, les liens sont demeurés si étroits que l'on aurait de la peine à croire qu'il y ait véritablement un remplacement.

.....
C'est pourquoi la Cour internationale de Justice, tout en étant l'un des principaux organes de l'Organisation des Nations Unies, voit son Statut établi sur la base du Statut de la Cour permanente de Justice internationale... Nous assurerons sa continuité... L'activité de la Cour ... se trouvera subordonnée à la volonté des gouvernements de déférer à la justice internationale les litiges susceptibles d'une solution judiciaire.»²⁰²

204. A l'occasion du cinquantième anniversaire de l'inauguration du système judiciaire international, plus de vingt-cinq ans après, le juge M. Zafrulla Khan, président de la Cour, fit observer lors d'une séance spéciale le 27 avril 1972 que la clause facultative portant acceptation de la juridiction obligatoire avait

«concili[é] les aspirations de ceux qui cherchaient à établir un système complet de juridiction internationale obligatoire et les scrupules et réticences de ceux qui craignaient que la soumission obligatoire à la juridiction du tribunal ne portât atteinte à la souveraineté de l'Etat ou ne nuisît à ses intérêts vitaux.

.....
[L]es conditions mêmes de la vie internationale contemporaine rendent indispensable, pour le maintien de la paix, l'existence de ce fonctionnement d'un ou plusieurs tribunaux internationaux.

.....
Tenue d'appliquer le droit, [la Cour] ne saurait le modifier mais, en l'appliquant, elle doit l'interpréter et tenir compte des modifications et adjonctions dont il fait l'objet. Il y a là un puissant facteur de progrès.

²⁰² Discours prononcé à l'occasion de la séance inaugurale de la Cour internationale de Justice par le président de celle-ci, J. G. Guerrero, à La Haye, le 18 avril 1946, *C.I.J. Annuaire 1946-1947*, p. 31-32.

Cinquante années d'expérience du système judiciaire international enseignent que, dans l'état actuel de la communauté internationale, il est essentiel de soumettre les différends internationaux à des tribunaux... La Cour internationale de Justice ne prétend à aucun monopole en matière de règlement judiciaire international. L'article 95 de la Charte des Nations Unies réserve expressément le droit des Etats Membres de confier à d'autres instances le règlement de leurs différends.

.....
 La Cour n'est le juge des Etats souverains que dans la mesure où ils y consentent, mais les Etats qui se dérobent à sa juridiction s'exposent à un jugement auquel aucun de nous n'échappe, je veux parler du jugement de l'histoire.»²⁰³

205. Il est grand temps que la Cour — compte tenu de ces proclamations de sa foi dans la réalisation de la justice internationale — exprime concrètement sa volonté de remplir sa mission, telle que je la conçois, lorsque, comme dans cette affaire consacrée à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, elle exerce sa compétence sur la base d'instruments de défense des droits de l'homme, c'est-à-dire qu'elle tienne compte de la *raison d'être*, de la nature et du fond de ces instruments, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. La Cour ne peut continuer de toujours privilégier le consentement des Etats par rapport à toute autre considération, même lorsque ce consentement a déjà été donné par les Etats au moment de la ratification des instruments en question.

206. La Cour ne peut continuer de se livrer à une interprétation littérale, ou grammaticale et statique, des termes des clauses compromissaires comprises dans ces traités, pour en tirer des «conditions préalables» à l'exercice de sa juridiction, dans un souci de suivre la pratique traditionnelle en matière d'arbitrage international. Lorsque des instruments de défense des droits de l'homme sont en jeu, il faut, à mon avis, vaincre la force d'inertie pour affirmer et développer la juridiction obligatoire de la Cour sur la base des clauses compromissaires que ces traités renferment.

207. Après tout, ce sont des êtres humains que ces instruments protègent en dernière analyse, et les clauses compromissaires doivent être rattachées à la *nature* et au *fond* des traités en question dans leur intégralité, auxquels elles sont inéluctablement liées. Du point de vue des *justiciables*, des titulaires des droits protégés, les clauses compromissaires telles que celle qui figure à l'article 22 de la CIEDR sont directement liées à leur *accès à la justice*, même si ce sont les Etats parties à ces instruments qui saisissent la Cour.

²⁰³ Discours prononcé par le président de la Cour internationale de Justice, le juge M. Zafrulla Khan, à la séance spéciale tenue le 27 avril 1972 à La Haye pour célébrer le cinquantième de l'institution du système judiciaire international, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, n° 1, janvier-mars 1972, p. 74, 75, 78, 80 et 81.

208. Les justiciables sont, en fin de compte, les êtres humains concernés. Dans cette optique humaniste, en parfaite harmonie avec l'esprit qui a présidé à la création même de la Cour de La Haye (la Cour actuelle et sa devancière), subordonner la saisine à une «condition préalable» obligatoire, à savoir des négociations préalables, revient selon moi à élever un obstacle à la justice injustifié et extrêmement regrettable. J'ai déjà souligné, au sujet des victimes de la «guerre tragique» de 2008 entre la Géorgie et la Fédération de Russie — aussi bien celles qui ont péri et leurs proches que celles qui ont été déplacées par la force de chez elles sans pouvoir y retourner librement et en toute sécurité —, que la tragédie a traversé les siècles sans rien perdre de sa modernité (par. 160-162).

209. Malgré les progrès extraordinaires de la connaissance scientifique, aucun remède n'a encore pu être trouvé pour protéger l'homme contre lui-même, contre sa capacité sans bornes d'infliger l'injustice et la souffrance à ses semblables. La Cour ne peut rester indifférente à une telle injustice et au «sort» des êtres humains, ainsi qu'à leurs souffrances. Elle ne peut continuer de fermer les yeux face à la tragédie. Cette dernière étant toujours d'actualité, puisque indissolublement liée à la condition humaine, semble-t-il, il demeure également nécessaire d'*atténuer* les souffrances humaines, en faisant en sorte que *justice soit faite*. Il s'agit là d'une exigence que la Cour ne doit jamais perdre de vue. Cet objectif — la réalisation de la justice — peut difficilement être atteint si l'on part d'une perspective volontariste strictement centrée sur les Etats en recherchant constamment leur consentement. La Cour ne peut, à mon sens, continuer de sacrifier à ce qu'elle estime être les «intentions» ou la «volonté» des Etats.

210. La position et la thèse que j'avance dans la présente opinion dissidente sont que, lorsque la Cour est priée de régler un différend entre Etats sur la base d'un traité relatif aux droits de l'homme, elle est tenue de veiller à ce que ce traité soit bien interprété et appliqué, compte tenu de sa nature spéciale et de sa substance, dans son ensemble, et de sa vocation à protéger les droits de la personne humaine à l'intérieur même de l'Etat. Cette nécessité de bien interpréter les traités relatifs aux droits de l'homme (à l'aune des canons d'interprétation énoncés aux articles 31-33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités, datées de 1969 et de 1986) vaut à mon sens *aussi bien pour leurs dispositions de fond que pour leurs dispositions procédurales*, et donc pour une disposition telle que la clause compromissoire contenue à l'article 22 de la CIEDR. Elle est dans l'intérêt suprême des êtres humains que les Etats ont voulu protéger en promouvant et en adoptant ces traités. La raison d'humanité l'emporte sur la traditionnelle raison d'Etat.

211. Dans le présent arrêt, la Cour est complètement passée à côté de l'essentiel. Au lieu de cela, elle a choisi d'exalter comme d'habitude le consentement des Etats, qualifié (au paragraphe 110) «de principe fondamental du consentement». Je n'adhère pas du tout à ce point de vue car, à mes yeux, le consentement n'est pas «fondamental», et n'est même pas un «principe». Ce qui est «fondamental», autrement dit ce qui forme le *fondement* de la Cour depuis sa création, c'est l'impératif de la *réalisation de la justice* au moyen de la juridiction obligatoire. Le consentement des

Etats n'est qu'une règle à respecter dans l'exercice de la juridiction obligatoire en vue de la réalisation de la justice. C'est un moyen et non une fin, c'est une exigence procédurale et non un élément d'interprétation des traités. Ce n'est en aucun cas l'un des *prima principia*. Voilà ce que j'ai tâché de démontrer dans la présente opinion dissidente.

212. Les principes fondamentaux sont ceux dits *pacta sunt servanda*, de l'égalité et de la non-discrimination (dans le droit matériel), de l'égalité des armes (dans le droit procédural), de l'humanité (qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés) et de la dignité de la personne humaine (qui est l'un des fondements du droit international des droits de l'homme). Les règles énoncées à l'article 2 de la Charte des Nations Unies constituent également des principes fondamentaux du droit international²⁰⁴.

213. Voilà quelques-uns des véritables *prima principia* qui confèrent à l'ordre juridique international sa dimension axiologique inévitable. Voilà quelques-uns des véritables *prima principia* qui révèlent les valeurs dont s'inspire le *corpus juris* de l'ordre juridique international et qui, en fin de compte, en sont le fondement. Les *prima principia* sous-tendent l'ordre juridique international en exprimant l'idée d'une justice *objective* (propre au droit naturel). Au contraire, le consentement des Etats ne fait pas partie des *prima principia*; c'est une concession du *jus gentium* aux Etats. C'est une règle à observer (nul ne le nierait) pour rendre possible le règlement judiciaire des différends internationaux.

214. Cette règle, ou cette exigence procédurale, sera ramenée à ses justes dimensions le jour où l'on comprendra que *la conscience l'emporte sur la volonté*. Voilà qui résume un vieux dilemme (auquel font face la Cour et les Etats qui la saisissent), revisité dans la présente opinion dissidente, dans le cadre du *jus gentium* contemporain. Pour la Cour, conçue comme une Cour internationale de *Justice*, la *réalisation de la justice* demeure un idéal qui n'a pas encore été atteint dans le règlement des affaires portées à sa connaissance en matière de droits de l'homme — ce dont le présent arrêt constitue la triste illustration. Le formalisme et les rituels des procédures interétatiques (qui, en 2011, semblent toujours fasciner les professionnels du droit) devraient assurément céder la préséance à l'impérieuse nécessité de *rendre la justice* au niveau international. Après tout, rien n'est plus invincible qu'un idéal — comme la réalisation de la justice — qui n'a pas encore été atteint : il taraude inlassablement la conscience humaine jusqu'à ce qu'il parvienne à éclore et à exister au grand jour.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

²⁰⁴ Principes réitérés dans la résolution 2625 (XXV), du 24 octobre 1970, de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans laquelle figure la déclaration des Nations Unies relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte.