

La C.I.J., l'avis consultatif et la fonction judiciaire: entre décision et consultation

Pierre-Olivier Savoie*

* B.C.L./L.L.B. Hons. (McGill), 2005. Stagiaire judiciaire à la C.I.J., 2005-2006. L'auteur tient à remercier les professeurs René Provost, qui a supervisé la rédaction de ce travail dirigé, et Armand de Mestral pour leurs précieux commentaires. L'auteur tient également à remercier ses collègues Simon Chamberland, Aileen Doetsch, Alexandra Popovici et Jean-Frédéric Ménard d'avoir accepté de lire une version préliminaire. L'idée de ce texte ayant pris naissance durant la préparation pour le Concours de droit international Charles-Rousseau 2004, l'auteur tient à remercier Prof. Jaye Ellis, Karina Kessariss, Me Sylvain Gagnon, Karine Péloffy et Rébecca St-Pierre pour leur support indéfectible et la contribution de toute l'équipe à tous ces stimulants débats sur les avis consultatifs.

Introduction

I- La fonction judiciaire de la C.I.J. relative aux demandes d'avis

- A. L'évolution de la fonction judiciaire dans le temps
- B. L'évolution des avis consultatifs dans le temps
- C. Les avantages et inconvénients de la procédure consultative
 - 1. Les avantages
 - 2. Les inconvénients
 - 3. L'assimilation des procédures consultatives et contentieuses

II- La nécessité et l'utilité de la fonction consultative de la C.I.J.

- A. Leur nécessité
 - 1. Du droit d'ester devant la Cour
 - 2. Le problème du consentement nécessaire des États
- B. Leur utilité
 - 1. Le développement du droit des Organisations et le contrôle de la légalité des actes des organisations
 - 2. Le développement du droit international
 - 3. Les limites des avis consultatifs

III- L'avis : un hybride entre décision judiciaire et consultation

Introduction

Avant même que ne soit rendu le dernier avis consultatif de la C.I.J. sur la licéité d'un mur construit par Israël autour des territoires palestiniens¹, le gouvernement d'Israël avait clairement indiqué qu'il ne s'y conformerait pas, position qu'il n'a pas changée le jour du jugement.² Est-ce là une raison de déplorer que l'avis ait été rendu? L'absence de consentement d'Israël ou d'autres raisons liées à la compétence, la recevabilité ou, généralement, à l'intégrité judiciaire de la Cour auraient-elles dû mener celle-ci à décliner de rendre l'avis? Ces questions sur l'autorité et la légitimité des avis consultatifs sont avec nous depuis maintenant deux siècles.³ En droit interne comme en droit international, l'irritant de l'avis consultatif est le fruit de la montée de l'État démocratique et de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire – qui ne devrait se prononcer que sur des différends nés et réels. En droit international, l'avis consultatif irrite aussi parce qu'il porterait atteinte à la souveraineté de l'État qui n'y a pas consenti et dont les droits pourraient être affectés par celui-ci dans le futur.⁴ L'avis sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur* semble constituer une excellente occasion pour réexaminer l'apport des avis consultatifs de la C.I.J. Cependant, il existe déjà une littérature abondante sur l'utilité des avis consultatifs à l'intérieur du système des Nations Unies et du droit international. C'est pourquoi notre approche vise à mesurer

¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, [2004] C.I.J. Rec. [*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*].

² « Sharon orders Israeli barrier construction continued », CNN, 11 juillet 2004, en ligne: <http://www.cnn.com/2004/WORLD/meast/07/11/israel.barrier/>.

³ C'est aux États-Unis, en 1793, que s'est posé pour la première fois la question de la compatibilité des avis consultatifs avec la fonction judiciaire. Voir généralement Stewart Jay, *Most humble servants : the advisory role of early judges*, New Have, Conn., Yale University Press, 1997.

⁴ Voir *Statut de la Carélie orientale*, avis consultatif, C.P.J.I. série B (no. 5) à la p. 27 [*Affaire de la Carélie*] : aucun État n'est tenu « de soumettre ses différends avec les autres États, soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement. »

l'utilité des avis consultatifs au regard d'une théorie construite en examinant plusieurs systèmes juridiques. À notre connaissance, la dernière étude comparatiste exhaustive au regard des avis consultatifs est celle de Manley O. Hudson dans son cours à l'Académie du droit international.⁵

Il y a quatre-vingts ans, l'évaluation que faisait Manley Hudson des premières années de la procédure consultative devant la C.P.J.I. était plutôt positive.⁶ Cet enthousiasme découlait entre autres du fait que la C.P.J.I. venait de rendre huit avis en deux ans et qu'elle avait par le fait même contribué à rétablir la paix et la sécurité. Un des avis avait même été accepté comme obligatoire par les deux parties au conflit, ce qui avait contribué à sa résolution.⁷ Essayant aussi de convaincre un lectorat américain plutôt froid à l'action judiciaire en l'absence de « controverse », Manley Hudson voyait les avis consultatifs comme donnant la chance aux tribunaux de prévenir et non seulement de guérir les problèmes juridiques de la société.⁸ En un sens, Manley Hudson fit figure avant son temps de défenseur des modes alternatifs de résolution des conflits.

⁵ Manley O. Hudson « Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale » (1925) 8 R.C.A.D.I. 341. [Hudson, « Les avis consultatifs »]. Voir aussi, Manley O. Hudson, « Advisory Opinions of National and International Courts » (1924) 37 Harv. L. Rev. 970. [Hudson, « Advisory Opinions »]; Kenneth James Keith, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1971 aux pp. 16-18; Dharma Pratap, *The Advisory jurisdiction of the International Court*, Oxford, Clarendon Press, 1972 aux pp. 263-267.

⁶ Hudson, « Advisory Opinions », *supra* note 5.

⁷ *Requête pour avis consultatif sur les décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc (zone française) le 8 novembre 1921*, avis consultatif, C.P.J.I. série B (no. 4) qui opposait la France et la Grande-Bretagne, à savoir si le conflit entre les deux États relevait, aux yeux du droit international, d'une question considérée comme relevant purement d'une question interne, selon les allégations françaises. Après une procédure à peu près similaire à un litige contentieux, la France a accepté le jugement qui réfutait ses thèses et a conclu un accord avec la Grande-Bretagne pour aller un arbitrage. Les deux États ont conclu un accord avant que les procédures arbitrales ne soient engagées. Voir aussi Hudson, « Advisory Opinions », *supra* note 5 aux pp. 994-995.

⁸ Hudson, *ibid.*

Un certain malaise par rapport à la pratique des avis consultatifs ne tarda cependant pas à s'établir dans la doctrine internationale.⁹ On peut même dire qu'il précéda l'adoption de la pratique, comme le démontre le débat du comité international des juristes chargé de la rédaction du Statut de la C.P.J.I.¹⁰ Les critiques viennent essentiellement en deux temps. D'abord, l'avis consultatif est généralement considéré comme une fonction suspecte pour un tribunal qui, pour préserver son intégrité, devrait seulement exercer des fonctions à « caractère judiciaire ». En l'absence d'un différend né entre deux ou plusieurs parties, on questionne le bien-fondé d'un avis qui s'apparenterait moins au jugement d'un tribunal qu'à l'opinion juridique que pourrait rendre un procureur général ou n'importe quel avocat. Cette critique est présente autant en droit international qu'en droit interne. Ensuite, la position classique du droit international selon laquelle les parties contractent leurs obligations serait incompatible avec des avis généraux qui pourraient contraindre à l'avance les acteurs qui n'auraient pas accepté d'être ainsi liés. Ces deux critiques nous semblent mal fondées. D'une part, c'est une vision trop statique de la fonction judiciaire que d'affirmer que tout ce qui va au-delà de la décision du juge dans un conflit né entre deux parties peut dangereusement porter atteinte au caractère judiciaire d'un tribunal, même international. Ces critiques font fi de la constante évolution du rôle du juge et de la fonction judiciaire en droit interne comme en droit international (I). D'autre part, une vision trop classique du droit international ne reflète en rien la réalité puisque les États membres de l'Organisation des Nations Unies se sont liés à cette fonction consultative de la C.I.J.¹¹ De plus, autant en droit interne qu'en droit international¹², la vraie source

⁹ Charles de Visscher, « Les avis consultatifs de la Cour internationale de justice » (1929) R.C.A.D.I. 1 [de Visscher, « Les avis consultatifs »]; D.W. Grieg, « The Advisory Jurisdiction of the ICJ and the Settlement of Disputes Between States » (1966) 15 I.C.L.Q. 332.

¹⁰ Voir les propos de Elihu Root et John Bassett Moore cités au début de la section II.B, *infra*.

¹¹ Charte des Nations Unies, art. 96 [Charte].

de la norme juridique, qui est par ailleurs constamment remodelée par les actions des acteurs,¹³ demeure la force persuasive et l'adhésion des acteurs à cette norme. C'est pourquoi les mauvais jugements¹⁴ sont évoqués « sans insister sur le[ur]s conclusions »¹⁵ et que les extraits convaincants d'avis « non-obligatoires »¹⁶ sont cités à répétition par la Cour dans sa propre jurisprudence¹⁷. Les avis consultatifs de la C.I.J. seraient donc légitimes lorsqu'ils permettent de poser des jalons nécessaires au fonctionnement de la société internationale (II). Ce sont les deux propositions que nous nous proposons d'examiner dans ce texte qui constitue un examen de ce qu'est un avis consultatif selon une analyse comparatiste du droit et en appliquant ensuite cette analyse à la jurisprudence consultative de la C.I.J.

¹² Sur l'idée que le droit international constitue un meilleur reflet de ce qu'est le droit que le droit interne, voir Lon L. Fuller, « A Reply to Critics » dans *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven, Conn., Yale University Press, 1969, aux pp. 232-236.

¹³ Voir R.A. Macdonald, « Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit », in Carole Younès et Étienne Le Roy (dir.), *Médiation et diversité culturelle : pour quelle société?*, Paris, Karthala, 2002, 21.

¹⁴ *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt 18 juillet 1966, [1966] Rec. C.I.J. 3. Le professeur Bowett a aussi parlé « d'aberration ».

¹⁵ *Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif 21 juin 1971, [1971] C.I.J. Rec. 16 à la p. 49 [*Conséquences juridiques pour les états*].

¹⁶ Voir Jean Salmon, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice, Travaux du Centre national de recherches de logique, Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, Bruxelles, Éd. Nemesis, 1988, 21 [Salmon, « L'autorité des prononcés »].

¹⁷ Charles de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966 à la p. 195 [de Visscher, *Aspects récents*]: « Tout comme les arrêts, les avis consultatifs contribuent à la formation d'un corps de jurisprudence homogène; la Cour y puise librement; elle fait référence à ses avis tout comme à ses arrêts, utilisant les uns comme les autres dans ses rédactions. »

I – La fonction judiciaire de la C.I.J. relative aux demandes d’avis

Créée pour la première fois par l’article 14 du Pacte de la Société des Nations¹⁸ (SdN), la fonction consultative d’une juridiction internationale fut remise en question avant même sa naissance. On a qualifié la fonction consultative de la C.P.J.I. comme étant, selon le Juge John Bassett Moore, « obviously not a judicial function »¹⁹ ou encore, selon Elihu Root, « a violation of all judicial principles »²⁰. Encore est-il que les propos de Root ne visaient que les opinions rendues sur des différends internationaux déjà nés entre deux ou plusieurs États. De plus, il acceptait l’argument selon lequel le Conseil de la SdN pourrait référer une question à la Cour si les parties au différend refusaient de le faire, à la condition que l’équivalent d’une procédure contradictoire soit adoptée.²¹

Les déclarations à l’emporte-pièce de messieurs Moore et Root semblent refléter une conception trop statique de la fonction judiciaire. La fonction judiciaire est en évolution depuis des millénaires et elle a aussi connu d’importants développements depuis l’établissement de la C.P.J.I. (A). L’idée d’avis consultatif, quoique plus récente que la fonction judiciaire, a également connu une évolution non moins significative (B). Les critiques de Moore et de Root sont basées sur la vieille conception de l’avis consultatif, celle où les juges sont consultés en privé par l’exécutif ou le souverain, une façon de faire qui heurte le caractère judiciaire tel que

¹⁸ Le Statut de la Cour était muet sur la fonction consultative de la Cour. Elle tirait cette fonction de l’article 14 du Pacte jusqu’à ce que le Statut soit révisé en 1929: « 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. »

¹⁹ John Bassett Moore, « Organisation of the Permanent Court of International Justice » (1922) 22 *Columb. L.Rev.* 507.

²⁰ Le représentant américain Elihu Root au comité juristes durant les réunions préparatoires sur la rédaction du Statut de la C.P.J.I. : *Minutes of the Advisory Committee of Jurists* (1920), aux pp. 584-585, cité dans Keith, *supra* note 5 à la p. 16.

²¹ *Ibid.*

conçu par la séparation des pouvoirs dans les démocraties. Il existe bon nombre d'avantages, mais aussi certains inconvénients, aux avis consultatifs. Ces supposés inconvénients semblent cependant surtout découler de critiques valables à l'encontre de l'ancienne conception des avis consultatifs (C). Cette première partie vise donc à établir, sur une base comparative, l'idée de l'avis consultatif comme mode alternatif de résolution des conflits ainsi que comme mode alternatif de prévention des conflits.

A. L'évolution de la fonction judiciaire dans le temps

Avant de se plonger dans les conceptions historiques, classiques et contemporaines de la fonction judiciaire, une typologie des modes d'ordonnement social peut être utile.²² On peut procéder à l'allocation des droits et des ressources selon neuf modes différents. Ceux-ci peuvent être divisés en trois catégories, chacune étant basée sur le degré d'imposition ou de consensualisme qui lui est inhérent: les modes horizontaux sont fondamentalement consensuels (coutume, contrat et médiation); les modes dits verticaux sont basés sur la décision unilatérale d'un tiers (directive managériale, consultation et décision judiciaire); et les modes diagonaux sont basés sur un mécanisme de décision institutionnel supposément neutre (le marché, le hasard et le vote).²³ Ce sont principalement, mais pas uniquement, les modes verticaux qui vont nous intéresser ici. On considère généralement la fonction judiciaire comme se limitant à la décision par une tierce partie, plus particulièrement à

²² Voir généralement Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Portland, Or., Hart, 2001; et Henry M. Hart et Albert M. Sacks, *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*, nouvelle édition préparée par William N. Eskridge, Jr. et Philip P. Frickey, Westbury, N.Y., Foundation Press, 1994.

²³ Voir Roderick A. Macdonald, « Legislation and Governance » dans Willem J. Witteveen et Wibren van der Burg, dir., *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, University of Amsterdam Press, Amsterdam, 1999, 279; Roderick A. Macdonald et Pierre-Olivier Savoie, « Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits : résultat, processus et symbolisme » dans Christoph Eberhardt, dir., *Liber Amicorum Étienne Le Roy*, Paris, Karthala [à paraître, 2005].

la décision raisonnée d'un tiers à la suite d'un débat contradictoire. L'hypothèse explorée ci-dessous est que la fonction judiciaire peut incorporer non seulement les trois modes verticaux, mais également d'autres modes, comme la médiation. Cette fonction judiciaire a des hautes tendances à la verticalité, mais il peut y avoir des ascendants horizontaux variables dépendamment du système et de son époque. C'est pourquoi l'idée selon laquelle les avis consultatifs choqueraient le caractère judiciaire de la C.I.J. semble un peu simpliste.

Commençons avec le droit antique. En droit romain, il est vrai que le iudex tranchait le litige. Il ne tranchait cependant pas celui que les parties avaient présenté, mais bien celui que le praetor avait reformulé.²⁴ Si on pense à la Common Law après la conquête normande, le juge ne tranche pas, mais pose la question au jury local.²⁵ Dans ce dernier cas, le juge n'est pas le tiers jugeant, puisqu'il ne décide pas. On sort donc des modes d'ordonnement purement verticaux : il y a là un élément de médiation lorsque le juge reformule le problème et ses solutions possibles au profit des parties. Dépendamment des circonstances, il peut s'agir d'une médiation plutôt hiérarchique ou verticale, mais le juge agit quand même en dehors du cadre de la décision du tiers.

Continuons avec l'idée classique de la fonction judiciaire. Celle-ci servirait à régler un différend né entre deux ou plusieurs parties²⁶, de façon rapide, économique et juste, autant que possible²⁷. En l'absence de « controverse actuelle », certains systèmes juridiques ne reconnaissent d'ailleurs pas de droit à l'action en justice,

²⁴ H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 118-119.

²⁵ *Ibid* aux pp. 206-210.

²⁶ J.A. Jolowicz, « On the Nature and Purpose of Civil Procedural Law » dans *On Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 aux pp. 59-80.

²⁷ Une littérature plus qu'abondante existe sur l'accès à la justice en droit interne, mais on peut aussi noter certains efforts de la C.I.J. pour accélérer sa procédure, par exemple dans la réforme de son Règlement.

comme le droit fédéral américain.²⁸ La question théorique a souvent été considérée comme allant à l'encontre de la fonction du juge international.²⁹ Au-delà de cette fonction primordiale de trancher le litige lorsque les parties ne peuvent s'entendre, le juge doit aussi protéger contre le harcèlement découlant des actions abusives ou sans fondement. Une fonction incidente du rôle du juge et du jugement est aussi de démontrer l'efficacité du droit en encadrant la création et la mise en œuvre du droit. Finalement, les actions civiles donnent l'opportunité aux juges de non-seulement remplir leur fonction d'application, mais aussi de clarification, d'interprétation, et de développement du droit, un rôle généralement attribué plus principalement aux cours d'appel.³⁰ Même si les exigences d'une bonne administration de la justice ne peuvent être directement transposées du droit interne au droit international³¹, toujours est-il que celles-ci sont assez similaires. C'est ce que démontre le prononcé de la C.I.J. sur les principes essentiels de l'accès à un tribunal dans la *Demande de réformation du jugement no. 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies*:

« le droit d'avoir accès à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi; le droit d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable; le droit d'avoir, dans ces conditions raisonnables, la faculté de présenter sa cause au tribunal et de commenter les thèses de l'adversaire; le droit à l'égalité au tribunal et de commenter les thèses de l'adversaire; le droit à l'égalité avec celui-ci dans la procédure; et le droit d'obtenir une décision motivée. »³²

²⁸ *Maryland Casualty Co. c. Pacific Coal & Oil Co.*, 312 U.S. 271 (1941).

²⁹ L'incompétence d'un tribunal arbitral pour cause que la tâche demandée était l'interprétation théorique d'un traité et non règlement d'un différend est la conclusion à laquelle en est arrivée la Commission de conciliation italo-britannique établie par le traité de paix de 1947 entre les deux États : *Cases of Dual Nationality* (1954) 14 R.S.A. 27 à la p. 34. À propos du fait que cette position est une vue anachronique de la fonction judiciaire, voir Lon L. Fuller, *The Anatomy of Law*, New York, Praeger, 1968 aux pp. 133-174.

³⁰ En droit international, un des plus grands défenseurs ce rôle de développement du droit international par le juge fut certainement Hersch Lauterpacht. Voir Gerald Fitzmaurice, « Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge. Part I » (1961) 37 B.Y.B.I.L. 1 aux pp. 14-23 et aussi l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du sud-ouest africain*, avis consultatif, [1955] Rec. C.I.J. 67 à la p. 91.

³¹ Voir par exemple *Demande de réformation du jugement no. 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies*, avis consultatif, [1973] Rec. C.I.J. 166 à la p. 179, au para. 34 [*Demande de réformation du jugement no. 158*].

³² *Ibid.* à la p. 209, para. 92; voir aussi *Demande de réformation du jugement no. 273 du Tribunal Administratif des Nations Unies* [1982] Rec. C.I.J. 325 aux pp. 338-340, paras 29-32 [*Demande de réformation du jugement no. 273*].

Dans cette vision classique, nous retrouvons l'idée de la décision judiciaire pure où la seule tâche des juges est celle de trancher le différend. Cependant, il s'imisce parfois entre les parties et le juge un acteur qui porterait atteinte à la pureté du principe du contradictoire ainsi qu'à celui de l'égalité des armes. Cet acteur, dont la position va même jusqu'à être assimilée à celle de juge³³, formule au tribunal ses propres conclusions « impartiales » de fait et/ou de droit après la clôture des audiences. Il s'agit des institutions de l'avocat-général à la Cour de justice des communautés européennes³⁴ (C.J.C.E.), du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'état français³⁵ ou des divers ministères publics européens. Même si la Cour européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H.) a commencé à mettre la hache dans ces vieilles institutions, certaines demeurent et continuent de nous rappeler la pluralité des possibilités de l'organisation et de la fonction judiciaire.³⁶

Les juges ont aussi été utilisés à toutes les sauces au travers des siècles, comme nous le verrons en retournant au droit romain et à la Common Law

³³ Par exemple, les avocats généraux de la C.E.C.J. possèdent les mêmes immunités que les juges. *Protocole sur le statut de la Cour de justice*, tel que modifié le 19 avril 2004 (JO L 132 du 29.4.2004, p.1 et 5, et JO L 194 du 2.6.2004, p. 3 -rectificatif), art. 8.

³⁴ *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 222 (ex-art. 166) : « L'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui, conformément au statut de la Cour de justice, requièrent son intervention. »

³⁵ Voir Nicolas Rainaud, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris, L.G.D.J., 1996.

³⁶ Voir Florence Benoît-Rohmer, « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable : Observations sous l'arrêt *Kress c/ France* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 7 juin 2001 (req. no. 39594/98) » (2001) 37 R.T.D. eur. 727. À partir de 1991, la C.E.D.H. a commencé à trouver incompatibles avec le droit au procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les fonctions d'avocats généraux dans certaines juridictions comme la Cour de cassation belge, la Cour suprême du Portugal, la *Hof van Cassatie* néerlandaise et la Cour de cassation française. Les deux principes en cause étaient l'égalité des armes et celui du contradictoire, puisque l'avocat général prend position, même si de manière « impartiale », et certaines pièces peuvent être soumises à la Cour sans qu'elles ne puissent être discutées par les parties. Dans son arrêt *Kress*, la C.E.D.H. trouve qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de l'égalité des armes puisqu'il existe des moyens de répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement du Conseil d'état, par exemple par une note au tribunal. Cependant, la participation du commissaire au délibéré est considérée comme incompatible avec le droit à un procès équitable. La C.E.D.H., dans cet arrêt, a donc reculé devant l'uniformisation de l'organisation judiciaire en ne détruisant pas complètement une institution qui a eu, selon Florence Benoît-Rohmer, « une influence certaine sur la formation de la jurisprudence administrative » parce que les « conclusions [des commissaires du gouvernement] sont bien souvent à l'origine de grandes innovations jurisprudentielles ».

relativement aux avis consultatifs. Ces diverses fonctions auront pu avoir plus ou moins de succès, mais elles furent. Encore aujourd'hui, les juges exercent des fonctions beaucoup plus larges que la décision judiciaire pure, que les théoriciens du droit ont d'ailleurs rejeté comme étant impossible.³⁷ Les charges judiciaires au-delà de son rôle d'arbitre de la procédure contradictoire sont surtout celles liées aux décisions managériales du juge dans son rôle de gestionnaire des cas,³⁸ rôle que joue la C.I.J. dans sa fixation des délais, des auditions ou encore relativement à la nomination de chambres³⁹. Aux États-Unis, c'est en matière de relations ethniques que la pratique gestionnaire atteint son apogée alors que les tribunaux imposent des plans d'intégration raciale dans les écoles et imposent l'obligation de faire rapport au tribunal sur la mise en œuvre de ces plans.⁴⁰ Plus généralement, ce nouveau rôle de gestionnaire découle d'une demande pour une justice plus efficiente où l'efficience essaie généralement de rimer avec rapidité. Afin de désengorger les tribunaux étatiques⁴¹, on a essayé de rediriger les parties ailleurs, parfois en affublant le système judiciaire de nouvelles fonctions telles la médiation.⁴² D'ailleurs, les commissions arbitrales du 19^e siècle visant à résoudre les conflits inter-étatiques étaient beaucoup

³⁷ La différence entre la décision judiciaire et la décision managériale en est une de degré et non de nature. Voir Macdonald et Savoie, « Phénoménologie des modes alternatifs de *résolution* des conflits », *supra* note 23.

³⁸ Robert F. Peckham, « The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition » (1981) 68 Cal. L. Rev. 770; — « A Judicial response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution » (1985) 37 Rutgers L. Rev. 253; Judith Resnik, « Managerial Judges » (1982) 96 Harv. L. Rev. 374; D. Elliot « Managerial Judging and the Evolution of Procedure » (1986) 56 U. Chicago L. Rev. 366; Australian Law Reform Commission, « Issues in Case Management », dans *Review of the Federal Justice System* (Discussion Paper 62), Sydney, Australian Law Reform Commission, 1999.

³⁹ Quoique les chambres créées par le Règlement de 1979 n'ont pas été utilisées depuis la fin des années 80.

⁴⁰ Voir Nathan Glazer « The Judiciary and Social Policy » dans L. Theberge, dir., *The Judiciary in a Democratic Society*. Lexington, MA, Lexington Books, 1979 à la p. 67; François Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, dir., *fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 1 aux pp. 47 et s.

⁴¹ Voir généralement Derek C. Bok, « A Flawed System of Law Practice and Training » (1983) 33 J. Legal Ed. 570 et Charles Jarosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale » [1997] R.I.D.C. 325.

⁴² Voir par exemple, Louise Otis, « La justice conciliationnelle: l'envers du lent droit » (2001) 3(2) *Éthique publique* 63.

plus des commissions conciliatoires qu'arbitrales au vu du fait qu'il y avait un nombre pair d'« arbitres » représentant également chaque pays. Autant en droit international qu'en droit interne, on se pose des questions sur la compatibilité de ces fonctions autres que la « pure décision » avec le caractère « judiciaire » d'un tribunal. Par exemple, la prolifération d'organes quasi-judiciaires⁴³, l'institution de procédures rapides et l'encouragement à user de la médiation pour atteindre un règlement sont vus par certains comme des formes de justice à rabais avec des garanties procédurales formelles diminuées⁴⁴ où les habitués du système continuent de sortir gagnants plus souvent qu'autrement⁴⁵. On peut opposer à cela la nécessité de procédures nouvelles et différentes qui, même si elles ne sont pas identiques aux procédures traditionnelles, sauront combler de nouveaux besoins adéquatement.⁴⁶

Il n'y a pas de parallélisme parfait entre les problèmes de la fonction judiciaire en droit interne et en droit international. D'abord parce que les juridictions internationales ne sont pas aussi chargées que les juridictions nationales et d'aucuns estiment que le prestige de la C.I.J. n'est pas suffisamment établi pour trop s'écarter de son rôle premier de trancher les litiges⁴⁷. Quoiqu'il en soit, en examinant la

⁴³ Comme le comité de révision des demandes de réformation de jugement des tribunaux administratif de l'ONU.

⁴⁴ Richard L. Abel, « The Contradictions of Informal Justice » dans Richard L. Abel, dir., *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982, 267; Owen M. Fiss, « Against Settlement » (1984) 93 Yale L.J. 1073; — « Out of Eden » (1985) 94 Yale L.J. 1669; M.J. Bailey, « Unpacking the 'Rational Alternative': A Critical review of Family Mediation Movement Claims » (1989) 8 Can. J. Family L., 61; P.E. Bryan, « Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power » (1992) 40 Buffalo L. Rev. 441; Harry T. Edwards, « Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema » (1986) 99 Harv. L. Rev. 668; Laura Nader, « Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology » (1993) 9 Ohio St. J. Disp. Res. 1.

⁴⁵ Marc Galanter, « Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change » (1974) 9 Law & Soc. Rev. 95.

⁴⁶ En ce qui concerne le rôle des tribunaux administratifs vis à vis celui des cours supérieures au Canada, voir *MacMillan Bloedel c. Simpson* [1995] 4 R.C.S. 725 (dissidence de L'Heureux-Dubé, McLachlin, Major et Iacobucci).

⁴⁷ Edvard Hambro, « The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice » (1954) 3 I.C.L.Q. 2 aux pp. 22-23; Grieg, *supra* note 9; Michla Pomerance, « The Advisory Role of the International Court of Justice and Its 'Judicial' Character: Past and Future Prisms » dans A.S. Muller, D. Raic et J.M. Thuranszky, dir., *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, 271.

question des avis consultatifs, on pourra quand même constater que ces questions trouveront ci-dessous un écho familier.

B. L'évolution des avis consultatifs dans le temps

L'argument selon lequel l'avis consultatif entre dans la fonction judiciaire d'un tribunal parce qu'il s'agit d'un acte d'interprétation du droit est techniquement correct. Il obscurcit cependant les sources et raisons d'être de l'avis en droit. L'avis a toujours eu une place plus ou moins grande dans le domaine juridique, même si certaines pratiques anciennes nous paraissent aujourd'hui assez malsaines.

Au temps d'Hadrien, le droit romain avait élevé la *responsa* des jurisconsultes au rang de source directe en lui conférant l'officialité requise.⁴⁸ On retrouve la *responsa* également dans la tradition talmudique en tant que réponse rabbinique à un problème juridique à propos duquel un différend n'est pas nécessairement né.⁴⁹ Ces opinions, d'une grande autorité, sont non seulement indirectement envisagées par la Torah⁵⁰, mais sont même parfois perçues comme une source supérieure aux codes⁵¹.

C'est surtout la pratique consultative des juges britanniques jusqu'au 18^e siècle qui choque notre conception de la fonction judiciaire.⁵² Leur position de serviteurs du monarque fait en sorte qu'on ne retrouve pas de séparation entre le pouvoir judiciaire et celui de l'exécutif ou du législatif, une division des branches du

⁴⁸ Thierry Revet, « Rapport introductif » dans Thierry Revet, dir., *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, 1 aux pp. 3-4.

⁴⁹ Glenn, *supra* note 24 aux pp. 90-91.

⁵⁰ Deut. 17:9: « Si tu as à juger un cas qui te dépasse, affaire de meurtre, contestation ou voie de fait, un litige quelconque dans ta ville, tu partiras et tu monteras au lieu choisi par Yahvé ton Dieu, tu iras trouver les prêtres lévites et le juge alors en fonction. Ils feront enquête et ils te feront connaître la sentence. » On a donc là une articulation ancienne des avis consultatifs obligatoires.

⁵¹ M. Elon, *Jewish Law: History, Sources, Principles*, vol. III, trad. B. Auerbach et M. Sykes, Philadelphie/Jérusalem, The Jewish Publication Society, 5754/1994 à la p. 1458.

⁵² Pour une excellente analyse de cette pratique et du refus américain de suivre ce précédent, voir Jay, *supra* note 3.

gouvernement qui est d'abord apparue dans la constitution américaine à la fin du 18^e siècle. En tant que serviteurs du monarque, les juges ne se limitaient pas à juger les litiges, mais agissaient aussi comme conseillers juridiques du roi. Ainsi, il était reconnu que le roi pouvait consulter ses juges sur toute question juridique, qu'il s'agisse d'un projet de loi ou même de la possible issue d'un procès à venir. Au 17^e siècle, les Stuart abusèrent grandement de ce pouvoir en Angleterre. Les juges furent utilisés pour valider des hausses d'impôt contre le gré du Parlement et aussi pour justifier la légalité du report pendant plus de dix ans de la réunion de la Chambre des communes.⁵³ Dans le cas d'un homme condamné pour la rédaction d'un sermon diffamant supposément James 1^{er}, le roi voulu rencontrer tous les juges pour obtenir à l'avance leur opinion sur la possibilité d'obtenir une condamnation. Face à l'opposition du Lord Chief Justice Coke, le roi consulta simplement les juges individuellement. Comme cette pratique de consultation était reconnue par la tradition, Coke ne pouvait qu'opposer, *a posteriori*, l'argument qu'il fut plus approprié que les juges soient consultés ensemble. Cette pratique continua jusqu'au milieu du 18^e siècle et finit par disparaître sans vraiment d'explication.⁵⁴ Durant cette période, les juges continuèrent à cumuler plusieurs fonctions dans l'administration et certains firent même partie du cabinet, le dernier étant Lord Chief Justice Mansfield à la fin du 18^e siècle. La pratique consultative pour les projets de loi de la Chambre des Lords continua jusqu'au début du 20^e siècle⁵⁵ et il fallu attendre jusqu'en 1977 pour

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Voir Hudson, « Avis consultatifs », *supra* note 5 aux pp. 393-396. Intrinsèquement, ces avis n'étaient pas de nature publique, même si parfois ils étaient rendus disponible en raison de leur intérêt public, notamment par le Foreign Office dans le cas de l'avis sur la délimitation de la frontière maritime entre l'Irlande et la Grande-Bretagne en 1925.

que le comité judiciaire de la Chambre des Lords annonce l'incompatibilité des avis consultatifs avec sa fonction judiciaire.⁵⁶

Aux États-Unis, en 1793, cinq des six juges de la Cour suprême signèrent une courte lettre expliquant au président George Washington pourquoi ils déclinaient d'être consultés de façon extrajudiciaire :

« The Lines of Separation drawn by the Constitution between the three Departments of Government – their being in certain Respects checks on each other – and our being Judges of a Court of last Resort – are Considerations which afford strong arguments against the Propriety of extrajudicially deciding the questions alluded to; especially as the Power given by the Constitution to the President of calling on the Heads of Departments for opinions, seems to have been purposely as well as expressly limited to *executive* Departments. »⁵⁷

Cet argument basé sur la séparation des pouvoirs est repris dans la jurisprudence fédérale⁵⁸ ainsi que dans la doctrine⁵⁹. Même si la constitution américaine ne prohibe pas les avis consultatifs comme tels, on a interprété l'exigence de « case and controversy » à son article III comme excluant une telle possibilité. La lettre de 1793 n'est pas seulement la source de la prohibition des demandes d'avis, mais aussi de toute une constellation d'autres doctrines qui tombent sous le chapeau de la justiciabilité : « mootness, ripeness, political questions, the doctrine of independent state grounds, the principle that constitutional questions are reached only as a last resort, and its related doctrine favoring a narrow basis for decision. »⁶⁰ Cependant, prendre au pied de la lettre l'explication de la séparation des pouvoirs pour comprendre les raisons d'une décision qui tient toujours aujourd'hui ne fait pas la lumière sur toute l'affaire. Selon Stewart Jay, ce sont plutôt les événements politiques de l'époque qui ont poussé la Cour à écrire une lettre de refus qui était en substance

⁵⁶ Jay, *supra* note 3. Voir le dernier chapitre.

⁵⁷ Letter from the Justices of the Supreme Court to President George Washington, Philadelphie, 8 août 1793, reproduite dans *ibid.*, aux pp. 179-180.

⁵⁸ *Muskat v. United States*, 219 U.S. 346 (1910); *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 à la p. 750 (1984).

⁵⁹ Felix Frankfurter, « A Note on Advisory Opinions » (1924) 37 Harv. L. Rev. 1002; Note, « Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes » (1956) 69 Harv. L. Rev. 1302; Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, 2e éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1988 aux pp. 73-77.

⁶⁰ Jay, *supra* note 3 aux pp. 113-148.

un avis consultatif.⁶¹ Ce qui nous mène à réaffirmer la thèse que les arguments alléguant l'incompatibilité de l'avis consultatif avec le caractère judiciaire se basent sur la pratique ancienne britannique et non sur une conception moderne du juge.

À cette époque, les juges de la Cour suprême rendaient souvent des avis privés à l'exécutif américain. Le juge en chef John Jay fut même secrétaire d'État pendant qu'il siégeait à la Cour suprême. D'ailleurs, lorsque John Marshall fut nommé juge en chef en 1804, il demeura secrétaire d'État pendant le premier mois de son mandat à la Cour suprême.

La demande adressée à la Cour concernait les obligations internationales des États-Unis en vertu de traités de secours mutuel avec la France. Considérant l'exécution récente de Louis XVI et l'entrée en guerre subséquente de la France avec l'Angleterre et l'Espagne, une dispute naquit entre différentes factions de l'exécutif vis à vis des obligations en droit international envers la France. L'exécutif était unanime en faveur de la neutralité, mais on craignait que la France demande aux États-Unis d'entrer en guerre. C'est la réponse à cette possibilité qui différait, en se basant sur des interprétations opposées de Vattel quant à la répudiation des obligations découlant de traités. Alexander Hamilton, qui supportait aussi l'idée que la politique extérieure devait être dictée seulement par l'exécutif, soutenait d'un côté la répudiation pour cause d'un changement de gouvernement rendant les obligations en vertu du traité « dangerous, useless or disagreeable ». Thomas Jefferson, qui croyait qu'on devait référer la question au congrès, invoqua le devoir moral du respect des obligations, ajoutant qu'il était toujours possible de répudier les obligations « ruinous or destructive to society ».⁶² Il s'agissait donc là d'une bataille à propos du fédéralisme naissant américain, où Jefferson croyait qu'il combattait les forces qui

⁶¹ Voir généralement *ibid.*

⁶² *Ibid.* aux pp. 122-123.

voulaient restorer un semblant de monarchie. Fraîchement débarqué, le nouvel ambassadeur français affirma que la France ne demanderait pas aux États-Unis d'entrer en guerre. Cependant, il avait déjà armé plus d'une douzaine de navires américains privés en leur donnant des mandats du gouvernement français pour aborder et piller les navires « ennemis » britanniques et espagnols. La tolérance de ces actes pouvait mettre les États-Unis *de facto* guerre et l'ambassadeur britannique faisait de fortes pressions contre l'administration américaine pour que cessent les prises. C'est dans ce contexte que l'avis sur les obligations des États-Unis en droit international fut demandé et refusé. La lettre conclut en s'excusant de devoir ainsi répondre, mais aussi en se consolant à propos de la capacité décisionnelle du président : « your Judgement will discern what is Right, and that your Usual Prudence, Decision and Firmness will surmount every obstacle to the Preservation of the Rights, Peace, and Dignity of the united States »⁶³. Il s'agit donc là d'un avis consultatif comme tel qui prévoit que c'est à l'exécutif de décider. De plus, l'avis consultatif n'exclut pas du tout l'idée que d'autres avis consultatifs ne soient rendus dans le futur, contrairement à l'interprétation qui en a été donnée par la suite. Par exemple, quelques années plus tard, alors qu'il était gouverneur de l'État de New York, l'ancien juge en chef John Jay, qui signa la lettre du 8 août 1793, demanda un avis consultatif à la Cour suprême de son état. Tout en mettant l'accent sur l'importance de la séparation des pouvoirs dans sa demande, il ne voyait clairement pas d'incompatibilité absolue entre les deux choses.

Aujourd'hui, la pratique consultative existe d'ailleurs encore aux États-Unis dans nombre d'états où le pouvoir est établi de façon statutaire.⁶⁴ Cela reflète autant la

⁶³ Letter from the Justices of the Supreme Court, *supra* note 57.

⁶⁴ Hudson, « Avis consultatifs », *supra* note 5; Hudson, « Advisory Opinions », *supra* note 5; Note, « Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes » (1956) 69 Harv. L. Rev. 1302 à la p. 1313; Edsall, « The Advisory Opinion in North Carolina » (1949) 27 N.C.L. Rev. 297; Field, « The Advisory

pratique américaine d'avant 1793 que celle d'après, excepté au niveau fédéral. Au-delà des États-Unis, en 1925 Hudson a examiné en détail le Royaume-Uni, le Canada (et les provinces), l'Autriche, la Colombie, Costa-Rica, la Tchécoslovaquie, la Finlande, le Honduras, l'Irak, le Nicaragua, le Panama, Salvador, la Suède, la Norvège et la Bulgarie.⁶⁵ En 1971, Keith mentionnait aussi la Libye, l'Inde, la Birmanie, l'Algérie, le Cameroun, la République centrafricaine, le Congo Brazzaville et le Dahomey.⁶⁶ On peut aussi ajouter la France où le Conseil constitutionnel rend l'équivalent d'avis consultatifs en procédant à un contrôle de constitutionnalité « obligatoire », dans le cas de lois organiques,⁶⁷ ou « facultatif », relativement aux lois ordinaires⁶⁸ et aux engagements internationaux non-ratifiés de la France⁶⁹. Dans l'Hexagone, l'avis est aussi envisagé relativement à l'extradition.⁷⁰ Pour Hudson, l'idée derrière la liste était d'établir un principe général du droit international afin de justifier la pratique, surtout face à l'opposition des juristes américains. Il semble cependant que le seul principe général que l'on puisse vraiment tirer de cette analyse est que l'octroi statutaire de la fonction consultative n'est pas considéré comme allant à l'encontre du caractère judiciaire d'un tribunal.

Outre le système de droit fédéral américain, il existe d'autres systèmes où les cours ne rendent pas d'avis consultatifs. En Australie, la High Court a jugé qu'une

Opinion – An Analysis » (1949) 24 Ind. L.J. 203; Clovis & Updegraff, « Advisory Opinions » (1928) 13 Iowa L. Rev. 188; Note, « Judicial Determinations in Nonadversary Proceedings » (1959) 72 Harv. L. Rev. 723; Hugo Dubuque, « The Duty of Judges as Constitutional Advisers » 24 Am. L. Rev. 369; F.W. Grinnell, « Duty of the Court to Give Advisory Opinions » 2 Mass. L. Q. 542.

⁶⁵ Hudson, « Avis consultatifs », *supra* note 5 aux pp. 393 et s.; M.O. Hudson, « The Second Year of the Permanent Court of International Justice » (1924) 18 A.J.I.L. 1 aux pp. 25-29.

⁶⁶ Keith, *supra* note 5 à la p. 16, n. 18.

⁶⁷ Constitution française, art. 61(1). Voir Bernard Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 aux pp. 593 et s.; Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 28^e éd., Paris, L.G.D.J. aux pp. 759 et s.

⁶⁸ Constitution française, art. 61(2)..

⁶⁹ *Ibid.*, art. 54.

⁷⁰ Revet, *supra* note 48 aux pp. 142 et 173. Selon les articles 14-16 de la loi du 10/03/1927, le ministère public peut demander à la chambre d'accusation de la cour d'appel un avis concernant l'extradition. En cas d'avis défavorable à l'extradition, le gouvernement est lié. En cas d'avis favorable, le gouvernement ne l'est pas.

telle tâche se situe à l'extérieur de la fonction judiciaire.⁷¹ La Cour constitutionnelle allemande a brièvement possédé le pouvoir statutaire de rendre des avis consultatifs après la seconde guerre mondiale. On le lui a retiré en 1955 après que, par souci de cohérence, elle ait commencé à appliquer les prononcés de ses avis comme précédents dans les litiges réels subséquents, ce que certains ont estimé comme portant atteinte au droit des parties qu'on ne préjuge pas de leur différend.⁷² Au Royaume-Uni, Lord Diplock a écrit en 1977 à propos de la Chambre des Lords que « the jurisdiction of the court is not to declare the law generally or to give advisory opinions; it is confined to declaring contested legal rights, subsisting or future, of the parties represented in the litigation before it and not those of anyone else. »⁷³ C'est là un changement dans la pratique britannique où les avis étaient initialement ancrés dans la tradition puis dans la législation⁷⁴.

En droit international, outre l'article 96 de la Charte des Nations Unies, qui confère à la C.I.J. une fonction consultative, la pratique est très répandue. Parmi les autres juridictions qui possèdent la compétence consultative, on peut noter la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁷⁵, le Tribunal du Droit de la Mer⁷⁶, la C.E.D.H.⁷⁷, la C.E.C.J.⁷⁸ et la future Cour de Justice de l'Union Africaine⁷⁹.

⁷¹ *Re Judiciary and Navigation Act* (1921) 29 C.L.R. 257.

⁷² H.G. Schermers et Denis Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, 4e éd., Deventer, Kluwer, 1976 au para. 661; Robert Kovar, « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la communauté économique européenne » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter : Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 357.

⁷³ *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, 3 W.L.R. [1977] 300, 332 (H.L. 1977) (C.A.).

⁷⁴ *Loi pour l'amélioration de l'administration de la Justice dans le Privy Council de Sa Majesté*, William IV, c. 41, art. IV (1833).

⁷⁵ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, entrée en vigueur 18 juillet 1978, R.T. O.E.A., No. 36, 1, art. 64 : « 1. Les États membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains. De même les organes énumérés au Chapitre X de la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, pourront consulter la Cour au sujet de questions relevant de leur compétence particulière. 2. Sur la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités. » Voir Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human*

Avant d'examiner plus en détail les avantages et les inconvénients de la procédure consultative, il est nécessaire de s'arrêter pour essayer de la décrire dans la multiplicité de ses formes. D'abord, la fonction est aujourd'hui statutaire puisque celle émanant de la tradition en Common Law a été abolie ou été substituée par un fondement législatif. La législation spécifiera *qui* (compétence *ratione personae*) peut demander l'avis et à *quel sujet* (compétence *ratione materiae*).

Selon l'article 96 de la Charte, l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ainsi que certains organes spécialisés des Nations Unies peuvent demander des avis consultatifs.⁸⁰ Les deux principaux organes politiques

Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, en particulier la partie I, « The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court » aux pp. 27-80 [Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court*].

⁷⁶ *Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer*, 10 octobre 1982, 21 I.L.M. 1261, art. 181 : « La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins donne des avis consultatifs, à la demande de l'Assemblée ou du Conseil, sur les questions juridiques qui se posent dans le cadre de leur activité. Ces avis sont donnés dans les plus brefs délais. » Celle-ci n'a encore jamais rendu d'avis consultatif.

⁷⁷ *Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 222, art. 47 : « (1) La Cour peut, à la demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles. (2) Ces avis ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les Protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention. (3) La décision du Comité des Ministres de demander un avis à la Cour est prise par un vote à la majorité des représentants ayant le droit de siéger au Comité. » Voir Andrew Drzemczewski, « Advisory Jurisdiction of the European Human Rights Court: A Procedure Worth Retaining? » dans *The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Inter-American Institute of Human Rights, 1996, 493 à la p. 493.

⁷⁸ Voir Schermers et Waelbroeck, *supra* note 72; Kovar, *supra* note 72; Rachid Kheitmi, « La fonction consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes » (1967) 3 R.T. dr. Eur. 553.

⁷⁹ *Protocole de la Cour de Justice de l'Union Africaine*, Maputo, 10-12 juillet, 2003, (non en vigueur), en ligne : <<http://www.africa-union.org>>, art. 44(1) : « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de la Conférence, du Parlement, du Conseil exécutif, du Conseil de Paix et de Sécurité, du Conseil économique, social et culturel (ECOSOCC), des institutions financières ou de tout 15 social et culturel (ECOSOCC), des institutions financières ou de tout autre organe de l'Union autorisé par la Conférence. »

⁸⁰ Certaines propositions ont été faites à l'effet de permettre au secrétaires-général de pouvoir demander des avis. Voir Stephen Schwebel. « Authorizing the Secretary-General of the United Nations to request Advisory Opinions of the International Court of Justice » (1984) 78 A.J.I.L. 869. L'American Bar Association s'est aussi prononcé en faveur d'une fonction consultative élargie où la C.I.J. recevrait des demandes des cours suprêmes nationales concernant le droit international : American Bar Association, Summary of the House of Delegates, 1982 Midyear Meeting 12 (Chicago, 1982), tel que cité dans Louis B. Sohn, « Broadening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice » 77 (1983) A.J.I.L. 124 à la p. 126. Depuis que le niveau d'occupation de la Cour a repris de la vigueur, ces demandes se font beaucoup moins audibles : James Crawford, « The International Court of Justice, Judicial Administration and the Rule of Law » dans J.P. Gardner et

peuvent demander un avis sur « toute question juridique »⁸¹ alors que les organes spécialisés le peuvent sur « des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité »⁸². La C.P.J.I. quant à elle pouvait être saisie par le Conseil ou l'Assemblée de la SdN sur « tout différend ou tout point »⁸³.

La Cour interaméricaine est probablement la juridiction internationale avec la compétence consultative *ratione personae* la plus étendue⁸⁴. Tous les États membres de l'OEA, même ceux qui n'ont pas ratifié la Convention inter-américaine des droits de l'homme, ainsi qu'un très grand nombre de ses organes peuvent demander un avis.⁸⁵ La Cour interaméricaine n'a cependant pas la compétence pour rendre des avis consultatifs de son propre chef, même si certains estiment que ce serait une compétence idéale, à tout le moins dans le contexte de l'évaluation de la compatibilité des réserves avec la Convention inter-américaine des droits de l'homme.⁸⁶

La C.E.D.H. possède probablement la compétence consultative la plus restreinte. On peut même se demander s'il est possible de formuler une question à laquelle la C.E.D.H. acceptera de répondre. Il faut qu'il s'agisse de « questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles », mais celles-ci « ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue

Chanaka Wickeremasinghe et al., *The International Court of Justice : Process, Practice and Procedure*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1997, 112 à la p. 113.

⁸¹ Charte, art. 96(1).

⁸² *Ibid.*, art. 96(2).

⁸³ Pacte de la Société des Nations, art. 14.

⁸⁴ Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court*, *supra* note 75 à la p. 80.

⁸⁵ Selon le Chapitre VIII de la Charte de l'OEA (et non plus le chapitre X depuis le Protocole de 1985 de Cartagena de Indias) : l'Assemblée générale; la Réunion de consultation des ministres des relations extérieures; les Conseils; le Comité juridique interaméricain; la Commission interaméricaine des droits de l'homme; le Secrétariat général; les conférences spécialisées, et les organismes spécialisés.

⁸⁶ Andrés E. Montalvo, « Reservations to the American Convention on Human Rights: A New Approach » (2001) 16 Am. U. Int'l L. Rev. 269 à la p. 271; *contra Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (Art. 51 American Convention on Human Rights)* (1997), Avis consultatif OC-15/97, Inter-Am. Ct. H.R.(Sér. A) no. 15, Opinion de M. le juge Cançado Trindade au para. 37. De plus, on peut noter qu'initialement le projet de la Cour de Justice de l'Union Africaine contenait une disposition (art. 4(1)) permettant à tout organe de l'OUA de demander un avis, ce qui aurait clairement inclus la Cour. Ce projet semble avoir été abandonné. Voir Pasqualucci, *supra* note 75 à la p. 37, n. 54, mais comparer avec le présent *Protocole de la Cour de Justice de l'Union Africaine*, *supra* note 79.

des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les Protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention ». ⁸⁷ En juin 2004, la C.E.D.H. a refusé de rendre ce qui aurait été son premier avis parce que celui-ci aurait pu trancher à l'avance des questions risquant d'être soulevées dans le futur. ⁸⁸

La compétence de la C.J.C.E. pour statuer à titre préjudiciel sur des questions de droit européen à la demande de cours nationales peut certainement être assimilée à l'idée d'avis consultatif. ⁸⁹ Elle peut aussi être qualifiée de succès : « Almost all the major principles established by the ECJ were decided in the context of a reference to that Court for a preliminary ruling under article 234 ». ⁹⁰ Lorsque qu'une cour nationale est confrontée à une question de droit européen qui n'est pas claire, elle

⁸⁷ Convention européenne des droits de l'Homme, *supra* note 77, art. 47. Voir Drzemczewski *supra* note 77.

⁸⁸ Voir Communiqué de presse du Greffé, « Première décision sur la compétence de la Cour pour rendre un avis consultatif », 2 juin, 2004, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Fr/Press/2004/juin/D%C3%A9cision_surlademanded'avisconsultatif.htm>. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait demandé à la Cour de l'éclairer à savoir si la commission des droits de l'Homme de la Communauté des États Indépendants (formée d'anciennes républiques soviétiques) était « une autre instance internationale d'enquête ou de règlement » au sens de l'article 35(2)(b) de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Une réponse positive aurait rendu irrecevable devant la C.E.D.H. les requêtes essentiellement similaires ayant été précédemment examinées par la commission des droits de l'Homme de la CEI. La Cour s'est trouvée incompétente parce qu'au moins un État signataire de la Convention européenne des droits de l'Homme avait également ratifié la Convention des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales de la CEI. C'est en raison de la « faiblesse » de la protection des droits de l'homme dans la CEI que la demande avait été faite, avec l'espérance que la C.E.D.H. allait exclure la commission de la CEI de la portée de l'article 35(2)(b).

⁸⁹ *Version consolidée du traité instituant la communauté européenne*, Journal officiel n°C 325 du 24 décembre 2002, en ligne : <<http://europa.eu.int>>, art. 234(1) (ex-art. 177): « La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation du présent traité; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE; c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient. » Voir aussi Paul Craig et Grainne de Búrca, *EU Law : Text, Cases, and Materials*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998 aux pp. 406 et s.; Josephine Steiner, Lorna Woods et Christian Twigg-Flesner, *Textbook on EC Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003 aux pp. 544 et s.

⁹⁰ Steiner et al., *ibid.* à la p. 544. Voir aussi G.F. Mancini et D.T. Keeling, « From *CILFIT* to *ERT* : the Constitutional Challenge Facing the European Court » (1991) 11 *Y.B.E.L.* 1 aux pp. 2-3: « In the doctrines of direct effect and supremacy are ... the 'twin pillars of the Community's legal system', the reference procedure laid down in Article 177 [now Article 234] must surely be the keystone in the edifice; without it the roof would collapse and the two pillars would be left as a desolate ruin, evocative of the temple at Cape Sounion – beautiful but not of much practical utility. »

*peut*⁹¹ ou *doit*⁹², dépendamment de la question soulevée, saisir la Cour de justice avant de pouvoir rendre jugement. Il faut aussi mentionner que le traité entre l'Union européenne et les membres de l'Association européenne de libre échange (Norvège, Liechtenstein et Islande), qui soumet ces derniers à certaines règles du marché européen, octroie au tribunal national le *pouvoir*, mais non le *devoir*, de soumettre des questions de droit européen à l'intention de la Cour de l'AELE.⁹³ L'idée, qui en est une visant l'uniformisation, est similaire à la proposition de l'American Bar Association de permettre aux cours suprêmes nationales de demander un avis consultatif à la C.I.J. sur des questions de droit international.⁹⁴ Dans les deux cas, le succès de la procédure – à tout le moins lorsqu'elle n'est pas obligatoire – dépend de la confiance des juridictions nationales envers l'organe international. Au surplus, ce type de procédure permet non seulement le développement du droit, mais aussi un certain accès indirect des personnes physiques ou morales à des institutions dont la saisine leur est généralement difficile ou impossible.⁹⁵

Selon l'article 53(1) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*⁹⁶, c'est le gouverneur en conseil qui peut saisir la Cour à propos de « toute question importante

⁹¹ *Traité instituant la communauté européenne*, supra note 89 art. 234(2): « Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. »

⁹² *Ibid.*, art. 234(3) : « Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice. »

⁹³ *Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (ESA/Court Agreement) (main part)*, 2 mai 1992, en ligne : <

<http://www.eftacourt.lu/esacourtagreement.asp>>, art. 34: « The EFTA Court shall have jurisdiction to give advisory opinions on the interpretation of the EEA Agreement. Where such a question is raised before any court or tribunal in an EFTA State, that court or tribunal may, if it considers it necessary to enable it to give judgment, request the EFTA Court to give such an opinion. An EFTA State may in its internal legislation limit the right to request such an advisory opinion to courts and tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law. »

⁹⁴ Voir supra note 80.

⁹⁵ Le renvoi préjudiciel à la C.J.C.E. a permis à des personnes de contester indirectement des normes européennes par la voie de l'art. 234 alors que la voie de saisine normale à l'art. 230 est très difficile. Voir Craig et de Búrca, supra note 89 à la p. 407.

⁹⁶ *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-26.

de droit ou de fait touchant (a) l'interprétation des lois constitutionnelles, (b) la constitutionnalité ou l'interprétation d'un texte législatif fédéral ou provincial, ..., [et] (d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur » ou « toute autre question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1) »⁹⁷. Chacune des provinces canadiennes permet à son lieutenant-gouverneur en conseil de saisir sa Cour d'appel provinciale à propos de questions similaires.⁹⁸ C'est donc l'organe politique désigné (exécutif du gouvernement ou le conseil d'une organisation internationale) qui peut saisir une cour de justice à propos de questions permises par la loi habilitante. En droit interne, il doit généralement s'agir de questions « importantes »⁹⁹.

Quant au Conseil constitutionnel français, dans le cadre de son examen « facultatif » des lois ordinaires ou des obligations internationales de la France,¹⁰⁰ il peut être saisi à la demande du président de la République, du Premier ministre, des présidents des assemblées ou encore d'un certain nombre de parlementaires (60 députés *ou* 60 sénateurs).¹⁰¹ La dernière possibilité donne la chance à l'opposition de saisir le Conseil, établissant ainsi un élargissement significatif de la procédure.

La rédaction de la loi peut également octroyer une discrétion à l'organe juridictionnel de donner ou non l'avis. C'est le cas de l'article 65 du Statut de la Cour qui établit que

⁹⁷ *Ibid.* art. 53(2).

⁹⁸ Par exemple, pour le Québec, voir *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., c. R-23, art. 1 : « Le Gouvernement peut soumettre à la Cour d'appel, pour audition et examen, toute question quelconque qu'il juge à propos, et, sur ce, la Cour les entend et les examine. »

⁹⁹ En plus de la *Loi sur la Cour suprême*, voir aussi celle octroyée la compétence consultative à la Cour suprême du Massachusetts ainsi que les autres états américains mentionnés dans Hudson, « Advisory Opinions », *supra* note 5.

¹⁰⁰ Voir *supra* notes 67-70.

¹⁰¹ Constitution française, art. 61(2); Voir Association française des constitutionnalistes, *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence – Paris, Economica – Presses de l'université Aix-Marseille, 1995.

la C.I.J. « peut » donner des avis consultatifs.¹⁰² C'est là un contraste avec l'obligation de juger connue dans certains systèmes¹⁰³. Que la loi octroie ou non la discrétion explicite, le tribunal prendra généralement le soin d'examiner les objections à ce que celui-ci rende l'avis en raison d'une possible atteinte à son caractère judiciaire.¹⁰⁴

C. Les avantages et inconvénients de la procédure consultative

Les avantages (1) et inconvénients (2) inhérents à l'avis consultatif se présentent comme une évaluation nécessaire afin d'ensuite pouvoir les appliquer à la jurisprudence et à la pratique de la C.I.J. en la matière. La comparaison avec le droit interne peut être un point de départ utile même si les avantages et inconvénients varient entre le droit interne et le droit international parce que les sujets de droit diffèrent ainsi que parce que la structure organisationnelle est différente de la structure gouvernementale traditionnelle¹⁰⁵. Les critiques par rapport à la juridiction consultative dans les deux univers juridiques tendent d'ailleurs à se dissiper en raison

¹⁰² Dans sa jurisprudence, la Cour a toujours affirmé, quoique avec un peu plus de vigueur depuis 1962, que ce libellé lui octroyait la discrétion de répondre ou non. Voir aussi Philippe Sands et Pierre Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001 à la p. 364; Abdul G. Koroma, « Assertion of Jurisdiction by the International Court of Justice » dans *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 189, à la p. 198; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger/London Institute of World Affairs, 1950, à la p. 549; A.P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, Oxford/Londres, 1932, à la p. 80; Pratap, *supra* note 5 aux pp. 142 et s.; Grieg, *supra* note 9 aux pp. 332-3 et 339; M. Sibert, *Traité de droit international public*, t. II, Paris, 1951, à la p. 542; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962, à la p. 78.

¹⁰³ Voir Code civil du Bas-Canada, art. 11 : « Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »; et Code Civil Japonais de 1875 (*Loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé*, « Décret Dajokwan no. 103 du 8 juin VIII^e année de Meiji »), art. 3 : « Dans les affaires civiles, à défaut de loi écrite, on doit juger selon les coutumes, à défaut de coutumes, par la recherche de la raison et de l'équité. »

¹⁰⁴ C'est le cas de toute la jurisprudence consultative de la C.I.J. Dans certains cas la Cour examine d'office les questions de compétence et de recevabilité même si elles ne sont pas soulevées par les parties comme dans *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*, avis consultatif 26 avril 1988, [1988] C.I.J. Rec.12 [*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage*]. En droit national, voir *Renvoi sur la sécession la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217 [*Renvoi sur la sécession*].

¹⁰⁵ Hermann Mosler, « Political and Justiciable Legal Disputes : Revival of an Old Controversy? » dans Bin Cheng et D.E. Brown, dir., *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 1988 aux pp. 228-229.

d'une tendance importante dans les deux systèmes : l'assimilation de la procédure contentieuse dans les demandes d'avis consultatif (3). En partant des constats de cette section, nous analyserons ensuite la pratique de la C.I.J. dans la partie suivante de ce texte.

1. Les avantages de la procédure consultative

Les possibilités spécifiques découlent évidemment de la créativité des rédacteurs de la disposition qui octroie la compétence consultative. À un niveau plus général, l'avantage principal des avis consultatifs en droit interne est de permettre de vérifier la constitutionnalité d'une loi¹⁰⁶, en particulier lorsque plusieurs tribunaux inférieurs sont saisis d'une contestation similaire¹⁰⁷. Cela permet d'éviter des années d'incertitudes juridiques en attendant que les cas fassent leur chemin jusqu'à la cour d'appel de dernière instance.¹⁰⁸ L'absence d'avis consultatifs aux États-Unis fait en sorte que certaines personnes agiraient en se fiant à des lois qui éventuellement pourront être jugées inconstitutionnelles. Une utilisation judicieuse des avis consultatifs pourrait permettre d'éviter cette fâcheuse conséquence tout en préservant les sauvegardes du système adversatif.¹⁰⁹ La procédure consultative permet également d'obtenir des réponses sur l'interprétation de la loi en l'absence du droit d'agir en justice, en l'absence d'un litige né ou lorsqu'une question n'est simplement pas justiciable, par exemple dans ce dernier cas à savoir s'il est constitutionnel pour les

¹⁰⁶ Note, « Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes » (1956) 69 Harv. L. Rev. 1302, à la p. 1304, n. 11.

¹⁰⁷ Au Canada, le gouvernement fédéral a récemment saisi la Cour suprême d'un renvoi sur un projet de loi sur le mariage homosexuel compte tenu du fait que les cours d'appel de plusieurs provinces venaient d'invalider la définition fédérale du mariage qui se limite à l'union entre un homme et une femme.

¹⁰⁸ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Loose-leaf ed., Toronto, Carswell, 2003, à la p. 8-19.

¹⁰⁹ Note, « Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes » (1956) 69 Harv. L. Rev. 1302, à la p. 1313.

sénateurs américains de voter par procuration¹¹⁰. Les avis permettent aussi de développer le droit, une considération à ne pas négliger en droit international. La Cour interaméricaine des droits l'homme a probablement connu ses plus grands moments grâce à ses prononcés consultatifs qui ont su éclaircir beaucoup de questions importantes¹¹¹ comme ses prononcés sur la place des réserves dans le système de la Convention interaméricaine¹¹², l'universalité des droits de l'homme¹¹³, la nécessité de la démocratie pour protéger les droits de l'homme¹¹⁴ ou encore *habeas corpus* comme une garantie judiciaire ne pouvant être suspendue¹¹⁵. Dans sa décision relativement à la compatibilité de la Cour pénale internationale avec la constitution française, le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs permis de préciser les conditions mettant en jeu la responsabilité internationale d'un chef d'État.¹¹⁶ Au Québec, l'avis de la Cour d'appel sur les amendements au système de justice pénal pour les adolescents¹¹⁷ porte entre autres sur la valeur normative des déclarations de l'Assemblée générale de l'ONU et des travaux préparatoires de conventions¹¹⁸, sur la signification de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans le Pacte des droits civils et politiques et la

¹¹⁰ *Ibid.*, à la p. 1305, n. 18.

¹¹¹ Jo M. Pasqualucci, « Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law » (2002) 38 *Stan. Int'l L.J.* 241; A.H. Robertson et J.G. Merrills, *Human Rights in the World*, 4e éd., Manchester, Manchester University Press, 1996 aux pp. 218-226; Thomas Buergenthal, « The advisory practice of the Inter-American Court of Human Rights » (1985) 79 *A.J.I.L.* 1; Drzemczewski, *supra* note 77; Mary Caroline Parker, « "Other Treaties": The Inter-American Court of Human Rights Defines its Jurisdiction » (1983) 33 *Am. U. L. Rev.* 211.

¹¹² *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)* (1986), Avis consultatif OC-7-86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), no. 7.

¹¹³ *Tge Effect if Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights* (1982) Avis consultatif OC-1/82, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no. 2, au para. 40.

¹¹⁴ *The Word 'Laws' in Article 30 of the Inter-American Convention on Human Rights* (1986) Avis consultatif OC-6/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no. 6, aux paras 27, 32, 38.

¹¹⁵ *Habeas Corpus in Emergency Situations (Art. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)* (1987) ,Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no. 8, au para. 11.

¹¹⁶ Décision du 25 janvier 1999.

¹¹⁷ *Renvoi relatif au projet de loi C-7 sur le système de justice pénale pour les adolescents*, [2003] J.Q. no 2850 (C.A.Q.) [*Renvoi relatif au projet de loi C-7*].

¹¹⁸ *Ibid.* aux para. 99-100 : au vu des « droits fondamentaux souverains » des États, « tant les travaux préliminaires à la rédaction, signature et ratification d'une convention internationale que les analyses subséquentes de l'application de cette convention par les États signataires n'ont donc aucun effet contraignant, même sur le plan international ».

Convention relative aux droits de l'enfant¹¹⁹, ainsi que sur la compatibilité de peines pour adultes à des mineurs et de l'incarcération d'adolescents dans des pénitenciers pour adultes au regard de ces deux traités¹²⁰. On retrouve tous ces avantages à divers degrés dans la pratique consultative de la C.I.J.

2. Les inconvénients de la procédure consultative

L'inconvénient principal de la pratique consultative est que le caractère adversatif et concret d'une vraie controverse serait absent, ce qui nuirait au débat contradictoire. Par exemple, cela peut créer des problèmes dans la recherche des faits, surtout si dans le cas d'un litige pendant, l'une des parties est en possession d'informations essentielles permettant d'évaluer ses prétentions.¹²¹ Deuxièmement, la pratique consultative porterait atteinte au caractère judiciaire ou même au prestige d'une cour puisqu'il s'agit d'une fonction généralement entreprise par l'exécutif, le procureur général en particulier.¹²² Ce ne serait pas à un organe judiciaire de donner une simple opinion juridique. Ce qui soulève le problème subséquent de l'incertitude de la valeur de l'avis. Est-il obligatoire ou non? Après avoir réaffirmé la constitutionnalité de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* à propos des avis consultatifs, le Conseil Privé a ajouté qu'il ne s'agissait cependant pas d'une fonction judiciaire et que celle-ci n'avait aucun caractère décisionnel : « the answers are only

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 133. Même si la Convention indique que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une « considération primordiale » (art. 3(1)), il est possible d'avoir d'autres visées, comme la protection du public.

¹²⁰ *Ibid.* aux paras 159-174 et 182-191.

¹²¹ L'absence de faits suffisants pour décider d'une question est l'une des catégories de cas pour lesquelles la Cour suprême du Canada refuse de se prononcer : *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île du Prince Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 [*Renvoi sur la rémunération des juges*].

¹²² Hogg, *supra* note 108 aux pp. 8-15 et 8-16.

advisory and will have no more effect than the opinions of law officers ». ¹²³ Même si selon la lettre de la loi les avis consultatifs ne devraient pas peser autant que les jugements ¹²⁴ et n'auraient qu'une « force morale » malgré leur « autorité » ¹²⁵, il en va autrement en pratique autant dans les juridictions nationales ¹²⁶ qu'internationales ¹²⁷. Cette absence de force de loi formelle peut aussi mener certaines parties ayant un intérêt dans l'affaire à boycotter la procédure afin de délégitimer l'avis. ¹²⁸ D'aucuns estiment cependant que l'autorité des avis consultatifs – qui doit être conservée à tout prix pour maintenir le prestige d'un organe juridictionnel, surtout en droit international où ceux-ci sont plus vulnérables, est sapée par les dissidences. ¹²⁹ La Cour suprême du Canada, contrairement à la C.I.J., a réussi à rendre des opinions unanimes dans les avis les plus politiquement chargés qu'on lui a soumis : ces avis sont signés « La Cour ». Contrairement à la Cour suprême des États-Unis ou au Tribunal constitutionnel allemand, les décisions du Conseil constitutionnel français ne sont jamais accompagnées d'opinions dissidentes ou concurrentes, parce que dans les

¹²³ *A.-G. Ont. v. A.-G. Can.* (Reference Appeal) [1912] A.C. 571; réaffirmé dans le *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 104 au para. 30.

¹²⁴ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, première phase, avis consultatif du 30 mars 1950, [1950] C.I.J. Rec. 65 à la p. 71 [*Interprétation des traités de paix*]: « La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire ». Voir aussi Manley O. Hudson, *The P.C.I.J., 1920-1942*, New York, Macmillan, 1943 à la p. 512, selon qui l'opinion de la cour n'a qu'une valeur morale.

¹²⁵ Nguyen Quoc Dinh, *Droit international Public*, 9^e éd., Par Alain Pellet et Patrick Daillier, Paris, L.G.D.J., 2002.

¹²⁶ Hogg, *supra* note 108 à la p. 8-17.

¹²⁷ Jean Salmon, « Quels sont les destinataires des avis » dans Laurence Boisson de Charzoune et Philippe Sands, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 28, à la p. 31; Jean Salmon, « L'autorité des prononcés », *supra* note 16; Hambro, *supra* note 47 aux pp. 21-22. Ce qui en dérange certains: Grieg, *supra* note 9. Pour l'opinion que ces avis sont obligatoires voir de Bustamente, *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1925 à la p. 256; Démètre Negulesco et Gérard Geouffre de Lapradelle, (1928) 34 *Annuaire de l'institut du droit international* aux pp. 409 et s., 441; de Visscher, « Les avis consultatifs » *supra* note 9 aux pp. 25, 27; de Visscher, *Aspects récents*, *supra* note 17.

¹²⁸ Le gouvernement du Québec a refusé de participer aux procédures relatives au *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 103. Le gouvernement d'Israël a refusé d'aborder le fonds dans l'avis sur le mur. On peut aussi noter le refus de l'U.R.S.S. de participer d'une façon ou d'une autre dans l'*Affaire de la Carélie*, *supra* note 4.

¹²⁹ Manley O. Hudson, « The 28th Year of the World Court » (1950) 44 A.J.I.L. 1 aux pp. 20-21 où l'auteur déplore le langage qui critique trop vertement la position de la majorité; Hambro, *supra* note 47 aux pp. 20-22.

« pays latins » l'attention portée aux divisions au sein de la Cour est perçue comme portant atteinte à « l'autorité de la justice ».¹³⁰ D'autres inconvénients sont que les questions « politiques » n'entreraient pas dans la compétence d'un tribunal habilité à donner un avis consultatif soit sur « toute question *juridique* » ou sur toute question de « droit ou de fait ». Cette objection à la compétence est généralement rejetée puisque, selon la juridiction, il est toujours¹³¹ ou généralement¹³² possible d'évaluer en termes juridiques une question politique. Notons que dans son récent avis sur les amendements au système de justice pénal pour les adolescents, la Cour d'appel du Québec a accepté de se prononcer sur la compatibilité de ceux-ci avec la Convention relative au droit de l'enfant et le Pacte des droits civils et politiques, même si une telle analyse n'avait que des conséquences morales ou politiques.¹³³ De plus, une situation de grande tension politique peut justement bénéficier d'un éclairage juridique¹³⁴. Un autre inconvénient, qui est aussi un argument visant à forcer un tribunal à décliner de rendre l'avis, est que celui-ci serait inutile et nuirait même à la résolution du problème. Dans le *Renvoi relatif au mariage de personnes de même sexe*, la Cour suprême du Canada a refusé de répondre à une des questions parce qu'une réponse judiciaire avait le potentiel de créer de la confusion alors que le gouvernement fédéral

¹³⁰ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 28^e éd., Paris, L.G.D.J., 2003 aux pp. 764-765. Cette « dépersonnalisation » de l'organe juridictionnel est reflétée dans le fait qu'on connaît ne connaît le nom des conseillers d'état qui ont participé aux délibérations « objectives » seulement depuis juin 1995.

¹³¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] Rec. C.I.J. 226 [*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*].

¹³² *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 104 à la p. 237. Cependant, pour une question non juridique, voir *Re Can. Assistance Plan* [1991] 2. S.C.R. 525 à la p. 545.

¹³³ *Renvoi relatif au projet de loi C-7*, *supra* note 116 au para. 115. La Cour justifie néanmoins sa décision en évoquant l'hypothèse d'une contestation constitutionnelle subséquente de la loi. Son prononcé sur la compatibilité de la loi avec le droit international pourrait ainsi être pertinent à savoir si une violation de la Charte peut être justifiée parce qu'elle demeure dans des « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article un de la Charte. *Contra*, voir la décision de la C.E.D.H. sur ce qui aurait été son premier avis consultatif, *supra* note 88 et à propos de la défunte compétence consultative de la Cour constitutionnelle allemande, *supra* note 72.

¹³⁴ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Avis consultatif, [1980] Rec. C.I.J. 73 à la p. 87, para. 33 [*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951*].

et diverses législatures provinciales étaient déjà sur la voie de l'harmonisation en cette matière.¹³⁵ Devant la C.I.J. l'argument est surtout valable dans le cadre de l'ONU où différentes majorités institutionnelles peuvent avoir des vues très différentes sur la façon de résoudre un conflit. C'est le cas sur bien des points entre la majorité de l'Assemblée générale et les membres permanents du Conseil de sécurité. Ce à quoi la C.I.J. a toujours répondu qu'en principe les avis ne doivent pas être refusés parce qu'ils constituent une contribution de l'organe judiciaire principal au fonctionnement de l'organisation¹³⁶. De plus, la raison ou l'utilité de l'avis ne serait pas à la C.I.J. à établir. La Cour a toujours évité le rôle d'arbitre entre la majorité de l'Assemblée générale et les membres permanents du Conseil de sécurité.

Un autre problème est la difficulté de répondre à des questions ambiguës, raison qui a poussé la Cour suprême du Canada à décliner de rendre certains avis.¹³⁷ Ce même problème a simplement poussé la C.I.J. à réécrire les questions¹³⁸, malgré le fait qu'elle avait déjà énoncé qu'il fallait s'en tenir au strict libellé de la question¹³⁹.

De plus, la particulière et maintenant défunte formule de réformation des jugements des tribunaux administratifs de l'ONU et de l'OIT¹⁴⁰ a soulevé d'importantes questions ayant trait à l'inégalité des parties en raison du fait que les

¹³⁵ Voir *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, 2004 CSC 79, aux paras 65-66 et 69-70.

¹³⁶ *Interprétation des traités de paix*, supra note 123 à la p. 71.

¹³⁷ *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi sur la rémunération des juges*, supra note 121.

¹³⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 131, au para. 20; *Demande de réformation du jugement no 273*, supra note 32 aux pp. 348-349, paras 46-47; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951*, supra note 134 à la p. 88, para. 35 : « pour rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire dans l'exercice de sa compétence consultative, la Cour doit rechercher quelles sont véritablement les questions juridiques que soulèvent les demandes formulées dans une requête. »

¹³⁹ *Demande de réformation du jugement no. 158*, supra note 31 à la p. 184, para. 41 : « lorsqu'elle rend son avis, la Cour est en principe liée par le libellé des questions formulées dans la requête. »

¹⁴⁰ Voir généralement Kaiyan Homi Kaikobad, *The International Court of Justice and judicial review: a study of the court's powers with respect to judgments of the ILO and UN administrative tribunals*, La Haye, Kluwer, 2000; Charles N. Brower and Pieter H.F. Bekker, « Understanding « Binding » Advisory Opinions of the International Court of Justice » dans Nisuke Ando, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, dir., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer, 2002, 351.

fonctionnaires de l'ONU se prévalant d'une demande de réformation, ou contre qui le secrétaire général ou un État s'en prévalaient, n'avaient pas le droit d'ester devant la Cour.¹⁴¹

Un tribunal peut aussi être aux prises avec une question consultative qui ne s'est pas matérialisée¹⁴² ou qui devenue sans objet¹⁴³, ce qui a poussé la Cour suprême du Canada à refuser de rendre certains avis.

Finalement, le fait qu'une question soit théorique ou abstraite serait un inconvénient portant atteinte à la fonction d'un tribunal qui est de régler les différends¹⁴⁴ et pourrait préjuger des droits des justiciables dans des litiges à venir. Dans le contexte d'un système juridique contractualiste comme le droit international, ces considérations seraient encore plus valables.¹⁴⁵

Cette liste d'inconvénients est plutôt longue. Même si on y a toujours répondu de façon assez convaincante, ces arguments continuent d'être soulevés, surtout devant la C.I.J. L'assimilation de la procédure contentieuse au processus consultatif semble jouer un rôle important afin d'éliminer la plupart de ces inconvénients.

¹⁴¹ *Demande de réformation du jugement no 273, supra note 32; Demande de réformation du jugement no. 158, supra note 31.*

¹⁴² *A.-G. Ont. v. A.-G. Can. (Local Prohibition) [1896] A.C. 348 à la p. 370. Voir par contre le Renvoi sur la sécession, supra note 103.*

¹⁴³ *Re Objection by Quebec to Resolution to Amend the Constitution [1982] 2. S.C.R. 793 à la p. 806.*

¹⁴⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, supra note 131, Opinion dissidente de M. le juge Oda.*

¹⁴⁵ V.S. Vereschetin, « Is 'Deceptive Clarity' better than 'Apparent Indecision' in Advisory Opinions » dans Emile Yakpo et Tahar Boumedra, *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer, 1999, 531.

3. L'assimilation des procédures consultatives et contentieuses

Il n'est pas nouveau qu'on examine la pratique consultative selon son assimilation de la procédure contentieuse.¹⁴⁶ D'ailleurs, le Statut et le Règlement de la C.I.J. prévoient que la Cour sera guidée par les principes applicables de la procédure contentieuse.¹⁴⁷ Cela permet d'obtenir un réel débat contradictoire lorsque toutes les parties intéressées acceptent de participer¹⁴⁸. De plus, la C.I.J., la Cour suprême du Canada et la Cour interaméricaine possèdent tous des mécanismes pour faire participer les parties intéressées qui n'ont pas le droit d'ester comme tel. Ainsi la C.I.J. peut donner la permission de participer à la procédure consultative aux États¹⁴⁹, organisations internationales¹⁵⁰ ou même à des entités au statut incertain comme la Palestine¹⁵¹. La pratique et maintenant les règles de procédure¹⁵² de la Cour interaméricaine permettent à des O.N.G. et même à des particuliers de soumettre des

¹⁴⁶ Démètre Negulesco, « L'Évolution de la Procédure des Avis consultatifs de la Cour permanente de justice internationale » (1936) 57 R.C.A.D.I. 5. Voir aussi Mario Prost et Julien Fourret, « Du rôle de la Cour internationale de Justice : peau neuve ou peau de chagrin ? » (2003) 16-2 R.Q.D.I. [à paraître].

¹⁴⁷ Statut de la Cour internationale de justice, art. 68 [Statut]; Règlement de la Cour internationale de justice, art. 102-103 [Règlement].

¹⁴⁸ Cela a toujours été le cas, excepté dans deux instances : l'avis sur l'interprétation des traités entre la Finlande et la Russie relativement dans l'*Affaire de la Carélie*, *supra* note 4, où l'U.R.S.S. a complètement refusé de participer (1923) et l'avis sur le mur où Israël a refusé de participer sur le fonds (2004).

¹⁴⁹ Dans les avis concernant l'ensemble de la communauté internationale, la Cour donne généralement le droit à tous les États membres des Nations Unies et aux non-membres parties au Statut le droit d'ester. Dans les avis concernant une organisation internationale spécialisée, ce sont les états membres de l'organisation qui ont généralement le droit d'ester.

¹⁵⁰ Si elles ne sont pas invitées, celles-ci peuvent demander la permission de soumettre des observations écrites et de participer à la procédure orale en vertu de l'article 66(2) du Statut de la Cour. Voir Geneviève Guyomar, *Commentaire sur le Règlement de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pédone, 1973, à la p. 458; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. IV, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, aux pp. 1728-1733.

¹⁵¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ordonnance du 19 décembre 2003 au para. 4, en ligne : <<http://www.icj-C.I.J.C.I.J.org>>.

¹⁵² 2001 Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, art. 63(3): « The President may invite or authorize any interested party to submit a written opinion on the issues covered by the request. If the request is governed by Article 64(2) of the Convention, he may do so after prior consultation with the Agent. »

observations écrites dans le cadre d'avis consultatifs.¹⁵³ En plus de mécanismes similaires, la *Loi sur la Cour suprême du Canada* permet aussi de nommer un type d'*amicus curiae*¹⁵⁴ particulier afin de représenter une partie intéressée qui refuse de participer. Face à un tel refus, la C.I.J. est prise au dépourvu. L'institution du juge *ad hoc*, maintenant transposée à l'avis consultatif¹⁵⁵, qui doit assurer que soient représentées les vues d'un État dont les droits sont en jeu¹⁵⁶, n'est d'aucun recours si cette partie boycotte la procédure, comme dans le cas de l'avis sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*. Il pourrait donc être utile de songer à la possibilité d'*amicus curiae* dans les avis consultatifs de la C.I.J. lorsqu'un état ayant un intérêt refuse de se présenter. L'*amicus* soulèverait assurément des exceptions préliminaires, mais en toute intelligence il traiterai assurément du fond aussi, ce qu'Israël n'a pas fait dans le plus récent avis de la Cour. Certains États objecteront assurément que quelqu'un d'autre ne peut parler en leur nom. Mais ce serait là méconnaître la flexibilité inhérente des avis consultatifs dans leur procédure qui, même si elle se rapproche de la procédure contentieuse, demeure différente. On pourrait aussi penser à nommer d'office un juge *ad hoc*, mais l'*amicus curiae* semble plus primordial, puisqu'il est nécessaire de soulever les arguments dans un premier temps si on veut qu'ils soient considérés.

¹⁵³ Voir Pasqualucci, *supra* note 75 aux pp. 74-75. Dans l'avis consultatif *Right to Information on Consular Assistance* (1999), Avis consultatif OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no. 16, la Cour a reçu un mémoire d'un citoyen mexicain dans le couloir de la mort en Ohio qui alléguait ne pas avoir reçu d'assistance consulaire. Dans *The Enforceability of the Right to Reply or Correction* (1986) Avis consultatif OC-7/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no. 7, dix médias ou organisations pour la défense des intérêts des médias ont soumis des opinions à la Cour.

¹⁵⁴ *Loi sur la Cour suprême, supra* note 75, art. 53(7) : « La Cour a le pouvoir discrétionnaire de commettre d'office un avocat, en l'absence de toute autre représentation, relativement à un intérêt auquel il est porté atteinte. » Elle s'en est prévalu dans la *Renvoi sur la sécession, supra* note 103

¹⁵⁵ Règlement, art. 102-103.

¹⁵⁶ Nicolas Valticos, « Pratique et éthique d'un juge *ad hoc* à la Cour internationale de justice » dans Nisuke Ando, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, dir., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer, 2002, 107.

La plupart des inconvénients associés à la procédure consultative sont d'ailleurs inhérents à la tâche de trancher un litige en disant ou créant le droit. La question du caractère politique est l'équivalent de savoir si un litige est justiciable ou non, une considération dont les tribunaux doivent toujours tenir compte. L'inégalité entre les parties est un problème inhérent¹⁵⁷ même si son degré est variable. La question de l'obligatorité de l'avis peut sembler différente, mais autant en droit interne qu'en droit international on peut faire face au refus de se conformer à un jugement¹⁵⁸ comme on peut trouver des cas où les parties acceptent comme obligatoire le résultat d'un avis consultatif. La difficulté de pouvoir établir certains faits en l'absence de la coopération d'un État ou d'une partie est un problème particulièrement difficile, mais qui semble pouvoir être résolu la plupart du temps.¹⁵⁹ L'absence de consentement est une raison qui continue d'être invoquée et qui vaut seulement pour le droit international. Nous l'aborderons dans la section qui suit pour conclure que les États doivent s'adapter à une communauté internationale où le consentement des États à l'acte juridictionnel s'effrite pour le mieux.

En conclusion, il n'y aurait aucune raison de considérer l'avis consultatif comme n'étant pas une fonction judiciaire utile et légitime si quelques conditions de base sont remplies: les jugements doivent être rendus par la cour et non par les juges à titre individuel, les procédures doivent être publiques et accessibles aux intéressés, la

¹⁵⁷ Galanter, *supra* note 45.

¹⁵⁸ Voir James Brown Scott, « The Legal Nature of International Law » (1907) 1 A.J.I.L. 831 à la p. 831; Colter Paulson, « Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987 » (2004) 98 A.J.I.L. 434.

¹⁵⁹ C'est seulement dans l'*Affaire de Carélie*, *supra* note 4, que la C.P.J.I. a estimé qu'il manquait des informations essentielles. Dans l'avis sur le Sahara occidental et l'avis sur la Namibie, la Cour a estimé qu'elle avait reçu suffisamment d'information pour pouvoir se prononcer. Dans l'avis sur le Mur, la Cour a également estimé qu'il y avait suffisamment d'information. À ce sujet, voir, *infra*, section III.B.3.

décision doit être bien publicisée et cette décision devrait être motivée.¹⁶⁰ Ainsi, l'avis consultatif devient donc un jugement *by another name*.

¹⁶⁰ Hudson, « Advisory Opinions », *supra* note 5 à la p. 1000.

II – La nécessité et l'utilité de la fonction consultative de la C.I.J.

Il semble que les avis consultatifs de la C.I.J. sont aussi nécessaires qu'utiles, même s'il peut y avoir certaines limites à leur utilité, limites qui sont engendrées surtout par les limites de la fonction judiciaire elle-même. Les avis sont nécessaires pour deux raisons (A). D'abord, la restriction au droit d'ester devant la Cour aux seuls États¹⁶¹ empêcherait l'organe judiciaire principal des Nations Unies de résoudre un nombre important de problèmes qui surgissent à l'intérieur de ses champs d'action, mais qui ne concernent pas nécessairement des litiges entre seuls États (1). Ensuite, la nécessité du consentement des États à la procédure contentieuse met un frein à la fonction judiciaire qui est de trancher un litige lorsque la négociation achoppe ou s'éternise (2). Dans un deuxième temps, en ce qui concerne leur utilité (B), les avis, qui en principe sont destinés seulement à l'organisation demanderesse, ont servi à faire progresser la société internationale à plusieurs titres. Nous aborderons spécifiquement le développement du droit des organisations et le contrôle de leurs actes (1), le développement du droit international en général (2), ainsi que les limites des avis (3).

A. Leur nécessité

Sans les avis consultatifs, l'organe judiciaire principal des Nations Unies ne serait qu'un tribunal arbitral permanent. Cette possibilité existe déjà en l'institution voisine de la C.I.J. à La Haye : la Cour permanente d'arbitrage. À l'origine, l'objectif de la C.P.J.I. était d'institutionnaliser le règlement des différends entre États en

¹⁶¹ Statut, art. 34.

encourageant ceux-ci à accepter une juridiction permanente. Cette approche a toujours connu des résultats quelque peu mitigés. Même si le nombre de déclarations acceptant la compétence de la Cour est aujourd'hui relativement élevé avec 63¹⁶², les acceptations ne sont pas nécessairement pour l'ensemble du droit international¹⁶³ et la plupart des États acceptent la compétence de la Cour seulement vis à vis des États qui acceptent les mêmes obligations qu'eux. De plus, on a vu par le passé des clauses d'acceptation où les États se réservaient le pouvoir de déterminer si le litige ressortait en fait seulement de leur intérêt national, ce qui excluait la compétence de la Cour.¹⁶⁴ Aussi, certains États modifient parfois leurs déclarations pour éviter que certains litiges soient portés devant la Cour. Dans l'affaire de *l'Estai*, l'Espagne cherchait réparation pour l'arrestation en eaux internationales d'un de ses chalutiers que le Canada accusait de surpêche. La Cour s'est toutefois trouvée incompétente en raison de la réserve canadienne du 10 mai 1994 qui exclut de la compétence de la Cour les mesures de gestion et de conservation adoptées par le Canada pour les navires pêchant dans la zone de réglementation de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest.¹⁶⁵ On peut aussi noter le cas de l'Australie, qui veut éviter que le Timor oriental ne puisse saisir la Cour de leur différend à propos de la délimitation de la mer

¹⁶² En date du 31 juillet 2002: Greffe de la Cour internationale de Justice, *Annuaire 2001-2002*, La Haye, C.I.J., 2002, à la p. 124 [*Annuaire 2001-2002*]. Depuis 1951, treize États qui avaient accepté la compétence de la Cour l'ont retiré : Afrique du Sud, Bolivie, Brésil, Chine, Colombie, El Salvador, États-Unis d'Amérique, France, Guatemala, Iran, Israël, Thaïlande et Turquie.

¹⁶³ Statut, art. 36(2).

¹⁶⁴ Telle était la Déclaration américaine examinée dans *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, [1984] C.I.J. rec. 392.

¹⁶⁵ *Compétence en matière des pêcheries (Espagne c. Canada)*, arrêt du 4 décembre 1998, C.I.J. Rec. 432 aux paras 54 et 56 : « les États peuvent formuler des réserves excluant la compétence de la Cour pour des motifs divers; il arrive qu'ils le fassent, précisément, parce que la conformité au droit de leur position ou de leur politique est perçue comme étant aléatoire. ... Que les États acceptent ou non la juridiction de la Cour, ils demeurent en tout état de cause responsables des actes portant atteinte aux droits d'autres États qui leur seraient imputables. Tout différend à cet égard doit être réglé par des moyens pacifiques dont le choix est laissé aux parties conformément à l'article 33 de la Charte. »

territoriale et de la zone économique exclusive entre les deux États.¹⁶⁶ En même temps, le problème de la personnalité juridique internationale attribuée initialement seulement aux États empêcherait d'autres sujets comme les organisations internationales, les organisations non-gouvernementales, les entités *sui generis* comme la Palestine et les individus de pouvoir faire valoir leurs intérêts quand ceux des États sont en jeu. Dans une certaine mesure, la pratique consultative de la Cour a su manœuvrer autour de certains de ces écueils classiques d'un droit international contractualiste.

1. Du droit d'ester devant la Cour

Il y a trois façons par lesquelles l'avis consultatif peut aider à 'contourner' le fait que seuls les États peuvent ester devant la Cour. D'abord, l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peuvent s'enquérir sur « toute question juridique »¹⁶⁷. Deuxièmement, les organes spécialisés peuvent être autorisés par l'Assemblée générale à obtenir un avis « sur des questions juridiques qui se poseraient dans le

¹⁶⁶ Déclaration du ministre australien des affaires étrangères Alexander John Gosse Downer, 22 mars 2002, reproduite dans *Annuaire 2001-2002*, *supra* note 162 à la p. 125.

¹⁶⁷ Charte, art. 96(1). On peut noter que tous ces avis ont été demandés par l'Assemblée générale, à l'exception de celui de 1971, qui a été demandé par le Conseil de sécurité. Les avis de ce type sont les suivants : *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, avis consultatif 20 juillet 1962, [1962] C.I.J. Rec.151 [*Certaines dépenses des Nations Unies*]; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, avis consultatif 3 mars, [1950] Rec. C.I.J. 4; *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, avis consultatif 28 mai 1948, [1948] Rec. C.I.J. 57; *Conséquences juridiques pour les états, supra* note 15; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur, supra* note 1; *Interprétation des traités de paix, supra* note 124; *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase*, avis consultatif 18 juillet 1950, [1950] C.I.J. Rec. 221; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, supra* note 130; *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du sud-ouest africain*, avis consultatif 7 juin, [1955] Rec. C.I.J. 67 [*Procédure de vote applicable*]; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif 11 avril 1949, [1949] C.I.J. Rec.174; *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif 28 mai 1951, [1951] C.I.J. Rec. 15; *Sahara occidental*, avis consultatif 16 octobre 1975, [1975] C.I.J. Rec. 12; *Statut international du sud-ouest africain*, avis consultatif 11 juillet, [1950] Rec. C.I.J. 128.

cadre de leur activité»¹⁶⁸. Troisièmement, plusieurs conventions ou chartes d'organisations prévoient la possibilité de demander un avis consultatif – parfois qualifié d'obligatoire – à la C.I.J.¹⁶⁹

Malgré leur droit de demander des avis, les organisations internationales n'ont toujours pas le droit d'ester. La permission de soumettre des exposés écrits et de participer à la procédure orale doit être accordée chaque fois par la Cour. Cette permission peut être accordée d'office sans que les organisations n'aient à le demander¹⁷⁰ ou encore la Cour peut statuer sur la demande d'une organisation de participer¹⁷¹. La Cour donne la permission de « participer » et n'utilise pas le mot « ester » vis-à-vis des organisations internationales. Le critère qu'utilise la Cour est qu'une organisation doit être « susceptible de fournir des renseignements »¹⁷². Cependant, les décisions en ce sens ne sont pas raisonnées et on ne peut qu'accumuler les précédents sans pouvoir se baser sur une justification permettant de comprendre l'action. En octroyant les droits de « participation », la Cour agit là en s'inspirant de sa procédure contentieuse¹⁷³, puisqu'il n'existe pas de dispositions spécifiques sur la

¹⁶⁸ Charte, art. 96(2). Les avis de ce type sont les suivants : *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, [1989] C.I.J. Rec.177; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, [1996] C.I.J. Rec 66; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, 29 avril 1999, [1999] C.I.J. Rec. 62.

¹⁶⁹ Règlement, art. 103 et 104 qui font référence à un « organe ou une institution » « autorisé à demander un avis » « conformément à ses dispositions » (103) et au « plus haut fonctionnaire de l'organe ou institution autorisé à demander l'avis » (en plus de la référence au secrétaire général des Nations Unies) (104). Les avis de ce type sont les suivants : *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage*, supra note 103; *Composition du comité de la sécurité maritime de l'organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif 8 juin 1960, [1960] C.I.J. Rec. 150 [*Composition du comité de la sécurité maritime*]; *Demande de réformation du jugement n° 158*, supra note 31; *Demande de réformation du jugement n° 273*, supra note 32; *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies*, avis consultatif 27 mai 1987, [1987] C.I.J. Rec. 18 [*Demande de réformation du jugement n° 333*]; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif du 13 juillet 1954, [1954] C.I.J. Rec. 47; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951*, supra note 133; *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO*, avis consultatif du 23 octobre 1956, [1956] C.I.J. Rec. 77.

¹⁷⁰ Statut, art. 66(2); Règlement, art. 69(1).

¹⁷¹ Statut, art. 66(3); Règlement, art. 69(2).

¹⁷² Statut, art. 66(2).

¹⁷³ Statut, art. 68; Règlement, art. 102.

participation des organisations internationales dans le cadre des avis consultatifs. Dans la pratique, la Cour est assez permissive. Lorsqu'il s'agit d'un avis consultatif concernant une organisation internationale spécifique, celle-ci est toujours invitée à soumettre des renseignements, qu'il s'agisse du Secrétaire-général de l'ONU ou encore du conseiller juridique d'une organisation spécialisée. Dans le cas de questions concernant la communauté internationale dans son ensemble, la Cour a démontré une certaine ouverture à entendre des acteurs autres que les États ou encore le conseiller juridique du secrétaire général, quoiqu'elle manque parfois de constance. En 1954, la Fédération des associations de fonctionnaires internationaux n'a pas été trouvée susceptible de fournir des renseignements dans l'affaire relative à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies*.¹⁷⁴ En 1962, dans l'affaire relative au *Statut international du sud-ouest africain*, la Cour a accepté de « recevoir des conclusions de droit », mais pas d'exposé des faits, de la part de la Ligue internationale des Droits de l'Homme, qui ne s'est finalement pas prévalu de l'autorisation.¹⁷⁵ En 1971, le greffe avait d'abord refusé la participation de l'Organisation de l'Unité africaine sur la question de la Namibie, mais la Cour a ensuite permis que ses vues soient plaidées par le Nigeria.¹⁷⁶ En 2004, la Palestine s'est vu octroyer d'office le droit de participer à toute la procédure consultative dans l'avis sur les *Conséquences de l'édification d'un mur*.¹⁷⁷ Dans la même procédure, l'Organisation de la conférence islamique¹⁷⁸ et la Ligue des États Arabes ont également obtenu la permission de participer après en avoir fait la demande.¹⁷⁹ Dans

¹⁷⁴ Guyomar, *supra* note 150 à la p. 358.

¹⁷⁵ *Annuaire 1962-1963*, La Haye, C.I.J., 1963. Guyomar, *ibid*.

¹⁷⁶ *Conséquences juridiques pour les états*, *supra* note 15.

¹⁷⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, ordonnance du 19 décembre 2003, *supra* note 150 au para. 4.

¹⁷⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ordonnance du 22 janvier 2004, communiqué de presse 2004/02, en ligne : <<http://www.icj-C.I.J.C.I.J.org>>.

¹⁷⁹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ordonnance du 15 janvier 2004, communiqué de presse 2004/01, en ligne : <<http://www.icj-C.I.J.C.I.J.org>>.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur, c'était la première fois qu'une entité autre qu'une organisation internationale obtenait le droit de « fournir des renseignements »¹⁸⁰ et donc de participer de façon pleine et entière à une procédure consultative devant la Cour. On pourrait qualifier cette ordonnance d'exceptionnelle, puisque la situation de la Palestine, un État à naître, est particulière, sinon unique. La présence de la mission permanente de la Palestine à l'ONU depuis près de trente ans a sûrement milité en sa faveur. La permission octroyée par la Cour à une organisation non gouvernementale de participer à un titre ou à un autre n'a jamais été répétée depuis 1962. Il pourrait être utile que la Cour s'aventure encore sur cette voie dans le futur, comme l'a fait la Cour interaméricaine¹⁸¹.

Ces possibilités n'aident pas les quelque 2000 personnes qui contactent la Cour annuellement pour déposer une requête contre un État¹⁸² et qui se font réciter l'article 34 du Statut par le greffe de la Cour. Le problème de la participation des personnes physiques a été soulevé de façon particulière dans le cas de réformation des jugements de tribunaux administratifs des Nations Unies et de l'OIT. Au regard des fonctionnaires des Nations Unies en cause, en réaffirmant la position que les individus ne peuvent ester devant la Cour, celle-ci s'est trouvée face au problème de l'inégalité des parties. La pratique permet au secrétaire général de l'ONU – qui est la partie adverse aux intérêts du fonctionnaire – de représenter ses vues et les États, qui ont parfois un intérêt dans ces affaires, y ont aussi évidemment droit. Pour pallier à cet important problème, la Cour n'a pas tenu de procédure orale à trois reprises.¹⁸³ Vu que le secrétaire général de l'ONU avait toujours convenu de transmettre les vues du fonctionnaire, la Cour a estimé que l'inégalité des parties n'était pas un obstacle

¹⁸⁰ C'est le terme généralement utilisé par la Cour. Celui de « conclusions de droit » est exceptionnel.

¹⁸¹ Voir *supra* notes 152-153.

¹⁸² *Annuaire 2001-2002*, *supra* note 162 à la p. 324.

¹⁸³ *Demande de réformation du jugement n° 158*, *supra* note 31; *Demande de réformation du jugement n° 273*, *supra* note 32; *Demande de réformation du jugement n° 333*, *supra* note 169.

insurmontable à l'accomplissement de sa fonction judiciaire en toute intégrité, même si les vues du fonctionnaire étaient transmises par sa partie adverse.

2. Le problème du consentement nécessaire des États

Il était naturel qu'un État ne voulant pas que la Cour traite d'un différend ou même d'une question théorique qui pourrait affecter ses droits objecte qu'il n'a pas consenti à la procédure et que la Cour devrait pour cette raison refuser de répondre à la demande d'avis. Il n'a jamais été complètement clair si cette question devait relever de la compétence de la Cour ou de la recevabilité (de l'opportunité judiciaire) de l'avis. L'incertitude relève de l'absence de clarté des motifs du premier jugement sur la question, l'affaire de la *Carélie orientale*¹⁸⁴, et du fait que différents auteurs et différents bancs de la C.I.J. mettent l'accent sur différents éléments de l'affaire. Une autre incertitude vient du fait que le contenu du principe du consentement vis-à-vis de l'avis consultatif est incertain.

En 1923, la C.P.J.I. déclina de rendre un avis sur l'interprétation des traités de paix entre la Finlande et la Russie concernant la Carélie orientale. Ne faisant pas de distinction entre la compétence de la Cour en vertu du Pacte et entre des questions d'opportunités judiciaires qui pourraient relever de la discrétion de la Cour, quelques raisons furent énumérées pour décliner. D'abord, la Cour mentionna le fait que l'URSS avait refusé de participer à la procédure, s'y était objecté depuis le début et n'y avait donc pas consenti. Il faut toutefois noter que l'URSS n'était pas membre de la Société des Nations. C'est là un élément important quant à l'évolution de la relation entre le principe du consentement et les avis consultatifs de la Cour. Cette évolution

¹⁸⁴ *Affaire de la Carélie*, *supra* note 4 à la p. 29.

se dirige petit à petit vers un effritement de la souveraineté absolue comme le démontre le prononcé de la Cour dans l'*Avis sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies* à l'effet que les États non-membres doivent reconnaître la personnalité juridique de l'ONU¹⁸⁵, quoiqu'il faut admettre que la pratique des États non-membres avaient en fait déjà reconnu cette personnalité en 1949¹⁸⁶. Deuxièmement, dans l'affaire de la *Carélie*, la Cour a ajouté que sans l'URSS, certains éléments de faits relatifs à l'interprétation des traités ne pourraient être élucidés et qu'il s'agissait là d'une autre raison pesant dans la décision. On ne sait cependant pas de quels éléments de fait il s'agissait là. L'URSS possédait-elle des documents que la Finlande ne pouvait fournir? Le texte russe des accords était-il indisponible? S'agissait-il seulement d'obtenir l'interprétation de l'URSS? Toujours est-il que nous avons là trois éléments qui mènent la Cour à conclure qu'elle ne peut exercer sa fonction judiciaire sans préjudice pour celle-ci : 1) l'absence de consentement; 2) un avis concernant un État non membre de la SdN; et 3) une insuffisance de faits. La Cour n'ayant pas départagé ces éléments selon leur importance, il demeure une question d'interprétation et de spéculation de savoir si

¹⁸⁵ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, supra note 167 à la p. 185: À savoir si l'ONU peut demander réparation en son propre nom vis à vis d'un État non-membre, la Cour est unanime à l'effet que l'organisation « possède un droit de protection fonctionnelle à l'égard de ses agents ». Elle ajoute : « À cet égard, la Cour est d'avis que cinquante États, représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective – et non pas simplement une personnalité reconnue par eux seuls – ainsi que la qualité de présenter des réclamations internationales. ». D'ailleurs, aucun des États s'étant prononcé sur la question ne s'est objecté à ce que l'Organisation puisse agir dans certaines circonstances à l'égard d'un État non-membre : *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, « Observations écrites du Gouvernement français sur l'avis consultatif demandé à la Cour internationale de Justice », [1949] C.I.J. Mémoires 15 à la p. 15; « Letter from the Secretary of State of the United States of America to the Registrar of the International Court of Justice » [1949] C.I.J. Mémoires 19 à la p. 21; *Ibid.* « Exposé Oral de M. Fitzmaurice » (9 mars 1949) [1949] C.I.J. Mémoires 110 aux pp. 129-130.

¹⁸⁶ Le représentant du secrétaire général, M. Feller explique que tous les États (sauf l'Espagne qui n'a pas droit d'être membre ainsi que États minuscules comme Monaco et Andorre) ont entrepris des démarches pour devenir membres de l'Organisation, à l'exception de la Suisse, qui avait par ailleurs reconnu la personnalité juridique de l'Organisation : *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, « Exposé oral de M. Feller » (7 mars 1949) [1949] C.I.J. Mémoires 70 à la p. 74. Par ailleurs, celui-ci plaide qu'il n'y a « no necessity here for determining whether a non-member State is bound by any specific provision of the Charter », ce qui aurait été le cas si un État non-membre s'était prononcé contre le fait que l'avis soit rendu en vertu de l'article 96 de la Charte.

l'un d'entre eux est suffisant pour décliner ou si c'est l'ensemble des trois qui est nécessaire. On ne sait pas plus non plus si cette décision est discrétionnaire ou non, la discrétion relevant des chefs d'irrecevabilité et non de compétence.

Ce sont les deux premiers motifs qui nous intéressent ici. On peut se demander d'abord si l'absence de consentement est réellement une question qui puisse être considérée en dehors du fait qu'un État ne serait pas membre de l'ONU et n'ait donc pas accepté le pouvoir de la Cour en vertu l'article 96 de la Charte. Il serait donc normal que la C.P.J.I. ait décliné de rendre l'avis en 1923 puisque l'URSS n'était pas membre de la SdN et donc n'avait pas consenti à l'article 14 du Pacte prévoyant la compétence consultative. On pourrait voir cette question autant comme relevant de la compétence que de la recevabilité. La Cour, en tant que juridiction internationale basée sur le principe du consentement, ne serait pas compétente pour rendre un avis qui affecte les États ne reconnaissant pas sa compétence consultative. Ce n'est cependant là pas la position qu'a déjà prise la Cour :

« La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun État, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donnée suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur propre action, auraient reconnu l'opportunité. »¹⁸⁷

À propos des États non-membres, cette prise de position est cohérente avec celle de l'*Avis sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. La protestation des États non membres n'est cependant plus réellement une question importante, mais la réponse de la Cour clarifierait au moins la question de la compétence. Et il est vrai que selon une décomposition de l'article 96 de la Charte, les seuls trois critères de la compétence devrait être : 1) une question juridique; 2) par un

¹⁸⁷ *Interprétation des traités de paix, supra* note 124 à la p. 71.

organe habilité; 3) dans le champ de ses compétences (si applicable)¹⁸⁸. Ainsi, le consentement ne serait pas, avec raison, une question de compétence, contrairement à ce que certains États ont déjà plaidés¹⁸⁹. Ce qui fait en sorte que l'on peut exclure cette idée comme faisant encore partie de la jurisprudence de la Cour.

Le consentement serait donc une question liée au « caractère discrétionnaire »¹⁹⁰ du pouvoir de la Cour de rendre un avis. Ainsi, elle « peut »¹⁹¹ ou non le rendre, ce qui fait en sorte que si on peut poser le consentement comme une raison de décliner l'avis, il s'agirait d'une question de recevabilité, en raison du libellé de l'article 65 du Statut. L'absence d'une telle distinction comme celle entre l'article 96 de la Charte et l'article 65 du Statut aura fait en sorte qu'il n'était pas nécessaire pour la C.P.J.I. de se prononcer sur la distinction entre compétence et recevabilité. Mais au vu de l'extrait de l'avis sur l'*Interprétation des traités de paix, première phase*, on peut se demander si cette question peut même être soulevée. L'interprétation de cette discrétion dans l'avis de 1950 aura certainement refermé les possibilités d'invoquer l'absence de consentement¹⁹². Ensuite, la porte fut ouverte de nouveau¹⁹³. Finalement, aux prises avec ses contradictions, la Cour doit inventer de nouvelles raisons pour ne pas refuser¹⁹⁴. Cependant, cette apparente contradiction, que nous examinerons à l'instant, peut aussi être vue soit comme une évolution voulant que le principe du consentement est maintenant moins important, soit comme un exercice récitatif nécessaire que la Cour doit faire chaque fois afin de ne pas trop heurter les États contractualistes.

¹⁸⁸ Il semble que le champ de compétences concernant la question posée s'appliquerait même au deux organes politiques principaux. C'est la position de Kelsen et c'est aussi la position que la Cour semble implicitement admettre dans son plus récent avis : Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger/London Institute of World Affairs, 1950, à la p 549; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *supra* note 1 aux paras 16-35.

¹⁸⁹ *Sahara occidental*, *supra* note 167 à la p. 20, paras 20-21 où la Cour déboute l'Espagne sur ce point.

¹⁹⁰ *Certaines dépenses des Nations Unies*, *supra* note 167 à la p. 155.

¹⁹¹ Statut, art. 65.

¹⁹² *Interprétation des traités de paix*, *supra* note 124.

¹⁹³ *Certaines dépenses des Nations Unies*, *supra* note 167; *Sahara occidental*, *supra* note 167.

¹⁹⁴ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *supra* note 1.

En 1962, la Cour attribue comme lecture à l'affaire de la *Carélie* que « La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs. »¹⁹⁵ Au vu du « caractère discrétionnaire » réaffirmé quatre lignes plus haut, le consentement peut être de retour dans la partie. Cette question est explicitée en 1971 et plus particulièrement en 1975. En 1971, la Cour a mis l'accent sur le fait que l'Afrique du Sud était membre des Nations Unies, contrairement à l'URSS dans l'affaire de la *Carélie orientale* et donc que cette dernière n'était pas pertinente en l'espèce.¹⁹⁶ La réhabilitation de l'affaire de la *Carélie orientale* semble complète en 1975. La Cour reconnaît d'abord que la situation de l'Espagne est similaire à celle de l'URSS parce qu'ils s'objectent tous deux à l'avis consultatif.¹⁹⁷ La Cour réaffirme, cependant, la différence fondamentale du fait que l'Espagne est membre des Nations Unies et donc soumise à l'article 96 de la Charte.¹⁹⁸ La Cour ne semble pas voir la contradiction à citer dans le paragraphe suivant l'extrait de l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix, première phase*, qui indique que ni les membres ni les non membres ne peuvent empêcher la procédure consultative. Pourtant, la Cour conclut qu'une atteinte à son caractère judiciaire pourrait la mener à exercer sa discrétion à ne pas répondre et réhabilite l'idée du principe de consentement évoqué dans l'affaire de la *Carélie* dans ce passage bien connu :

« Ainsi le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de *tourner*¹⁹⁹ le principe selon lequel un État n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. »²⁰⁰ [nos italiques]

¹⁹⁵ *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 167 à la p. 155.

¹⁹⁶ *Conséquences juridiques pour les états*, supra note 15 à la p. 23, para. 31.

¹⁹⁷ *Sahara occidental*, supra note 167 à la p. 23, para. 29.

¹⁹⁸ *Ibid*, au para 30.

¹⁹⁹ La phrase est un peu mal tournée si on recherche la clarté. La version anglaise, même si ce n'est pas la version officielle, éclaire cependant l'idée : « would have the effect of *circumventing the principle that a State...* ».

²⁰⁰ *Sahara occidental*, supra note 166 à la p. 25, para. 33.

Mais il y a aussi le passage bien moins connu qui suit dans le paragraphe suivant :

« La situation dans laquelle la Cour se trouve n'est cependant pas celle qui est envisagée plus haut. Il existe dans la présente affaire une controverse juridique mais c'est une controverse qui a surgi lors des débats de l'Assemblée générale et au sujet de problèmes traités par elle. *Il ne s'agit pas d'une controverse née indépendamment, dans le cadre de relations bilatérales.* »²⁰¹
[nos italiques]

En faisant référence au débat sur la décolonisation, la Cour situe la controverse dans le cadre des activités de l'ONU, ce qui ne répond pas à l'élément de « relations bilatérales » de l'affaire de la *Carélie*. Retournant quelques pas en arrière à l'*Interprétation des traités de paix, première phase*, il est légitime de se demander s'il ne s'agissait pas là de telles questions. Ces questions n'étaient-elles pas justement issues d'une dispute bilatérale reliée à l'application d'une clause d'arbitrage concernant la relation entre deux États? Il est vrai qu'il existait plusieurs permutations de ces relations bilatérales entre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, d'un côté, et les puissances occidentales signataires de l'autre côté. Plusieurs relations bilatérales semblables ne deviennent cependant pas une question dont est automatiquement saisie l'ONU. De plus, la Cour s'est bornée à ne pas définir la question autour des droits humains, alors que le litige de fond concernait justement les violations des droits humains par la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie. Ainsi, il nous semble qu'en appliquant *Sahara occidental* rétroactivement, l'*Interprétation des traités de paix, première phase* aurait pu être décidé autrement.

Dans son dernier avis, la Cour essaie de réconcilier l'*Interprétation des traités de paix, première phase* et *Sahara occidental*. Elle affirme d'abord que l'avis de 1950 concerne le fait que le consentement n'est pas une question de compétence, mais une question liée à l'intégrité judiciaire et que l'avis de 1975 explique que l'intégrité

²⁰¹ *Ibid.* au para. 34.

judiciaire est menacée seulement « dans le cadre de relations bilatérales »²⁰². Elle conclut : « L'avis est demandé à l'égard d'une question qui intéresse tout particulièrement les Nations Unies, et qui s'inscrit dans un cadre bien plus large que celui d'un différend bilatéral. »²⁰³ Cette affirmation ne semble pas être une réelle évolution par rapport au dispositif de *Sahara occidental* relatif à cette question citée plus haut. Cependant, on peut se demander dans quelle mesure il est réellement possible qu'une question soit purement bilatérale dès lors qu'elle fait l'objet d'une demande d'avis consultatif et donc qu'elle soit appuyée par la majorité des membres de l'organe demandeur.

Considérant aussi que la Cour actuelle n'a jamais décliné de se prononcer en raison d'un contournement du principe du consentement, on peut se demander s'il existe vraiment ces « raisons décisives » reconnues dans la jurisprudence de la Cour comme nécessaires pour que la Cour utilise sa discrétion afin de refuser de rendre l'avis.²⁰⁴ Vrai, il semble que la Cour avait fermé la porte à la discrétion en 1950, mais celle-ci a interprété plus tard ce prononcé comme étant seulement une question de compétence. Cela s'accorde mal à ce que, pour des motifs de recevabilité, l'affaire de la Carélie soit trouvée inapplicable parce que l'Espagne ou l'Afrique du Sud sont des membres des Nations Unies. Malgré cette contradiction, la Cour a réussi à contourner le problème de l'argument du consentement des États afin d'asseoir sa compétence consultative, même si ses arguments semblent laisser croire que la Cour trouvera toujours la façon de rendre l'avis.²⁰⁵ Nous devons cependant être en désaccord avec

²⁰² *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, supra note 1 au para. 47.

²⁰³ *Ibid.*, au para. 50.

²⁰⁴ Georges Abi-Saab, « On discretion: Reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice » dans Laurence Boisson de Chazournes et Philippe Sands, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 36; Robert Kolb, « De la prétendue discrétion de la Cour internationale de justice de refuser de donner un avis consultatif » (2000) 12 RADIC 799.

²⁰⁵ Voir *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, supra note 168 à la p. 191, para. 38. L'argument sur le fait que la réserve de la

les conclusions de Robert Kolb et de Georges Abi-Saab concernant la fin de la discrétion de la Cour. D'abord, la discrétion est inhérente à l'acte judiciaire. L'action humaine est empreinte de discrétion et on ne peut l'automatiser. Ensuite, on oublie trop souvent que la C.I.J. a déjà trouvé des raisons décisives.²⁰⁶ Même si elles ne sont pas liées au consentement, qu'elles proviennent de la procédure de réformation maintenant abolie et que la Cour a décidé de quand même rendre l'avis pour les meilleurs intérêts de l'Organisation afin de maintenir la crédibilité du Tribunal administratif des Nations Unies, on ne peut que rappeler qu'elles existent. Ces raisons décisives provenaient d'une atteinte au caractère judiciaire de la Cour en raison de l'inégalité flagrante dans l'instigation de la procédure de réformation d'un jugement concernant un différend entre un fonctionnaire de l'O.N.U. et l'Organisation. D'abord, la procédure de réformation avait été entachée d'irrégularités formelles lors de l'examen de la demande des États-Unis au comité de révision qui envoie ces demandes à la C.I.J. Ensuite, les motifs de réformation invoqués ne correspondaient pas aux chefs de réformation reconnus. Finalement, on avait refusé de permettre à l'avocat de M. Mortished de faire valoir ses points contre la réformation alors que, durant cette séance, les États-Unis, en tant qu'instigateur de la demande de réformation, avaient non seulement profité de leur présence sur le comité pour faire valoir leur point de vue, mais avaient également participé au vote. La discrétion existe donc toujours, mais il est vrai que dans le cadre du consentement, les impératifs des

Roumanie porte sur l'*application* de la Convention et que l'avis porte sur l'*applicabilité* de celle-ci semble être un sophisme d'un point de vue théorique, même si le résultat est bienvenu. On essaie de faire une fausse distinction entre fond et forme. On ne peut pas dire, comme la Cour le soutient, qu'un différend sur le fond implique qu'il n'y a pas de différend sur le for où appliquer ce droit, surtout dans le contexte contractualiste du droit international. Cependant, la Cour aurait pu régler la question de même façon que dans *Sahara occidental* en invoquant le fait que la question de la disparition de M. Mazilu avait été maintes fois discutée et qu'il s'agissait d'une question intéressant au moins cet organe subsidiaire autorisé, si ce n'est l'Organisation.

²⁰⁶ *Demande de réformation du jugement n° 273*, supra note 32 à la p. 347, para. 45.

relations de plus en plus multilatérales font en sorte que celle-ci pourrait ne demeurer qu'une possibilité.

B. Leur utilité

Cette dernière section a pour but d'offrir un bref examen de l'utilité des avis au regard de la jurisprudence consultative de la C.I.J. Avant d'établir les champs de contribution spécifiques des avis, il semble nécessaire de se demander qui sont les destinataires des avis afin d'évaluer leur utilité. La justification des avis est qu'il s'agit d'abord et avant tout d'une contribution de l'organe judiciaire principal au fonctionnement de l'Organisation afin d'éclairer juridiquement l'organe demandeur dans ses actions.²⁰⁷ La Cour affirme qu'elle n'a pas non plus à examiner l'utilité de l'avis puisque c'est là une question d'appréciation²⁰⁸ ni encore le résultat du vote sur l'avis²⁰⁹. La Cour n'a démontré aucun intérêt à essayer de voir quel camp lui envoyait la balle. Dans son opinion dissidente dans l'avis sur la *Licéité ou menace de l'utilisation des armes nucléaires*, le Juge Oda considère illégitime la demande parce que ce sont des ONG qui se sont servies des les États membres du Groupe des 77 comme paravent pour faire avancer leur militantisme anti-nucléaire.²¹⁰ En réalité, on pourrait dire que les destinataires de l'avis sont justement les États qui ont voté en faveur de l'avis, puisqu'ils essaient généralement d'ainsi valider une position qu'ils ont déjà. Il est bien rare que l'on soumette réellement une question à propos de

²⁰⁷ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 167 à la p. 19; *Conséquences juridiques pour les états*, supra note 15 à la p. 24, para. 32; *Sahara occidental*, supra note 167 à la p. 37, para. 72; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, supra note 1 au para. 60.

²⁰⁸ *Sahara occidental*, *ibid.* à la p. 37, para. 73; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 131 à la p. 237, para. 17; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, supra note 1 au para. 61.

²⁰⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 131.

²¹⁰ *Ibid.*, Dissidence de M. le Juge Oda.

laquelle on ne puisse prévoir la réponse dans une certaine mesure. D'ailleurs, les avis consultatifs n'ont jamais réellement créé de commotion juridique. Outre les jugements de réformation, les avis se sont toujours généralement conclus dans la logique du « demandeur ». Ce qui soulève le problème des questions rédigées de façon tendancieuse.²¹¹ Même si en principe la Cour affirme qu'elle doit s'en tenir au libellé des questions²¹², elle n'hésite pas à réécrire celles-ci²¹³ et à ajouter des points qu'elle considère essentiels, comme en matière contentieuse d'ailleurs²¹⁴. À un autre niveau, la communauté internationale peut être vue comme destinataire²¹⁵, mais vu la technicité des avis, il faut plutôt s'attendre à ce que les lecteurs les plus attentifs soient *la doctrine*²¹⁶.

En pensant à tous ces destinataires, la C.I.J. doit bien balancer la complexité de l'acte judiciaire consultatif et elle réussit à aller de l'avant. Même si c'est bien souvent du bout des lèvres, comme le démontre certaines de ses contributions au droit des organisations (1). Même si certains estiment que le rôle du juge devrait être de trancher les différends plutôt que de se lancer dans le développement du droit international (2). Même s'il y a des limites à ce que la procédure consultative peut accomplir, puisque celles-ci sont en fait relativement limitées dans leur impact négatif (3).

²¹¹ *Conséquences de l'édification d'un mur, supra* note 1; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, supra* note 131.

²¹² *Supra* note 139.

²¹³ *Supra* note 138.

²¹⁴ *Affaire des plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003 (fonds), en ligne : <<http://www.icj-C.I.J.C.I.J.org>>. Voir sur cette question Pierre-Olivier Savoie, Commentaire d'arrêt sur l'*Affaire des plates-formes pétrolières*, dans « La Cour internationale de Justice : commentaires de jurisprudence » (2003) 16-2 R.Q.D.I. [à paraître].

²¹⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, supra* note 131, Déclaration de M. le Président Bedjaoui, au para. 8.

²¹⁶ *Ibid.*, Opinion individuelle de M. le Juge Ranjeva.

1. Le développement du droit des Organisations et le contrôle de l'illégalité des actes des organisations

Considérant que les organes et organisations demandeurs sont les principaux destinataires des avis, il est normal que la plus importante contribution de la Cour en matière consultative se situe au niveau du développement du droit des organisations. D'abord, la Cour a contribué de façon importante à l'élaboration et à la répartition des compétences de l'ONU et à l'intérieur de celle-ci. Ensuite, même si la Cour continue de dire le contraire, elle a contribué à contrôler les actions des organisations internationales et de leurs organes.

La première contribution importante de la Cour se situe évidemment au niveau de la personnalité juridique de l'ONU, qui permet à celle-ci de négocier avec les États sur un pied de presque égalité.²¹⁷ L'autre contribution de la Cour est l'interprétation des dispositions de la Charte ou des différentes conventions établissant les pouvoirs d'une organisation internationale. Dans le cadre des différends ou des questions soulevées par les instances spécifiques, la Cour n'a pas seulement expliqué les dispositions, mais bel et bien réparti les compétences, reconnu la pratique et également contrôlé la légalité des actions des organisations et de leurs organes. L'exemple le plus évident est l'annulation du vote concernant la composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime.²¹⁸ L'assemblée générale de l'organisation s'étant donnée une discrétion dans l'élection des membres du comité là où le texte de la convention n'en donnait pas, la Cour a déclaré cet acte illégal. L'élection eut lieu de nouveau, cette fois en conformité avec l'avis. Celui-ci avait été demandé en vertu d'un article de la Convention disposant que les questions de droit peuvent être portées devant la

²¹⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, supra note 167.

²¹⁸ *Composition du comité de la sécurité maritime*, supra note 169.

C.I.J. pour avis consultatif. L'interprétation et l'élaboration des actions et pouvoirs de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité dans le cadre de la Charte soulèvent des questions plus complexes²¹⁹, puisque la Cour soutient :

« Dans les systèmes juridiques des États, on trouve souvent une procédure pour déterminer la validité d'un acte même législatif ou gouvernemental, mais on ne rencontre dans la structure des Nations Unies aucune procédure analogue. Certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de Justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte, n'ont pas été adoptées; l'avis que la Cour s'apprête à donner ici est un avis *consultatif*. Comme il a été prévu en 1945, chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. »²²⁰

Et elle ajoute :

« Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit [le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale]. Ce n'est pas sur la validité de la résolution 2145(XXI) de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité ni sur leur conformité avec la Charte que porte la demande d'avis consultatif. Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions. »²²¹

La Cour dit une chose – qui peut être supportée par le fait que l'organe judiciaire principal ne s'est pas vu nommer « gardienne de la Charte » comme la Cour suprême des États-Unis est la gardienne de la Constitution – mais elle semble bel et bien faire autre chose. La différence entre « examiner » la légalité et « contrôler » la légalité existe-t-elle vraiment? On peut d'ailleurs saisir la C.I.J. d'une demande d'avis consultatif qui demande l'équivalent d'un contrôle judiciaire des actions d'un des autres organes de l'organisation. Il est vrai que la Cour n'a jamais invalidé une action d'un des deux organes politiques principaux. D'autre part, elle en a validé bon nombre. Ainsi, elle a reconnu que les dépenses autorisées par l'Assemblée générale au Moyen-Orient étaient bien des « dépenses de l'organisation », que ces résolutions

²¹⁹ Michael C. Wood « The Interpretation of Security Council Resolutions » (1998) 2 Max Planck Y.B. UN L. 73; Elihu Lauterpacht, « Judicial Review of the Acts of International Organisations » dans Laurence Boisson de Charzoune et Philippe Sands, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 92.

²²⁰ *Certaines dépenses des Nations Unies*, *supra* note 167 à la p. 168.

²²¹ *Conséquences juridiques pour les états*, *supra* note 15 à la p. 45, para. 89.

concernaient le maintien de la paix – et non des « mesures préventives ou coercitives contre un État, comme il est prévu au chapitre VII » –, et qu’elles « n’empiétaient [pas] sur les prérogatives conférées au Conseil de sécurité ».²²² Elle a aussi reconnu que l’Assemblée générale avait la compétence pour mettre fin au mandat de l’Afrique du Sud en Namibie parce que son pouvoir de recommandation ne l’empêche pas d’adopter des résolutions ayant le caractère de décisions²²³. Comme elle n’avait pas le pouvoir d’obliger l’Afrique du Sud à se retirer, l’Assemblée générale a légalement porté la question à l’attention du Conseil de sécurité²²⁴ et celui-ci a légalement exigé le retrait en vertu de ses pouvoirs sous les articles 24 et 25 de la Charte.²²⁵ Notons aussi que la Cour a reconnu la légalité de la demande d’avis consultatif sur les *Conséquences de l’édification d’un mur* en affirmant que l’Assemblée générale pouvait bel et bien se saisir de cette question en vertu de la résolution Dean Acheson puisque le Conseil de sécurité avait été bloqué par un veto sur cette exacte question peu de temps auparavant.²²⁶ Cette pratique est à tout le moins l’exemple de la définition des compétences de ces organes, si elle ne peut être considérée comme un contrôle judiciaire *de facto*. Il est vrai que la Cour a plié l’échine devant le Conseil de sécurité dans la procédure contentieuse²²⁷, mais peut-être saura-t-elle un jour s’affirmer de façon stratégique – possiblement dans sa procédure consultative – comme l’a fait la Cour suprême des États-Unis au début de son histoire²²⁸ afin de

²²² *Certaines dépenses des Nations Unies*, supra note 167 à la p. 167.

²²³ *Ibid.* à la p. 50, para. 106.

²²⁴ En vertu de l’article 11(2) de la Charte.

²²⁵ *Conséquences juridiques pour les états*, supra note 15 à la p. 51, paras 106-108.

²²⁶ *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur*, supra note 1 au para. 20.

²²⁷ *Questions d’interprétation et d’application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l’incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats Unis d’Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, [1992] C.I.J. Rec. 114.

²²⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) qui concerne l’importance du contrôle judiciaire pour assurer la suprématie de la constitution, qui en l’occurrence est la Charte, même si les interprétations varient dans sa qualification tout au long du spectre allant de la constitution mondiale à un traité multilatéral comme un autre.

forger et d'assurer la place et les pouvoirs du gouvernement fédéral au milieu des États essayant de saper les pouvoirs fédéraux.

2. Le développement du droit international

Si on se fie à Hersch Lauterpacht, le rôle de juge à la C.I.J. n'inclut pas seulement de répondre strictement à la question qui est posée :

« ... in order to reply to that question, the Court is bound in the course of its reasoning to consider and to answer a variety of legal questions. This is of the very essence of its judicial function which makes it possible for it to render Judgments and Opinions *which carry conviction and clarify the law* »²²⁹. [nos italiques]

Les 25 avis consultatifs se sont montrés des terrains assez fertiles dans ce genre de développement. Il est évidemment impossible de discuter en détail de tous ces développements, mais voici une liste qui sera suivie de quelques observations concernant les prononcés du dernier avis relativement au droit à la légitime défense. Parmi les sujets développés depuis près de soixante ans, on compte le droit des organisations (révision d'actions, élaboration des compétences et transition d'une organisation internationale à une autre²³⁰)²³¹, le droit à l'autodétermination dans son contexte classique²³² et post-colonial²³³, l'interprétation des traités (on peut noter en particulier les exigences de bonne foi dans la dénonciation d'un traité²³⁴ ou encore la teneur des réserves acceptables à un traité²³⁵), la valeur des résolutions de

²²⁹ Opinion individuelle de M. le juge Lauterpacht, *supra* note 30; Fitzmaurice, *supra* note 30 à la p. 18. Voir aussi Prost et Fourret, *supra* note 146.

²³⁰ *Procédure de vote applicable*, *supra* note 167.

²³¹ Sur ces questions, voir généralement la sous-section précédente.

²³² *Statut international du sud-ouest africain*, *supra* note 167; *Procédure de vote applicable*, *supra* note 167; *Conséquences juridiques pour les états*, *supra* note 15; *Sahara occidental*, *supra* note 167.

²³³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *supra* note 1.

²³⁴ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951*, *supra* note 134.

²³⁵ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis *supra* note 167.

l'Assemblée générale relativement à la preuve d'une coutume²³⁶, la nature des normes comme les obligations *erga omnes*²³⁷, le droit international humanitaire²³⁸ et son interaction avec les droits de l'homme²³⁹, les immunités de juridictions²⁴⁰, ou encore les réparations découlant de la responsabilité internationale²⁴¹.

Le problème majeur relatif au développement du droit international est que la Cour développe rarement les idées qu'elle défend. Elle ne cite pas de sources et fait souvent des affirmations sans justification adéquate. Ainsi, la Cour ne va généralement pas reconnaître un point de vue contraire dans la doctrine par rapport à une de ses affirmations ou relativement aux prétentions des parties. Cette problématique est bien reflétée par l'affirmation un peu à l'emporte pièce selon laquelle « [l']article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un État étranger. ».²⁴² L'article 51 parle seulement du « droit naturel de légitime défense » en cas « d'agression armée », ce qui n'implique pas selon une interprétation stricte qu'il faille que cette dernière provienne d'un État, ni que le droit naturel s'exerce si et seulement si il y a attaque armée.²⁴³ Par ailleurs, la Cour a manqué l'occasion de se prononcer sur les résolutions 1368 et 1373 du Conseil de sécurité qui retirent la nécessité d'attaque provenant d'un autre État²⁴⁴, si cette nécessité existait réellement. La déclaration de la Cour sur la teneur de l'article 51 ne répondrait donc pas à la

²³⁶ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, supra note 168.

²³⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, supra note 1.

²³⁸ *Ibid.*; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 131.

²³⁹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, supra note 1; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, supra note 131.

²⁴⁰ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, supra note 168.

²⁴¹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, supra note 1.

²⁴² *Ibid.* au para. 139.

²⁴³ *Ibid.*, Opinion individuelle de Madame la juge Higgins, paras 33-34.

²⁴⁴ *Ibid.*, Opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, paras 35-36.

question à laquelle elle s'attaquait, soit le supposé droit de légitime défense d'Israël contre des groupes terroristes.

Malgré ces limitations, et aussi en raison de ces limitations, c'est souvent dans les opinions individuelles qu'on peut retrouver les développements les plus intéressants, à conditions qu'ils soient convaincants. À cet effet, relativement à la procédure contentieuse, l'opinion du Juge Simma dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières* mérite d'être soulignée. Au regard du droit comparé des juridictions de common law et des juridictions civilistes française, suisse, allemande et québécoise, il propose un principe général du droit selon lequel les personnes commettant conjointement un préjudice qui ne peut être attribué individuellement sont tous considérés entièrement responsables et que ce principe devrait être applicable à la responsabilité des États.²⁴⁵

3. Les limites des avis consultatifs

En gros, cinq aspects reflètent les limites de la procédure consultative de la Cour. D'abord, la C.I.J. n'a pas su ou n'a pas pu jouer le même rôle que la C.P.J.I. dans le maintien de la paix et de la sécurité internationale. Les avis de la C.P.J.I. ont tous été acceptés par le conseil de la SdN et certains ont même été acceptés comme obligatoires par les parties.²⁴⁶ La raison est assurément une société internationale plus diversifiée où les États n'ont plus des intérêts aussi uniformes.²⁴⁷ Deuxièmement, une

²⁴⁵ *Affaire des plates-formes pétrolières*, supra note 213, Opinion individuelle de M. le juge Simma aux paras 63 et s. En l'espèce, cela permettrait de trouver l'Iran responsable d'avoir miné des bateaux américains même s'il est impossible de prouver si c'est en fait l'Iran ou l'Irak qui a miné ce bateau spécifique. Les deux États avaient cependant participé à part plus ou moins égales aux attaques contre des navires neutres durant la *guerre des pétroliers* dans le golfe persique au début des années 1980.

²⁴⁶ Hudson, *The P.C.I.J., 1920-1942*, supra note 124 à la p. 512.

²⁴⁷ Voir C.J. Chacko, « The Possible Expansion of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice » dans M.K. Nawaz, dir., *Essays on International Law In Honour of Krishna Rao*, Leyden, Sijthoff, 1976, 214.

autre limite serait les questions trop politiques qui devraient plutôt être résolues par voie de négociation.²⁴⁸ Cependant, le prononcé selon lequel même les situations les plus tendues politiquement peuvent bénéficier utilement d'un éclairage juridique nous semble convaincant.²⁴⁹ Troisièmement, l'absence de faits nécessaires à l'évaluation des prétentions des parties semble une limite importante qui peut gêner la Cour. Cependant, considérant la disponibilité de l'information aujourd'hui par rapport aux circonstances de 1923 lorsque la C.P.J.I. a décidé l'affaire de la *Carélie*, il semble que ce point soit presque devenu sans objet. Dans l'avis sur les *Conséquences de l'édification d'un mur*, le juge Buergenthal estime que la Cour aurait dû user de sa discrétion et décliner de rendre l'avis parce qu'Israël n'a pas présenté ses arguments et des informations dont elle disposait relativement à sa lutte contre le terrorisme. Cependant, pour reprendre la logique du juge Buergenthal, il semble plutôt que le problème est que la Cour ne s'est pas penchée sur ces arguments et informations qui étaient disponibles à la Cour dans les différents rapports de l'ONU déposés en l'instance.²⁵⁰ Quatrièmement, la Cour devra continuer d'essayer de maintenir sa crédibilité, son intégrité et son prestige et cela peut limiter les questions auxquelles elle se considère apte à répondre. Ce problème peut se présenter sous diverses formes, qui demeurent difficiles à prédire. Finalement, une de ces formes d'atteinte à sa fonction judiciaire a mené la Cour à répéter que les demandes de réformation n'étaient pas appropriées pour son fonctionnement en raison de l'inégalité inhérente des parties. C'est ce qui a mené à l'abolition de la pratique.

²⁴⁸ Pomerance, *supra* note 47.

²⁴⁹ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951*, *supra* note 134 au para. 33.

²⁵⁰ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *supra* note 1, Déclaration de M. le juge Buergenthal au para. 7.

III – L’avis : un hybride entre la décision judiciaire et la consultation

Nous avons proposé au début que l’avis consultatif pouvait être vu comme une forme de mode alternatif de résolution des conflits. Au-delà des problèmes potentiels liés à la fonction judiciaire de la Cour, ce qui frustre également, c’est qu’ils ne mettent pas terme au conflit, comme le veut le bon vieux jugement exécutoire. Serait-ce là un problème puisque le droit judiciaire devrait avoir pour but de démontrer l’efficacité du droit? En réalité, l’exécution d’un jugement (ou arrêt) est également soumise à bien des aléas. Le créancier peut toujours se sauver. Sa faillite peut nous faire un pied de nez. À cet effet, on peut rappeler les paroles du président américain Andrew Jackson à la suite d’une décision de la Cour suprême : « John Marshall has made the decision; now let him execute it! »²⁵¹

Les avis consultatifs – tout comme les arrêts – ne sont que qu’une étape préalable à l’acceptation par les parties d’une certaine finalité ou stabilité dans le cadre d’un conflit, d’une relation. Le fait que les avis ne soient pas « exécutoires » ou qu’ils soient teintés de politique, n’en fait pas une forme juridique ou judiciaire moindre, seulement différente. En tant que processus d’ordonnement social, l’avis demeure un hybride entre la consultation et la décision judiciaire et s’ajoute ainsi au débat lié à l’émergence, à la confirmation ou à la disparition de la norme. Et ils le font de façon acceptable puisque les avis de la C.I.J. respectent les principes fondamentaux de la décision judiciaire: la procédure est publique, l’avis est donné par la Cour au complet, le jugement est motivé²⁵² et le jugement est lu en public et largement diffusé²⁵³. On est donc bien loin des pratiques consultatives qui faisaient dire à Elihu Root que celles-ci constituent « a violation of all judicial principles ». Malgré ses

²⁵¹ Cité dans Scott, *supra* note 158 à la p. 831.

²⁵² Règlement, art. 107(2).

²⁵³ Règlement, art. 107(1).

imperfections, comme toute fonction judiciaire, la procédure consultative, même devant la C.I.J., a su se tailler une place plus qu'honnête dans la jungle du droit international.

IV- Bibliographie

LÉGISLATION

Canada

Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-26.

CONVENTIONS INTERNATIONALES ET DOCUMENTS

Charte des Nations Unies.

Pacte de la Société des Nations.

Statut de la Cour internationale de justice.

Règlement de la Cour internationale de justice.

MONOGRAPHIES

Amr, Mohamed Sameh M., *The role of the International Court of Justice as the principal judicial organ of the United Nations*, 2003.

Ando, Nisuke, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, dir., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, 2 vol., La Haye, Kluwer, 2002.

Annuaire 2001-2002, La Haye, C.I.J., 2002.

Annuaire 1962-1963, La Haye, C.I.J., 1963.

Bléry, Corinne. *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, L.G.D.J., 2000.

Boisson de Chazournes, Laurence et Philippe Sands, dir. *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Boisson de Chazournes, Laurence et Vera Gowlland-Debbas, dir. *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001.

Bustamente, *La Cour permanente de Justice internationale*, Paris, 1925.

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2002

- Delbez, Louis. *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, Bibliothèque de droit international, 1962.
- Elon, M. *Jewish Law: History, Sources, Principles*, vol. III, trad. B. Auerbach et M. Sykes, Philadelphie/Jérusalem, The Jewish Publication Society, 5754/1994.
- Fachiri, A.P. *The Permanent Court of International Justice*, Oxford/Londres, 1932.
- Fitzmaurice, Sir Gerald. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius Publications, 1986, 2 vol.
- Fuller, Lon L. *The Anatomy of Law*, New York, Praeger, 1968.
- Fuller, Lon L. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Portland, Or., Hart, 2001.
- Glenn, H.P. *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Guyomar, Geneviève. *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : Interprétation et pratique*, Paris, Pedone, 1973.
- Hart, Henry M. et Albert M. Sacks. *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law*, nouvelle édition préparée par William N. Eskridge, Jr. et Philip P. Frickey, Westbury, N.Y., Foundation Press, 1994.
- Hudson, Manley O. *La Cour permanente de justice internationale*, Paris, 1936.
- Jay, Stewart. *Most humble servants : the advisory role of early judges*, 1997.
- Kaikobad, Kaiyan Homi. *The International Court of Justice and judicial review : a study of the court's powers with respect to judgments of the ILO and UN administrative tribunals*, La Haye, Kluwer 2000.
- Keith, Kenneth James. *The extent of the advisory jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1971.
- Kelsen, Hans. *The Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger/London Institute of World Affairs, 1950.
- Lowe, Vaughan et Fitzmaurice, Malgosia, dir., *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Grotius / Cambridge University Press, 1996.
- Mayrand, Albert, *Incompatibilités de fonctions et conflits d'intérêts en droit parlementaire québécois*, 1997.
- Morissette, Yves-Marie J. R., *Le renvoi sur la sécession du Québec : bilan provisoire et perspectives*, 2001.

- Muller, A.S., Raic, D. et Thuránszky, J.M., dir. *The International Court of Justice : Its Future Role After Fifty Years*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- Newman, Warren J., *Le Renvoi relatif à la sécession du Québec : la primauté du droit et la position du procureur général du Canada*, 1999.
- Pratap, D. *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, Oxford University Press, 1972.
- Pomerance, Michla, *The advisory function of the International Court in the League and U.N. eras*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1973.
- Quoc Dinh, Nguyen. *Droit international Public*, 9^e éd., Par Alain Pellet et Patrick Daillier, Paris, L.G.D.J., 2002.
- Revêt, Thierry, dir. *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998.
- Robertson, A.H. et J.G. Merrills. *Human Rights in the World*, 4e éd., Manchester, Manchester University Press, 1996.
- Rosenne, Shabtai. *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 4 Vol., La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- Sands, Philippe et Pierre Klein. *Bowett's Law of International Institutions*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001.
- Schermers, Henry G. et Denis Waelbroeck. *Judicial Protection in the European Communities*, 4e éd., Deventer, Kluwer, 1987.
- Shihata, Ibrahim F.I. *The power of the International Court to determine its own jurisdiction, Compétence de la Compétence*, La Haye Martinus Nijhoff, 1965.
- Sibert, M. *Traité de droit international public*, t. II, Paris, 1951.
- Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3e ed., 1988.
- Tribe, L. *American Constitutional Law*, 2e ed., 1988.
- Yakpo, Emile et Tahar Boumedra. *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer, 1999.

**DOCTRINE: ARTICLES DE PERIODIQUES ET CHAPITRES
D'OUVRAGES COLLECTIFS**

Note, « Advisory Opinions on the Constitutionality of Statutes » (1956) 69 Harv. L. Rev. 1302.

- Note, « Judicial Determinations in Nonadversary Proceedings » (1959) 72 Harv. L. Rev. 723.
- Abel, Richard L. « The Contradictions of Informal Justice » dans Richard L. Abel, dir., *1 The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1982, 267.
- Abi-Saab, Georges. « On discretion: Reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice » dans Laurence Boisson de Charzounes et Philippe Sands, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 36.
- Ago, Roberto. « Binding” Advisory Opinions of the International Court of Justice » (1991) 85 A.J.I.L. 439.
- Akande, Dapo. «The Role of the International Court of Justice in the Maintenance of International Peace» (1996) 8 R. africaine D. intern’l et comp. 592.
- Australian Law Reform Commission. « Issues in Case Management », *in Review of the Federal Justice System* (Discussion Paper 62), Sydney, Australian Law Reform Commission, 1999.
- Bailey, M.J. « Unpacking the ‘Rational Alternative’: A Critical review of Family Mediation Movement Claims » (1989) 8 Can. J. Family L., 61.
- Bedjaoui, Mohammed. «La place de la Cour internationale de Justice dans le système général de maintien de la paix institué par la Charte des Nations Unies», (1996) 8 R. Africaine D. intern’l et comp. 541.
- Bok, Derek C. « A Flawed System of Law Practice and Training » (1983) 33 J. Legal Ed. 570.
- Brower, Charles N. et Pieter H.F. Bekker. « Understanding « Binding » Advisory Opinions of the International Court of Justice » dans Nisuke Ando, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, dir., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer, 2002, 351.
- Bryan, P.E. « Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power » (1992) 40 Buffalo L. Rev. 441.
- Buergenthal, Thomas. « The advisory practice of the Inter-American Court of Human Rights » (1985) 79 A.J.I.L. 1.
- Clovis & Updegraff, « Advisory Opinions » (1928) 13 Iowa L. Rev. 188.
- Drzemczewski, Andrew. « Advisory Jurisdiction of the European Human Rights Court: A Procedure Worth Retaining? » dans *The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Inter-American Institute of Human Rights, 1996, 493 à la p. 493

- Dubuque, Hugo. « The Duty of Judges as Constitutional Advisers » 24 Am. L. Rev. 369.
- Edsall. « The Advisory Opinion in North Carolina » (1949) 27 N.C.L. Rev. 297.
- Edwards, Harry T. « Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema » (1986) 99 Harv. L. Rev. 668.
- Elias, Taslim O. « How the International Court of Justice Deals with Requests for Advisory Opinions » dans Jerzy Makarczyk, dir., *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, 355.
- Ellingwood. Departmental Cooperation in States Government (1978) 39-78.
- Elliot, D. « Managerial Judging and the Evolution of Procedure » (1986) 56 U. Chicago L. Rev. 366.
- Field. « The Advisory Opinion – An Analysis » (1949) 24 Ind. L.J. 203.
- Fiss, Owen M. « Against Settlement » (1984) 93 Yale L.J. 1073.
- . « Out of Eden » (1985) 94 Yale L.J. 1669.
- Fitzmaurice, Gérald. « Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge. Part I » (1961) 37 B.Y.B.I.L. 1.
- Foster, W.F.. « Fact Finding and the World Court », (1969) 7 A.C.D.I. 150.
- Frankfurter, Felix, « A Note on Advisory Opinions » (1924) 37 Harv. L. Rev. 1002.
- Fuller, Lon L. « A Reply to Critics » dans *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven, Conn., Yale University Press, 1969.
- Furukawa, Terumi. « Le double rôle de la Cour internationale de justice à l'égard des organisations internationales: protection et contrôle » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter : Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 293.
- Galanter, Marc. « Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change » (1974) 9 Law & Soc. Rev. 95.
- Grabowska, Genowefa M.. « Les avis consultatifs de la Cour internationale de justice » (1989/1990) 18 Polish Yearb. of Int'l L. 17.
- Grieg, D.W. « The Advisory Jurisdiction of the ICJ and the Settlement of isputes Between States » (1966) 15 I.C.L.Q. 332.
- Grinnell, F.W. « Duty of the Court to Give Advisory Opinions » 2 Mass. L. Q. 542.
- Gross, Leo. « The I.C.J. and the United Nations » (1967-I) R.C.A.D.I. 312.

Hambro, Edvard. « The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice » (1954) 3 I.C.L.Q. 2.

Higgins, Rosalyn. « A comment on the health of Advisory Opinions », dans Lowe et Malgosia Fitzmaurice, dir., *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, 567.

Hubbard, K. « Separation of Powers Within the United Nations : A Revised Role for the International Court of Justice », (1985) 38 Stan. L. Rev. 165.

Hudson, Manley O. « Advisory Opinions of National and International Courts » (1924) 37 Harv. L. Rev. 970.

--. « Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale » (1925) 8 R.C.A.D.I. 341.

--. « The 28th Year of the World Court » (1950) 44 A.J.I.L. 1.

Huffman et Sathoff, « Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development » (1990) 74 Minn. L Rev. 1251.

Jarosson, Charles. « Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale » [1997] R.I.D.C. 325.

Jolowicz, J.A. « On the Nature and Purpose of Civil Procedural Law » dans *On Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 59.

Kheitmi, Rachid. « La fonction consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes » (1967) 3 R.T. dr. Eur.553.

Kolb, Robert. « De la prétendue discrétion de la Cour internationale de justice de refuser de donner un avis consultatif » (2000) 12 RADIC 799.

Koroma, Abdul G. « Assertion of Jurisdiction by the International Court of Justice » dans *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Kovar, Robert. « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la communauté économique européenne » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter : Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981.

Lauterpacht, Elihu. « Judicial Review of the Acts of International Organisations » dans Laurence Boisson de Charzounes et Philippe Sands, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 92.

Macdonald, R.A. « Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit », in Carole Younès et Étienne Le Roy

(dir.), *Médiation et diversité culturelle : pour quelle société?*, Paris, Karthala, 2002, 21

---. « Legislation and Governance » dans Willem J. Witteveen et Wibren van der Burg, dir., *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, University of Amsterdam Press, Amsterdam, 1999, 279.

Macdonald, Roderick A. et Pierre-Olivier Savoie. « Une phénoménologie des modes alternatifs de *résolution* des conflits : résultat, processus et symbolisme » dans Christoph Eberhardt, dir., *Liber Amicorum Étienne Le Roy*, Paris, Karthala [à paraître, 2005.

McEvoy. « Separation of Powers and the Reference Power: Is there a Right to Refuse? » (1988) 10 Supreme Court L.R. 429.

McWhinney, Edward. « The International Court as Emerging Constitutional Court and the Coordinate UN Institutions (Especially the Security Council) : Implications of the Aerial Incident at Lockerbie » (1992) 30 A.C.D.I. 261.

Moore, John Bassett. « Organisation of the Permanent Court of International Justice » (1922) 22 Columb. L.Rev. 507.

Mori, Tadashi. « Namibia Opinion revisited : A Gap in the Current Arguments on The Power of the Security Council » (1997) 4 ILSA J. Int'l Comp. L. 121.

Mosler, Hermann. « Political and Justiciable Legal Disputes : Revival of an Old Controversy? » dans Bin Cheng et D.E. Brown, dir., *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 1988.

Nader, Laura. « Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology » (1993) 9 Ohio St. J. Disp. Res. 1.

Negulesco, « L'Évolution de la Procédure des Avis consultatifs de la Cour permanente de justice internationale » (1936) 57 R.C.A.D.I. 5.

Oda, Shigeru. « The International Court of Justice » (1993) 244 R.C.A.D.I. 1.

Oelofsen, P.D. « International Court of Justice: advisory opinion on the Western Sahara » (1975) 1 South African Yearb. of Int'l L. 155.

Ostrihansky, Rudolf. « Advisory Opinions of the International Court of Justice as Reviews of Judgments of International Administrative Tribunals » (1988) 17 Polish Yearb. of Int'l L. 101.

_____, « The « Mazilu Opinion » of the International Court of Justice and Its Contribution to the Clarification of International Law » (1989/1990) 18 Polish Yearb. of Int'l L. 31.

- Otis, Louise. « La justice conciliatoire: l'envers du lent droit », (2001) 3, 2 *Éthique publique* 63.
- Paulson, Colter. « Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987 » (2004) 98 *A.J.I.L.* 434
- Peckham, Robert F. « The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition » (1981) 68 *Cal. L. Rev.* 770.
- . « A Judicial response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution » (1985) 37 *Rutgers L. Rev.* 253.
- Pharand, A. Donat. « Analysis of the Opinion of the International Court of Justice on Certain Expenses of the United Nations » (1963) 1 *A.C.D.I.* 272.
- Pomerance, Michla. « The Advisory Role of the International Court of Justice and Its 'Judicial' Character: Past and Future Prisms » dans A.S. Muller, D. Raic et J.M. Thuranszky, dir., *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, 271.
- Rasmussen, Hjalte. « Le juge international, en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental » (1986) 29 *GYIL* 252.
- Resnik, Judith. « Managerial Judges » (1982) 96 *Harv. L. Rev.* 374.
- Salmon, Jean. « Quels sont les destinataires des avis » dans Laurence Boisson de Charzoune et Philippe Sands, dir., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 28.
- _____, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice », *Travaux du Centre national de recherches de logique, Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Éd. Nemesis, 1988, 21.
- Sands, Philippe. « What is the ICJ for ? » (2002) 35 *R.B.D.I.* 537.
- Schwebel, Stephen. « Authorizing the Secretary-General of the United Nations to request Advisory Opinions of the International Court of Justice » (1984) 78 *A.J.I.L.* 869.
- . « Was the Capacity to Request An Advisory Opinion Wider in the Permanent Court of International Justice than it is in the International Court of Justice? » (1991) 62 *B.Y.I.L.* 77.
- Stanczyk, Janusz. « The International Court of Justice on the Competence and Function of the Security Council » (1986) 15 *Polish Yearb. of Int'l L.* 193.
- Symonides, Janusz. « Les fonctions de la justice internationale dans les relations internationales contemporaines » (1989/1990) 18 *Polish Yearb. of Int'l L.* 87.

Tammes, A.J.P. « Decisions of International Organs as a Source of International Law », R.C.A.D.I. 1958-II, vol. 94, p. 265-365.

Valticos, Nicolas. « Pratique et éthique d'un juge *ad hoc* à la Cour internationale de justice » dans Nisuke Ando, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum, dir., *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer, 2002, 107.

Vereschetin, V.S. « Is 'Deceptive Clarity' better than 'Apparent Indecision' in Advisory Opinions » dans Emile Yakpo et Tahar Boumedra, *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer, 1999, 531.

de Visscher, Charles. « Les avis consultatifs de la Cour internationale de justice » (1929) R.C.A.D.I 1.

Wood, Michael C. « The Interpretation of Security Council Resolutions » (1998) 2 Max Planck Yearb. UN Law 73.

JURISPRUDENCE

Cour permanente de justice internationale

Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, C.P.J.I. série B (no. 5) 29.

Cour internationale de justice

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, [1984] C.I.J. rec. 392.

Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), [1986] C.I.J. rec. 14.

Affaire des plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 6 novembre 2003 (fonds), en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

Affaire du Déroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949, [1949] C.I.J. Rec. 15.

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif du 15 décembre 1989, [1989] C.I.J. Rec.177.

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, avis consultatif 26 avril 1988, [1988] C.I.J. Rec.12.

Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte), avis consultatif 20 juillet 1962, [1962] C.I.J. Rec.151.

Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif 3 mars, [1950] Rec. C.I.J. 4.

Composition du comité de la sécurité maritime de l'organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, avis consultatif 8 juin 1960, [1960] C.I.J. Rec. 150.

Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif 28 mai 1948, [1948] Rec. C.I.J. 57.

Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, ordonnance du 29 janvier 1971, [1971] C.I.J. Rec. 12.

Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, [1971] C.I.J. Rec. 16.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, ordonnance du 19 décembre 2003 au para. 4, en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, ordonnance du 15 janvier 2004, communiqué de presse 2004/01, en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, ordonnance du 22 janvier 2004, communiqué de presse 2004/02, en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

Conséquences juridiques pour les états de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif 12 juillet 1973, [1973] C.I.J. Rec. 166.

Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif 20 juillet 1982, [1982] C.I.J. Rec.325.

Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif 27 mai 1987, [1987] C.I.J. Rec. 18.

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, 29 avril 1999, [1999] C.I.J. Rec. 62.

Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies, Avis consultatif du 13 juillet 1954, [1954] C.I.J. Rec. 47

Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif 20 décembre 1980, [1980] C.I.J. Rec. 73.

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif 30 mars 1950, [1950] C.I.J. Rec. 65.

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif 18 juillet 1950, [1950] C.I.J. Rec. 221.

Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO, avis consultatif du 23 octobre 1956, [1956] C.I.J. Rec. 77.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, [1996] Rec. C.I.J. 226.

Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif du 8 juillet 1996, [1996] C.I.J. Rec 66.

Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du sud-ouest africain, avis consultatif 7 juin, [1955] Rec. C.I.J. 67.

Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, [1992] C.I.J. Rec. 114.

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif 11 avril 1949, [1949] C.I.J. Rec.174.

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif 28 mai 1951, [1951] C.I.J. Rec. 15.

Sahara occidental, avis consultatif 16 octobre 1975, [1975] C.I.J.Rec. 12.

Statut international du sud-ouest africain, avis consultatif 11 juillet, [1950] Rec. C.I.J. 128.

Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt 18 juillet 1966, [1966] Rec. C.I.J. 3

Sentences arbitrales

Cases of Dual Nationality (1954) 14 Reports Int. Arb. Awards 27.

Australie

Re Judiciary and Navigation Act (1921) 29 C.L.R. 257

Canada

A.-G. Ont. v. A.-G. Can. (Local Prohibition) [1896] A.C. 348.

A.-G. Ont. v. A.-G. Can. (Reference Appeal) [1912] A.C. 571.

Entreprises Immobilières du Terroir ltée c. Viel, [2002] J.Q. no 1056 (C.A.Q.), en ligne : QL.

MacMillan Bloedel c. Simpson [1995] 4 R.C.S. 725.

McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, [1983] 1 R.C.S. 704.

Re Can. Assistance Plan [1991] 2. S.C.R. 525.

Reference re Education System in Island of Montreal, [1926] R.C.S. 246.

Reference re Waters and Water-Powers, [1929] R.C.S. 200.

Re Objection by Quebec to Resolution to Amend the Constitution [1982] 2. S.C.R. 793.

Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54.

Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services, [1992] 2 R.C.S. 445.

Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île du Prince Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3.

Renvoi sur la sécession la sécession du Québec [1998] 2 R.C.S. 217.

États-Unis d'Amérique

Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Maryland Casualty Co. c. Pacific Coal & Oil Co., 312 U.S. 271 (1941).

Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1910).

Royaume-Uni

Gouriet v. Union of Post Office Workers, 3 W.L.R. [1977] 300, 332 (H.L. 1977)
(C.A.).