**L’éthique, un phare face à l’incertitude en droit international ?
Réflexions à partir de la jurisprudence récente de la Cour internationale de justice**

Raphaël MAUREL[[1]](#footnote-1)

L’éthique est un champ normatif qui peut s’avérer concurrent ou complémentaire du droit ; en tant que tel, il permet de déterminer en marge du droit ce qui constitue, dans une situation donnée et à un moment donné – puisque l’éthique est relative et non universelle –, un comportement « normal »[[2]](#footnote-2). Or, le comportement « normal » du juge consiste en premier lieu à appliquer le droit et, s’il n’est pas clair, à l’interpréter. Autrement dit, l’exercice intellectuel proposé par cette contribution apparaît *prima facie* délicat : le juge applique la norme juridique et non la norme éthique. Trois configurations distinctes peuvent pourtant inviter à s’interroger sur l’existence de la norme éthique dans le comportement du juge.

D’une part, et de manière dorénavant connue du fait de l’émergence de ces questions dans les débats publics et académiques[[3]](#footnote-3), se pose la question de la déontologie du juge – pour autant que la déontologie soit une éthique. Celle-ci ne concerne cependant pas le raisonnement du juge en lui-même – quoi qu’un conflit d’intérêts puisse l’affecter plus ou moins directement – mais l’environnement, le contexte de son travail. Aussi, et malgré l’actualité que constitue la publication récente de la « compilation des décisions » adoptées par la Cour internationale de justice en matière d’activités extérieures des juges[[4]](#footnote-4), le thème de la déontologie du juge international ne sera pas approfondi ici[[5]](#footnote-5).

D’autre part et cette fois-ci au stade du raisonnement juridique, la question de l’éthique peut se poser lorsqu’il y a incertitude sur le droit à appliquer[[6]](#footnote-6) – situation classique en droit international et spécifiquement en arbitrage –, ou sur la question de savoir s’il faut interpréter le droit applicable. Néanmoins, ces situations de conflits ou d’incertitude normatifs s’avèrent « normées », c’est-à-dire que des normes juridiques ont émergé pour les régir. Autrement dit, les règles de conflits de lois, celles qui permettent de déterminer quand et comment un juge ou un arbitre peut se prononcer sur un différend, ou encore les règles d’interprétation coutumières et codifiées réduisent, sans toujours l’annihiler, la marge d’incertitude préalable à leur application. Face à telle ou telle situation, le juge ou l’arbitre dispose généralement, dans des mesures variables, d’un référentiel juridique qui lui permet de déterminer la conduite à suivre ; de sa densité et de sa précision dépend l’existence d’interstices que la norme éthique peut, entre autres, venir combler. Ces hypothèses donnent d’emblée matière à réflexion, bien qu’on doive admettre que l’identification cumulée de la marge résiduelle et de l’invocation de la normativité éthique est, en l’espère, peu aisée.

Enfin et dans la continuité de ce qui précède, la question de la place de l’éthique dans le raisonnement du juge se pose surtout au stade de l’incertitude qui suit l’application de ces normes juridiques et référentiels : comment les appliquer concrètement ? Lorsque la situation factuelle – ou juridique – n’invite pas à appliquer de manière logique et mécanique les règles établies, comment le juge va-t-il se comporter ? Face à la liberté interprétative ou au cas fréquent dans lequel les règles d’interprétation ne conduisent pas à une réponse juridique évidente, impliquant de faire des *choix*, comment le juge procède-t-il ?

L’hypothèse de cette contribution réside dans l’idée que dans toutes ces situations, le juge international procède, de manière non exclusive d’autres raisonnements, à un « questionnement éthique », processus[[7]](#footnote-7) qui consiste à se demander ce qu’il faut faire, ce qu’il serait « bon » de faire face à la situation problématique – le « bon » se définissant alors par référence à un ensemble de valeur relatif, propre à l’époque et au contexte dans lesquels la situation est posée. Autrement dit, l’intuition qui a guidé cette réflexion est celle selon laquelle lorsqu’il y a incertitude, le juge international fait appel, formellement ou matériellement, consciemment ou inconsciemment, à la norme éthique pour le guider. Cette intuition n’est évidemment pas totalement originale ; des approches doctrinales, souvent non juridiques, ont pu montrer que tel était bien le cas du juge interne – par exemple canadien[[8]](#footnote-8). La jurisprudence de la Cour internationale de justice a elle-même fait l’objet de quelques réflexions en ce sens[[9]](#footnote-9).

Dans la « vie » d’une affaire à la Cour internationale de justice, on peut identifier, après les questionnements incombant aux parties – faut-il introduire une requête ? Faut-il déposer une demande en indication de mesures conservatoires ? Dans la positive, faut-il le faire en même temps ou après le dépôt de la requête initiale ? Faut-il protester contre la compétence et la recevabilité ou directement sur le fond ? Faut-il adopter une stratégie de non-participation à l’instance[[10]](#footnote-10) ? *etc.* –, quatre grands « moments » d’incertitude propices à la recherche de l’existence d’un questionnement éthique par les juges. D’autres « moments » pourraient certainement être identifiés ; le format de la présente étude ne permet toutefois pas de les envisager.

*Primus*, une incertitude « procédurale » est générée lorsqu’une demande en indication de mesures conservatoires est formulée. *Secondus*, une incertitude « matérielle » peut surgir lorsque le droit international est indéterminé au fond. *Tertius*, une incertitude « politique » – mais qui s’avère également matérielle – apparaît lorsque les règles de droit international sont identifiables mais qu’elles peuvent, au regard des faits, être interprétées de plusieurs manières différentes ; à cet égard, le droit demeure un outil susceptible d’être utilisé de manière dynamique, comme un outil politique de promotion de tel ou tel positionnement éthique. *Quartus*, une incertitude méthodologique survient lorsqu’il s’agit de déterminer l’indemnisation due par une partie dont la responsabilité internationale a été engagée à une autre, à défaut d’accord entre ces parties. Sur ce dernier point, l’incertitude peut être telle que la Cour peut requérir une expertise[[11]](#footnote-11) ; encore lui faut-il, de manière peu juridique, choisir une méthode de calcul de l’indemnisation[[12]](#footnote-12) et fixer le montant qu’elle juge raisonnable pour indemniser des violations parfois massives du droit international…ainsi, quel est le montant d’indemnités raisonnable pour un génocide[[13]](#footnote-13) ?

La présente contribution propose d’apporter quelques éléments de réponse à ces interrogations, en se livrant à un exercice de relecture de la jurisprudence récente de la Cour sous le prisme spécifique du rôle de l’éthique face à l’incertitude juridique, participant incidemment à la réflexion le rôle et les limites du juge international. Au regard de son volume, ne seront abordés que les deux premiers points identifiés *supra*, à savoir le positionnement éthique face à l’incertitude procédurale (**I**) puis matérielle (**II**).

**I. L’éthique, un outil de protection face à l’incertitude procédurale**

Le postulat de ce développement est que l’introduction d’une demande en indication de mesures conservatoires, qui vise à demander à la Cour de se prononcer en urgence sur des mesures pour garantir que le différend ne s’aggrave pas avant même de se prononcer sur sa compétence et le fond de l’affaire, génère une incertitude procédurale. Sauf dans le cas où la demande est en réalité une *nouvelle* demande de mesures conservatoires, intervenant après que la Cour s’est estimée compétente au stade des exceptions préliminaires, la Cour ne *sait* pas définitivement, à ce stade, si elle sera ou non compétente, ni si les parties se prévalent à raison des droits invoqués. Autrement dit, elle ne peut que modérément se fonder sur le droit positif, qui reste incertain, pour déterminer si elle peut et doit, ou non, indiquer des mesures conservatoires. Leur existence implique que les juges fassent appel à d’autres éléments que le droit international pour y faire droit. Ce raisonnement donne lieu à des questionnements éthiques, qui sont particulièrement visibles à l’aune de leurs « résultats » juridiques. On peut à cet égard évoquer l’assouplissement des critères de leur indication que sont la plausibilité des droits invoqués (**A**) et l’existence d’un risque imminent de commission d’un préjudice irréparable (**B**).

1. **L’assouplissement du critère de la plausibilité des droits invoqués**

Une fois la compétence de la Cour établie *prima facie* – donc non définitivement, comme le montrent les quelques exemples d’affaires où la Cour a indiqué des mesures conservatoires avant de juger, au stade des exceptions préliminaires, qu’elle n’était finalement pas compétente[[14]](#footnote-14) –, elle examine si les droits allégués par la partie demandeuse apparaissent au moins plausibles. Il ne serait en effet pas acceptable qu’un État réclame d’un autre, sur le fondement d’une base de compétence solide, le respect, même à titre provisoire, de droits dont il ne peut à l’évidence pas se prévaloir. La Cour juge donc qu’elle ne peut exercer son pouvoir d’indiquer des mesures conservatoires « que si elle est convaincue que les droits revendiqués par la partie demanderesse sont à tout le moins plausibles »[[15]](#footnote-15). Deux exemples récents témoignent d’une forme d’assouplissement jurisprudentiel que l’on peut rattacher à une volonté, non exclusivement juridique, de garantir aux États demandeurs que leurs demandes tendant à la sauvegarde provisoire des droits invoqués ont des chances d’aboutir[[16]](#footnote-16).

Dans l’affaire *Qatar c. Émirats arabes unis*, ces derniers contestaient notamment la plausibilité des droits allégués par le Qatar. Celui-ci se fondait essentiellement, pour démontrer cette plausibilité, sur un rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme évoquant un « risque » d’entrave à l’exercice de droits et libertés des Qatariens[[17]](#footnote-17) du fait d’une série de mesures législatives prises par les Émirats. La Cour traite très rapidement de ce point en jugeant « qu’au moins certains des droits revendiqués […] sont plausibles »[[18]](#footnote-18). Le lien entre ces droits et les mesures conservatoires sollicitées est ensuite validé par la Cour sans aucune difficulté, là aussi de manière expéditive[[19]](#footnote-19). Il en résulte un abaissement du degré de preuve exigé, même au stade des mesures conservatoires, au bénéfice du demandeur. Il n’est, d’ailleurs, pas anodin que la Cour se soit finalement déclarée incompétente *ratione materiae* début 2021 dans la même affaire[[20]](#footnote-20).

Dans l’ordonnance *Iran c. États-Unis* rendue en 2018 également, la Cour conclut de la même manière que certains des droits revendiqués par l’Iran sont plausibles[[21]](#footnote-21) – mais, à la différence de l’affaire précédente, conclut dans un arrêt du 3 février 2021 sur les exceptions préliminaires qu’elle est bien compétente[[22]](#footnote-22). La formulation de la Cour, dans l’ordonnance du 3 octobre 2018, est cependant assez absconse, en particulier lorsqu’elle développe l’idée de « *droits* *plausiblement* *considérés* comme pouvant donner lieu à l’invocation d’exceptions »[[23]](#footnote-23). L’ordonnance révèle surtout une double incertitude quant à la plausibilité des droits allégués et aux liens entre ces droits et les mesures requises. Or, dans cette affaire, la Cour comble cette incertitude manifeste en optant pour une posture libérale conduisant à assouplir, dans le doute, le seuil à partir duquel ces droits invoqués peuvent être considérés comme plausibles et, plus encore, liés à la demande de mesures conservatoires[[24]](#footnote-24).

Ces éléments révèlent une certaine souplesse face aux incertitudes à demi-avouées par la Cour, laquelle peut être considérée comme guidée par des positionnements éthiques. On peut en effet analyser la solution de la Cour comme traduisant l’idée selon laquelle dès lors que certains droits *semblent* liés à *certains aspects* des mesures requises, la condition est considérée comme remplie par la Cour, si cette solution va dans le sens de la protection des droits des personnes – ce qui est souvent, mais pas toujours, le cas lorsqu’il est question de mesures conservatoires. Plus encore et plus simplement, il est possible de considérer que la Cour a assoupli ce critère – au-delà de cette affaire puisque l’ordonnance *Gambie c. Myanmar* confirme cette tendance[[25]](#footnote-25) – car cette position correspond à ce qui est attendu, aujourd’hui et dans un contexte d’humanisation du droit international[[26]](#footnote-26), d’une juridiction internationale – sans préjudice du raisonnement juridique déployé pour y parvenir. Telle est, justement, la définition d’un comportement éthique.

**B. L’assouplissement du critère du risque imminent de préjudice irréparable**

L’assouplissement, que l’on propose ici d’étudier en tant qu’il révèle un positionnement éthique, concerne, peut-être de manière plus évidente encore, un autre critère d’indication des mesures conservatoires – lesquelles se caractérisent toujours, au stade de leur examen, par l’incertitude procédurale que leur demande génère. Aux termes de la jurisprudence de la Cour, les mesures conservatoires ne sont « justifiées que s’il y a urgence, c’est-à-dire s’il est probable qu’une action préjudiciable aux droits de l’une ou de l’autre Partie sera commise avant qu’un […] arrêt définitif ne soit rendu » [[27]](#footnote-27). Une fois que la Cour a admis sa compétence *prima facie* et identifié des droits plausibles en lien avec les mesures demandées, elle recherche donc « si un préjudice irréparable pourrait être causé à ces droits et s’il y a urgence, c’est-à-dire s’il existe un risque réel et imminent qu’un tel préjudice leur soit causé avant qu’elle ne rende sa décision définitive »[[28]](#footnote-28).

Dans l’affaire *Qatar c. Émirats*, la Cour s’appuie bien plus, pour indiquer les mesures, sur les circonstances générales entourant les demandes que sur des données objectives et juridiques, ce qui tend à confirmer qu’une réflexion éthique – *i.e.* ce qui est jugé bon à un certain moment et en un certain lieu – y a présidé. Elle juge ainsi qu’un préjudice peut être considéré comme irréparable « lorsqu’il touche des personnes séparées de leur famille, de manière temporaire ou potentiellement continue, qui, de ce fait, endurent une souffrance psychologique ; lorsqu’il touche des élèves ou étudiants qui sont empêchés de se présenter à des examens parce qu’ils ont été obligés de partir ou qui ne peuvent poursuivre leurs études parce que les écoles ou universités refusent de leur communiquer leur dossier scolaire ou universitaire ; et lorsqu’il touche des personnes qui sont empêchées de comparaître dans le cadre d’une procédure ou de contester toute mesure qu’elles jugent discriminatoire »[[29]](#footnote-29). Le contraste avec certains préjudices considérés comme irréparables dans le passé, comme une exécution programmée[[30]](#footnote-30), est manifeste. Alors qu’une exécution constitue incontestablement un préjudice irréparable, la souffrance psychologique d’avoir été temporairement séparé de sa famille, bien que difficilement réparable, ne peut être appréhendée de la même manière. Ce contraste indique une souplesse elle aussi relativement nouvelle, bien qu’issue d’une évolution continue, dans l’appréciation du caractère irréparable du préjudice invoqué à l’appui d’une demande en indication de mesures conservatoires.

Au demeurant dans cette affaire – dont il faut rappeler qu’elle a conduit la Cour à retenir la première exception préliminaire des Émirats arabes unis au stade procédural ultérieur – les violations alléguées s’avèrent introuvables. Malgré une absence quasi-totale de preuves et la déclaration des Émirats selon laquelle aucune décision d’expulsion touchant des Qatariens n’avait été prise en application de la loi litigieuse, la Cour relève finalement « qu’il apparaît, que les Qatariens se sont *sentis obligés de quitter* les Émirats arabes unis, subissant en conséquence les atteintes caractérisées à leurs droits […] »[[31]](#footnote-31) pour conclure sans transition qu’il existe un risque imminent que les mesures adoptées par les Émirats « puissent causer un préjudice irréparable aux droits invoqués par le Qatar »[[32]](#footnote-32). En l’espèce, l’incertitude n’est pas seulement procédurale : elle porte sur l’effet même des mesures prises par les Émirats et leur capacité à causer un préjudice alors mêmes qu’elles ne seraient pas appliquées. Autrement dit, l’incertitude est totale et, pourtant, la Cour assouplit ses critères pour indiquer des mesures conservatoires.

Il est ici possible d’identifier une politique jurisprudentielle tendant à écarter progressivement le critère du risque imminent de préjudice irréparable de l’équation. La jurisprudence postérieure le confirme ; si ce risque est assez évident dans l’affaire *Gambie c. Myanmar*[[33]](#footnote-33), tel n’est pas nécessairement le cas dans la récente affaire *Azerbaïdjan c. Arménie*. La Cour considère en effet que les actes prohibés par l’article 4 de la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR), c’est-à-dire la propagande encourageant la haine raciale et l’incitation à une telle haine, « peuvent propager un climat imprégné de racisme. Pareille situation pourrait avoir de graves effets préjudiciables sur les personnes appartenant au groupe protégé. Ces effets préjudiciables peuvent être notamment, mais pas seulement, le risque de sévices ou de souffrances et de détresse psychologiques »[[34]](#footnote-34). Le juge international s’appuie sur cet unique argument – formulé comme on le voit au conditionnel – pour considérer que la violation alléguée de l’article 4 pourrait entraîner un préjudice irréparable et qu’il y a urgence – ce dernier critère étant pourtant ignoré du raisonnement, en l’espèce[[35]](#footnote-35).

Là encore, il est loisible de considérer que cet assouplissement tient au moins en partie, sinon majoritairement, compte des impératifs éthiques du moment. Face à l’incertitude procédurale et en l’absence de règles contraignantes, la Cour fait ce qu’elle juge « bon » au terme d’un questionnement éthique au moins sous-jacent. Celui-ci, lorsqu’il est formulé – le secret du délibéré empêchant de le confirmer –, est vraisemblablement confronté aux autres facteurs extrajuridiques de décision : la nécessité de maintenir la confiance des États dans la juridiction internationale et l’importance de générer une forme de sécurité juridique par une jurisprudence stable en sont deux exemples.

**II. L’éthique, un référentiel face à l’incertitude au fond**

Au fond, il arrive fréquemment que le droit international soit parfaitement indéterminé. La doctrine a déjà pu relever qu’en cas d’incertitude sur le droit applicable ou sur la solution juridique à donner, l’éthique peut constituer une boussole du juge (**A**). Cela est vérifiable par l’examen de la jurisprudence récente de la Cour, bien qu’il soit difficile d’affirmer avec certitude en la matière (**B**).

1. **La place de l’éthique dans l’analyse de la jurisprudence de la Cour**

Contrairement à ce que l’on pourrait penser de prime abord, la doctrine a de longue date montré qu’en cas d’incertitude – mais pas uniquement –, le questionnement éthique pouvait jouer un rôle prégnant dans la décision du juge.

Pour partir des écrits les plus récents, Christian Dominicé montre en 1997 que lorsque la Cour dégage la notion de « principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre » dans l’affaire *Détroit de Corfou*[[36]](#footnote-36) ou le principe d’interdiction du recours à la force entre les États dans l’affaire *Nicaragua[[37]](#footnote-37)*, elle fait prévaloir des considérations éthiques face à l’indétermination du droit[[38]](#footnote-38). Pour lui, « lorsque la norme dont l’existence est invoquée devant elle est de caractère relativement technique, neutre du point de vue moral, la Cour, à juste titre, se montre exigeante en ce qui concerne l’élément matériel. En revanche, lorsqu’il s’agit d’un principe dont la signification morale, éthique, est évidente, comme l’interdiction du recours à la force, il est justifié d’en consacrer l’intégration au droit international général sans attendre qu’il soit strictement respecté, mais en se fondant sur des convictions uniformément proclamées, fussent-elles partiellement démenties par les faits »[[39]](#footnote-39).

On aussi pu voir dans l’équité la manifestation de considérations « éthiques » et non juridiques. Ainsi le Vice-président Koretsky a-t-il pu écrire, concernant l’affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* en 1969[[40]](#footnote-40), que l'équité n'aurait pas dû faire son entrée à la Cour, du fait de son caractère « non pas juridique mais éthique ». Dans son opinion dissidente, le juge soviétique considère d’ailleurs qu’en « introduisant une notion aussi vague, on risque d'ouvrir la voie à des évaluations subjectives et donc parfois arbitraires »[[41]](#footnote-41). Quinze ans auparavant, George Scelle voyait dans la mise en place d’une « pratique largement acceptée comme constituant le droit » une forme d’éthique, suggérant que la coutume internationale puisait nécessairement l’une de ses sources – même si Scelle ne voyait qu’une seule source du droit – dans une éthique commune[[42]](#footnote-42).

Autrement dit et bien que ce fait soit rarement mentionné, il est bien admis que l’éthique est une source de nombreuses normes dégagées par la jurisprudence de la Cour, et non des moindres. Il semble en effet qu’il soit possible de pousser le raisonnement jusqu’à y ajouter la reconnaissance du *jus cogens* dans son ensemble. Qu’est-ce finalement que le *jus cogens*, sinon un ensemble de normes dont l’ensemble de la société internationale considère qu’elles constituent la ligne rouge du comportement humain, à tel point qu’elle est prête à lui conférer d’emblée un caractère indérogeable, par ailleurs inexistant en droit international[[43]](#footnote-43) ? L’émergence du *jus cogens* comme la qualité *erga omnes* de certaines normes constituent des constructions juridiques dont l’on peut soutenir qu’elles sont directement et même intrinsèquement liées à des impératifs éthiques. L’idée selon laquelle les normes impératives de droit international relèveraient de considérations morales apparaît d’ailleurs en filigrane dans la jurisprudence de la Cour. Tel est notamment le cas dans l’affaire du *Génocide*, lorsqu’elle juxtapose un rappel de la formule de son avis de 1951 selon laquelle la Convention pour la répression du crime de génocide renvoie aux « principes de morale et d’humanité qui sont à sa base »[[44]](#footnote-44) avec la mention de l’affaire des *Activités armées*[[45]](#footnote-45) pour indiquer que « la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international »[[46]](#footnote-46) – le terme de « morale » étant absent de l’arrêt de 2006. L’évocation, ici, de la morale ne doit pas duper : le *jus cogens* en lui-même relève probablement d’une morale universelle, moins relative et contingente que l’éthique, tout du moins dans le sens conféré à ces termes dans cette étude. En revanche, la reconnaissance de la qualité impérative d’une norme par la Cour, peut, pour sa part, revêtir une dimension éthique ou à tout le moins découler d’un questionnement éthique. Les questionnements relatifs à l’opportunité d’intégrer certains droits humains dans le « socle » du *jus cogens* trahissent le caractère dépendant du contexte de la démarche : « la protection de tous les droits de l’homme ne relève pas du *jus cogens*. Dans la société internationale peu intégrée qui est la nôtre, au sein de laquelle les solidarités demeurent limitées, seul un socle minimum de droits peuvent, raisonnablement, être tenus pour « impératifs », ou, en tout cas, acceptés et reconnus comme tels »[[47]](#footnote-47). Nul ne peut cependant nier que la qualité de norme impérative pourrait, à l’avenir, être reconnue à d’autres normes – préexistantes – du fait de l’évolution de ces solidarités, selon un processus que l’on pourrait qualifier d’« éthicisation » du droit international.

*In fine* et quand bien même ce dernier point ne serait pas admis, l’éthique peut être vue comme une source matérielle de très nombreuses normes de droit international, laquelle s’avère particulièrement visible lorsque la règle de droit est indéterminée. Autrement dit, c’est surtout lorsque le droit manque de clarté et doit être interprété qu’il est possible de déceler des considérations éthiques sous-jacentes. Cela est d’autant plus manifeste lorsque la motivation de la Cour est fragile sur l’interprétation ou l’identification de la norme en question.

1. **Identification et limites de l’identification du raisonnement éthique dans la jurisprudence de la Cour**

La motivation comme l’absence de motivation de certains points des arrêts de la Cour internationale de justice constituent des indices révélateurs de la mesure dans laquelle le juge est influencé par certains enjeux éthiques, à titre de source matérielle du droit international voire à titre de « remplacement » d’un raisonnement juridique.

Un exemple récent peut être pris avec l’arrêt rendu dans l’affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)* le 11 décembre 2020[[48]](#footnote-48). Dans cette affaire ubuesque, la Guinée équatoriale tentait démontrer que le fameux immeuble du 42, avenue Foch était un local diplomatique guinéen, alors que tout indiquait le contraire[[49]](#footnote-49). En l’absence de tout régime juridique, la Cour a dû dégager des critères afin de déterminer la licéité, ou non, de l’objection française à la prétention guinéenne de faire de l’immeuble un local diplomatique. La Cour a d’abord relevé qu’il y avait bien eu objection de la France, mais a considéré que ladite objection ne pouvait être tenue pour suffisante pour fonder la licéité du comportement français, malgré l’absence de règles encadrant les objections en la matière. Elle juge que pour être licite, la position de la France sur ce sujet ne devait avoir été ni arbitraire, ni discriminatoire, ni « incohérente ». L’assise juridique de ce raisonnement s’est avérée très contestable ; le Président Yusuf n’a d’ailleurs pas hésité à qualifier l’exercice prétorien « d’extrapolation » sans fondement en droit[[50]](#footnote-50). En l’espèce, le droit était manifestement incertain puisqu’il n’existait pas. À la lecture du raisonnement proposé par la Cour, il peut être suggéré que l’éthique, toujours en tant que questionnement sur le juste et le bon, a joué un rôle significatif sinon moteur dans son élaboration jurisprudentielle. Les critères dégagés – absence d’arbitraire, de discrimination et d’incohérence – sont globalement consensuels et correspondent à ce que la société internationale peut objectivement convenir, raisonnement juridique laissé de côté, comme étant la « bonne » et « juste » solution. Leur application ne résulte d’aucun texte et les raisons pour lesquelles la Cour les a considérés comme appropriés ne sont pas clairement explicitées : la construction juridique s’avère assez faible, sans que son résultat s’avère fondamentalement contestable. Autrement dit, les juges se sont fondés sur ce qui leur semble constituer un comportement « normal » et juste dans les relations internationales, malgré l’indétermination du droit, sans pouvoir motiver en droit ce point. Sans qu’il soit nécessaire de se positionner quant à la question de savoir si l’application d’un raisonnement que l’on peut donc qualifier d’éthique à titre d’ersatz de raisonnement juridique est souhaitable en cas d’indétermination de la règle de droit international, on peut incidemment constater que l’absence de motivation juridique de certaines arrêts ou raisonnements constitue, souvent, un indice révélateur d’autres facteurs de décision – tels l’éthique.

À ce stade du raisonnement, plusieurs difficultés peuvent apparaître. Les principales peuvent être ainsi formulées : l’éthique serait-elle donc omniprésente ? Dans la positive, quel serait l’apport potentiel de son étude en droit international ?

Malgré le développement qui précède, il ne s’agit pas de penser, ni d’affirmer, que l’éthique est « partout » consacrée par la jurisprudence de la Cour, en cas d’incertitude comme au-delà. Celle-ci demeure riche de cas où le questionnement éthique n’a potentiellement pas eu lieu, ou n’a pas abouti à une solution juridique en phase avec ce qu’il est possible, de manière relative, contingente et subjective, de considérer comme un positionnement éthique. Ainsi, la question de l’interdiction du nucléaire est une question éminemment éthique ; pourtant, la Cour a toujours pris le soin, pour des raisons juridiques mais surtout diplomatiques, de l’éluder – qu’il s’agisse de l’affaire des *Essais nucléaires[[51]](#footnote-51)*, des différents avis consultatifs sur la question[[52]](#footnote-52) ou, plus récemment des affaires initiées par les Îles Marshall[[53]](#footnote-53). Comme le relève Kiara Néri, « [l]’importance de l’enjeu et la faiblesse de la réglementation internationale en la matière ont parfois pu paralyser la Cour internationale de Justice et la conduire à décevoir les attentes placées en elle »[[54]](#footnote-54).

Au-delà de la question de savoir s’il y a eu questionnement éthique ou non et s’il est possible de considérer que la « balance » a penché du côté de son résultat plutôt que de celui de l’application d’un raisonnement exclusivement juridique – si tant est que cela soit possible –, l’enjeu principal transparaissant de cette analyse réside, à notre sens, dans la nécessité de réfléchir à la construction d’outils méthodologiques pour mesurer le poids et la place réels de l’éthique dans le raisonnement du juge international, sans le surestimer ni le sous-estimer. Enfin est-il indispensable de développer les outils permettant d’évaluer les conclusions de ces analyses. L’identification, sur la base d’indices même systématisés, de la présence d’un questionnement éthique dans la jurisprudence internationale est en elle-même satisfaisante, mais demeure insuffisante si elle ne s’accompagne pas d’une évaluation précise de la manière dont celui-ci influe la formation et l’application du droit international. La démarche est délicate et se heurte au nécessaire secret du délibéré, dont la procédure « ne garantit pas qu’elle rende les meilleures décisions » [[55]](#footnote-55) mais « empêche certainement qu’elle en rende de mauvaises »[[56]](#footnote-56). Pour entreprendre ces « chantiers » pour l’essentiel méthodologiques et ainsi mieux comprendre le rôle de l’éthique dans la jurisprudence de la Cour, il faut dorénavant faire appel aux outils de la sociologie, de l’anthropologie et sans doute ceux d’autres sciences : seul face à la jurisprudence, le juriste reste *in fine* dans une relative, mais parfois confortable, incertitude.

1. Maître de conférences en droit public à l’Université de Bourgogne, CREDIMI (EA 7532), CEDIN (EA 382) et CMH (EA 4232). [↑](#footnote-ref-1)
2. Sur cette définition de l’éthique et ce thème en général, v. KERLÉO J.-F., « Articuler la morale, l’éthique et la déontologie avec le droit », *in* MAUREL R. (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l’éthique*, Dijon, LexisNexis, 2021, pp. 23-40. [↑](#footnote-ref-2)
3. Voir encore, récemment, l’intervention de Franck LATTY le 19 novembre 2021 au colloque de Nanterre (CEDIN) « La Cour internationale de justice a 75 ans », sur le thème « la question des conflits d’intérêts », ainsi que la section du rapport introductif au panel rédigé par Rachel LUCAS (en ligne sur le site internet du CEDIN, pp. 3-5 : <https://cedin.parisnanterre.fr/manifestations-scientifiques/colloque-la-cour-internationale-de-justice-a-75-ans>). Plus généralement, v. RUIZ-FABRI H., SOREL J.-M. (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, 304 p., et la contribution dédiée à la Cour, SANTULLI C., « Trois observations sur l'indépendance et l'impartialité des juridictions internationales », *ibid*., pp. 225-232. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sur ce sujet, v. notamment MAUREL R., « Révolution discrète ou communication malheureuse ? À propos de la « compilation des décisions » adoptées par la Cour internationale de justice en matière d’activités extérieures des juges », *Blog INTER-ÉTHIQUE*, décembre 2020, en ligne : <https://blog.u-bourgogne.fr/droit-inter-ethique/2020/12/22/revolution-discrete-ou-communication-malheureuse-a-propos-de-la-compilation-des-decisions-adoptees-par-la-cour-internationale-de-justice/>. [↑](#footnote-ref-4)
5. Pour une approche sous l'angle du droit interne français, voir, récemment, LEMAIRE E., SAISON J., UNTERMAIER-KERLÉO É. (dir.), *La déontologie des juges. État des lieux et perspectives d'avenir*, Paris, IFJD, 2021, 282 p. Les approches en droit international sont rares ; v. cependant COT J.-P, « L’éthique du procès international. Leçon inaugurale », *RCADI*, vol. 391, 2018, pp. 377-384, et les références citées. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sur ce thème, v. par exemple RADICATI DI BROZOLO, L. G., « Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, vol. 315, 2005, pp. 265-501 ; l'auteur mentionne incidemment (p. 474), face à « l'incertitude » (p. 473), « le poids que peuvent avoir les considérations d’ordre éthique ou moral » dans la solution rendue par les arbitres quant à l'application des lois de police. [↑](#footnote-ref-6)
7. RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 237 p. ; v. également ses analystes, par ex. LECOURT V., *Le processus questionnant en éthique : une étude exploratoire à partir d’expériences individuelles et organisationnelles*, Thèse en sciences de gestion, HEC Montréal et Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014, pp. 41-54. [↑](#footnote-ref-7)
8. SIMARD J, MORENCY M.-A., « L’interprétation du droit par les juristes : la place de la délibération éthique », *Les ateliers de l'éthique*, vol. 6, n°2, 2011, pp. 26-48. Consultant la doctrine qu'ils croisent avec des exemples de jugements de la Cour suprême du Canada, les auteurs constatent le « recours à des arguments pragmatiques (comme l’effet de la loi, c’est-à-dire les conséquences pratiques de son application pour les justiciables) même lorsque cela n’est pas mentionné et autorisé dans le libellé des lois » (p. 34). Ils s'appuient également sur des interventions et prises de paroles de juges, en marge ou après l'expiration de leurs mandats (pp. 39-42). [↑](#footnote-ref-8)
9. DOMINICÉ Ch., « La Cour internationale de Justice et l’éthique des relations internationales », *in* DOMINICÉ Ch., *L’ordre juridique international entre tradition et innovation*, Paris, PUF, 1997, pp. 45-55 ; MAUREL R., « De l’éthique dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice ? L’exemple de l’interdiction du recours à la force dans l’arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* », *Blog INTER-ÉTHIQUE*, septembre 2020, en ligne : <https://blog.u-bourgogne.fr/droit-inter-ethique/2020/09/28/de-lethique-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-internationale-de-justice-lexemple-de-linterdiction-du-recours-a-la-force-dans-larret-activites-militaires-et-paramilitaires-au-nicaragua-et-c-c/>. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sur cette idée, voir TZENG P., « A Strategy of Non-Participation before International Courts and Tribunals », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, n° 2019/1, pp. 5-27. [↑](#footnote-ref-10)
11. On pense notamment à l’expertise requise en 2020 par la Cour pour l’aider à enfin déterminer le montant dû par la République démocratique du Congo à l’Ouganda ; v. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, ordonnance du 12 octobre 2020, *CIJ Rec.* 2020, p. 295. [↑](#footnote-ref-11)
12. V. notamment CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt du 2 février 2018, *CIJ Rec.* 2018, §§78-87, et, à propos de la méthode d’indemnisation dégagée, DEMARIA T., « La Cour internationale de Justice et l’indemnisation des dommages dans l’arrêt *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* du 2 février 2018 », *L’Observateur des Nations Unies*, vol. 48, 2020, pp. 277-296 ou MAUREL R., « Une décision historique : l’indemnisation du dommage environnemental par la Cour internationale de justice, Note sous l’arrêt de la CIJ du 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* », *La Revue du CMH*, n°13, 2018, pp. 57-61. [↑](#footnote-ref-12)
13. Telle est, en substance, la question posée à la Cour dans l’affaire *RDC c. Ouganda* (v. *supra*, note 11). [↑](#footnote-ref-13)
14. V., en dernier lieu, CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, exceptions préliminaires, arrêt du 4 février 2021, Rôle général n°172. Dans cette affaire et malgré l’indication de mesures conservatoires par l’ordonnance du 23 juillet 2018 (CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, *C.I.J. Rec.* 2018, p. 406), la Cour a jugé, par 11 voix contre 6, qu’elle n’était finalement pas compétente *ratione materiae*. [↑](#footnote-ref-14)
15. Par. ex CIJ, *Violations alléguées du traité d’amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, *CIJ Rec.* 2018, §53 ; CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, ordonnance précitée *ibid*., §43. [↑](#footnote-ref-15)
16. Plusieurs des éléments présentés dans les développements qui suivent constituent une synthèse actualisée d’une précédente étude : R. MAUREL, « Remarques sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour internationale de Justice dans les affaires *Qatar c. Émirats arabes unis* (23 juillet 2018) et *Iran c. États-Unis d’Amérique* (3 octobre 2018) », *La Revue du CMH*, n°16, 2018, pp. 81-93. [↑](#footnote-ref-16)
17. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, ordonnance précitée, §47. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Idem*. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibid*., §§56-59. [↑](#footnote-ref-19)
20. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, exceptions préliminaires, arrêt du 4 février 2021 précité note 14. [↑](#footnote-ref-20)
21. CIJ, *Violations alléguées du traité d’amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018 précitée note 15. [↑](#footnote-ref-21)
22. CIJ, *Violations alléguées du traité d’amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt du 3 février 2021, Rôle général n°175. [↑](#footnote-ref-22)
23. CIJ, *Violations alléguées du traité d’amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique)*, ordonnance précitée note 15, §69 (nous soulignons). [↑](#footnote-ref-23)
24. V. en particulier les §§75-76 : « [d]e l’avis de la Cour, *certains aspects* des mesures demandées par l’Iran en vue de garantir la liberté de commerce et d’échanges […] *peuvent être considérés comme étant liés* *aux droits qu’elle a jugés plausibles, parmi ceux dont la protection est recherchée*. La Cour conclut en conséquence qu’il existe un lien entre certains des droits dont la protection est recherchée et certains aspects des mesures conservatoires demandées par l’Iran » (nous soulignons). [↑](#footnote-ref-24)
25. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, *C.I.J. Rec.* 2020, p. 3 ; v. spéc. les courts §§60-63. Sur ce point et dans le même sens, v. également MAUREL R., « La contribution de l’ordonnance *Gambie c. Myanmar* à l’élaboration d’un droit des mesures conservatoires », *La Revue du CMH*, n°20, 2020, pp. 103-104. [↑](#footnote-ref-25)
26. Sur cette idée liée à l’émergence de l’individu sur la scène juridique internationale, v. PELLET A., « Le droit international à la lumière de la pratique : l’introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 414, 2021, spéc. le chapitre 9 sur « l’« humanisation » du droit international et ses limites », pp. 370 et ss. ; plus généralement CANÇADO TRINDADE A. A., *Le droit international pour la personnes humaine*, Paris, Pedone, coll. Doctrine(s), 2012, 368 p. [↑](#footnote-ref-26)
27. CIJ, *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Rec.* 1991, §23. [↑](#footnote-ref-27)
28. CIJ, *Application de la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2021, Rôle général n°180, §80 ; CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Azerbaïdjan c. Arménie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2021, Rôle général n°181, §64. [↑](#footnote-ref-28)
29. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018 précitée note 14, §69. [↑](#footnote-ref-29)
30. Par ex. CIJ, *Demande en interprétation de l’arrêt du 31 mars 2004 en l’affaire* Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d’Amérique) *(Mexique c. États-Unis d’Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008, *CIJ* *Rec*. 2008, §73. [↑](#footnote-ref-30)
31. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*, ordonnance précitée note 14, §70. Nous soulignons. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Ibid*., §71. [↑](#footnote-ref-32)
33. CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020 précitée note 25, §§69-75. [↑](#footnote-ref-33)
34. CIJ, *Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Azerbaïdjan c. Arménie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2021 précitée note 28, §66. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Ibid.*, §67. [↑](#footnote-ref-35)
36. CIJ, *Affaire du* *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 22. [↑](#footnote-ref-36)
37. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua/États-Unis)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, §§181 et ss. [↑](#footnote-ref-37)
38. Notamment DOMINICÉ Ch., « La Cour internationale de Justice et l’éthique des relations internationales », *op. cit*. note 9. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Ibid*., §48. [↑](#footnote-ref-39)
40. CIJ, *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d’Allemagne c. Danemark ; République fédérale d’Allemagne c. Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *CIJ Rec.* 1969, p. 3. [↑](#footnote-ref-40)
41. Opinion dissidente de M. KORETSKY, vice-président, p. 166. [↑](#footnote-ref-41)
42. SCELLE G., « Plateau continental et droit international », *RGDIP*, vol. 59, 1955, pp. 35-36. L’auteur écrit notamment p. 35 : « [e]n ce qui concerne le plateau continental, il est indiscutable que les proclamations constituent une répétition de faits, mais il est difficile d’y déceler une éthique largement acceptée comme constituant le Droit, c’est-à-dire traduisant une conception d’intérêt général ou d’équité ». [↑](#footnote-ref-42)
43. Dans le même sens bien que formulé différemment, Alain PELLET y voit le « socle minimal de la solidarité entre les membres de la société internationale contemporain » (PELLET A., « Le droit international à la lumière de la pratique : l’introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *op. cit.* note 26, p. 203). [↑](#footnote-ref-43)
44. CIJ, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *CIJ Rec.* 1951, p. 24. [↑](#footnote-ref-44)
45. CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt du 3 février 2006, *CIJ Rec.* 2006, §64. [↑](#footnote-ref-45)
46. CIJ*, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, fond, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Rec.* 2007, §161. [↑](#footnote-ref-46)
47. PELLET A., « Le droit international à la lumière de la pratique : l’introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *op. cit.* note 26, pp. 398-399. [↑](#footnote-ref-47)
48. CIJ, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, fond, arrêt du 11 décembre 2020, Rôle général n°163. [↑](#footnote-ref-48)
49. *Ibid*., §§103-117. [↑](#footnote-ref-49)
50. Opinion dissidente du Juge YUSUF, §25. [↑](#footnote-ref-50)
51. CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France*), arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Rec*. 1974, p. 253. Les retombées radioactives des essais français en Australie étant des « points litigieux intéressant manifestement le fond de l’affaire, la Cour doit s’abstenir […] d’exprimer une opinion à leur sujet » (§18) ; elle n’aura jamais à le faire puisqu’elle juge la demande devenue sans objet du fait de l’engagement unilatéral français de ne plus effectuer d’essais nucléaires en atmosphère dans l’océan Pacifique Sud (§62). [↑](#footnote-ref-51)
52. Notamment CIJ, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, p. 226, et les conclusions A et B selon lesquelles la menace ou l’emploi de ces armes ne sont ni spécifiquement autorisées, ni complètement interdites en tant que telles (§105). [↑](#footnote-ref-52)
53. V. les neuf affaires *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, toutes avortées soit du fait de l’absence d’acceptation de la compétence de la Cour (Chine, États-Unis, Russie, France, Israël, Corée du Nord), soit, pour les trois États ayant déposé une déclaration facultative de juridiction obligatoire, du fait des arrêts sur les exceptions préliminaires du 5 octobre 2016. La Cour retient l’argument de l’inexistence d’un différend pour l’Inde (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt du 5 octobre 2016, *CIJ Rec.* 2016, p. 255), le Pakistan (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt du 5 octobre 2016, *CIJ Rec.* 2016, p. 552) et le Royaume-Uni (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt du 5 octobre 2016, *CIJ Rec.* 2016, p. 833). [↑](#footnote-ref-53)
54. NÉRI K., « Avant-propos », *in* NÉRI K. (dir.), *Le droit international et le nucléaire*, Bruxelles Bruylant, 2021, p. 9. [↑](#footnote-ref-54)
55. NANOPOULOS D. K., « Cour internationale de Justice : *prudence, ralentissez* », *in* ASCENSIO H., BODEAU-LIVINEC P., FORTEAU M., LATTY F., SOREL J.-M., UBÉDA-SAILLARD M. (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 128. [↑](#footnote-ref-55)
56. *Idem*. [↑](#footnote-ref-56)