

# De quelques considérations philosophiques sur la justice internationale

## *Ou comment dépasser l'amour impossible entre droit international et justice internationale*

### Introduction

La fonction de juger ou fonction judiciaire, soit le rôle ou la tâche reconnue au juge d'appliquer le droit aux différends dont il est amené à connaître, figure parmi les thèmes classiques de la philosophie ou théorie du droit. L'existence d'un système juridictionnel doté d'une juridiction générale et obligatoire est souvent considérée comme un élément constitutif de tout système juridique<sup>1</sup>.

Certes, la théorie de la fonction judiciaire n'épuise pas le champ de la théorie du droit dans la mesure où elle ne nous enseigne rien sur ce qu'est le droit et que l'on a tout de même besoin d'une théorie du droit pour identifier ce qu'est ce dernier et pouvoir ensuite guider les juges dans leurs fonctions<sup>2</sup>. Et pourtant toute bonne théorie du droit devrait comprendre une théorie de la fonction de juger. On im-

---

<sup>\*</sup> Je tiens à remercier la Dr Fatimata Niang de son aide à la traduction et à la mise en forme de ce chapitre. L'original de l'article paraîtra fin 2013 en langue anglaise sous le titre « Legal Philosophical Issues of International Adjudication – Getting over the *amour impossible* between International Law and Adjudication » dans l'ouvrage édité par Karen ALTER, Cesare ROMANO et Yuval SHANY et intitulé *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press.

<sup>1</sup> Voir Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, 1986 ; Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979 ; Joseph RAZ, « On the Nature of Law », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 82, 1996, p. 1 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Clarendon Press, 1994, pp. 213-216.

<sup>2</sup> Voir Julie DICKSON, « Interpretation and Coherence in Legal Reasoning », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-reas-interpret/>> ; RAZ, *Authority*, *ibid.* ; RAZ, « On the Nature of Law », *ibid.* ; HART, *ibid.* ; *contra* : DWORKIN, *ibid.*

pute habituellement deux rôles à une théorie de la fonction judiciaire : d'une part, elle se doit d'expliquer le rôle des tribunaux et la façon dont les juges traitent et devraient traiter des questions dont ils sont saisis au sujet du contenu du droit ; et, d'autre part, elle devrait guider et justifier leur action lorsqu'ils prennent une décision<sup>3</sup>.

La question soulevée dans cette contribution est celle de savoir s'il est possible de dire de même de la justice internationale et de la fonction judiciaire internationale. Au même titre que d'autres aspects du droit international, la justice internationale suscite désormais l'intérêt des philosophes du droit, et en particulier des philosophes du droit international<sup>4</sup>. Longtemps absent en droit international, le juge international et la justice qu'il rend sont devenus progressivement l'une des caractéristiques centrales et généralement acceptées de la pratique du droit international, et cela dès 1945 et surtout à compter des années 1990 – bien entendu, cette « judiciarisation » du droit international est encore très irrégulière selon les domaines du droit et les régions du monde, et la justice internationale n'est que rarement le choix de prédilection parmi les différents mécanismes de règlement des différends internationaux<sup>5</sup>. Le droit international ne peut par conséquent plus être compris sans sa dimension judiciaire. C'est sans surprise, dès lors, qu'on découvrira les importantes recherches menées ces dernières années sur les aspects institutionnels et juridiques de la justice internationale<sup>6</sup>. Curieusement, cependant, les enjeux philosophiques et en particulier les aspects normatifs de la justice internationale commencent à peine à être évoqués comme si les concepts

---

<sup>3</sup> Voir DICKSON, *ibid.*

<sup>4</sup> Voir Emmanuelle JOUANNET, « La notion de jurisprudence internationale en question », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, dir., *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003 ; Hervé ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, dir., *ibid.* ; Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Le Seuil, 2005 ; Andreas PAULUS, « International Adjudication », in Samantha BESSON, John TASIOLAS, dir., *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010 ; Donald H. REGAN, « International Adjudication: A Response to Paulus – Courts, Custom, Treaties, Regimes and the WTO », in Samantha BESSON, John TASIOLAS, dir., *ibid.* ; Benedict KINGSBURY, « International Courts: Uneven Judicialization in Global Order », in James CRAWFORD, Martti KOSKENNIEMI, dir., *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, 2012.

<sup>5</sup> Voir KINGSBURY, *ibid.* ; Alain PELLET, « Judicial Settlement of International Disputes », in Rüdiger WOLFRUM, dir., *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012.

<sup>6</sup> Voir Alan BOYLE, Christine CHINKIN, « Law-Making by International Courts and Tribunals », in *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 263-312 ; Chester BROWN, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007.



de « juge », « tribunal », « juridiction », « fonction de juger », « raisonnement judiciaire », « jugement », « jurisprudence » et « précédent »<sup>7</sup> constituaient une évidence en droit international. Or, on sait bien du droit national que ces concepts sont d'une grande complexité et ont depuis toujours été âprement discutés.

Une première manière d'expliquer ce désintérêt pour le sujet peut s'expliquer par le lien qui est fait par les juristes internationaux entre la justice internationale et la question controversée de la légalité du droit international. Selon Benedict Kingsbury, l'approche générale de la judiciarisation du droit international qui prévaut parmi les chercheurs relève plus du constat de réalisation que d'une défense ou d'un programme voire même surtout que d'une critique. Il y a là probablement un souci de faire taire les fameuses réserves de Dicey au sujet de la nature véritablement juridique du droit international, réserves qui remontent au lien fait depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle entre l'existence du droit et/ou d'un système juridique, d'une part, et celle d'un système judiciaire doté d'une juridiction générale et obligatoire, d'autre part<sup>8</sup>. Une autre explication de ce manque d'intérêt philosophique pour le juge international serait à trouver dans l'appréhension que suscite la mise en cause de la relation entre le principe de l'Etat de droit et la fonction de juger et son application au droit international. Après tout, quand on sait l'importance du contrôle juridictionnel pour le respect du principe de l'Etat de droit en droit interne, interroger l'existence et la légitimité de la justice internationale est susceptible de menacer l'une des rares dimensions du principe de l'Etat de droit que les observateurs ont pu identifier dans la pratique du droit international, contribuant ainsi à mettre en cause une dimension centrale de sa légalité<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> La langue importe beaucoup dans ce contexte, et il y a de nombreux faux-amis. Ainsi, alors que « jurisprudence » en français se réfère tant à la procédure de juger qu'à son résultat, en anglais le terme ne porte que sur le premier – ou sinon est utilisé comme équivalent de philosophie du droit. Alors que « juridiction » en français porte tant sur les tribunaux que sur leur compétence de juger, l'équivalent anglais ne porte que sur le deuxième. Enfin, le français n'a pas d'équivalent au terme « adjudication » que j'ai traduit dans cette contribution par « fonction de juger ». Voir JOUANNET, « Jurisprudence internationale », op.cit., note 4, pp. 356-357.

<sup>8</sup> Voir KINGSBURY, op.cit., note 4, Conclusion. Voir JOUANNET, « Jurisprudence internationale », op.cit., note 4, pp. 344-345.

<sup>9</sup> Voir André NOLLKAEMPER, « The Internationalized Rule of Law », *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 1, 2009, p. 74. Voir également Jeremy WALDRON, « Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? », *European Journal of International Law*, no 2, vol. 22, 2011, p. 315 et Samantha BESSON, « Sovereignty, International Law and Democracy », *European Journal of International Law*, no 2, vol. 22, 2011, p. 373.

La difficulté réside en ce que le concept de justice internationale comme celui de justice nationale d'ailleurs ne peut être saisi complètement que par référence à la nature juridique du droit international qui à son tour ne peut être abordée sans référence au juge international. Le temps est donc venu de clarifier les ambiguïtés de la notion de justice internationale, et d'analyser plus attentivement ce qu'Hervé Ascensio a qualifié d'*amour impossible* entre la justice internationale et le droit international<sup>10</sup>. Sans cela, deux dangers nous guettent : renoncer à développer une perspective critique sur ce que devraient faire les juges internationaux, d'une part, mais aussi ignorer la crise de légitimité grandissante que connaît désormais la justice internationale, d'autre part<sup>11</sup>.

Loin de nous l'idée de suggérer que la notion de justice internationale ait été totalement négligée par les philosophes du droit. Il demeure cependant que les rares fois où la question a été discutée, il s'agissait de théorie du droit critique et non pas analytique<sup>12</sup>, ou alors de conceptions développées d'un point de vue jusnaturaliste et non-positiviste<sup>13</sup>. On peut aussi observer une tendance à réinventer la roue dans ces débats : les questions classiques que soulève la fonction de juger en droit interne et les discussions de philosophie du droit centenaires sur ces thèmes sont souvent ignorés ou, au mieux, éludés.

S'il est vrai que la justice internationale soulève beaucoup de questions similaires à celles que l'on connaît en droit interne, l'indétermination du rôle du juge international et les particularités de l'ordre juridique international augmentent encore la difficulté de ces questions, voire en génèrent de nouvelles<sup>14</sup>. Dans cette contribution, les premières questions seront étudiées comme sujets de « philosophie du droit international générale » et les secondes au titre de la « philosophie du droit international spéciale ». Mon argument se déroulera en trois étapes. Dans un premier temps, il s'agira de clarifier la notion de justice internationale et de s'interroger sur la question de savoir si le juge international peut être entièrement ou partiellement considéré comme un juge exerçant la fonction judiciaire, fonction qu'il conviendra de définir au passage. Deuxièmement, je traiterai de questions classiques de philosophie du droit générale quant à la fonction judiciaire, mais en

---

<sup>10</sup> Voir ASCENSIO, op.cit, note 4, p. 202.

<sup>11</sup> Voir PAULUS, op.cit., note 4, p. 223 ; KINGSBURY, op.cit., note 4, Conclusion.

<sup>12</sup> Voir Martti KOSKENNIEMI, « The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference », in Yves DAUDET, dir., *Topicality of the 1907 Hague Conference, The Second Peace Conference*, Brill Academic Publishers, 2008.

<sup>13</sup> Voir George LETSAS, « Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer », *European Journal of International Law*, no 3, vol. 21, 2010, p. 509.

<sup>14</sup> Sur ce constat, voir REGAN, op.cit., note 4, p. 226 ss.



les transposant au contexte du droit international. Enfin, dans une troisième partie, il s'agira de discuter des nouvelles questions de philosophie du droit international spéciale que soulève la justice internationale.

## I. Le concept de justice internationale

La fonction de juger ou *juridiction* peut être définie comme (i) la fonction, le rôle ou la tâche (ii) de juges (en tant que tribunal) permanents et indépendants (iii) d'identifier et d'appliquer le droit (iv) en vue de régler les différends qui sont portés devant eux et (v) de rendre ce faisant des décisions obligatoires (vi) dans le respect de règles de procédure prédéterminées<sup>15</sup>.

La fonction de juger est intimement liée à une (i) institution, c'est-à-dire un tribunal, à une (ii) compétence ou un pouvoir, mais aussi à un (iii) processus et son résultat, c'est-à-dire les décisions judiciaires et les jugements. Lorsque les tribunaux exercent leur pouvoir et rendent des décisions, ils exercent leur fonction juridictionnelle, et c'est cette fonction et/ou cette procédure dans son ensemble qui est visée par le terme justice.

La justice, en son sens judiciaire que j'utilise dans cette contribution, est souvent analysée comme un concept normatif, à l'image de celui de droit, dans la mesure où il capture une valeur, c'est-à-dire appliquer le droit à un différend, et où son application correcte par conséquent implique d'émettre un jugement de valeur. Aussi, il ne peut être entièrement réduit à un ensemble de critères dont l'existence peut être vérifiée ou non dans les faits. Cependant, il est aussi vrai que le concept de justice en tant que concept institutionnel ne peut être appliqué correctement, et en particulier aider à critiquer et à guider la pratique judiciaire, sans référence à sa réalité institutionnelle. Le rapport entre l'idéal-type de justice et sa pratique institutionnelle est donc un rapport de réciprocité<sup>16</sup>.

La *juridiction internationale* se distingue de la *juridiction interne* dans la mesure où (i) les tribunaux internationaux ne sont pas centralisés et ne se trouvent pas dans une relation hiérarchique les uns vis-à-vis des autres ; (ii) leur juridiction n'est pas obligatoire (voir article 36.2 du Statut de la CIJ), bien qu'il existe des

<sup>15</sup> Voir KINGSBURY, op.cit., note 4 ; REGAN, *ibid.*, p. 227 ; Christian TOMUSCHAT, « International Courts and Tribunals », in Rüdiger WOLFRUM, dir., *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012.

<sup>16</sup> Voir KINGSBURY, op.cit., note 4 ; ASCENSIO, op.cit., note 4.

exceptions parmi les tribunaux spécialisés et régionaux<sup>17</sup> ; et (iii) les décisions lient les parties, mais ne sont pas nécessairement pourvues de force exécutoire (ce que l'on appelle *imperium*)<sup>18</sup>, bien que là encore il existe des exceptions pour les tribunaux spécialisés et régionaux.

Une première objection à la notion de juridiction internationale porte sur la possibilité de transposer la notion développée en droit interne à la sphère internationale. Ce type d'objection rappelle celle qui est faite à la légalité du droit international par référence à la notion de droit développée en et pour le droit interne et donc, plus généralement, à l'applicabilité de la philosophie du droit développée en droit interne au droit international. Si l'on observe l'exercice concret de la fonction judiciaire, tant en droit interne qu'en droit international, on constate néanmoins rapidement que la justice internationale se rapproche de la justice interne, du moins dans sa fonction minimale de mise en œuvre du droit, c'est à dire la détermination du droit dans un cas donné<sup>19</sup>. Bien évidemment, la juridiction des tribunaux internationaux n'est pas toujours obligatoire, générale et centralisée. Il reste que cette circonstance affecte seulement les autres fonctions reconnues à la justice internationale dans l'ordre juridique international, et par extension la légalité du droit international ou sa qualité de système de droit, mais non la fonction de juger en tant que telle. Dans tous les cas, l'intégration du droit international dans les ordres juridiques nationaux a pour conséquence que juridiction internationale et juridiction interne ne peuvent plus être conçues séparément. Par conséquent, le concept de juridiction est partagé par le droit interne et le droit international, et doit être discuté en tant que concept unique tant en philosophie du droit interne qu'en philosophie du droit international (générale ou spéciale).

La question suivante a donc tout naturellement trait aux contours précis de l'internationalité de la juridiction internationale, et à l'inverse de la dimension interne de la juridiction interne. Il ne fait pas de doute que les juridictions internes puissent être amenées à appliquer du droit international et contribuent ainsi à sa mise en œuvre. Elles peuvent même parfois participer à la fonction de contrôle judiciaire international, par exemple lorsqu'elles surveillent la mise en œuvre du droit international par des institutions internationales. Ceci fait d'ailleurs dire à certains auteurs que les tribunaux internes exercent une fonction de juge interna-

---

<sup>17</sup> Voir PELLET, « Judicial Settlement », op.cit., note 5, para. 11 ss.

<sup>18</sup> Voir ASCENSIO, op.cit., note 4, p. 177 ss.

<sup>19</sup> Voir REGAN, op.cit., note 4, p. 227 ; TOMUSCHAT, op.cit., note 14, p. 35.



tional<sup>20</sup>. Par souci de clarté, cependant, et en se référant aux éléments identifiés précédemment, on peut dire que la fonction de juger est *internationale* lorsque (i) le tribunal, (ii) sa compétence et (iii) sa procédure sont créés et réglementés par le droit international<sup>21</sup>. Strictement parlant, les tribunaux internes en tant qu'institutions n'exercent donc pas de fonction de juger internationale, si l'on se fie à leur statut constitutif, leur juridiction et leurs procédures. On ne peut dès lors pas considérer qu'ils contribuent à la production du droit judiciaire international<sup>22</sup>, sauf de façon très indirecte : par exemple, par la consolidation d'interprétations transnationales et ainsi des principes généraux du droit international dégagés ultérieurement par les juges internationaux (voir article 38.1 c et d du Statut de la CIJ), comme dans le contexte des droits de l'homme notamment<sup>23</sup>.

L'une des thématiques récurrentes dans le débat sur la fonction judiciaire internationale est la diversité des tribunaux internationaux et donc des entités institutionnelles qui exercent la fonction de juger internationale. La question qui se pose dès lors est de savoir comment cette diversité devrait être reflétée dans les différents efforts théoriques et doctrinaux d'analyse de la justice internationale<sup>24</sup>. Cette contribution, parce qu'elle se veut normative et non-descriptive et qu'elle s'intéresse à la justice dans la mise en œuvre de l'ensemble du droit international, se donne pour objectif d'identifier et de discuter un concept fondamental de la justice internationale commun à différentes pratiques institutionnelles. Le fait que la juridiction internationale ne soit pas toujours obligatoire, générale et centralisée n'a d'incidence que sur les différentes autres fonctions qui lui sont attribuées

---

<sup>20</sup> Voir Antonios TZANAKOPOULOS, « Domestic Courts in International Law: the International Judicial Function of National Courts », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 101.

<sup>21</sup> Voir ASCENSIO, op.cit., note 4, p. 163, 167 ss.

<sup>22</sup> Voir aussi JOUANNET, « Jurisprudence internationale », op.cit., note 4, pp. 391-393 ; Alain PELLET, « Article 38 », in Andreas ZIMMERMANN, Christian TOMUSCHAT, Karin OELLERS-FRAHM, dir., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p. 312.

<sup>23</sup> Voir Samantha BESSON, « General Principles in International Law – Whose Principles? », in Samantha BESSON et al., dir., *Les principes en droit européen – Principles in European Law*, Schulthess, 2011.

<sup>24</sup> Voir également JOUANNET, « Jurisprudence internationale », op.cit., note 4, p. 364 ss. ; REGAN, op.cit., note 4, p. 230 ss., pour qui la prolifération judiciaire n'est un problème ni pour le droit international ni pour la jurisprudence internationale. Voir également PELLET, « Judicial Settlement », op.cit., note 5 ; BOYLE et CHINKIN, op.cit., note 6, p. 266 ; Jonathan CHARNEY, « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? », *Recueil des cours*, vol. 271, 1998, p. 101, 373.

par le droit international, et non sur la fonction de juger en tant que telle : cette fonction demeure la même quel que soit le tribunal international considéré<sup>25</sup>.

Bien sûr, la fonction de juger est une fonction institutionnelle et par conséquent il existe un lien entre la justice internationale en tant qu'idéal-type singulier et sa pratique institutionnelle plurale<sup>26</sup>. C'est la raison pour laquelle l'abstraction normative et la généralisation ne devraient pas conduire à minimiser l'importance des multiples facettes de la réalité institutionnelle de la justice internationale. La présente contribution se concentrera donc avant tout sur la Cour internationale de Justice (CIJ) en tant que tribunal international et organe juridictionnel du droit international par excellence<sup>27</sup> et ce en raison de sa juridiction générale et universelle (Article 36.1 du Statut de la CIJ), mais cela ne m'empêchera pas de faire quelques fois référence à d'autres tribunaux internationaux au pouvoir de juridiction spécifique et aux questions particulières qu'ils posent, et en particulier la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) comme exemple de tribunal spécialisé et régional.

## II. La philosophie générale de la justice internationale

La fonction de juger soulève deux questions classiques en philosophie du droit : premièrement, la question de la création du droit dit judiciaire et sa différence avec l'application du droit au sens strict<sup>28</sup>, et par conséquent l'opposition entre droit (judiciaire) et politique (démocratique) ; et, deuxièmement, la question de la

---

<sup>25</sup> Puisque j'ai défini la fonction judiciaire comme la fonction qui vise à déterminer le droit pour régler un différend, cette contribution ne traitera pas d'autres fonctions attribuées à la justice internationale (par des acteurs internationaux ou par renvoi à leurs régimes juridiques respectifs). Pour une approche fonctionnelle de la justice internationale, voir Armin VON BOGDANDY, Ingo VENZKE, « Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers », *German Law Journal*, vol. 12, 2011, p. 979.

<sup>26</sup> Voir KINGSBURY, op.cit., note 4 ; ASCENSIO, op.cit., note 4, pp. 164-166.

<sup>27</sup> Voir également CIJ, 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1948, p. 4, para. 35.

<sup>28</sup> L'exécution, l'application et la mise en œuvre du droit sont employées indifféremment dans cette contribution. L'exécution du droit par la jurisprudence ne doit pas cependant être confondue avec l'exécution forcée des arrêts. Voir également Samantha BESSON, « 'International Judges' Function(s) between Dispute-Settlement and Law-Enforcement – From International Law without Courts to International Courts without Law. A Reply to Anna Spain », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2012, p. 101.



discrétion judiciaire et sa différence avec la pure cognition du droit, et par conséquent l'opposition entre droit et morale.

Bien évidemment, ces deux difficultés sont davantage exacerbées s'agissant de la justice internationale. La première parce qu'il y a moins de droit à appliquer sur le plan international, ou en tout cas moins de droit à identifier ou moins de droit unifié. Et la seconde parce que la politique internationale est moins institutionnalisée en l'absence d'un législateur central, d'une part, et la morale moins largement partagée en l'absence d'une communauté politique internationale dotée des valeurs communes, d'autre part.

## A. Droit judiciaire international

À la différence des modes de règlement des différends non-juridictionnels, la justice internationale et les décisions judiciaires qui en sont issues sont fondées sur le droit : elles visent à régler des différends juridiques entre les parties dans un cas spécifique en y appliquant le droit. Dans la mesure où ils règlent un différend entre les parties, les tribunaux internationaux appliquent le droit international à un cas concret et leurs décisions revêtent donc une *autorité de chose jugée* à l'égard des parties. Toutefois, les décisions judiciaires ont souvent une incidence au-delà d'une affaire donnée, et affectent les interprétations et applications ultérieures du droit. C'est ce qu'on appelle l'*autorité de chose interprétée* des décisions judiciaires. Lorsque cette autorité interprétative lie le tribunal qui les a rendues, on parle aussi de *précédent*<sup>29</sup>.

Parce que la mise en œuvre du droit implique de l'identifier au préalable, puis de l'interpréter dans un cas concret, d'une part, et parce que les décisions judiciaires qui appliquent le droit peuvent avoir une autorité interprétative qui dépasse l'affaire en cause, d'autre part, la fonction de juger implique aussi la fonction de créer et de développer le droit à travers la pratique judiciaire. C'est à cet égard qu'on parle d'identification et de production du droit prétorienne ou judiciaires. Bien entendu, l'interprétation judiciaire n'est pas toujours nécessaire à l'application du droit, puisque le sens du droit peut parfois être clair. Toutefois,

---

<sup>29</sup> Voir Samantha BESSON, « The Erga Omnes Effect of the European Court of Human Rights Judgements », in Samantha BESSON, dir., *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 – Premier bilan et perspectives*, *The European Court of Human Rights after Protocol 14 – First assessment and perspectives*, Schulthess, 2011. Voir également BOYLE et CHINKIN, op.cit., note 6, pp. 293-320 ; Robert JENNINGS, « The Judiciary, International and National, and the Development of International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 1.

dans la plupart des cas, l'interprétation est au cœur de la fonction de juger. Ceci s'explique par le fait que l'autorité du droit est communicative et repose sur la communication de ceux qui ont cette autorité à ceux qui lui sont soumis et qui doivent par conséquent pouvoir comprendre le droit<sup>30</sup>.

La création judiciaire du droit et, plus spécialement, l'identification judiciaire de principes juridiques nous amènent à la question complexe de l'applicabilité de la théorie des sources à la justice internationale et, plus généralement, aux processus de création du droit international eux-mêmes. La théorie des sources est un élément central à toute théorie positiviste du droit. Selon cette thèse, le droit est issu de sources lorsque son existence et son contenu peuvent être identifiés exclusivement par référence à des faits sociaux, sans aucun jugement de valeur. Son crédit a été mis en cause par les auteurs qui considèrent le droit judiciaire ou prétorien comme source principale du droit, ou qui, du moins, estiment que la validité du droit judiciaire ne peut pas dépendre de sa seule identification en tant que fait social<sup>31</sup>.

Plusieurs répliques sont possibles<sup>32</sup>. Tout d'abord, on peut objecter que la production judiciaire du droit, bien qu'étant un processus lent, repose indubitablement sur une règle de reconnaissance et donc de validation par référence à un fait social. Il n'y aurait donc rien d'inquiétant à admettre la légalisation de valeurs morales ou de principes moraux par le biais de la jurisprudence. Les principes de droit sont identifiés au travers d'un raisonnement juridique, c'est-à-dire l'interprétation judiciaire, et deviennent par-là partie intégrante du droit, par exemple comme droit coutumier d'origine judiciaire. L'analogie entre le droit judiciaire et le droit coutumier en tant que sources du droit est d'ailleurs renforcée par le fait qu'ils partagent le même processus d'accumulation : la répétition d'une pratique pour la coutume et de précédents pour le droit prétorien. Une autre réplique possible se fonde sur l'existence de lacunes dans le droit. Même si les principes de droit identifiés par les juges étaient considérés comme des normes morales uniquement et non comme des normes juridiques même une fois ancrées dans la jurisprudence, leur usage en droit pourrait être expliqué par l'existence de lacunes juridiques. Ces vides juridiques doivent en effet être com-

---

<sup>30</sup> Voir RAZ, *Authority*, op.cit, note 1 ; RAZ, « On the Nature of Law », op.cit., note 1.

<sup>31</sup> Voir DWORKIN, op.cit., note 1. En droit international, voir LETSAS, op.cit., note 12 ; PAULUS, op.cit., note 4.

<sup>32</sup> Voir Roberto GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in Sylvie CAUDAL, dir., *Les principes en droit*, Economica, 2008.



blés par les juges par le recours à des outils extra-juridiques qui n'affectent en rien la légalité distincte de l'exercice jurisprudentiel.

La principale difficulté de la production judiciaire du droit repose toutefois sur un autre élément : il s'agit de la distinction entre droit prétorien et droit législatif, et donc entre droit et politique. Il serait erroné cependant de voir dans la production judiciaire du droit un archétype de la production du droit. On aurait tort aussi de trop vite confondre ces deux types de production normative et de les mettre sur le même plan. Premièrement, la fonction de juger suppose l'antériorité du droit à sa mise en œuvre, sans quoi ce droit ne pourrait pas être identifié, appliqué et interprété dans un cas donné. Dans les faits, bien sûr, l'opération d'identification du droit, son interprétation et son développement éventuels par les juges peuvent se chevaucher, mais cela n'ôte rien à leur différence conceptuelle<sup>33</sup>. Deuxièmement, la fonction de création du droit des juges est soit relative aux parties, mais dans ce cas elle est pourvue d'une autorité de chose jugée relative uniquement, soit générale mais dans ce cas elle est limitée et partielle dans son autorité interprétative<sup>34</sup>. La fonction principale de création du droit ressortit donc clairement toujours de la compétence du législateur. De fait, la fonction de création du droit du juge est définie par référence à la fonction législative : la première n'a de sens que combinée et en réponse au pouvoir politique et donc législatif. Cela se vérifie d'ailleurs sur le plan institutionnel puisque les juges sont soumis à différentes contraintes de raisonnement, notamment la contrainte de cohérence avec le droit existant et d'autres limitations institutionnelles. C'est d'ailleurs pour cela que les juges doivent être déférents au législateur démocratique et à son autorité. On peut ajouter, à titre d'exemple, que la rareté des principes de droit dégagés par les juges dans la jurisprudence est une preuve de la déférence du juge vis-à-vis du pouvoir législatif<sup>35</sup>.

Une fois ce raisonnement transposé en droit international, il s'agit de savoir si l'on peut aussi considérer la justice internationale comme mode de création de droit international. Cela semble clairement être le cas. Puisque le propre des mécanismes juridictionnels de règlement des différends internationaux est la mise en œuvre du droit international et que cette dernière implique aussi son identification préalable puis son interprétation dans un cas concret, le juge international

<sup>33</sup> Voir DICKSON, op.cit., note 2 ; RAZ, *Authority*, op.cit., note 1 ; RAZ, « On the Nature of Law », op.cit., note 1 ; *contra* : DWORKIN, op.cit., note 1.

<sup>34</sup> Voir DICKSON, *ibid.* ; JOUANNET, « Jurisprudence internationale », op.cit., note 4, p. 386.

<sup>35</sup> Voir Pierre BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in Denys de BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Eric MILLARD, dir., *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006.

contribue nécessairement à la création du droit international bien qu'à sa manière proprement judiciaire<sup>36</sup>.

Il est vrai que les juges internationaux ne sont pas à proprement parler des législateurs<sup>37</sup> et que leurs décisions ne figurent pas au nombre des sources formelles du droit international (voir article 38.1 d du Statut de la CIJ). Néanmoins, ils ne peuvent éviter d'identifier, puis d'interpréter le droit avant de l'appliquer<sup>38</sup>. C'est ce qui ressort de la référence qui est faite à l'article 38.1 d du Statut de la CIJ aux décisions judiciaires internationales comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit telles qu'elles découlent des sources formelles du droit international. L'interprétation judiciaire a des conséquences sur le raisonnement ultérieur des juges internationaux (ce que l'on appelle le principe du précédent ou *stare decisis*), d'une part, et la compréhension générale du droit en dehors de tribunaux (c'est ce qu'on appelle l'autorité de chose interprétée ou l'effet *erga omnes* des décisions judiciaires internationales), d'autre part. Il est vrai que certains auteurs réfutent toute autorité interprétative (*res interpretata*) aux décisions judiciaires internationales, et particulièrement aux décisions de la CIJ, et se fondent pour ce faire sur l'article 59 du Statut CIJ et l'article 94.1 de la Charte des Nations Unies<sup>39</sup>. Ces dispositions rappellent plutôt, il me semble, le caractère relatif de l'autorité de chose jugée (*res judicata*) et il ne faut donc pas y voir une exclusion de leur autorité interprétative<sup>40</sup>. Ces deux dispositions ne devraient pas non plus être comprises comme excluant l'application du principe du précédent dans la jurisprudence de la CIJ. La Cour a d'ailleurs elle-même rappelé cette obligation de cohérence dans certains de ses jugements<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Voir également VON BOGDANDY et VENZKE, « Beyond Dispute », op.cit., note 24, pp. 984-989 ; Marc JACOB, « Precedents: Lawmaking Through International Adjudication », *German Law Journal*, no 5, vol. 12, 2011, p. 1005 ; BOYLE et CHINKIN, op.cit., note 6, p. 266, 272 ; BESSON, « International Judges », op.cit., note 28.

<sup>37</sup> Voir CIJ, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, 237, para. 18. Voir aussi *Opinion dissidente de Mme Higgins*, ibid., p. 370, para. 40.

<sup>38</sup> Voir CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ibid., p. 226, 237, para. 18. Voir également BOYLE et CHINKIN, op.cit., note 6, p. 272.

<sup>39</sup> Voir R. BERNHARDT, « Article 59 », in Andreas ZIMMERMANN, Christian TOMUSCHAT, Karin OELLERS-FRAHM, dir., op.cit., note 22, p. 1233, 1244.

<sup>40</sup> Voir PELLET, « Judicial Settlement », op.cit., note 5 ; JOUANNET, « Jurisprudence internationale », op.cit., note 4, p. 359.

<sup>41</sup> Voir CIJ, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée Équatoriale (intervenant))*, *Exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil



En fait, les fonctions d'identification et de création du droit dévolues aux juges internationaux sont largement plus importantes en droit international qu'en droit interne<sup>42</sup>. Cela est dû, premièrement, au caractère limité des sources du droit international : il existe potentiellement davantage de lacunes en droit international qu'en droit interne<sup>43</sup>. Pour combler ces lacunes et en vertu de l'application du principe du *non-liquet* en droit international<sup>44</sup>, les juges internationaux sont appelés à identifier et interpréter le droit applicable de façon plus importante que les juges internes. Cela est particulièrement vrai dans des domaines relativement nouveaux du droit international, tel que le droit international pénal ou le droit international de l'environnement. Deuxièmement, en raison du caractère indéterminé de certaines sources du droit international et en particulier du droit international coutumier et des principes généraux<sup>45</sup>, le juge est appelé à jouer un rôle central dans l'identification des normes de droit applicable au cas concret. A la différence des traités, ces sources de droit international exigent l'intervention du juge pour leur validation : pour constater l'existence d'une pratique donnée et de l'*opinio juris*, d'une part, et pour constater l'existence d'un principe dans les traditions nationales et la possibilité de son extension aux relations entre Etats, d'autre part.

Une troisième explication de l'importance de la fonction créatrice de droit des juridictions internationales est le pluralisme juridique international et notamment l'absence de hiérarchie entre les normes, régimes et sources du droit international. Lorsque leur compétence le permet, les juges internationaux sont appelés à identifier toutes les normes, régimes et sources pertinents pour régler une affaire donnée (voir notamment l'article 31.2 et 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)<sup>46</sup> et à les interpréter de façon cohérente<sup>47</sup>. Quatrièmement, certaines questions de droit international, comme celles auxquelles répond le droit international des droits de l'homme, sont telles que les normes correspondantes sont

---

1998, p. 275, 292, para. 28. Voir également BOYLE et CHINKIN, *op.cit.*, note 6, p. 293 ss. ; PELLET, « Article 38 », *op.cit.*, note 22, p. 305 ss.

<sup>42</sup> Voir par exemple Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1993, p. 202 ; Hersch LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, 1<sup>ère</sup> éd., Cambridge University Press, 1982, p. 5.

<sup>43</sup> Voir BOYLE et CHINKIN, *op.cit.*, note 6, pp. 289-290.

<sup>44</sup> Voir CPJI, *Procès verbaux of the Proceedings of the Committee*, 16 juin-24 juillet, La Haye 1920, p. 312.

<sup>45</sup> Voir BOYLE et CHINKIN, *op.cit.*, note 6, pp. 278-285.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 273-275.

<sup>47</sup> Voir BOYLE et CHINKIN, *ibid.* ; REGAN, *op.cit.*, note 4, p. 230 ss. ; PELLET, « Judicial Settlement », *op.cit.*, note 5.

nécessairement abstraites, nécessitant une concrétisation des droits garantis dans un contexte déterminé et, par conséquent, une identification et une interprétation sans cesse renouvelées au travers des décisions judiciaires. C'est d'ailleurs l'idée de traités de droits de l'homme comme « instruments vivants »<sup>48</sup>. Le rôle créateur de droit du juge est en fait encore beaucoup plus central au droit international des droits de l'homme qu'il ne l'est dans d'autres régimes du droit international dans la mesure où la protection minimale des droits de l'homme sur le plan international demande une validation mutuelle des normes internes et internationales en la matière par les juges internationaux et nationaux<sup>49</sup>.

Le droit judiciaire international ne saurait cependant être considéré comme le processus principal de création du droit international. Il doit donc être possible de le distinguer des autres. Bien entendu, il est plus difficile de contrer cette objection dans le domaine international qu'en droit interne car le droit international n'a pas de législateur unique et centralisé. Ce sont les Etats qui restent les premiers détenteurs de la compétence de créer du droit international, même si cette compétence est parfois déléguée à des organisations internationales et peut associer d'autres sujets de droit international.

La question qui se pose alors est de savoir comment les juridictions internationales peuvent institutionnellement être organisées de sorte à rendre leur fonction créatrice de droit plus respectueuse des prérogatives des Etats en tant que pouvoir législatif du droit international. Ces derniers sont à la fois sujets du droit international et donc soumis à la justice internationale, d'une part, et auteurs de droit et donc les maîtres de cette justice, d'autre part. De plus, en tant qu'auteurs du droit international, les Etats produisent habituellement ce droit sans intermédiaire institutionnel. Il est dès lors difficile d'identifier l'acteur institutionnel à la fois distinct du juge et partenaire de ce dernier, qui permette de délimiter le droit international judiciaire du droit international non-judiciaire. Au sein des organisations internationales, cette question a été résolue par référence à la séparation des pouvoirs et à leur distribution entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. En dehors des organisations internationales, toutefois, et en l'absence d'un pouvoir législatif universel et central, la différence entre droit international judiciaire et non-judiciaire reste encore à établir en pratique.

---

<sup>48</sup> Voir CourEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, Séries A, no 26, paras 15-16.

<sup>49</sup> Voir Samantha BESSON, « Human Rights and Democracy in a Global Context – Decoupling and Recoupling », *Ethics and Global Politics*, no 1, vol. 4, 2011, p. 19.



En pratique justement, beaucoup d'Etats sont encore réticents à l'idée que le juge puisse avoir une fonction créatrice de droit. Le fait pour des juges appelés à régler un différend de contribuer aussi à l'interprétation du droit applicable à ce différend et donc de se substituer à ses auteurs, les Etats, premiers producteurs et interprètes privilégiés de ce droit, contredit fondamentalement la conception volontariste de la validité du droit international<sup>50</sup>. C'est comme si, par conséquent, à la conception subjective de la validité du droit international correspondait une conception subjective de la justice internationale : les Etats demeurent les ultimes interprètes des normes de droit auxquels ils ont consenti.

Ces difficultés expliquent le hiatus persistant en pratique et la séparation artificielle entre la fonction de règlement des différends des tribunaux internationaux, d'une part, et celle de mise en œuvre et donc d'identification et de création du droit consubstantielle à la fonction judiciaire, d'autre part. On trouvera des preuves de cette résistance à la fonction créatrice de droit du juge international notamment dans la nature des compétences et donc de la juridiction des tribunaux internationaux. Comme je l'expliquais précédemment, la juridiction des juges internationaux est à ce jour encore généralement non-obligatoire et non-exclusive.

Ces deux caractéristiques de la juridiction internationale appellent quelques précisions. D'une part, la justice internationale demeure un mode parmi d'autres de règlement des différends internationaux. Il en résulte que l'interprétation judiciaire n'est pas toujours nécessaire au règlement de différends sur le droit international : ces différends peuvent être réglés par d'autres mécanismes non-judiciaires qui ne recourent donc pas au droit pour ce faire. Il se peut même qu'un tribunal international recoure à d'autres mécanismes de règlement des différends non-juridictionnels, comme la négociation, pour régler le différend sans avoir à appliquer le droit et donc sans devoir l'interpréter ni le développer davantage. En général, les tribunaux internationaux se voient dans un rapport de concurrence avec d'autres mécanismes de règlement des différends et par conséquent se donnent pour priorité de régler le litige qui leur est soumis plutôt que de développer ce faisant le droit international à tout prix. Ceci peut d'ailleurs expliquer la réticence de la CIJ à user de sa fonction consultative pour identifier de nouveaux principes du droit international en dehors de tout différend concret. En fait, même lorsque les tribunaux internationaux sont appelés à appliquer et interpréter le droit international pour régler un différend, ils ne sont pas saisis de suffisamment

---

<sup>50</sup> Voir Elihu LAUTERPACHT, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge University Press, 1991, pp. 23-26.

d'affaires et de manière assez régulière pour pouvoir donner des interprétations du droit international applicable faisant autorité. D'autre part, le juge international n'est pas nécessairement appelé à interpréter le droit international de manière exclusive et générale pour tous les sujets de ce droit. A la différence de ce qui se produit en droit interne, le droit international actuellement être interprété d'autant de manières qu'il y a de juridictions. Aussi longtemps que la juridiction du juge international demeure non-obligatoire et non-exclusive, ce juge ne peut pas remplir ses fonctions de mise en œuvre du droit aussi bien qu'en droit interne.

Tout cela permet d'expliquer pourquoi les rapports entre la dimension de règlement des différends de la justice internationale et sa fonction de création de droit international sont particulièrement problématiques dans les domaines où des normes de droit international non-consensuelles et générales se sont développées. On pensera, par exemple, aux affaires dans lesquelles la CIJ applique le droit international des droits de l'homme. Aussi longtemps que l'autorité légitime du droit international était considérée comme résultant du consentement des Etats et que le droit international était comparé à un contrat entre particuliers, la justice internationale pouvait être considérée comme limitée par la volonté des Etats et la juridiction du juge international soumise à l'accord de ces mêmes Etats : l'étendue de l'autorité du juge international correspondait à celle du droit international. C'est d'ailleurs ce souci de cohérence entre le champ d'application de l'autorité du droit international et celui du juge international qui explique pourquoi l'intervention de tierces parties est autorisée, voire parfois requise dans certaines affaires : ces interventions pallient à la tension entre un mécanisme bilatéral de règlement du différend et les conséquences potentiellement multilatérales de l'interprétation du droit international à cette occasion<sup>51</sup>.

Bien entendu, la tension entre le caractère objectif des nouvelles normes du droit international et la dimension subjective de la juridiction des juges internationaux disparaît parfois. C'est le cas, par exemple, lorsque des tribunaux régionaux et spécialisés dont la juridiction est à la fois obligatoire et exclusive, tels que la Cour EDH ou la Cour de justice de l'UE (CJUE), sont mis en place : ces tribunaux allient depuis toujours résolution de différends particuliers et création de droit général. Ici encore, on peut dire que l'explication réside dans le cadre institutionnel duquel ces tribunaux dépendent, c'est à dire l'existence d'institutions distinctes qui exercent la fonction de production normative pour le compte des Etats et auxquelles les tribunaux doivent rendre compte : les institutions européennes pour la CJUE et

---

<sup>51</sup> Voir BOYLE et CHINKIN, *op.cit.*, note 6, p. 295.



les institutions internes des Etats parties, ainsi que les juridictions internes chargées de la mise en œuvre des droits de l'homme pour la CourEDH.

Si le droit international s'est longtemps développé comme un « droit sans tribunaux », pour citer Hugo Grotius<sup>52</sup>, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Non seulement existe-t-il un nombre important de juridictions internationales appliquant le droit international. Mais les praticiens du droit international se sont en outre habitués à cette réalité de sorte qu'ils nécessitent des interprétations pour une bonne mise en œuvre du droit, des interprétations que précisément les tribunaux internationaux sont les seuls à pouvoir fournir. Dans la majorité des cas, cependant, le droit international doit encore fonctionner sans tribunaux. En fait, le problème semble s'être inversé désormais : les tribunaux internationaux sont appelés à fonctionner sans droit international et sans un législateur auquel ils pourraient répondre et qui seul pourrait en faire de véritables juges. Je reviendrai sur cette question de la légitimité des tribunaux internationaux et notamment sur la question de l'identité de ceux au nom de qui ils jugent dans la dernière section de cette contribution.

## **B. Discretion judiciaire internationale**

Il découle de la section précédente que le droit n'est pas entièrement déterminé et que la fonction de juger ne se limite pas par conséquent à connaître le droit mais aussi à le créer. C'est aussi ce qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire des juges. Ce pouvoir ne soulève pas uniquement des questions institutionnelles et de légitimité relatives à la procédure par laquelle le droit est créé et aux rapports entre droit judiciaire et politique du type de celles dont nous avons traité dans la section précédente, mais aussi des questions matérielles relatives au contenu des procédures de création du droit et aux rapports entre droit judiciaire et morale.

Selon cette deuxième objection classique de la philosophie du droit générale, le droit judiciaire impliquerait l'incorporation de valeurs et principes moraux en droit, ce qui suggère la difficulté d'expliquer le droit judiciaire dans un cadre positiviste et sans avoir recours aux théories du droit naturel. A nouveau, différentes répliques sont possibles<sup>53</sup>. Avant d'entrer dans leurs détails, il convient toutefois de rappeler que la distinction dont il s'agit ici entre droit et morale est de nature

<sup>52</sup> Voir KINGSBURY, *op.cit.*, note 4, se référant à GROTIUS.

<sup>53</sup> Voir GUASTINI, *op.cit.*, note 31.

conceptuelle, et non-factuelle ; personne ne peut en effet réfuter qu'il existe un rapport factuel entre droit et morale.<sup>54</sup>

Tout d'abord, le droit ne peut pas à proprement parler « incorporer » des principes et valeurs moraux puisque le droit est déjà une composante de la morale et que cette dernière s'applique indistinctement à tous et donc aussi aux institutions juridiques, le raisonnement juridique étant dès lors une forme, spéciale certes, de raisonnement moral. Dans ces circonstances, le droit ne peut que moduler ou exclure la morale, mais en aucun cas l'incorporer. Le droit judiciaire agit précisément comme modulateur de la morale au sein d'un ordre juridique : il transpose et spécifie des valeurs et principes moraux dans un contexte institutionnel donné et en faisant des choix normatifs. De plus, et à titre de deuxième réponse à la critique présentée précédemment, même si les principes de droit et d'autres standards de droit judiciaire sont perçus exclusivement comme des transpositions de principes moraux, on peut considérer que ce que font ces standards n'est pas de transformer de la morale en droit, mais de donner des effets juridiques à des standards identifiés comme moraux au sein de l'ordre juridique. On peut rapprocher cela des situations dans lesquelles un juge interne donne des effets juridiques au droit étranger sans pour autant en faire du droit interne.

Transposée à la justice internationale, la question du pouvoir de discrétion du juge est encore plus sensible, et le défi jusnaturaliste encore plus redoutable qu'en droit interne<sup>55</sup>. Il y a en effet moins de normes de droit à déterminer en raison de la rareté des sources du droit international, de leur diversité et de leur fragmentation, comme je l'ai expliqué dans la section précédente. De plus, les valeurs et intérêts moraux protégés par le droit international sont déjà considérés comme universels et, par conséquent, l'origine morale de ces normes et les justifications morales de leur autorité sont souvent perçues comme étant plus évidentes que celles de leurs correspondants en droit interne<sup>56</sup>. On en trouve la confirmation dans le discours sur les valeurs qui prédomine dans les débats relatifs au juge international et à ses fonctions<sup>57</sup>. En fait, certains juges internationaux et cher-

---

<sup>54</sup> Voir Joseph RAZ, « Incorporation by Law », *Legal Theory*, vol. 10, 2004, p. 1 ; GUASTINI, *ibid.*

<sup>55</sup> Voir LETSAS, *op.cit.*, note 12 ; PAULUS, *op.cit.*, note 4.

<sup>56</sup> Voir Samantha BESSON, « The Authority of International Law – Lifting the State Veil », *Sydney Law Review*, no 3, vol. 31, 2009, p. 343.

<sup>57</sup> Voir PAULUS, *op.cit.*, note 4 ; Armin VON BOGDANDY, Ingo VENZKE, « On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority », *ACIL Research Paper* 10/2012, < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2084079](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2084079)>.



cheurs considèrent les valeurs morales comme une véritable « étoile polaire<sup>58</sup> » ou un point de repère pour le règlement judiciaire des différends qui leur sont soumis.

Bien entendu, les mêmes répliques peuvent être opposées en droit international qu'en droit interne<sup>59</sup>. Il faut en outre rappeler qu'il y a moins de morale commune ou partagée entre les juges internationaux que l'on pourrait le croire à première vue. Cela est dû notamment à l'absence d'une communauté internationale partageant des valeurs communes clairement identifiées. Il en résulte que l'identification et la mise en œuvre de ces valeurs morales globales peuvent s'avérer peu évidentes pour les juges internationaux<sup>60</sup>.

Il y a au moins deux difficultés liées à la place et au rôle de la morale dans le travail des juges internationaux. La première porte sur l'existence d'une morale globale s'appliquant au-delà de l'Etat et entre les Etats. C'est une question très vaste qui dépasse l'objet de cette contribution. Il faut souligner cependant qu'il ne suffit pas de contrer les arguments en faveur d'une approche des relations internationales fondée sur un état de nature, mais qu'il faut aussi ensuite apporter l'argument de la ressemblance des principes moraux applicables aux relations internationales à ceux qui s'appliquent au sein d'une communauté politique nationale. La deuxième difficulté concerne le degré élevé de pluralisme moral existant sur le plan global. L'existence de conflits moraux rend la hiérarchisation des valeurs nécessairement relative, générant par-là même des questions quant à la légitimité du processus décisionnel et par conséquent des priorités judiciaires données à l'une ou à l'autre de ces valeurs. Il faut préciser néanmoins que certains enseignements d'épistémologie sociale et d'organisation institutionnelle peuvent aider à mettre en place des institutions et procédures plus inclusives et délibératives aptes à régler ce genre de différends et à poser certaines contraintes sur la discrétion du juge international et donc renforcer la légitimité de ses décisions. Des institutions telles que la marge nationale d'appréciation des juridictions nationales ou le consensus européen ont été mises sur pied par la CourEDH dans son raisonnement judiciaire et sont des exemples de limites au pouvoir discrétionnaire du juge international dans le contexte du contrôle judiciaire international du respect des droits de l'homme. Un autre exemple est le filtre judiciaire national et

---

<sup>58</sup> Voir CIJ, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Opinion dissidente de Mme Higgins, note 37, p. 370, para. 41.

<sup>59</sup> Voir également CIJ, *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 47, paras 49-50.

<sup>60</sup> Voir REGAN, op.cit., note 4, p. 230 ss. En réponse à PAULUS, op.cit., note 4.

donc la déférence vis-à-vis des juges internes que l'on peut identifier dans la jurisprudence de la CIJ, notamment lorsqu'elle identifie des principes généraux de droit international en se fondant sur des décisions judiciaires nationales<sup>61</sup>. Ce que ces mécanismes institutionnels confirment, c'est que le droit judiciaire et la morale sont incontestablement distincts. Je reviendrai sur la question de la légitimité de la fonction judiciaire internationale dans la dernière section de cette contribution.

### **III. La philosophie spéciale de la justice internationale**

Outre le fait de partager les mêmes difficultés de la justice interne bien que magnifiées, comme nous venons de le voir, la justice internationale soulève aussi des questions philosophiques spéciales qui lui sont propres. Les premières sont en lien avec les sources du droit international (A), et les secondes avec la légitimité du droit international (B).

#### **A. Justice internationale et sources du droit international**

La place du droit judiciaire parmi les sources du droit international soulève des questions supplémentaires qui sont en lien avec la spécificité de l'ordre juridique international et la nature de ses sources. Je l'ai dit, les juges internationaux sont appelés à faire davantage que simplement appliquer le droit international et l'interpréter. Ils doivent également identifier le droit applicable, en particulier le droit international général lorsqu'il dérive de sources non-écrites telles que le droit coutumier international ou les principes généraux.

Le rôle des juges internationaux dans l'identification du droit international va au-delà de celui des juges nationaux lorsqu'ils identifient le droit applicable. Il se rapproche en effet de la validation du droit international et donc d'une source formelle de droit international. Ce rôle validant du droit judiciaire international s'opère soit lors de la transformation d'une règle de droit international naissante en une règle existante par le constat sa cristallisation, soit par la spécification

---

<sup>61</sup> Voir BESSON, « General Principles », op.cit., note 23.



d'une règle naissante en vue de sa validation judiciaire ultérieure<sup>62</sup>. Sans validation judiciaire, il ne pourrait y avoir de validité juridique des normes issues de certaines sources formelles du droit international général, du moins en l'état actuel de l'ordre juridique international. Il n'existe pas en effet d'autres institutions universelles que les tribunaux internationaux à même de valider, par exemple, la pratique de tous les Etats comme étant du droit coutumier international ou certains principes généraux. Une possibilité serait l'Assemblée générale des Nations Unies, mais l'absence de force obligatoire de ses recommandations et décisions constitue un obstacle majeur.

La fonction d'identification du droit dévolue aux juges internationaux soulève des questions philosophiques complexes qui dépassent la nécessité de réconcilier le droit judiciaire avec la théorie des sources des positivistes et l'identification d'une règle de reconnaissance en droit judiciaire, toutes choses sur lesquelles portaient les sections précédentes de cette contribution. Ici, le problème est que le droit judiciaire devient instrumental aux autres sources du droit international général. Le fait que tous les Etats soient sujets des normes découlant de ces sources, et ce sans leur avoir consenti au préalable parce qu'il s'agit de droit international général, transforme le droit judiciaire international en un mécanisme de validation du droit et donc en une source auxiliaire ou subsidiaire de droit international. Le droit judiciaire devient donc une source intermédiaire de droit international coutumier<sup>63</sup> et des principes généraux<sup>64</sup>. Ce rôle intermédiaire de la justice internationale trouve une confirmation à l'article 38.1 d du Statut de la CIJ, lequel se réfère aux décisions judiciaires comme sources « auxiliaires pour la détermination des règles de droit ».

La difficulté philosophique est double : elle est à la fois pratique et théorique. Premièrement, conférer aux juges internationaux une telle fonction de validation n'est pas seulement problématique du point de vue de la fonction de juger, mais également de celui de l'organisation de l'ordre juridique international lui-même. Les juges internationaux sont habituellement élus par les Etats et leur compétence de juger ou juridiction est essentiellement subjective car fondée sur le consentement des Etats. Le décalage entre juridiction subjective et fonction créatrice de droit objective identifié précédemment devient d'autant plus gênant : il semble

<sup>62</sup> Voir BOYLE et CHINKIN, op.cit., note 6, p. 283 ; Antonio CASSESE, Joseph H. WEILER, dir., *Change and Stability in International Law-Making*, W. De Gruyter, 1988, p. 3.

<sup>63</sup> Sur les sources des principes généraux du droit international et le droit judiciaire international, voir BESSON, « General Principles », op.cit., note 23 ; BOYLE et CHINKIN, ibid., p. 285 ss.

<sup>64</sup> Sur le droit coutumier et le droit judiciaire international, voir BOYLE et CHINKIN, ibid., p. 278 ss.

désormais que c'est la manière dont la fonction du juge international est organisée qui empêche les juges d'exercer la fonction de validation des normes qui leur incombe en vertu du droit international général.

Deuxièmement, la fonction de validation du droit des juges internationaux met en cause le fondement de la validité du droit judiciaire dans un cadre positiviste. En effet, préserver la distinction entre le droit judiciaire conçu comme forme du droit coutumier international et le droit judiciaire conçu désormais comme source auxiliaire du droit international général devient difficile. Quoi que l'on pense de l'analogie entre droit judiciaire et droit coutumier et de leur proximité, la fonction de validation des juges internationaux constitue un obstacle majeur à l'applicabilité de la théorie des sources au droit judiciaire international en tant que droit coutumier. Les sources auxiliaires du droit international énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ ne peuvent plus en effet être utilisées pour justifier la validité du droit judiciaire international lui-même. Il faut dès lors identifier une règle de reconnaissance implicite ailleurs dans l'ordre juridique international. Le problème est encore accru par le fait que les juridictions internationales, et la CIJ en particulier, contribuent au développement de la théorie des sources du droit international et de la règle de reconnaissance elle-même, clarifiant ainsi le fonctionnement des sources du droit international. C'est ainsi que la CIJ a explicité, par exemple, les éléments constitutifs du droit international général, les rapports entre droit international coutumier et droit des traités, le rôle de la *soft law* en droit international, le rôle de la codification du droit international général par la Commission du droit international et les conditions d'identification des normes de *jus cogens*. Tout cela confirme donc le méta-rôle du juge international dans l'ordre juridique international, bien que cette fonction n'ait pas encore été acceptée ni confirmée par les Etats ou d'autres sujets du droit international. Et ce méta-rôle ne fait pas bon ménage avec son rôle de validation de certaines normes de droit international général.

Une réponse à ces deux difficultés pratique et théorique pourrait être l'institutionnalisation des processus de création du droit international de manière à constituer un cadre institutionnel multilatéral de production internationale du droit en dehors de la justice internationale.<sup>65</sup> Cela émanciperait progressivement la production du droit international général des tribunaux internationaux, et dès lors contribuerait à résoudre l'énigme de l'applicabilité de la théorie des sources au droit judiciaire international. Un apport important de cette institutionnalisa-

---

<sup>65</sup> Voir CIJ, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, note 37, p. 43, para. 103.



tion serait aussi qu'elle renforcerait la légitimité du droit judiciaire international, question vers laquelle je me tourne maintenant.

## **B. Justice internationale et légitimité du droit international**

Le rôle du droit judiciaire international pour la justification de l'autorité du droit international soulève des questions de légitimité distinctes de celles que l'on peut connaître en droit interne, car elles sont liées à la spécificité de l'ordre juridique international et à ses formes de légitimité. Nous l'avons vu : les juges internationaux sont appelés à identifier et à interpréter le droit international, et donc à le valider et à le produire, mettant ainsi en cause la justification de l'autorité du droit international qu'ils contribuent précisément à valider et à produire. De plus, les juges internationaux sont appelés à exercer leur pouvoir discrétionnaire sur des questions de justice et de morale globales, et ce sans cadre institutionnel au sein duquel ils puissent rendre des comptes directement ou indirectement aux sujets de leurs décisions.

La notion de légitimité est utilisée ici dans un sens objectif pour désigner l'autorité justifiée, c'est-à-dire le droit de créer des obligations et, plus précisément, d'imposer des raisons morales d'agir de nature exclusive. C'est la raison pour laquelle « légitimité » et « justification » sont parfois utilisées de manière interchangeable. La légitimité peut se référer à une institution, ici un tribunal, ou au droit, ici un droit de nature judiciaire. Les deux usages sont habituellement liés dans la mesure où la légitimité du droit est tributaire de la légitimité des institutions impliquées dans le processus de production de droit, et inversement. Cette conception objective de la légitimité doit être rigoureusement distinguée d'autres conceptions souvent utilisées, et notamment de la légitimité subjective, au sens d'acceptation ou d'acceptabilité d'une décision ou d'une institution. Bien sûr, dans les faits, la légitimité subjective va de pair avec la légitimité objective, puisqu'il est difficile d'avoir une légitimité objective durable sans légitimité subjective, et inversement<sup>66</sup>. Dans les propos qui vont suivre, je m'attacherai cependant uniquement à la légitimité objective.

---

<sup>66</sup> Sur la légitimité du droit international, voir BESSON, « Authority of International Law », *op.cit.*, note 56 ; John TASIIOULAS, « The Legitimacy of International Law », in Samantha BESSON, John TASIIOULAS, dir., *op.cit.*, note 4 ; Allen BUCHANAN, « The Legitimacy of International Law », in Samantha BESSON, John TASIIOULAS, dir., *op.cit.*, note 4.

La légitimité du droit international et donc des institutions internationales, telles que les tribunaux internationaux et leurs décisions, est une question complexe : elle concerne les raisons d'agir donnés par ceux qui ont l'autorité à ceux qui sont sujets du droit international, c'est-à-dire dans les plupart des cas par des Etats à des Etats. Une manière d'atténuer cette complexité est, comme je l'ai évoqué ailleurs<sup>67</sup>, de percer le voile étatique et de considérer comme donneurs de raisons les Etats en tant qu'administrations nationales et comme sujets les Etats en tant que représentants de leurs électeurs. Lorsque les organisations internationales créent du droit international et obligent leurs Etats membres, elles endossent le rôle de médiateur d'autorité et cela nous permet de voir plus clairement la différence entre Etats-administration (représentés ici par une organisation internationale) et Etats-représentants de leurs sujets (soumis au droit de l'organisation internationale).

Lorsque l'on s'intéresse à différentes justifications de l'autorité du droit judiciaire international, il est important de bien distinguer ces justifications du consentement donné à ce droit par la reconnaissance de la juridiction des tribunaux internationaux. Le consentement renforce certes l'autorité légitime du droit international en soulignant le caractère particulièrement saillant de la solution retenue, par exemple, et il peut aussi expliquer le respect du droit international en pratique. A lui tout seul, cependant, il est insuffisant pour justifier l'autorité du droit international<sup>68</sup>. D'autres justifications de l'autorité de la justice internationale doivent donc être apportées. Bien sûr, ces justifications et par conséquent la légitimité du droit judiciaire international seront fragmentées à l'image de celles du droit international dans sa globalité<sup>69</sup>.

Comme je l'ai expliqué précédemment, il y a une justification de l'autorité qui importe davantage que d'autres dans le contexte de la justice internationale : c'est la légitimité démocratique. Si les juges ont un pouvoir créateur de droit et doivent répondre de leurs actions devant un législateur démocratiquement élu, leur autorité pour ce faire doit être justifiée démocratiquement aussi. D'où la question de savoir au nom de qui la loi est interprétée et appliquée par les juges : en bref, la question de ceux au nom de qui les juges décident. Transposée au droit international et à la justice internationale, la légitimité démocratique de la fonction de juger soulève des questions plus sensibles encore que celles soulevées par la légitimité démocratique de la justice interne, notamment lorsqu'elle est opposée à la

---

<sup>67</sup> Voir BESSON, « Authority of International Law », *ibid.*

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Voir TASIIOULAS, *op.cit.*, note 66.



justification du droit judiciaire international par référence à des valeurs morales globales. Elle est également porteuse de questions qui lui sont propres et qui sont liées aux limitations inhérentes à l'institutionnalisation du droit international et donc à sa démocratisation.

Une des explications de la réticence des Etats à l'égard du droit judiciaire international, et particulièrement du pouvoir discrétionnaire des juges internationaux sur des questions morales controversées, est l'immaturité institutionnelle et démocratique du droit international et par conséquent de la justice internationale. En l'absence d'institutions et particulièrement d'un législateur international, et plus généralement d'une communauté politique, avec qui le juge international pourrait interagir, l'institution judiciaire ne peut jouer sa fonction interprétative et de production normative. Elle n'est ni contrôlée, ni ne rend de compte à une institution ou à une autorité internationale en dehors des Etats qui sont, je le rappelle, à la fois auteurs et sujets du droit qu'elle applique. Elle ne contrôle aucune institution internationale non plus. Or, la création judiciaire du droit en tant qu'activité de raisonnement et de discours implique la préexistence du droit, et les juges ne peuvent être appelés à interpréter et à développer le droit international sans que la norme ne soit clairement identifiée pour eux. En droit international général, non seulement ces règles et principes juridiques ne sont pas clairement identifiés pour les tribunaux, mais ces derniers sont amenés à les dégager eux-mêmes.

Il est donc important d'explorer différentes manières de développer un ordre institutionnel international en dehors des tribunaux. On pourrait travailler, par exemple, au renforcement du caractère institutionnalisé des modes de création du droit international en vue de fournir aux juges un opposant institutionnel doté de légitimité auquel ils pourraient répondre. Il n'est pas possible, cependant, sans une séparation des pouvoirs entre les institutions internationales dont le droit doit être interprété par les juges, et en l'absence d'un législateur international représentant la communauté internationale, d'envisager des contraintes (démocratiques ou autres) sur le pouvoir discrétionnaire des juges et de s'assurer que les juges internationaux se sentent responsables. Comme je l'ai expliqué précédemment, cette absence ou non de cadre institutionnel pour la justice internationale explique pourquoi la juridiction de certains tribunaux internationaux demeure facultative (p.ex. CIJ), alors que celle d'autres tribunaux est déjà obligatoire (p.ex. CourEDH et CJUE).

Ce projet implique, toutefois, davantage que des réformes démocratiques dans le processus judiciaire et l'élection des juges<sup>70</sup>. Cela suppose de développer des institutions en dehors des tribunaux mais également autour de ces derniers en les y incluant, soit au même niveau de gouvernance soit surtout à travers différents niveaux de gouvernance en créant des liens institutionnels entre eux et les juridictions et institutions nationales. Bien entendu, entretemps, le contrôle judiciaire international de légalité du droit produit par des processus multilatéraux peut bénéficier d'une justification politique propre, particulièrement dans des circonstances où ces processus multilatéraux souffrent encore d'un déficit démocratique<sup>71</sup>. Il suffit ici de penser à la fonction démocratisante de la CJUE dans l'UE, et aux différentes décisions par lesquelles elle a renforcé le pouvoir législatif du Parlement européen.

## Conclusions

Au terme de son article précurseur sur la justice internationale, Donald H. Regan concluait très justement :

« Beaucoup d'auteurs parviennent trop rapidement de la prémisse que l'on a besoin d'un droit international plus effectif à la conclusion discutable que puisqu'aucune institution n'est en mesure d'assurer cette effectivité, c'est aux juges qu'il revient de le faire. », <sup>72</sup>

L'idée que la justice internationale puisse être un remède à tous les maux est en fait largement répandue. Pour différentes raisons, beaucoup de chercheurs pensent que nous avons besoin d'une communauté internationale et d'un ordre juridique international plus forts, et se tournent vers les juges pour les obtenir. Cette approche met la charrue avant les bœufs, cependant. Comme j'ai essayé de le démontrer dans ce chapitre, les juges ne devraient pas être appelés à assumer trop vite cette responsabilité ou, du moins, pas sans une clarification préalable des questions théoriques difficiles que soulève la justice internationale. Il s'agit aussi bien de répondre aux questions encore ouvertes de philosophie du droit générale quant à l'identité des sources du droit international et aux moyens d'assurer la

---

<sup>70</sup> Voir Armin VON BOGDANDY, Ingo VENZKE, « In Whose Name? An Investigation of International Courts Public Authority and its Democratic Justification », *European Journal of International Law*, no 1, vol. 23, 2012, p. 7.

<sup>71</sup> Voir BOYLE et CHINKIN, *op.cit.*, note 6, p. 310.

<sup>72</sup> Voir REGAN, *op.cit.*, note 4, p. 241 (ma traduction vers le français).



légitimité de ce droit, que de s'assurer, du point de vue de la philosophie du droit spéciale, que les processus de création du droit international soient institutionnalisés de manière à assurer le respect de la théorie des sources en droit international et la responsabilité démocratique des juges internationaux.

Les penseurs du droit international ont semble-t-il passé trop rapidement d'une approche programmatique de la justice internationale qui consistait en sa défense aveugle à une posture de satisfaction et de retrait. Il est temps de revenir à une approche plus critique de la fonction de juger internationale. C'est seulement à ce prix que l'on pourra non seulement confronter ouvertement ce qui a été décrit comme l'*amour impossible* entre le droit international et ses juges, mais peut être aussi espérer le surmonter et ce dans l'intérêt du droit international.