

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TLADI

[Traduction]

I. INTRODUCTION

1. La Cour a dit aujourd'hui que les demandes reconventionnelles de la Russie étaient recevables et que, partant, elle en connaîtrait. Cela va de soi, mais comme la Cour elle-même l'a fait remarquer, l'ordonnance rendue ce jour ne préjuge « aucune question dont elle aura[] à connaître dans la suite de la procédure », y compris s'agissant du fond des demandes reconventionnelles. Dans son ordonnance, la Cour examine les arguments des Parties relatifs aux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement, à savoir que les demandes reconventionnelles doivent relever de sa compétence et qu'elles doivent être « en connexité directe avec l'objet de la demande ».

2. L'Ukraine a fait valoir que, même lorsque des demandes reconventionnelles remplissent les deux conditions prévues au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement, la Cour, dans des circonstances exceptionnelles, a le pouvoir discrétionnaire de ne pas en connaître. Elle estime ainsi que la Cour, dans les circonstances de l'espèce, devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de connaître des demandes reconventionnelles de la Russie. Si l'on admet le bien-fondé de la décision de la Cour en l'espèce, selon laquelle lesdites demandes reconventionnelles sont recevables et font donc partie de l'instance en cours, il reste que celle-ci aurait pu traiter l'argument de l'Ukraine de plusieurs façons. La Cour aurait pu dire qu'elle jouissait bien d'un pouvoir discrétionnaire au titre du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement, mais qu'en l'espèce, il n'existait aucune raison décisive pouvant la conduire à en faire usage. La Cour aurait également pu dire que, dès lors que les conditions posées par le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement étaient remplies, elle ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire et devait donc connaître des demandes reconventionnelles. Enfin, la Cour aurait pu juger inutile d'examiner la question de savoir si, dans certaines circonstances, elle jouissait du pouvoir discrétionnaire de ne pas connaître de demandes reconventionnelles. Avec cette dernière option, aucune circonstance de l'espèce ne pouvait conduire la Cour, que celle-ci jouisse ou non d'un pouvoir discrétionnaire, à ne pas connaître des demandes reconventionnelles de la Russie. Ces trois options auraient chacune abouti au même résultat en l'occurrence, à savoir que les demandes reconventionnelles font partie de l'instance.

3. La Cour, face aux options susmentionnées, a suivi une voie fort peu satisfaisante. Au lieu de faire un choix, elle a décidé de traiter la question dans un paragraphe d'une seule phrase (ordonnance, par. 62), ainsi rédigé :

« La Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, une bonne administration de la justice et un souci d'économie de procès appellent un examen simultané de ces demandes reconventionnelles et de la demande principale (voir *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 680, par. 44). »

4. Il est difficile de savoir, à la lecture de cet énoncé, si la Cour *a)* estime qu'elle dispose du pouvoir discrétionnaire de ne pas connaître de demandes reconventionnelles qui remplissent les conditions prévues au paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement, mais a choisi de ne pas en faire usage ; *b)* estime qu'elle ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire ; ou *c)* juge inutile de se prononcer sur la question de savoir si elle dispose ou non d'un pouvoir discrétionnaire. Je ne crois pas que le paragraphe 62 de son ordonnance indique que la Cour ait retenu l'option *a)*, car il n'y est pas fait mention de quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit. En d'autres termes, l'on peut

raisonnablement comprendre le paragraphe 62 de l'ordonnance comme signifiant que les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 viennent donner corps aux principaux objectifs sous-jacents que sont la « bonne administration de la justice » et le « souci d'économie de procès ». En tout état de cause, comme je m'efforcerais de le démontrer ci-après, le renvoi à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* semble lui-même tendre à indiquer que la Cour ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire. Cela étant, je ne suis pas convaincu que la Cour ait jugé qu'elle ne jouissait pas d'un pouvoir discrétionnaire, car si tel avait été le cas, le paragraphe 62 aurait été inclus dans l'analyse des conditions posées par le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement. Enfin, je ne suis pas non plus convaincu que la conclusion de la Cour reflète l'option c). La Cour ayant clairement soulevé la question du pouvoir discrétionnaire et exposé les positions contraires des Parties à cet égard, l'énoncé du paragraphe 62 ne pourrait selon moi correspondre à l'option c) que si la Cour avait expressément dit qu'elle ne se prononçait pas sur ce point.

5. Je suis d'avis que la Cour aurait dû prendre clairement position sur la question de savoir si elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire. À titre subsidiaire, la Cour aurait pu explicitement dire qu'il n'y avait pas lieu en la présente instance de statuer sur l'existence ou non d'un tel pouvoir discrétionnaire — conclusion parfaitement acceptable lorsque, comme en l'espèce, la Cour estime qu'il n'existe pas de raison décisive pouvant la conduire à exercer quelque pouvoir discrétionnaire dont elle jouirait. La Cour n'ayant pas procédé ainsi, je me sens dans l'obligation de faire connaître mes vues sur la question du pouvoir discrétionnaire.

II. LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 80 NE CONFÈRE À LA COUR AUCUN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

6. Je commencerai par deux observations générales. Premièrement, selon les textes de référence que j'ai consultés sur la question, la Cour dispose bien d'un pouvoir discrétionnaire¹. Deuxièmement, la Cour n'a, à ce jour, jamais décidé de ne pas connaître d'une demande reconventionnelle qui remplissait les conditions prescrites par le paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement. Plus important encore, la Cour n'a jamais laissé entendre qu'elle jouissait d'un tel pouvoir discrétionnaire.

1. Argumentation en faveur de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire

7. La raison première avancée au soutien de l'idée que la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire quand bien même les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement seraient remplies est que cette disposition, dans sa version anglaise, contient le terme

¹ Sean D. Murphy, « Counter-Claims Article 80 of the Rules », in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams *et al.* (sous la dir. de), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2019), p. 1109. Voir aussi Malcolm Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court of Justice: 1920-2015, Fifth Edition* (2017), vol. III, p. 1271, où il est dit que la nouvelle version de la règle (art. 80) « met l'accent sur le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour de connaître d'une demande reconventionnelle si les conditions énoncées au paragraphe 1 sont remplies ». Même si je n'ai pas pu consulter l'ouvrage de Constantine Antonopoulos intitulé *Counterclaims before the International Court of Justice* (2011), il ressort de l'article de Maurizio Arcari « Counterclaim: International Court of Justice (ICJ) », publié en ligne dans l'encyclopédie *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), que M. Antonopoulos adopte une position contraire à celle de MM. Murphy et Shaw — si cela est juste, je partage la position de M. Antonopoulos. M. Arcari lui-même semble évasif sur la question : voir le paragraphe 14 (« Reste encore à savoir si la Cour, grâce au pouvoir discrétionnaire dont elle jouit dans ce domaine, peut aller jusqu'à refuser de connaître d'une demande reconventionnelle même lorsque celle-ci satisfait aux deux exigences de compétence et de connexité contenues au paragraphe 1 de l'article 80. ») Cf. Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice* (2013), p. 682, indiquant que le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article 80 « élimine[] tout pouvoir discrétionnaire ». Cependant, je crois comprendre que M. Kolb affirme que la Cour n'a pas de pouvoir discrétionnaire si les conditions *ne sont pas remplies* (contrairement à ce qui est à l'étude ici, à savoir l'existence d'un pouvoir discrétionnaire lorsque les conditions sont remplies).

« may »². Selon cet argument, si cet article du Règlement ne conférerait aucun pouvoir discrétionnaire à la Cour, il aurait été rédigé comme suit : « The Court *shall* entertain a counter-claim if ... ». À cet égard, il a été fait valoir qu'une simple recherche dans le Règlement montrait que l'emploi de l'auxiliaire modal « may » en rapport avec les prérogatives et les fonctions de la Cour était toujours associé au pouvoir discrétionnaire de celle-ci. Je veux bien adhérer à cette position pour les besoins du raisonnement, même si j'ai pu trouver une ou deux dispositions du Règlement qui ne permettent pas d'être aussi catégorique³.

8. La seconde raison avancée en faveur de l'argument suivant lequel la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire repose sur ce qui sous-tend les demandes reconventionnelles, à savoir la bonne administration de la justice et un souci d'économie de procès. Cet argument a été exposé de la façon suivante dans l'opinion commune des juges Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian et du juge *ad hoc* Daudet (ci-après, l'« opinion commune ») :

« Certes, elle n'a jamais refusé de connaître d'une demande reconventionnelle dès lors qu'il était satisfait aux deux conditions prescrites. Mais l'on ne saurait exclure que, dans une situation exceptionnelle, où il serait contraire aux intérêts d'une administration rationnelle et efficace de la justice d'examiner une telle demande, la Cour puisse s'interdire d'en connaître, le défendeur conservant la possibilité d'introduire, par une nouvelle requête, une instance distincte contre l'État qui est le demandeur en l'affaire initiale. »⁴

9. Pour autant que je sache, ce sont là les deux seuls arguments avancés à l'appui de l'idée que la Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de ne pas connaître d'une demande reconventionnelle, quand bien même celle-ci remplirait les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement. Je les examinerai donc tour à tour.

2. Examen de l'argumentation en faveur de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire

2.1 De l'argument relatif à l'emploi de l'auxiliaire modal « may » au paragraphe 1 de l'article 80

10. Tout d'abord, il est vrai que l'emploi de l'auxiliaire modal « may » suppose habituellement un pouvoir discrétionnaire. Ceux qui considèrent qu'un tel pouvoir existe omettent toutefois de relever que le paragraphe 1 de l'article 80 prévoit, non pas que la « Cour peut connaître d'une demande reconventionnelle si » les conditions sont remplies, mais qu'elle « *ne peut* connaître d'une demande reconventionnelle *que si* » les conditions sont remplies (« The Court may entertain a counter-claim *only if* »). Les mots « only if » dans ce contexte ne sont pas sans importance et il est surprenant que les tenants de la thèse de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne tiennent pas *du tout* compte de leur valeur. Ces deux mots ne sont pris en considération ni dans l'article — au reste

² Ce point de vue a été exprimé par les juges Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian et le juge *ad hoc* Daudet dans leur opinion commune : *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 15 novembre 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 322, par. 4. Voir aussi Murphy (note de bas de page 1), p. 1109.

³ Voir, par exemple, le texte anglais de l'article 48 du Règlement de la Cour (« Time-limits for the completion of steps in the proceedings *may* be fixed by assigning a specified period but shall always indicate definite dates » (les italiques sont de moi)). Même si le terme « may » est ici employé, je ne crois pas que la Cour ait le pouvoir discrétionnaire de fixer ou non des délais par l'indication d'une période déterminée. La Cour a de toute évidence une marge de discrétion s'agissant de la période précise à arrêter, mais pas pour ce qui est de fixer des délais.

⁴ Opinion commune des juges Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian et du juge *ad hoc* Daudet (note de bas de page 2), p. 322, par. 4.

excellent — de M. Murphy, publié dans l'ouvrage de MM. Zimmermann et Tams, ni dans l'opinion commune des honorables juges Tomka, Gaja, Sebutinde, Gevorgian et du juge *ad hoc* Daudet. M. Shaw, quant à lui, dans son ouvrage intitulé *Rosenne's Law and Practice*, se contente d'affirmer que le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article 80 « met l'accent sur le pouvoir discrétionnaire » dont jouit la Cour, sans même chercher à démontrer l'existence d'un tel pouvoir.

11. Quelle est donc la valeur des mots « only if » ? L'auxiliaire modal « may », lorsqu'il est suivi des mots « only if », ne dénote pas un pouvoir discrétionnaire, mais a pour seule fonction d'indiquer clairement que la Cour *ne peut pas* agir si les conditions requises ne sont pas remplies. C'est, ni plus ni moins, ce que signifie la construction « may ... only if ». Autrement dit, les mots « only if » ont pour effet, non pas de conférer un pouvoir discrétionnaire, mais d'en souligner l'absence et donc de souligner l'incapacité de la Cour à agir si les conditions requises ne sont pas remplies⁵. Cette conclusion semble encore plus évidente à la lecture du texte français : « La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci ... ». L'emploi de la tournure négative « ne peut ... que » sert à illustrer l'absence de pouvoir discrétionnaire.

12. Dans le cadre de cet argument textuel, d'aucuns ont également affirmé que le Règlement aurait pu employer l'auxiliaire modal « shall » pour énoncer clairement que la Cour n'a pas de pouvoir discrétionnaire. Cela est vrai, certes, mais il est aussi vrai que si le paragraphe 1 de l'article 80 avait été voué à conférer un pouvoir discrétionnaire, le libellé de cette disposition aurait pu le faire ressortir de manière plus évidente. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 80 aurait simplement pu se lire comme suit : « The Court may entertain a counter-claim if » (« La Cour peut connaître d'une demande reconventionnelle si »), c'est-à-dire sans l'adverbe « only » (ou la tournure négative « ne ... que » dans la version française). Ce paragraphe aurait pu être encore plus explicite et contenir une troisième condition, telle que le membre de phrase « and if it would not be contrary to the interest of the sound administration of justice and procedural economy » (« et si elle n'est pas contraire à la bonne administration de la justice et à un souci d'économie de procès »). En tout état de cause, les arguments relatifs aux différentes formulations possibles ne permettent pas, selon moi, de faire véritablement avancer la question.

13. Il apparaît que la construction « may ... only if » figure ailleurs dans le Règlement de la Cour. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 29 se lit comme suit :

« The Registrar *may* be removed from office *only if*, in the opinion of two-thirds of the Members of the Court composing it at the time of the decision to be taken, the incumbent has either become permanently incapacitated from exercising the Registrar's functions, or has committed a serious breach of duty. »

« Le Greffier *ne peut* être relevé de ses fonctions *que si*, de l'avis des deux tiers des membres composant la Cour au moment où celle-ci est appelée à se prononcer, le titulaire n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou a manqué gravement aux obligations qui lui incombent. » (Les italiques sont de moi.)

14. Si la construction « may ... only if » visait à indiquer que la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire, cela signifierait que *même si* les deux tiers des membres de la Cour étaient d'avis que le greffier titulaire n'était, par exemple, « plus en mesure d'exercer ses fonctions », la Cour pourrait malgré tout décider de ne pas le relever de ses fonctions. Cette hypothèse me paraît invraisemblable.

⁵ Voir Kolb (note de bas de page 1), p. 662.

15. Compte tenu de ce qui précède, j'estime qu'une lecture du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement fondée sur le sens ordinaire des mots qui y sont employés n'étaye pas l'idée que, même lorsque les conditions requises sont remplies, la Cour reste libre de décider de ne pas connaître des demandes reconventionnelles qui lui sont soumises. La construction « may ... only if » signifie simplement que la Cour ne peut pas connaître d'une demande reconventionnelle si celle-ci ne remplit pas les deux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement.

2.2 De l'argument relatif à la bonne administration de la justice et à l'économie de procès

16. L'argument, exposé dans l'opinion commune, suivant lequel des raisons liées à la bonne administration de la justice (ou à l'économie judiciaire, d'ailleurs) peuvent conduire la Cour à refuser de connaître d'une demande reconventionnelle quand bien même les deux conditions requises seraient remplies est selon moi tout aussi peu convaincant. Il convient de rappeler que le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement et les conditions qui y sont énoncées ont été élaborés par la Cour sur le fondement de sa jurisprudence, laquelle repose sur ces deux éléments, à savoir la bonne administration de la justice et l'économie judiciaire. Autrement dit, à mes yeux, les conditions prévues au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement servent précisément à déterminer si les demandes reconventionnelles à l'examen contribueront à la bonne administration de la justice et à l'économie judiciaire. Par conséquent, ces conditions visent, non pas à s'ajouter aux objectifs de bonne administration de la justice et d'économie judiciaire, mais à leur donner corps.

17. C'est, à mon sens, pour cette raison que la Cour s'est laissée une si grande marge d'appréciation pour déterminer s'il existe une « connexité directe » entre les demandes reconventionnelles et les demandes principales. La Cour a constamment rappelé qu'« il [lui] appartient ... d'apprécier souverainement ... si le lien qui doit rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant »⁶. C'est dans le cadre de cette grande marge d'appréciation que la Cour peut tenir compte des objectifs que sont la bonne administration de la justice et l'économie judiciaire.

18. Le paragraphe 62 de l'ordonnance de la Cour se fonde apparemment sur l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*⁷. Or le raisonnement suivi dans cette affaire, en particulier la mention de la bonne administration de la justice et de l'économie de procès, semble corroborer l'idée que ces éléments sont intégrés dans les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement, et non que la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire même lorsque ces conditions sont remplies. La Cour avait ainsi conclu ce qui suit :

« Considérant que le Congo, au terme de ses observations écrites, a allégué à titre très subsidiaire “qu'il n'y a[vait] pas lieu d'opérer la jonction au fond de l'ensemble des prétentions ougandaises en application de l'article 80, paragraphe 3, du Règlement de la Cour, en raison de considérations d'opportunité liées aux impératifs d'une bonne administration de la justice” ; et considérant que la Cour, ayant estimé que les première et deuxième demandes reconventionnelles présentées par l'Ouganda étaient en connexité directe avec l'objet des demandes du Congo, est d'avis que, bien au contraire,

⁶ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 258, par. 33.*

⁷ Ordonnance, par. 62.

une bonne administration de la justice et un souci d'économie de procès appellent un examen simultané de ces demandes reconventionnelles et des demandes au principal »⁸.

19. Dans ce paragraphe, la Cour considère l'argument du Congo relatif à la bonne administration de la justice et à l'économie de procès, non pas comme une condition supplémentaire distincte à remplir, mais comme étant lié à l'une des conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 — « considérant que la Cour, ayant estimé que les ... demandes reconventionnelles ... étaient en connexité ... est d'avis que, bien au contraire, une bonne administration de la justice et un souci d'économie de procès appellent un examen simultané de ces demandes reconventionnelles et des demandes au principal ». Par conséquent, loin de venir étayer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, la citation reprise de l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* traduit davantage l'idée que la Cour ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire dès lors que les conditions requises sont remplies.

III. OBSERVATIONS FINALES

20. De mon point de vue, dès lors qu'elle a établi que les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement sont remplies, la Cour doit connaître des demandes reconventionnelles qui lui sont soumises. L'importance excessive et hors contexte qui est accordée à l'auxiliaire modal « may » pour affirmer que la Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas probante, pas plus que l'argument fondé sur la bonne administration de la justice et l'économie judiciaire, qui sont des exigences sur lesquelles reposent les deux conditions requises.

21. Dans le même temps, je comprends qu'il serait peut-être exagéré de conclure à l'absence de pouvoir discrétionnaire de la Cour à ce stade. Cela étant, je considère que la Cour aurait dû clairement dire qu'elle ne se prononçait ni dans un sens ni dans l'autre, étant donné que, même si elle jouissait d'un pouvoir discrétionnaire, aucune circonstance de l'espèce ne l'aurait conduite à exercer un tel pouvoir.

(Signé) Dire TLADI.

⁸ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), demandes reconventionnelles, ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 680, par. 44.*