

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

L'ordonnance rendue aujourd'hui, qui est du même type que quelques ordonnances rendues récemment, soulève des questions de droit qui sont importantes quand bien même elles ne ressortent pas d'emblée du libellé du document. L'une d'elles concerne le caractère juridique précis de l'ordonnance. J'ai le sentiment qu'on pourrait sérieusement se demander ce que la Cour a fait, en droit, en rendant cette ordonnance. Selon l'interprétation qu'on en donne, je peux ou ne peux pas approuver l'ordonnance. Je me vois donc obligé d'expliquer sur quoi je me fonde pour l'approuver, de crainte que mon approbation ne soit prise comme un acquiescement à une interprétation que je ne peux accepter.

Comme il est dit dans l'ordonnance, El Salvador ne fait pas objection à la désignation par le Honduras d'un certain juge *ad hoc* de remplacement. Etant donné que la Cour elle-même ne conteste pas cette désignation et qu'il n'y a pas de doute en la matière, aucune décision n'est requise en vertu de l'article 35, paragraphe 4, du Règlement de la Cour. En conséquence, ce n'est pas en raison d'une éventuelle contestation ou d'un éventuel doute que se pose la question de savoir si la Cour doit rendre formellement une ordonnance.

Il faut dès lors se demander: i) si une ordonnance est par ailleurs requise et, dans l'affirmative, ii) si elle est requise pour qu'une personne devienne juridiquement juge *ad hoc* de remplacement ou iii) si elle est simplement requise à titre d'enregistrement du remplacement. Normalement, je répondrais par la négative à la première question, ce qui me dispenserait d'aborder la deuxième et la troisième. En l'espèce, cependant, je répondrai affirmativement à la première question, négativement à la deuxième et affirmativement à la troisième, et cela pour les raisons suivantes.

S'agissant de la première question, je relève que l'ordonnance de la Cour du 8 mai 1987 (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12) mentionne expressément les noms des deux juges *ad hoc* désignés pour faire partie de la Chambre spéciale constituée par cette ordonnance; il semble découler logiquement du libellé de ce texte que le décès de l'un d'eux et son remplacement par une autre personne doivent être consignés dans une nouvelle ordonnance modifiant dûment la précédente. C'est là, brièvement exposé, le motif pour lequel j'approuve la décision de rendre une nouvelle ordonnance.

La deuxième et la troisième question obligent à rechercher le caractère juridique précis de la nouvelle ordonnance. L'état actuel du droit étant rarement, pour ne pas dire jamais, vérifiable sans recours au passé, il me semble que l'on ne peut mener sensément cette recherche sans tenir compte de l'évolution antérieure du droit. Le problème est d'autant plus

compliqué qu'il n'est pas courant que la Cour rende une ordonnance formelle visant spécifiquement la désignation de juges *ad hoc* (à distinguer de la faculté d'en désigner); le fait qu'ils ont été désignés est en général simplement relaté dans le cadre du rappel chronologique de la procédure qui fait l'objet des paragraphes liminaires de l'ordonnance ou de la décision que la Cour a par la suite l'occasion de rendre en l'espèce. On relève deux exceptions, qui se rapportent respectivement à l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 7) et à la présente affaire (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12). Dans ces deux affaires, l'ordonnance de la Cour rend compte de l'élection de trois membres de la Cour nommément désignés, auxquels s'ajoutent deux juges *ad hoc* nommément désignés (qui avaient d'ailleurs été choisis avant l'élection des autres juges), et qui forment ensemble une chambre de cinq juges. Il avait été procédé différemment dans la première affaire ayant donné lieu à la constitution d'une chambre spéciale, celle de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 8-9). Dans cette affaire, l'ordonnance de la Cour avait constitué une chambre composée de cinq membres de la Cour nommément désignés, élus par elle (y compris un membre de nationalité américaine), et avait ensuite pris acte de ce que

« dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 31, paragraphe 4, du Statut, le Président en exercice a prié M. Ruda [un des cinq juges élus] de céder sa place, le moment venu, au juge *ad hoc* désigné par le Gouvernement du Canada, et que M. Ruda s'est déclaré prêt à le faire ».

La désignation à laquelle le Canada procéda ultérieurement ne donna pas lieu à une ordonnance spécifique de la Cour; elle fut simplement relatée comme un fait dans les considérants de l'ordonnance suivante, par laquelle la Cour fixa les délais pour le dépôt des pièces écrites (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 16).

Il semble qu'une tendance à mentionner les noms des juges *ad hoc* dans l'ordonnance par laquelle la Cour constitue une chambre spéciale se soit manifestée en même temps qu'une tendance à abandonner la procédure suivie dans l'affaire du *Golfe du Maine*, selon laquelle un membre de la Cour, après avoir été élu à la Chambre, cède sa place, à la demande du Président, à un juge *ad hoc* désigné ultérieurement par l'Etat intéressé. Cette procédure de désistement s'imposait dans le cas de tous les juges *ad hoc*, pour toutes les chambres. Elle est encore prescrite par le paragraphe 4 de l'article 31 du Statut pour toutes les chambres et par le paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour (modifié expressément en 1978 à cet effet) pour les chambres spéciales en particulier. La tendance qui s'est ensuite manifestée à s'écarter de cette procédure, telle qu'elle avait été appliquée dans l'affaire du *Golfe du Maine*, semble avoir été inextricablement liée à l'application d'une autre disposition du paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour (d'abord introduite en tant que paragraphe 1 de l'article 26 du Règlement de 1972) et en avoir été la consé-

quence pratique. En substance, cette disposition visait à conférer aux parties le droit de faire valoir leurs vues au sujet de l'élection par la Cour de tel ou tel de ses membres pour siéger dans une chambre spéciale. L'objectif paraît avoir été « d'accorder aux parties une influence décisive sur la composition des chambres spéciales » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, p. 2).

Sans examiner les conséquences juridiques de cette évolution, mais tout en tenant compte de celle-ci, j'aborde maintenant le caractère juridique de l'ordonnance rendue aujourd'hui : est-elle constitutive de la désignation d'un nouveau juge *ad hoc* par la Cour ? Ou s'agit-il simplement de l'enregistrement judiciaire officiel de la désignation par l'Etat intéressé d'un nouveau juge *ad hoc* ? En résumé, qui désigne un juge *ad hoc* ? Est-ce la Cour ou l'Etat intéressé ?

Je crois qu'on dit couramment qu'un juge *ad hoc* est désigné par l'Etat intéressé. En revanche, on peut soutenir que, lorsqu'elle admet un juge *ad hoc* sur le siège, la Cour exerce un pouvoir de désignation qui lui est conféré par les paragraphes 2 à 6 de l'article 31 du Statut (voir Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, p. 374). Ce point de vue est respectable, et je voudrais par conséquent examiner quelques-unes des considérations qui pourraient être opposées à l'usage plus courant.

L'article 7 du Règlement de la Cour, relatif à l'admission d'un juge *ad hoc* pour siéger à la Cour, semble viser la procédure prévue à l'article 20 du Statut, ainsi libellé :

« Tout membre de la Cour doit, avant d'entrer en fonction, en séance publique, prendre l'engagement solennel d'exercer ses attributions en pleine impartialité et en toute conscience. »

L'obligation de prendre cet engagement est imposée aux juges *ad hoc* par le paragraphe 6 de l'article 31 du Statut. Il semble assez clair, cependant, qu'elle vise non la désignation mais seulement la prise de fonctions. Il est sous-entendu, dans le texte de l'article 20 du Statut, que l'intéressé est juge avant même d'avoir pris ledit engagement. En conséquence, la procédure d'admission semble laisser sans réponse la question de savoir par qui et à compter de quand une personne est désignée comme juge *ad hoc*.

Aux termes du paragraphe 5 de l'article 35 du Règlement de la Cour : « Un juge *ad hoc* qui a accepté d'être désigné mais n'est plus en mesure de siéger peut être remplacé », ce qui ne semble pas nécessairement impliquer que cette « désignation » est faite par la Cour. Dans les affaires de la Namibie (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 19, par. 10) et du Sahara occidental (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 15, par. 8), dans lesquelles la Cour a employé les mots « désignation » et « désigner » à propos de juges *ad hoc*, il semble que la question que la Cour cherchait à régler n'était pas de savoir si elle devait désigner des juges *ad hoc* (ce qui aurait supposé qu'elle le pouvait), mais si les conditions nécessaires étaient réunies pour que les Etats concernés puissent en désigner. C'est ainsi, je crois, que sir Gerald Fitzmaurice a

interprété la situation dans l'affaire de la *Namibie*; il a déclaré dans son opinion dissidente :

« La requête par laquelle l'Afrique du Sud demandait à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans la présente affaire a été rejetée par la Cour, par l'ordonnance du 29 janvier 1971... » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 308, par. 17.)

Cette interprétation, selon laquelle la désignation est faite par l'Etat intéressé, ne semble pas incompatible avec l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 5), dont le paragraphe 3 est ainsi libellé :

« La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité libyenne ou maltaise, chacune des Parties s'est prévaluée du droit que lui confère l'article 31, paragraphe 3, du Statut de procéder à la désignation [«to choose»] d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire. Le 27 juillet 1982 la Jamahiriya arabe libyenne a désigné [«designated»] M. Eduardo Jiménez de Aréchaga, et le 8 octobre 1982 les Parties ont été informées, conformément à l'article 35, paragraphe 3, du Règlement, que cette désignation [«appointment»] ne soulevait pas d'objection; le 26 avril 1983 Malte a désigné [«designated»] M. Jorge Castañeda, et le 30 mai 1983 les Parties ont été informées que cette désignation [«appointment»] ne soulevait pas d'objection. »

Bien qu'il y ait deux thèses possibles, je préfère celle selon laquelle la notification que « cette désignation [« appointment »] ne soulevait pas d'objection » ne pouvait constituer un acte de désignation par la Cour elle-même, mais présupposait au contraire l'existence d'une désignation faite par une autre autorité. Dans le texte anglais du passage cité, les termes « choosing », « designation » et « appointment » sont apparemment interchangeables et visent tous une désignation par l'Etat intéressé.

On peut considérer aussi la manière dont les termes en question ont été utilisés dans le passé. Dans la deuxième partie du projet Root-Phillimore, l'article 27 portait que : « Si ... la Cour ne renferme pas de juge de la nationalité d'un des Etats parties en litige, cet Etat nommera ... un juge » (Cour permanente de Justice internationale, *Comité consultatif de juristes, procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, 1920, p. 327). M. Hudson s'est exprimé de façon analogue; il a utilisé indifféremment les mots « chosen » et « appoint » (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 181, 276, 361-364, et les références qui y sont données). M. Fachiri a fait de même (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2^e éd., 1932, p. 59; voir aussi l'ouvrage plus récent de Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. 1, p. 205-210). On ne peut s'attendre à une cohérence absolue dans l'emploi de ces termes. Ainsi lit-on dans le compte rendu d'une

séance du comité de juristes des Nations Unies tenue à Washington en 1945 que « M. Hudson relève que dans le cas du paragraphe 2 de l'article 26 [du Statut] la Cour ne peut pas désigner de juges *ad hoc* ». Cette déclaration pourrait donner à penser que, quand un juge *ad hoc* peut être désigné, c'est la Cour qui procède à cette désignation (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 224). D'une façon générale, presque chaque fois qu'on s'est référé à la question dans la correspondance et dans les débats, c'était pour dire que les juges *ad hoc* sont désignés par les parties (voir par exemple *C.P.J.I. série D n° 2*, p. 177, 215; *C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 26, 31-33, 306, 386-394, 422, 478-491; affaire *Losinger*, *C.P.J.I. série C n° 78*, p. 392-393; Société des Nations, *Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, procès-verbal*, Genève, 1929, p. 53, intervention de M. Fromageot; et « Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice », *American Journal of International Law, Supplement*, vol. 39, 1945, p. 12, par. 41). La Cour permanente de Justice internationale elle-même a parlé des juges *ad hoc* comme étant désignés par les parties. Ainsi, dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (*C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 90), la Cour a officiellement décidé qu'il n'y avait « pas lieu, dans la présente affaire, à la désignation de juges *ad hoc* soit par l'Autriche, soit par la Tchécoslovaquie » (voir aussi *C.P.J.I. série C n° 53*, p. 189). La Cour permanente a usé de termes analogues dans l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre* (*C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 70-71. Voir aussi *C.P.J.I. série E n° 4*, p. 296).

Au cours des débats que la Cour permanente a consacrés en 1922 à l'élaboration de son premier Règlement, le Président Loder a déclaré « qu'un texte sera[fit] préparé pour exprimer » que si un juge désigné aux termes de l'article 31 du Statut tombe sous le coup des dispositions de l'article 17,

« en vertu du dernier alinéa de l'article 31 du Statut, la désignation [d'un tel juge] peut, dans les circonstances indiquées, être déclarée nulle par la Cour, auquel cas le droit pour les parties de nommer un juge national sera périmé » (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 119).

J'incline à penser, comme M. Hudson, que le dernier membre de phrase n'était pas une conséquence nécessaire de ce qui le précédait (Hudson, *op. cit.*, p. 364; cf. Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 212). Quant à ce qui précédait, il y a lieu de relever que le texte suggéré, s'il a été rédigé, n'a jamais été promulgué. L'explication n'est pas claire, mais je ne serais pas surpris qu'elle soit liée à un argument que l'on pourrait éventuellement faire valoir, à savoir, que le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut est formulé comme une disposition visant à interdire à un membre en fonctions de la Cour de participer au règlement d'une affaire dans certaines conditions, ce qui a pour résultat, à proprement parler, qu'une décision de la Cour prise en confor-

mité du paragraphe 3 de l'article 17 du Statut est limitée à l'effet de cette interdiction de participation et n'englobe pas des questions telles que la validité de la qualité de membre elle-même. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que le pouvoir de déclarer une désignation nulle implique que ce soit la Cour qui est investie du pouvoir de désignation. En 1932, M. Fromageot a exposé le problème en ces termes :

« Le droit pour une partie de désigner un juge *ad hoc* ne dépend pas d'une autorisation de la Cour ; mais la Cour doit pouvoir examiner si les conditions posées à l'exercice de ce droit sont remplies ; si elles ne l'étaient pas, la Cour rendrait une ordonnance déclarant non justifiée la désignation d'un juge *ad hoc*, mais non sans avoir entendu au préalable les parties sur ce point. » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 18, note de bas de page.)

Ainsi, une ordonnance de la Cour déclarant une désignation non justifiée n'ôte rien au fait que cette désignation est néanmoins faite par la partie concernée et ne dépend pas d'une autorisation de la Cour. Il faut lire les paragraphes 4 et 5 de l'article 35 du Règlement de la Cour dans l'optique de la position prépondérante ainsi adoptée par le Statut.

La question se trouve compliquée par une modification apportée au texte en 1945. L'article 31 du Statut de 1920, tel que modifié avec effet au 1^{er} février 1936, semble avoir utilisé indifféremment dans le texte anglais les mots « chosen », « selected » et « appointed » à propos des juges nationaux. En particulier, les personnes « chosen » pour siéger en qualité de juges en vertu du deuxième alinéa de l'article 31 du Statut étaient à l'évidence assimilées aux « judges specially appointed by the parties » tels que visés au quatrième alinéa du même article. Le mot « appointed » ayant été remplacé en 1945 par le mot « chosen », on pourrait considérer qu'il y a là l'indication d'une modification de fond étayant la thèse inverse. Et je reconnais la force de cet argument. Mais la structure du mécanisme est demeurée la même et aucune modification sur ce point n'a été apportée au texte français, qui employait le mot « désignés » là où le texte anglais avait employé le mot « appointed ». Dans ces conditions, si les juges *ad hoc* étaient regardés comme « appointed by the parties » (« désignés par les parties ») et non par la Cour permanente, on voit difficilement comment cette seule modification du libellé du texte anglais en 1945 pourrait impliquer que les juges *ad hoc* devaient désormais être désignés par la Cour. La modification du texte anglais est peut-être attribuable à des considérations de style, comme l'a d'ailleurs suggéré M. Hudson (Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946, p. 29). Les comptes rendus officiels de la sixième séance du comité consultatif de juristes de la conférence de San Francisco, au cours de laquelle la modification a été apportée, n'offrent aucune explication (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, t. XIX, p. 407).

On pourrait relever — si j'ose m'aventurer sur ce terrain — que les mots

employés dans le texte français (qui n'a pas été modifié sensiblement à cet égard) étaient « désigner », « désignation » et « désignés ». Selon la définition qui en est donnée, le mot « désignation » signifie notamment l'« indication d'une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission... » (*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Presses universitaires de France, 1987, p. 260.) Dans la version française du paragraphe 2 de l'article 31 du Statut actuel, les termes essentiels sont les suivants : « toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ». Le mot « désigner », rapproché du mot « choisir », peut impliquer plus qu'un simple choix : il semble viser l'acte juridique complet qu'évoque le mot anglais « appoint ». D'autre part, même si le mot « appoint » (« désigner ») peut ne pas toujours signifier « choose » (« choisir »), il peut avoir et a parfois effectivement ce sens (voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 6, p. 100-101, et *State of New Jersey v. Provenzano* (1961) 169 A 2d 135, 34 N.J. 318). Il semble donc que le mot anglais « choose » et le mot français « désigner » devaient tous deux constituer, dans le contexte où ils étaient utilisés, l'équivalent juridique du mot anglais « appoint ».

Cela étant dit, on peut maintenant examiner plus en détail l'article 31 du Statut. Aux termes du paragraphe 2 de cet article « toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ». Ce que ce libellé implique est précisé au paragraphe 3 de l'article 31 du Statut, où il est dit que chacune des parties peut procéder « à la désignation d'un juge de la même manière qu'au paragraphe précédent ». Il semble que la personne désignée conformément au paragraphe 2 est considérée comme un juge dès sa désignation. De même, le paragraphe 4 de l'article 31 parle des « *juges spécialement désignés* par les parties » (les italiques sont de moi). Enfin, le paragraphe 6 de l'article 31 est ainsi rédigé :

« *Les juges désignés* comme il est dit aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article doivent satisfaire aux prescriptions des articles 2, 17, paragraphe 2, 20 et 24 du présent Statut. Ils participent à la décision dans des conditions de complète égalité avec leurs collègues. » (Les italiques sont de moi.)

L'exercice du pouvoir de désignation semble être directement constitutif du statut de juge *ad hoc*.

Le droit de désigner un juge *ad hoc* a des incidences sur la composition de la Cour ; par conséquent, il est directement régi par l'instrument constitutif de la Cour, à savoir son Statut. L'article 31 du Statut est la disposition qui traite du processus par lequel une personne est constituée juge *ad hoc*. Cette disposition ne semble attribuer aucun rôle à la Cour, à un quelconque moment de ce processus, que ce soit directement ou indirectement par le jeu des autres dispositions qui y sont mentionnées. Même interprétées de façon très libérale, les limites du pouvoir réglementaire que l'article 30 du Statut donne à la Cour ne lui permettraient pas, par le biais de l'élaboration des dispositions de son Règlement, de s'attribuer dans ce

processus un rôle qui ne lui est pas confié par le Statut. Le Statut paraît s'en remettre à l'Etat concerné. Cette interprétation s'accorde avec le fait que la notion de juges *ad hoc* faisant partie du siège de la Cour est en réalité reprise partiellement de la pratique arbitrale.

En résumé, on voit mal quels sont les actes de la Cour dont on pourrait dire qu'un juge *ad hoc* tire son autorité pour agir. Sans méconnaître la force des arguments en sens contraire, j'ai une préférence, tout bien considéré, pour l'opinion selon laquelle la désignation d'un juge *ad hoc* est constituée par l'acte que l'Etat concerné accomplit en le choisissant, le rôle de la Cour se limitant à une fonction négative qui consiste à déterminer s'il existe un motif quelconque (ayant ou non trait à la validité de sa nomination) pour l'empêcher de siéger en l'espèce. Si cette interprétation est exacte, elle conduit à dire que l'ordonnance rendue aujourd'hui ne constitue pas une désignation faite par la Cour, mais qu'elle est seulement un acte formel par lequel la Cour enregistre une désignation faite par l'Etat concerné. Je tiens donc à marquer que c'est en me fondant sur cette interprétation que j'appuie l'ordonnance.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.