

## OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDEEN

[Traduction].

Le système des chambres *ad hoc* institué en 1945 par l'article 26, paragraphe 2, du Statut de la Cour est un système utile. Je précise d'emblée que, pour l'essentiel, la présente opinion dissidente concerne non le système ainsi créé, mais uniquement certaines dispositions procédurales connexes adoptées en 1972 et utilisées pour la première fois en 1982. A mon avis, la requête du Nicaragua découle, et est une illustration, de l'existence de certains problèmes en ce qui concerne ces dispositions procédurales. Si ces problèmes sont résolus, le système des chambres *ad hoc* pourra exercer l'autorité de la Cour de manière plus crédible et plus convaincante qu'il ne le peut en ce moment, et ainsi répondre plus effectivement à l'attente tant de ceux qui l'ont créé que des Etats qui y ont recours, y compris les Etats désireux d'exercer le droit que leur confère le Statut d'intervenir dans des affaires pendantes devant une chambre. Quels sont donc ces problèmes ?

Considérée objectivement et selon des normes judiciaires universellement acceptées, le choix de ses membres ayant été substantiellement déterminé ou influencé par les parties en vertu des dispositions procédurales susvisées, la Chambre ne peut en l'espèce, je le dis avec respect, s'acquitter des fonctions de la Cour internationale de Justice en sa qualité de cour de justice, pour ce qui est d'une requête à fin d'intervention dans l'affaire dont elle est saisie. En déclinant elle-même sa compétence et en ne laissant au requérant d'autre recours que devant la Chambre, la Cour prive effectivement ce dernier du droit qui est le sien de voir la requête qu'il a présentée en vertu de l'article 62 du Statut tranchée judiciairement de la manière ordinaire. Si, comme c'est mon avis, telle est la réalité, il semblerait que soit directement en cause la légalité des dispositions qui produisent un résultat qui semble inacceptable, des questions importantes se posant inévitablement quant à la nature fondamentale de la Cour elle-même et à ses relations avec ses chambres. J'ai soigneusement réfléchi à la possibilité de concilier mon opinion sur ces questions avec la position adoptée par la Cour dans l'ordonnance qu'elle a rendue aujourd'hui. C'est avec beaucoup de regret, de courtoisie et de respect que j'en arrive malheureusement à conclure que les dispositions procédurales régissant la constitution des chambres *ad hoc* ne sont pas valides, mais que, si elles le sont, c'est la Cour plénière qui aurait dû statuer sur la requête à fin d'intervention du Nicaragua. J'expose les raisons de mon opinion de la première à la sixième partie quant au premier point, et dans la septième partie quant au second.

## PREMIÈRE PARTIE. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

*Le dilemme de la Cour*

C'est essentiellement au motif que la Chambre a été constituée pour connaître de l'affaire en question et doit aussi connaître des procédures incidentes que la Cour a conclu que c'est à la Chambre qu'il appartient de connaître de la requête du Nicaragua. Normalement, je serais d'accord. Mais, dans les circonstances de l'espèce, cette décision est-elle aussi logique que la Cour le suggère? En vertu du propre Règlement de la Cour, tel qu'il a été modifié en 1972 et révisé en 1978, outre que deux des cinq membres de la Chambre sont des juges *ad hoc* désignés de droit par les Parties initiales, les trois autres membres ont été élus à la Chambre par la Cour plénière après que celle-ci eut tenu compte des vues des Parties quant à ceux de ses membres qui devaient être élus. Que cela soit en fait ainsi ou non — et la Cour est la mieux placée pour le savoir — le requérant a raisonnablement le droit de craindre — et il ressort clairement de sa requête et de ses écritures que tel est le cas — que les trois membres ainsi élus l'aient été conformément aux vœux exprimés par les Parties initiales. Donc, en substance, la Cour dit au requérant qu'il n'a d'autre choix que de placer son sort entre les mains d'une chambre dont il est raisonnablement fondé à penser que les cinq membres ont tous été pratiquement choisis par les Parties initiales. On peut concevoir que le Nicaragua aille néanmoins devant la Chambre et, s'il le fait, on peut concevoir que celle-ci fasse droit à sa requête. Une telle possibilité ne peut toutefois affecter la situation juridique telle que je la conçois. Car, il n'est pas difficile de voir pourquoi jusqu'ici le Nicaragua n'est pas allé devant la Chambre et pourquoi il est en fait venu devant la Cour plénière — une attitude qui en soi illustre pour la première fois combien il est peu probable qu'un Etat non partie intéressée considère une telle chambre comme une incarnation légitime de la Cour. Lues en toute équité, ses écritures montrent à l'évidence que le Nicaragua considère que la Chambre, telle qu'elle est composée, ne peut exercer à son égard les attributions de la Cour internationale de Justice. Que cela soit la question centrale, qu'on ne peut éluder, me semble manifeste. Faute d'envisager d'abord cette question, il est à mon avis logiquement impossible d'apprécier intelligemment les problèmes que pose la requête du Nicaragua.

Je me suis néanmoins demandé si l'on pouvait dire de manière convaincante que le moment n'est pas approprié pour examiner la question. Mais, si le moment n'est pas approprié, je vois mal quand il le sera aussi longtemps que le système continue de fonctionner. D'autre part, si le système cessait de fonctionner, il ne serait guère approprié, d'un point de vue judiciaire, d'examiner la question : elle serait alors académique. La passivité ne garantit pas à ce stade que d'autres problèmes, peut-être plus graves, ne surviendront pas à l'avenir, car les conséquences du nouveau système sont si radicales et si vastes qu'elles ne manqueront pas d'apparaître un jour ou l'autre comme une question exigeant qu'on s'y arrête. Je pense que ce jour

est venu. Ne pas examiner la question maintenant tendrait malheureusement à prouver l'exactitude de l'observation courante selon laquelle, une fois qu'elle a été permise, toute innovation acquiert une force d'inertie qui étouffe progressivement toute inclination à demander des explications, parfois au point de susciter la crainte que l'affirmation même d'un droit à le faire puisse être accueillie avec surprise et incrédulité. Souvent, de fait, c'est le droit qui se réconcilie avec la réalité. Pourtant, cette réconciliation peut dans certains cas n'être pas possible — par exemple lorsque l'application littérale d'un texte par la Cour aboutit à un résultat qui bafoue si ouvertement les normes fondamentales de la justice qu'il est impossible pour la Cour de détourner en toute responsabilité son regard de la nécessité d'examiner les fondements du système qui aboutit à ce résultat. Il me semble que tel est le cas en l'occurrence.

Il y a environ trente ans la Cour avait, par une déclaration qui lui avait valu la plus haute considération, énoncé le principe rassurant et important selon lequel c'est à « la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire » (*Cameroun septentrional*, C.I.J. Recueil 1963, p. 29). Si, comme je le pense, ce n'était pas là seulement de la rhétorique judiciaire, cette obligation s'impose à la Cour tout au long de la procédure et la Cour doit s'en acquitter, qu'une des parties l'ait ou non invoquée (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, C.I.J. Recueil 1971, opinion dissidente de M. Gros, p. 323). Bien sûr, la Cour n'est pas tenue d'examiner gratuitement des problèmes qui en toute équité ne sont pas soulevés par les circonstances d'une affaire. Mais je ne peux penser que tel est le cas en l'espèce.

Le problème en l'espèce est bien sûr d'ordre institutionnel : j'affirme avec force qu'il ne s'agit en rien de l'intégrité des membres très éminents de la Chambre. Mais il s'agit au premier chef de certaines notions fondamentales de justice. Il n'y a aucun doute, je pense, quant au principe directeur et à son applicabilité à la Cour. Il a été invoqué par M. Lachs à l'occasion d'une réévaluation admirable de la position qu'il avait antérieurement défendue sur la question de savoir si l'auteur d'une requête à fin d'intervention aurait dû être entendu même si sa requête était irrecevable. Comme il l'a rappelé : « en définitive, il est d'une « importance fondamentale non seulement que justice soit faite mais qu'il apparaisse manifestement et indubitablement que justice a été faite » (lord Hewart dans *The King v. Sussex Justices*, ex parte *McCarthy*, 1 K.B. [1924], p. 256 et 259) » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 171). C'est essentiellement par l'effet de ce principe que la Cour peut prétendre à être considérée comme une cour de justice. Cela étant, le devoir de la Cour, en tant que gardienne déclarée de sa propre intégrité, d'envisager les effets de ce principe dans la présente affaire ne dépend pas du fait que le requérant l'ait ou non expressément invoqué : ce devoir dépend du fait que le principe est mis en lumière par les circonstances elles-mêmes. Je pense qu'il

l'est. Le fait est néanmoins que le requérant semble manifester une certaine inquiétude sur ce point tant dans sa requête que dans les arguments qu'il a présentés par écrit dans la lettre que son agent a adressée au Greffier le 1<sup>er</sup> février 1990 : il est clair que le requérant considère — et de fait, ceci est au cœur de son argumentation — que les méthodes utilisées pour constituer la Chambre ne permettent pas à celle-ci de fonctionner comme une cour de justice en ce qui le concerne.

La Cour se trouve ainsi devant un dilemme. Quel que soit le résultat final, le requérant a, en vertu de l'article 62 du Statut de la Cour, le droit de présenter une requête à fin d'intervention. Cependant, tout en fermant ses portes au requérant, la Cour plénière ne peut à mon avis lui indiquer aucune autre instance judiciaire acceptable vers laquelle se tourner. En conséquence, le requérant se trouve en fait privé de son droit à ce que sa requête à fin d'intervention soit examinée judiciairement.

Si, comme je le pense, tel est le dilemme devant lequel est placée la Cour, je ne vois pas comment elle pourrait éviter d'examiner la légalité des dispositions qui sont à l'origine de ce dilemme<sup>1</sup>. Un juge doit éviter de franchir la ligne qui sépare la réserve judiciaire de l'abdication s'il veut s'acquitter de sa mission. Je craindrais quant à moi de la franchir si en l'occurrence je demeurais muet sur cette question. La justice ne me laisse aucun moyen défendable d'éluder la question. Je vais donc l'examiner ci-après. Je suis conscient de la longueur des développements qui suivent et ne peux qu'espérer que l'importance de la question la justifie, dans une certaine mesure.

---

<sup>1</sup> Un certain nombre de membres de la Cour ont à titre individuel abordé ce sujet dans des déclarations faites pour la plupart hors de la Cour, dont j'ai pris connaissance avec grand profit et reconnaissance. Voir MM. Oda, Morozov et El Khani dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région du golfe du Maine (C.I.J. Recueil 1982*, p. 10, 11 et 13 respectivement); Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1973, vol. 67, p. 2; B. A. S. Petrán, « Some Thoughts on the Future of the International Court of Justice », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1975, vol. 6, p. 59; Mohammed Bedjaoui, « Remarques sur la création de chambres *ad hoc* au sein de la Cour internationale de Justice », Société française pour le droit international, colloque de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, p. 73-78; Mohammed Bedjaoui, « Universalisme et régionalisme au sein de la Cour internationale de Justice: La constitution de chambres *ad hoc* », *Liber Amicorum, Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Universidad de Oviedo, 1988, p. 155; Stephen M. Schwebel, « *Ad Hoc* Chambers of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1987, vol. 81, p. 831; Stephen M. Schwebel, « Chambers of the International Court of Justice Formed for Particular Cases », dans *International Law at a Time of Perplexity*, sous la direction de Y. Dinstein, 1989, p. 739; Shigeru Oda, « Further Thoughts on the Chambers Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1988, vol. 82, p. 556; T. O. Elias, *The United Nations Charter and the World Court*, Lagos, 1989, p. 16, 203 et suiv.; et Hermann Mosler, « The *Ad Hoc* Chambers of the International Court of Justice: Evaluation after Five Years of Experience », dans Dinstein, *op. cit.*, p. 449.

*Les questions*

Le point principal concerne l'application de l'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour tel qu'il a été modifié en 1978, qui prescrit au Président de s'informer des vues des parties au sujet de la composition de la chambre *ad hoc* et de rendre compte à la Cour avant que celle-ci n'élise les membres de la chambre qui connaîtra de l'affaire en cause. Il n'est pas contesté que, ainsi que l'a justement rappelé le Nicaragua, dans ces vues les parties devraient être libres d'indiquer «précisément quels juges particuliers elles souhaitent voir siéger dans l'affaire» en cause (Edvard Hambro, «Will the Revised Rules of Court Lead to Greater Willingness on the Part of Prospective Clients?», dans *The Future of the International Court of Justice*, sous la direction de Leo Gross, 1976, vol. 1, p. 368, cité dans la lettre du 1<sup>er</sup> février 1990 adressée au Greffier par l'agent du Nicaragua). Ce système ouvre-t-il la porte à un empiétement illicite des parties sur les prérogatives de la Cour?

Les documents disponibles démontrent de manière certaine que l'élaboration de l'article 17, paragraphe 2, de la version de 1978 du Règlement de la Cour (en substance l'article 26, paragraphe 1, du Règlement de la Cour tel qu'il a été amendé en 1972) était motivée par le désir, pour reprendre les termes d'un des principaux auteurs de cette disposition, d'«accorder aux parties une influence décisive dans la composition des chambres *ad hoc*» (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 2; et voir *ibid.*, p. 21). L'intéressant mécanisme utilisé dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre (C.I.J. Recueil 1982, p. 3)* n'a fait que mettre en lumière jusqu'où pouvait aller ce désir. Dans cette affaire, les parties ont indiqué sans ambiguïté à la Cour que le procès ne pourrait se poursuivre que si le choix des membres de la Chambre, et le moment où ce choix devait intervenir, étaient conformes dans leurs moindres détails aux souhaits qu'elles avaient exprimés. Et la Cour a fait exactement ce qui lui était demandé. Il serait vain de vouloir nier que ceci n'est rien d'autre que le résultat pratique de la volonté ouvertement proclamée des parties. Est-ce pure spéculation? Voici la déclaration faite par M. Oda:

«Quoique ayant voté pour l'ordonnance, j'estime qu'il eût fallu y indiquer que la Cour, pour les raisons qui lui sont propres, approuvait une composition de la chambre correspondant entièrement aux vues les plus récentes des Parties, telles qu'elles leur avaient été demandées conformément à l'article 26, paragraphe 2, du Statut et à l'article 17, paragraphe 2, du Règlement.» (*Ibid.*, p. 10.)

Les termes employés dans l'article 26, paragraphe 1, de la version de 1972 du Règlement de la Cour auraient pu, d'une part, entraîner une certaine occultation de la possibilité d'exploiter la nouvelle disposition dans la mesure où elle l'a été dans l'affaire du *Golfe du Maine*, et, d'autre part, être considérés comme laissant subsister la possibilité d'un argument en réponse, à savoir que la notification des vues des parties à la Cour laissait

à celle-ci, comme c'était de fait le cas, le dernier mot dans le choix des juges : la Cour peut élire d'autres juges que ceux proposés par les parties. Mais il ne serait pas injuste de considérer un tel raisonnement comme revenant à admettre que, pour citer M. Gros, « sous le voile des mots, on efface le problème plutôt qu'on ne le traite » (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 368). La délicatesse de formulation législative ne pouvait pas vraiment cacher que d'une manière ou d'une autre l'on concédait aux parties un rôle substantiel, sinon « décisif », dans le choix de certains juges, car on ne pouvait supposer que l'on accordait aux parties un droit d'exprimer des vues dont la Cour était libre de ne tenir aucun compte. Pas plus les déclarations de M. Jiménez de Aréchaga que celles de M. Petrán (B. A. S. Petrán, *loc. cit.*, p. 64) ne laissent de doute à cet égard.

Si on laisse de côté la question de la dictée effective, la question qui se pose — et l'on tient à souligner que telle est la question — est de savoir si les nouvelles dispositions du Règlement pourraient, tout en étant compatibles avec le Statut de la Cour et la Charte des Nations Unies, donner aux parties à une affaire le droit d'influencer l'élection de membres titulaires de la Cour à une chambre *ad hoc* de la Cour constituée pour connaître de ladite affaire. Car il est possible d'admettre que c'est de bonne foi qu'on a souhaité promouvoir le recours à la Cour et même — comme moi — s'en louer, tout en demandant respectueusement si les mesures prises à cet effet ont abouti à créer un organe différent des diverses chambres autorisées par le Statut. Il est exact, comme l'a observé en 1972 celui qui était alors le Président de la Cour, qu'« il n'y a rien d'immuable dans la constitution et la structure actuelles de la Cour internationale de Justice » (sir Muhammad Zafrulla Khan, discours prononcé à l'occasion du cinquantenaire de la Cour mondiale, *C.I.J. Annuaire 1971-1972*, p. 142). Comme le Président d'alors le notait, le Statut de la Cour contenait déjà des dispositions permettant de constituer des chambres spéciales, même si ces dispositions n'avaient pas encore été utilisées. Il est clair toutefois que s'il fallait faire quelque chose pour promouvoir l'utilisation de ce mécanisme, l'on aurait dû avoir à l'esprit que si la constitution et la structure d'alors de la Cour n'avaient rien d'immuable et devaient par voie de conséquence être modifiées, il fallait pour ce faire utiliser la procédure prescrite.

Outre cette question de constitutionnalité, une deuxième et une troisième question se posent par voie de conséquence. La deuxième concerne la validité des dispositions révisées du Règlement de la Cour dans la mesure où elles visent à donner à un juge élu à une chambre *ad hoc* une période de fonctions plus longue que celle d'un juge qui n'est pas ainsi élu. La troisième question concerne le pouvoir de la Cour de revenir sur ses décisions antérieures relatives au droit des parties d'influencer la composition des chambres *ad hoc*, et de mettre fin à la pratique que ces décisions ont créée. La première question est examinée dans les deuxième et troisième parties. Les deuxième et troisième questions sont examinées dans les quatrième et cinquième parties respectivement. La sixième partie

contient des conclusions générales quant au statut du système actuel des chambres *ad hoc*. La septième partie examine la requête du Nicaragua dans l'hypothèse où la Chambre est valablement constituée.

### *Limites du pouvoir réglementaire de la Cour*

En termes généraux, la question est celle du pouvoir réglementaire de la Cour, et cet aspect peut en conséquence être abordé dans la présente partie préliminaire. L'article 30, paragraphe 1, du Statut est ainsi libellé : « La Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment la procédure. » Les modifications apportées en 1945 au texte anglais de la disposition correspondante du Règlement de la Cour permanente de Justice internationale ne visaient qu'à harmoniser ce texte avec la version française antérieure (voir Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, 1946, vol. 40, p. 28 ; et *C.P.J.I. série D, troisième addendum au n° 2*, rapport de sir Cecil Hurst, p. 758). En conséquence, on peut à bon droit recourir aux écrits doctrinaux relatifs à la disposition antérieure pour élucider le sens de la disposition actuelle. Par nécessité, la Cour permanente a utilisé le pouvoir que lui conférait la disposition antérieure pour combler certaines lacunes de son Statut (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 275), et aussi pour servir à régler des questions touchant son organisation interne (*ibid.*, p. 270). Et il n'est pas douteux que, dans les limites applicables, il était loisible à la Cour de déterminer le contenu de son Règlement. Toutefois, il n'est pas contestable que

« le principal objet du Règlement est d'informer ceux qui ont la charge de conduire la procédure d'une affaire devant la Cour des mesures qui doivent être prises, ainsi que du moment et de la manière dont elles doivent l'être, afin de soumettre ladite affaire à la décision de la Cour » (rapport de sir Cecil Hurst, *loc. cit.*).

On peut sans risque supposer qu'en ce qui concerne les chambres *ad hoc* le Statut ne comportait pas de lacunes qu'il aurait été nécessaire que la Cour comblât en exerçant son pouvoir réglementaire. En l'espèce, on n'a comblé aucune lacune : on a changé quelque chose. Auparavant, le choix des juges appelés à siéger dans une chambre *ad hoc* relevait de la Cour, à l'exclusion totale des parties. Telle était indubitablement la situation juridique. Et il n'existait, dans cette situation, aucune lacune qu'il aurait été nécessaire de combler pour que le mécanisme établi puisse, en droit, fonctionner (voir René-Jean Dupuy, « La réforme du Règlement de la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de droit international*, 1972, vol. XVIII, p. 270). Si on a, en 1972, modifié ce mécanisme pour le rendre plus attrayant pour les utilisateurs potentiels, il ne s'agissait en aucune manière de combler une lacune juridique. On ne peut non plus justifier cette réforme en disant que la Cour a exercé son pouvoir réglementaire

pour régler des questions d'organisation interne. Tel qu'on l'entend généralement, ce pouvoir n'autorise pas la Cour à conférer des droits sur son organisation interne à des entités qui lui sont extérieures. Reste donc à savoir si cette modification du Règlement se justifiait en tant qu'exercice du pouvoir réglementaire en matière de procédure.

À la question ainsi posée, il semble que la réponse soit simplement « non ». Toutefois, nous allons examiner cette question, premièrement du point de vue de la compatibilité de la nature d'une chambre *ad hoc*, telle que modifiée par les nouvelles dispositions du Règlement, avec la nature profonde de la Cour, telle que celle-ci a été envisagée par la Charte et définie par le Statut, et, deuxièmement et plus spécialement, du point de vue de la compatibilité des nouvelles dispositions du Règlement avec les dispositions d'une force supérieure de l'article 26 du Statut. Ces deux questions sont examinées dans les deuxième et troisième parties respectivement.

DEUXIÈME PARTIE. COMPATIBILITÉ DU CARACTÈRE DES CHAMBRES *AD HOC*  
TEL QU'IL A ÉTÉ MODIFIÉ PAR LES NOUVELLES DISPOSITIONS DU RÈGLEMENT  
AVEC CELUI DE LA COUR

La question la plus importante en l'occurrence est de savoir si, et dans quelle mesure, l'acte constitutif de la Cour envisage que les parties à une instance puissent influencer sur la détermination des membres de la Cour qui siégeront en cette instance. On peut observer une prédisposition compréhensible à considérer qu'il existe un droit général à exercer une telle influence dans le cas d'un tribunal international par opposition à une juridiction interne; et il est probable que la faveur que connaît le nouveau système procède dans une certaine mesure de cette prédisposition. Mais la réponse précise à la question qui se pose dans le cas de la Cour internationale doit à mon avis être fonction du caractère juridique exact de la Cour et, par extension, de ses chambres. Il me semble à cet égard que la distinction essentielle est celle à laquelle le Nicaragua fait allusion lorsqu'il évoque « la conception institutionnelle de la Cour en tant qu'organe judiciaire — et non pas en tant qu'organe d'arbitrage » (lettre du 1<sup>er</sup> février 1990 adressée au Greffier par l'agent de la République du Nicaragua). Je crois qu'il n'est pas inutile de revenir et d'insister sur cette distinction.

Il est évident que la Cour est une cour de justice. Néanmoins, en raison de cette évidence même, l'on risque de tenir pour acquises les considérations primordiales qui sont en jeu. Nous nous proposons donc de rappeler brièvement le caractère historique de la Cour non seulement pour retrouver le sens de la nature réelle de la Cour, mais aussi pour déterminer si la conception originelle demeure valide et, si tel est le cas, quelles sont les limites des dérogations tolérables à la norme. Il est particulièrement important de le faire car, bien qu'il serait erroné de considérer qu'une cour de justice internationale est une copie conforme d'une cour de justice interne, il ne le serait pas moins de supposer qu'aucune analogie n'est pos-

sible en ce qui concerne les éléments fondamentaux de la notion de cour de justice.

Je ne rappellerai pas la distinction éculée entre tribunal arbitral et cour de justice (voir entre autres James Brown Scott, *The Status of the International Court of Justice*, 1916, p. 24). En fait, on s'est dans les premiers temps demandé si la Cour permanente de Justice internationale pouvait être considérée comme un organe arbitral dans la mesure où elle était compétente pour statuer sur des différends purement politiques par opposition à des différends juridiques ayant des aspects politiques (voir Secrétariat de la Société des Nations, « Mémoire sur les différentes questions concernant l'établissement de la Cour permanente de Justice internationale, appendice », dans *Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de Justice internationale*, 1920, p. 115). Mais cette possibilité ne semble pas avoir été sérieusement envisagée et nous n'avons pas besoin de nous y arrêter : la Cour ne se considère pas comme compétente pour trancher des questions qui ne sont pas régies par des principes juridiques (voir entre autres les observations de M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I. série A n° 24, p. 29-34; l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Recueil 1957, opinion de sir Hersch Lauterpacht, p. 66; et l'affaire relative aux *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, C.I.J. Recueil 1988, p. 91, par. 52). Toute l'évolution de la réflexion qui a amené la création de la Cour permanente révélait une intention bien établie de créer une cour de justice au sens qu'a généralement cette expression en droit interne. Une des caractéristiques principales du nouvel organe était que son personnel judiciaire devrait être titulaire : les parties ne pourraient, comme cela est le cas devant un organe arbitral, désigner certains juges pour siéger dans des affaires données.

D'une manière ou d'une autre, on a à de nombreuses reprises fortement insisté sur ce point important, dont les aspects essentiels sont exposés dans les instructions justement célèbres du secrétaire d'Etat Elihu Root à la délégation des Etats-Unis à la conférence de La Haye de 1907 (voir « Secretary of State Elihu Root to Mr. J. H. Choate and others », dans *Instructions to the American Delegates to the Hague Peace Conferences and Their Official Reports*, sous la direction de James Brown Scott, 1916, p. 79-80; ces instructions sont citées par M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, loc. cit., p. 36-37). Le principe a été proclamé durant les débats du comité consultatif de juristes en 1920. A l'évidence, le comité a fait sienne la conception du Secrétariat de la Société des Nations, à savoir que la nouvelle Cour, telle que l'envisageait l'article 14 du Pacte, serait « une Cour de Justice dans l'acception restreinte et technique du terme. Elle serait une Cour dont le caractère serait au présent égard analogue à celui des Cours de Justice des divers pays. » (« Notice sur le caractère de la nouvelle Cour permanente de Justice internationale », dans *Documents*, op. cit., p. 113; voir aussi, *ibid.*, p. 7).

Le maintien de la Cour permanente d'arbitrage aux côtés de la nouvelle Cour — et de fait dans le même bâtiment, comme c'est encore le cas aujourd'hui — était vu comme une confirmation de « la conclusion que la nouvelle Cour aura en principe le caractère d'une cour de justice » (*Documents, op. cit.*, p. 115). La coexistence de la Cour permanente de Justice internationale avec la Cour permanente d'arbitrage et d'autres tribunaux arbitraux a été expressément reconnue à l'article 1 du Statut de la Cour, ainsi libellé :

« Indépendamment de la Cour d'arbitrage, organisée par les conventions de La Haye de 1899 et 1907, et des tribunaux spéciaux d'arbitres, auxquels les Etats demeurent toujours libres de confier la solution de leurs différends, il est institué, conformément à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, une Cour permanente de Justice internationale. »

Les parties ont toujours eu la possibilité de recourir à l'arbitrage. On leur donnait désormais, sur une base potentiellement mondiale, le choix entre l'arbitrage et un nouveau mécanisme — une cour de justice (voir aussi B. C. J. Loder, « The Permanent Court of International Justice », *Report of the Twenty-Ninth Conference of the International Law Association*, Londres, 1920, p. 148).

M. Léon Bourgeois, représentant éminent et distingué du Conseil de la Société des Nations, a évoqué ces idées lorsque, prenant la parole lors de la séance inaugurale du comité de juristes le 16 juin 1920, il déclara :

« La Cour de Justice doit être une véritable Cour permanente. Ce n'est pas simplement à des arbitres choisis éventuellement en cas de conflit par les parties intéressées, c'est à un petit nombre de juges siégeant constamment, recevant un mandat dont la durée permettra l'établissement d'une véritable jurisprudence, qu'il appartiendra de dire le droit. Cette permanence est un symbole. C'est un siège élevé au milieu des nations, où toujours sont présents les juges, vers qui puisse toujours se porter l'appel des faibles et se dresser la protestation du droit violé. Choisis non en considération de l'Etat auquel ils appartiennent mais à raison de leur autorité personnelle, de leur passé, du respect qui s'attache à leur nom connu du monde entier, ces juges représenteront le véritable esprit international, qui n'est nullement, comme on l'a prétendu, la négation des légitimes intérêts de chaque nation, mais qui est, au contraire, la sauvegarde de ces intérêts, dans la limite même de leur légitimité. » (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. 7-8.)

Le rapport du comité consultatif de juristes de 1920 indiquait quant à lui :

« Avec la Cour d'arbitrage, ce sont les parties qui choisissent leurs juges, après que le litige est né; avec la Cour permanente de Justice internationale, les plaideurs ne doivent plus avoir le choix du juge. » (« Rapport du comité consultatif de juristes », annexe n° 1 aux *Procès-verbaux*, *op. cit.*, p. 695.)

Puis, après avoir (p. 696) évoqué le discours inaugural de M. Bourgeois, le rapport ajoutait :

« Par opposition à la Cour d'arbitrage, la Cour permanente de Justice internationale méritera vraiment son nom parce qu'elle sera composée de juges qui siégeront d'affaire en affaire, sans que les parties aient à les désigner pour ce rôle et, sauf une exception dont il sera parlé plus loin en matière de procédure sommaire, sans qu'il soit permis aux parties de déterminer le nombre des juges. » (*Ibid.*, p. 698.)

L'exception visait apparemment le projet d'article 26 du Statut ainsi libellé :

« En vue de la prompt expédition des affaires, la Cour compose annuellement une chambre de trois juges, appelée à statuer en procédure sommaire, lorsque les parties le demandent. » (*Ibid.*, p. 719.)

Les parties pouvaient fixer le nombre des juges seulement dans la mesure où elles choisissaient cette chambre dont le nombre de membres était fixé à trois.

Comment tout cela a-t-il été compris quand la nouvelle Cour a finalement été créée ? S'adressant à la Cour le 15 février 1922 à l'occasion de son inauguration officielle, le ministre néerlandais des affaires étrangères, M. Van Karnebeek, déclara :

« Votre responsabilité est d'autant plus grande que les Etats qui s'adresseront à vous pour obtenir la justice auront renoncé au libre choix des juges, qui caractérise l'arbitrage établi à vos côtés sous le même toit. » (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 322.)

Le Président Loder en convint lorsqu'il répondit :

« [L]a juridiction [de la Cour] diffère de l'arbitrage. Les juges ne sont plus à nommer par les parties. Ils sont là en Cour permanente.

La procédure n'est plus à faire, elle est réglée dans le Statut et les Règlements.

Les deux institutions existent l'une à côté de l'autre, chacune remplissant sa destination spéciale, chacune ayant sa sphère naturelle, les deux vivant paisiblement ensemble dans cette même demeure, comme deux sœurs d'un âge différent.

La plus jeune est-elle parfaite, son Statut ne sera-t-il jamais à modifier? Rien n'est parfait à l'heure de la naissance. C'est aussi pour elle que la loi de l'évolution se fera valoir.» (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 329-330.)

Ainsi, la structure de l'institution pouvait être modifiée et il serait peut-être nécessaire de la modifier; mais, pour lors, son caractère était celui d'une cour de justice au sens ordinaire de l'expression. Cela étant, on imagine aisément comment le Président Loder aurait réagi à une tentative d'y apporter une modification par le biais d'un amendement du Règlement de la Cour visant à donner aux parties «une influence décisive» dans le choix des juges titulaires de la Cour devant siéger à une chambre constituée en vertu du Statut, même tel que celui-ci a été remanié pour la Cour actuelle en 1945.

Cet aspect de la question peut être résumé par ces observations de M. Kellogg dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*:

« Il est évident — cela ressort des circonstances qui ont conduit à la création de la Cour et du développement historique de son organisation, ainsi que d'un examen attentif du Statut de la Cour rédigé par un comité spécial de juristes désigné par le Conseil de la Société des Nations — que la Cour est une cour de justice dans le sens où ce terme est connu et entendu selon la jurisprudence des nations civilisées. » (*C.P.J.I. série A n° 24*, p. 33.)

L'idée que la Cour était une cour de justice et non un organe arbitral était à la base de l'opposition qui s'est manifestée à l'encontre de deux institutions importantes, à savoir les chambres et les juges *ad hoc*. Bien que dans les deux cas les dispositions souhaitées aient été élaborées, il n'est guère douteux, au vu des travaux préparatoires, que le caractère fondamentalement judiciaire de la Cour devait prévaloir dans toutes les modalités de son organisation et de son fonctionnement, sauf dérogations clairement autorisées par le Statut lui-même.

En ce qui concerne l'idée des chambres, lord Phillimore, dans une déclaration faite devant le comité consultatif de juristes de 1920, a exprimé son opposition de la manière suivante :

« L'idée de 1907 de diviser la Cour en chambres est également trop liée à celle de l'arbitrage, puisque les chambres seraient composées *in casu*. Pour être une cour de justice, il faut que la Cour siège *in pleno*... le nombre de juges n'a qu'une importance secondaire; l'essentiel c'est que, dans la mesure du possible, tous les juges siègent en même temps. » (*Procès-verbaux, op. cit.*, 1920, p. 174-175.)

Evoquant les débats du comité de 1920, M. Hudson devait écrire :

« On n'a trouvé aucune raison pour exclure certains membres de la Cour lorsque celle-ci siégeait, et au fur et à mesure que le débat avançait le comité de juristes de 1920 en est venu à conclure que l'unité de

la Cour exigeait qu'elle siège toujours *in pleno*; sa proposition à cet effet a été consacrée dans le texte adopté.» (Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 173-174.)

La création de chambres a été admise en tant qu'exception à cette règle primaire. Comme l'a noté lord Finlay, l'article 25 du Statut

« stipule que la Cour exerce ses attributions en séance plénière, sauf exceptions expressément prévues. Les exceptions en question sont spécialement envisagées aux articles 26 et 27 du Statut » (*C.P.J.I. série D n° 2*, 11 février 1922, p. 28).

Il concédait qu'il fallait « appliquer le Statut d'une façon large », mais n'aurait jamais imaginé qu'on puisse penser que cela habilitait la Cour à exercer ses attributions par le truchement de chambres composées autrement que ne l'autorisait expressément le Statut lui-même.

A cet égard, il n'est pas inintéressant de noter que tandis que l'article 25 du Statut de 1920 stipulait : « sauf exception expressément prévue, la Cour exerce ses attributions en séance plénière », l'article 25 du présent Statut, tout en reprenant ces termes, a prudemment ajouté les mots « par le présent Statut » après le mot « prévue » (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XVII, p. 412, sixième séance du comité consultatif de juristes, 12 juin 1945). Les actes officiels n'indiquent pas la raison de cette modification, que M. Hudson avait probablement raison de qualifier de « purement stylistique » (Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, 1946, vol. 40, p. 24-25). Mais, si elle ne change rien quant au fond, il semble que cette modification stylistique ait visé à faire ressortir et à souligner un principe originel d'une importance prééminente, à savoir que toute dérogation à la règle générale selon laquelle la Cour doit toujours siéger en séance plénière devait être expressément autorisée par le Statut lui-même. Le Règlement de la Cour ne pouvait ajouter de nouvelles dérogations supplémentaires.

La question est la suivante : peut-on dire qu'une chambre *ad hoc* constituée en application du nouveau Règlement de la Cour constitue une dérogation expressément autorisée par le Statut lui-même à la règle dominante selon laquelle la Cour doit siéger *in pleno* ?

Pour ce qui est des juges *ad hoc*, là aussi, comme chacun sait, une opposition s'est manifestée au motif que la désignation de tels juges était le propre des tribunaux arbitraux plutôt que des cours de justice. Le comité de juristes de 1920 était bien sûr conscient des objections possibles. Evoquant l'hypothèse où les deux parties désigneraient un juge *ad hoc*, le comité déclarait :

« Sous ce rapport, notre Cour s'écarte du type de la cour de justice interne pour se rapprocher de la cour d'arbitrage. Mais cet écart est nécessaire. Si notre Cour est une cour, il ne faut pas oublier que c'est une cour entre Etats. Et les Etats tiennent à faire monter, quand ils viennent devant la justice, pour les raisons déjà données, un des leurs

sur le siège.» (« Rapport du comité consultatif de juristes », 1920, *loc. cit.*, p. 722.)

Le rapport admettait ainsi la validité de l'argument avancé par M. Loder lorsqu'il déclarait : « si l'on donne aux parties le droit de choisir ce juge, on se trouve en pleine procédure d'arbitrage » (*Procès-verbaux, op. cit.*, p. 531 ; voir aussi, *ibid.*, p. 169-170 ; et B. Schenk von Stauffenberg, *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale, Eléments d'interprétation*, Berlin, 1934, p. 181-182).

Ainsi, bien qu'ayant décidé qu'il serait permis de désigner des juges *ad hoc*, on avait conscience que cet arrangement donnait à la Cour une connotation arbitrale qui n'était pas tout à fait en harmonie avec son caractère fondamentalement judiciaire en tant que cour de justice. Les promoteurs de ce système ont dû se battre pour le faire accepter, et le justifier par des motifs très particuliers (voir « Rapport du comité consultatif de juristes », 1920, *loc. cit.*, p. 721 ; les observations de lord Phillimore dans *Procès-verbaux, op. cit.*, p. 528, et celles de M. Adatci, *ibid.*, p. 529 ; les observations de M. Altamira le 23 juin 1926, dans *C.P.J.I. série D, addendum au n° 2*, p. 26 ; le « Rapport présenté par le représentant de la France, M. Léon Bourgeois, et adopté par le Conseil de la Société des Nations réuni à Bruxelles le 27 octobre 1920 », dans *Société des Nations, Cour permanente de Justice internationale, Documents relatifs aux mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et à l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*, p. 48 ; et la déclaration du Greffier en 1932 dans *C.P.J.I. série D, troisième addendum au n° 2*, p. 18, note de bas de page). Et ces motifs particuliers demeurent sans aucun doute valides. Mais l'on doit admettre qu'il n'était pas prévu d'étendre ce système — et l'idée du choix des juges par les parties qu'il concrétise — aux cas dans lesquels le Statut ne l'autorisait pas clairement, expressément ou par implication nécessaire.

Les motifs pour lesquels une proposition tendant à ce que les membres d'une chambre de la Cour permanente de Justice internationale soient désignés par les parties a été faite et rejetée au comité de juristes en 1920 permettent de comprendre combien le principe d'une telle désignation était étranger à la notion de cour de justice — même de cour de justice internationale (*Procès-verbaux, op. cit.*, p. 183-184, 517, 524). M. Ricci-Busatti déclarait expressément, dans l'introduction de la proposition écrite qu'il a présentée à cet effet : « Il convient que la Cour de Justice se rattache autant que possible à la Cour d'arbitrage, dont elle ne fait que développer les fonctions. » (*Ibid.*, p. 183.) Le compte rendu des débats relatif à cette proposition montre — cela n'est pas surprenant — que dans sa présentation :

« M. Ricci-Busatti [partait] personnellement d'une conception différente : il maintient son point de vue, à savoir qu'il ne faut pas trop distinguer entre la nouvelle cour et l'ancienne cour d'arbitrage, et

qu'il n'y a pas de différence essentielle, surtout dans le domaine des rapports internationaux, entre la fonction arbitrale et la fonction judiciaire» (*Procès-verbaux, op. cit.*, p. 177).

Ainsi, sa proposition était de nature franchement arbitrale. M. Loder (approuvé sur ce point par M. de Lapradelle) n'a donc guère eu de difficulté à en obtenir le rejet, au motif que, contrairement à ce que pensait M. Ricci-Busatti, la Cour devait bien être une cour de justice (*ibid.*, p. 178; voir aussi, *ibid.*, p. 526; et James Brown Scott, *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists, Report and Commentary*, 1920, p. 27-28). A partir du moment où cette conception du caractère de la Cour était ainsi confirmée, la proposition ne pouvait qu'être rejetée. En des termes qui anticipent étrangement ce qu'on a dit au sujet du nouveau Règlement, M. Ricci-Busatti avait fait valoir qu'il était « désirable de laisser aux parties directement, ou par l'intermédiaire du Président, une certaine influence sur la composition de la section » (*Procès-verbaux, op. cit.*, p. 526). L'idée ne fut pas retenue, M. Loder et le baron Descamps, président du comité, faisant valoir que « cette méthode rappellerait trop celle propre à l'arbitrage » (*ibid.*). Peut-on dire que le caractère judiciaire de l'actuelle Cour est si nettement différent de celui de la Cour qui l'a précédée qu'il soit justifié d'accepter aujourd'hui ce qu'alors on avait rejeté ?

Bien au contraire : la Cour a maintes fois repris, en substance, les vues exprimées par la Cour permanente de Justice internationale au sujet de son statut en tant que cour de justice. Malgré un doute initial quant à la relation juridique précise entre la Cour permanente, dans son rôle consultatif, et le Conseil de la Société des Nations, dès 1923 la Cour a eu l'occasion de déclarer que « la Cour, étant une cour de justice, ne peut se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs » (*Statut de la Carélie orientale, C.P.J.I. série B n° 5*, p. 29). Cette affirmation, « la Cour, étant une cour de justice », a été reprise par la Cour permanente dans l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex* (*loc. cit.*, p. 15). L'actuelle Cour a fait de même dans plusieurs affaires. Par exemple, dans l'affaire de la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour a déclaré : « En tant que corps judiciaire, la Cour doit dans l'exercice de sa fonction consultative rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire. » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 153.) Plus récemment, à l'occasion de l'affaire de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, la Cour a une nouvelle fois réaffirmé qu'elle avait le caractère d'une « cour de justice » (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 29, par. 40). Plus particulièrement, en des termes que la différence de contexte ne rend pas inapplicables à la situation à l'examen, la Cour a déclaré dans l'affaire du *Cameroun septentrional* :

« Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il

peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire. C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour.» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 29)

La Cour ajoutait de manière pénétrante :

« Cette fonction [judiciaire] est soumise à des limitations inhérentes qui, pour n'être ni faciles à classer, ni fréquentes en pratique, n'en sont pas moins impérieuses en tant qu'obstacles décisifs au règlement judiciaire. » (*Ibid.*, p. 30.)

Bien que des règles spécifiques fussent aussi en cause dans l'affaire des *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex*, il semble clair que, dans le refus de la Cour d'accéder à la demande tendant à ce que la Cour communique officieusement aux parties, comme celles-ci le lui demandaient, les résultats de ses délibérations, on puisse voir l'effet d'une limitation inhérente que la Cour ne pouvait ignorer (*C.P.J.I. série A n° 22*, p. 12). Cette limitation découlait essentiellement du statut de la Cour en tant que cour de justice. On peut voir l'effet d'une limitation inhérente semblable, liée cette fois au principe *audi alteram partem*, à la base d'une bonne partie du raisonnement de la Cour dans l'affaire du *Statut de la Carélie orientale* (*C.P.J.I. série B n° 5*), ainsi que dans l'affaire des *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* (*C.I.J. Recueil 1956*, p. 77) et dans celles de la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 166) et de la *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 325). Dans la première de ces affaires, M. Winiarski notait :

« le grand problème à résoudre, pour la Cour, c'était de concilier sa fonction consultative avec son caractère de Cour de justice, organe judiciaire et indépendant du droit international » (p. 104).

Une limitation inhérente similaire interdit à mon avis à la Cour de permettre aux parties à un litige d'influencer en quoi que ce soit sa décision quant à ceux de ses membres qui doivent siéger dans l'affaire en cause.

L'histoire de la création de la Cour permanente montre que c'est la notion de cour de justice telle que cette notion s'entend généralement en droit interne que la Cour devait incarner. Ceci étant, les mises en garde contre le danger de transposer des concepts de droit interne au plan international ne semblent pas justifiées dans le présent contexte. On n'a pas considéré que la vocation internationale de la Cour modifie substantiellement les éléments essentiels de cette notion dans son application à la Cour. L'argument tendant à justifier le nouveau système par la vocation internationale de la Cour semble ainsi d'une pertinence limitée. Il est vrai par exemple que les Etats qui soumettent un litige à un tribunal internatio-

nal postulent qu'ils pourront intervenir dans sa constitution et son fonctionnement (voir René-Jean Dupuy, *loc. cit.*, p. 272). Mais si, comme il le semble, les auteurs du Statut de 1920 et du texte qui lui a succédé ont, pour cette raison même (voir le « Rapport du comité consultatif de juristes », 1920, p. 722, cité ci-dessus), envisagé et effectivement indiqué la mesure précise dans laquelle les Etats seraient autorisés à participer à la constitution et au fonctionnement de la Cour, appartient-il à la Cour elle-même, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire subordonné et limité, d'accroître cette participation telle qu'elle est autorisée par le texte applicable? Les documents cités montrent que la possibilité pour les parties de choisir les juges était considérée comme une caractéristique de la procédure arbitrale; que cette notion était ainsi par essence en opposition avec le caractère judiciaire de la Cour; qu'on en a néanmoins autorisé, pour des raisons particulières et après un très vif débat, une application limitée dans l'acte constitutif de la Cour pour ce qui est des juges *ad hoc*; mais qu'on ne pouvait étendre cette application limitée tout en respectant le caractère judiciaire de la Cour, et sans apporter à son Statut un amendement l'y habilitant.

### TROISIÈME PARTIE. CONFORMITÉ DES NOUVELLES DISPOSITIONS DU RÈGLEMENT AVEC LE STATUT DE LA COUR

La conclusion que j'ai dégagée ci-dessus est confortée par l'examen de la relation entre l'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour tel que modifié en 1978 et l'article 26, paragraphe 2, de son Statut. Cette dernière disposition, introduite en 1945, est libellée comme suit :

« La Cour peut, à toute époque, constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée. Le nombre des juges de cette chambre sera fixé par la Cour avec l'assentiment des parties. »

Développant cette disposition, l'article 71, paragraphe 3, du Règlement de 1946 prescrit que le Président de la Cour « s'informe des désirs des parties au sujet du nombre des juges qui devront siéger dans cette Chambre ».

Comme j'ai tenté de le démontrer ci-dessus, le caractère judiciaire de la Cour semble étayer l'argument *a contrario* selon lequel la mention spécifique à l'article 26, paragraphe 2, du Statut de l'assentiment des parties au « nombre » de juges d'une chambre *ad hoc* (mention qu'on retrouve à l'article 71, paragraphe 3, du Règlement de 1946) — exclut toute intention de leur donner aussi un mot à dire dans le choix des juges eux-mêmes.

Rien dans les comptes rendus des séances du comité de juristes qui s'est réuni à Washington en 1945, ni dans ceux de la conférence de San Francisco ne donne à penser que les parties pourraient avoir le droit de choisir des membres de la Cour comme membres d'une chambre ou d'influer sur

ce choix (voir *Documents de la conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 200-202, 221-222, 271, 282, 317, 333-334, et 834-835). Ce qui se rapproche le plus d'un examen de la question figure dans une déclaration souvent citée de M. Hudson au comité de juristes de Washington. Le passage pertinent du compte rendu est ainsi rédigé :

« La question suivante, indique le Président, est celle du nombre des juges composant les chambres. Sir Frederic Eggleston (Australie) demande si la chambre de procédure sommaire peut siéger en même temps que la Cour plénière. M. Hudson relève qu'on a peu eu recours aux chambres et que la question ne s'est jamais posée. Il fait observer qu'en vertu du présent Statut, la Cour élit certains de ses membres pour siéger dans les chambres pour un nombre d'années déterminé et que les parties ne décident ni du nombre ni de la composition des chambres. M. Hudson a l'impression que le sous-comité est en train de proposer un système entièrement différent lorsqu'il prévoit la constitution *ad hoc* de chambres avec l'assentiment des parties. » (*Ibid.*, p. 199, le 16 avril 1945.)

Bien entendu l'observation de M. Hudson selon laquelle, en vertu des dispositions de l'ancien Statut, « les parties ne décident ni du nombre ni de la composition des chambres » était juste. Elle montre aussi que M. Hudson se rendait compte qu'il fallait distinguer entre « nombre » et « composition ». Dans la nouvelle disposition, il n'était question que du « nombre », et les comptes rendus reflètent clairement une tendance à considérer qu'elle était limitée à cet aspect. Pour « entièrement différent » que fût le nouveau système, il aurait fallu un fort glissement de sens pour que la mention explicite du « nombre » s'entende aussi de la « composition ». Comme on l'a vu, la Cour elle-même, par le biais de l'article 71, paragraphe 3, de son Règlement de 1946, ne procédait à aucune extension de ce genre : la disposition en question stipulait expressément et délibérément que le Président s'informe « des désirs des parties au sujet du nombre des juges qui devront siéger dans cette Chambre ». Il y a tout lieu de supposer que les juges qui ont rédigé cet article du Règlement en 1946 avaient suffisamment présent à l'esprit les travaux d'élaboration du nouveau Statut pour en saisir correctement le sens sur ce point. Si l'intention des rédacteurs du Statut avait été de sanctionner la consultation des parties pour la composition des chambres, il est surprenant, s'agissant d'un point aussi important, qu'il ait fallu plus d'un quart de siècle à la Cour pour le deviner et insérer une disposition à cet effet dans son nouveau Règlement.

Même si M. Hudson entendait les choses différemment, ce qui est douteux, rien dans les comptes rendus ne permet de penser qu'une interprétation aussi étrange et aussi artificielle ait été partagée par d'autres membres du comité de juristes de Washington. Deux des orateurs qui sont intervenus par la suite, M. Cordova, ambassadeur du Mexique, et M. Hackworth, président du comité, n'ont parlé que du « nombre » des juges. M. Cordova

a notamment « fait remarquer qu'il fallait donner à la Cour le pouvoir de fixer le nombre des juges siégeant dans les chambres et donner aux parties la possibilité d'approuver cet arrangement » (*ibid.*). Le président du comité de rédaction a effectivement déclaré par la suite que le projet d'article 26 « disposait que, lorsque la Cour constituait des chambres pour connaître d'affaires déterminées, l'assentiment des parties devrait être obtenu. Sur ce point, trois juges de la Cour étaient du même avis » (*ibid.*, p. 221). Mais on aurait tort de supposer que d'autres membres aient pu considérer que ce libellé impliquait l'obligation d'obtenir l'assentiment des parties pour le choix de certains juges. M. Fitzmaurice a le 16 avril 1945 fait à ce propos une déclaration que le compte rendu relate comme suit :

« M. Fitzmaurice (Royaume-Uni) dit que la Cour ne devrait pas être obligée de constituer des chambres d'avance mais que si la Cour décidait d'établir des chambres permanentes, elle devrait en fixer le nombre. Si des chambres étaient constituées pour connaître d'une affaire déterminée, le nombre des juges serait fixé par la Cour avec l'assentiment des parties. Posée de cette façon, la question avait recueilli 21 voix pour contre zéro. » (*Ibid.*, p. 202.)

La forme sous laquelle la question a été posée et a recueilli cette réponse unanime ne pouvait guère donner à penser à aucun des participants qu'elle avait trait à une condition visant à obtenir le consentement des parties pour le choix de certains juges titulaires comme membres d'une chambre *ad hoc*.

M. Delgado, juge du Commonwealth des Philippines, prenant la parole au comité de juristes le 18 avril 1945, a effectivement parlé de « la composition des chambres », mais en des termes qui montrent qu'il aurait jugé totalement inacceptable que l'on donne aux parties le droit d'influencer le choix de la Cour. On lit ce qui suit dans le compte rendu :

« M. Delgado (Commonwealth des Philippines) dit que le nombre des juges désignés pour former une chambre devrait être précisé au paragraphe 2 [de l'article 26 du Statut] ainsi qu'au paragraphe 1<sup>er</sup>... Le Président explique qu'au paragraphe 2 on a souhaité laisser la question à la discrétion des parties... M. Delgado ... estime que le paragraphe 2 doit être conforme au paragraphe 1<sup>er</sup>; il ne souhaite pas que la composition des chambres soit déterminée par des instances politiques. » (*Ibid.*, p. 222.)

M. Delgado était nettement opposé à l'idée d'accorder aux parties un contrôle, fût-il limité au « nombre » des juges, de crainte d'ouvrir la voie à des influences politiques sur la « composition ».

En tout état de cause, il faudrait plus qu'une remarque isolée du genre de celle de M. Hudson pour attester de manière crédible qu'on entendait apporter par des voies indirectes ce qui constitue manifestement une modification de fond au système hérité de la Cour permanente — une

modification de fond, parce que ainsi que M. Hudson lui-même le savait très probablement (voir Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 179, note 49) et ainsi que je l'ai déjà indiqué, en 1920 une proposition tendant à permettre aux parties de désigner les membres d'une chambre avait été rejetée précisément parce que « cette méthode ressemblerait trop à celle qui est propre à l'arbitrage ». Ce rejet était évidemment motivé par le caractère judiciaire même de la Cour. Modifier ce caractère sur le seul fondement de la remarque de M. Hudson semble une entreprise quelque peu hasardeuse. Au sujet des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, M. Ammoun a fait une observation qui me revient à l'esprit : « Pourtant, si telle avait été l'intention des auteurs de la Convention, ils l'auraient exprimée au lieu de la laisser déduire aussi laborieusement. » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 115.)

Pour soutenir le contraire, on s'est surtout fondé sur la déclaration suivante, également souvent citée, faite par M. Jessup en 1970 :

« On a suggéré ailleurs que si ce qui rend difficile le recours à la Cour internationale de Justice est que les Etats préfèrent aller devant un tribunal sur la composition duquel il ont leur mot à dire, ce résultat peut être obtenu en recourant à « une chambre pour connaître d'une affaire déterminée », comme le permet le paragraphe 2 de l'article 26 du Statut. En vertu de l'article 31 du Statut, les dispositions relatives aux juges nationaux sont applicables à une telle chambre, qui pourrait ainsi être composée d'un juge de la nationalité de chacune des parties, tandis qu'un troisième juge serait élu par la Cour, tout comme le Président de la Cour est, de nos jours, souvent habilité à désigner des surarbitres. » (Philip C. Jessup, « To Form a More Perfect United Nations », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 129 (1970-I), p. 21.)

La procédure que M. Jessup envisage, telle qu'il la décrit lui-même dans son ouvrage (Philip C. Jessup, *The Price of International Justice*, 1971, p. 62-64), est la suivante : premièrement, la Cour élit trois de ses juges titulaires comme membres de la chambre ; deuxièmement, si nécessaire, le Président prie un ou deux des juges élus de céder leur place pour permettre à chacune des parties d'avoir son propre juge à la chambre ; troisièmement, l'une ou l'autre partie désigne au besoin un juge de remplacement. Selon cette procédure, les parties n'interviennent ni lors de l'élection par la Cour des trois membres originels de la chambre ni lorsque le Président décide lesquels d'entre eux doivent céder leur place. Si, à cette époque, M. Jessup estimait que les parties devaient avoir leur mot à dire à ce sujet, il ne l'a pas déclaré dans l'extrait qu'on invoque pour lui imputer cette façon de voir.

La formule proposée par M. Jessup pour permettre aux parties d'intervenir dans la composition d'une chambre revenait à intégrer des juges désignés par les parties dans une chambre réduite à trois membres, un ou

deux des juges élus cédant leur place si nécessaire. Il semble que rien dans le modèle que M. Jessup a publié ne permette de penser qu'il estimait alors que le Règlement de la Cour pouvait être amendé, d'une façon qui fût conforme au Statut, pour donner aux parties leur mot à dire dans la phase de la procédure où la Cour élit des juges titulaires comme membres d'une chambre *ad hoc* et où le Président décide quels sont ceux qui doivent alors céder leur place. Les mêmes observations s'appliquent aux idées que M. James N. Hyde avait déjà émises sur la question (James N. Hyde, « A Special Chamber of the International Court of Justice — an Alternative to *Ad Hoc* Arbitration », *American Journal of International Law*, 1968, vol. 62, p. 439). L'un comme l'autre de ces auteurs devaient avoir de bonnes raisons pour ne pas aller aussi loin. Le libellé du paragraphe 4 de l'article 31 du Statut donne fortement à penser que le système régissant la participation aux chambres *ad hoc* de juges désignés par les parties reposait sur l'hypothèse que les parties n'avaient aucune influence sur les résultats de l'élection par la Cour des juges titulaires appelés à siéger à une chambre ni aucune manière de connaître ces résultats à l'avance. Ainsi, dans le cas d'Etats en litige dont des ressortissants étaient déjà sur le siège, ce n'était qu'à la lumière des résultats de l'élection que le Président pouvait déterminer dans quelle mesure il était nécessaire d'engager la procédure de désignation de juges nationaux. On ne pouvait non plus conclure à priori que des Etats en litige n'ayant pas de ressortissant parmi les juges titulaires voudraient toujours désigner un juge *ad hoc* pour siéger à une chambre; on pouvait concevoir qu'à l'issue d'une élection ils fussent satisfaits de la composition de la chambre résultant du scrutin au point de s'abstenir d'exercer leur droit de désigner des juges *ad hoc*, comme certains Etats se sont abstenus de le faire devant la Cour plénière. Ce système, qui postule qu'aucune influence ne s'exerce sur l'élection et que les résultats n'en sont pas connus d'avance, était directement fondé sur le Statut. Et le Statut demeure pleinement en vigueur.

Tout en estimant que les noms des membres d'une chambre *ad hoc* que le Président prierait de « céder leur place » à des juges désignés par les parties pourrait aussi faire l'objet de consultations entre le Président et les parties, M. Jiménez de Aréchaga a clairement reconnu que la procédure que j'appellerai pour la commodité la « procédure de désistement », telle qu'elle est prévue à l'article 31, paragraphe 4, du Statut, continuerait de s'appliquer aux chambres *ad hoc* même après les amendements apportés au Règlement en 1972 (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 3). On a remédié comme il le fallait à l'oubli de cet aspect dans le Règlement en apportant, en 1978, une modification appropriée à l'article 17, paragraphe 2. Comme je me suis efforcé de le mettre plus pleinement en lumière dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 13 décembre 1989 en la présente affaire (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 165-167), la procédure prescrite a été correctement suivie dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 4, 8 et 9). Mais elle n'a pas été appliquée dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, constitu-

*tion de chambre* (C.I.J. Recueil 1987, p. 3-4) parce qu'il s'est trouvé que la chambre comptait au nombre de ses membres élus deux juges titulaires de la nationalité des parties. On n'a pas non plus appliqué cette procédure dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), constitution de chambre* (C.I.J. Recueil 1985, p. 6-7) ni dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), constitution de chambre* (C.I.J. Recueil 1987, p. 10). Les ordonnances rendues par la Cour dans ces deux dernières affaires se bornent à prendre acte de l'élection de trois juges titulaires et de l'adjonction de deux juges *ad hoc* nommément désignés. La Cour n'a pas, comme elle aurait dû le faire selon la procédure prescrite, élu cinq juges titulaires en réservant la possibilité pour le Président de prier deux d'entre eux de céder leur place à des juges *ad hoc* devant être désignés ultérieurement par les parties. La chronologie prévue n'a pas été respectée puisque les deux juges *ad hoc* ont été désignés par les parties *avant* l'élection par la Cour des trois juges titulaires. Le respect de la procédure de désistement prescrite à l'article 31, paragraphe 4, du Statut n'avait aucun sens en pratique puisqu'en fait la Cour élisait des juges titulaires qui avaient été préalablement désignés par les parties (voir Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 43). Logiquement, accorder aux parties le droit d'exercer une « influence décisive » sur le choix des membres de la chambre conduisait naturellement à faire l'économie de cette procédure. Reste à savoir si la Cour pouvait conférer ce droit aux parties par le biais d'une disposition de son Règlement.

Il semble qu'à cette question la réponse soit négative, compte tenu du fait incontestable que la procédure par laquelle un juge cède sa place continue de s'appliquer aux chambres *ad hoc* en vertu des dispositions expresses de l'article 31, paragraphe 4, du Statut lui-même. Ni le Règlement ni aucune pratique de la Cour ne peuvent modifier le mécanisme établi dans ces dispositions prééminentes de la loi fondamentale. D'ailleurs, comme on l'a relevé, la Cour a expressément et à juste titre reconnu que ce système était applicable aux chambres *ad hoc* par un amendement qu'elle a apporté en 1978 à l'article 17, paragraphe 2, de son Règlement. Il s'applique à d'autres chambres en vertu de l'article 91, paragraphe 2, du Règlement. Il apparaît donc que la décision même de se dispenser de la procédure de désistement pour la constitution des chambres *ad hoc* est révélatrice de la mesure dans laquelle on a en pratique accordé aux parties un contrôle sur la désignation des juges titulaires comme membres de telles chambres; car c'est seulement sur cette base que le respect d'une procédure que le Statut et le Règlement continuent en droit de prescrire a pu devenir le vain rituel qui a vraisemblablement amené la Cour à décider de faire comme si ladite procédure ne continuait pas, juridiquement, d'exister.

Répondre à cela que l'application aux chambres de la procédure prévue à l'article 31, paragraphe 4, du Statut remonte à 1936, avant qu'on eût envisagé de créer des chambres *ad hoc*, ne serait guère convaincant. En réalité, l'article 31, paragraphe 4, a été amendé en 1945 pour intégrer d'autres

modifications au nouveau Statut en ce qui concerne les chambres, ce qui a amené à supprimer un renvoi à l'article 27 qui figurait précédemment dans cette disposition. Pour ce qui concerne l'applicabilité du paragraphe 4 de l'article 31 au nouveau paragraphe 2 de l'article 26 du Statut, relatif aux chambres *ad hoc*, le compte rendu de la séance du 18 avril 1945 tenue par le comité de juristes de Washington indique ce qui suit :

« Article 31. M. Fitzmaurice (Royaume-Uni) se demande si le cas prévu au paragraphe 4 de l'article 31 n'est pas déjà couvert par le paragraphe 2 de l'article 26. Il est décidé de laisser le paragraphe 4 de l'article 31 tel quel, et M. Hudson, juge, fait observer qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 26, la Cour ne peut pas désigner de juges *ad hoc*. M. Basdevant (France) relève qu'une erreur s'est glissée dans le texte français du paragraphe 4 de l'article 31. » (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 224.)

Ainsi, la relation entre le paragraphe 4 de l'article 31 et le nouveau paragraphe 2 de l'article 26 relatif aux chambres *ad hoc* a bien été examinée. On peut raisonnablement supposer que si l'article 31, paragraphe 4, a été laissé sous une forme qui le rendait applicable « tel quel » aux nouvelles dispositions relatives aux chambres *ad hoc*, c'est parce que l'on visait délibérément ce résultat. Et l'on visait délibérément ce résultat parce que le Statut n'était nullement fondé sur l'idée que les parties pourraient avoir une influence sur la désignation de juges titulaires appelés à siéger à une chambre *ad hoc*. Ce n'est que si l'on voit les choses différemment en ce qui concerne ce point essentiel que l'application aux chambres *ad hoc* de la procédure suivant laquelle un juge titulaire cède sa place comme prévu à l'article 31, paragraphe 4, du Statut peut paraître aberrante (voir Geneviève Guyomar, « La constitution au sein de la Cour internationale de Justice d'une chambre chargée de régler le différend de frontières maritimes entre les Etats-Unis et le Canada », *Annuaire français de droit international*, 1981, vol. XXVII, p. 220). Loin de paraître aberrante à M. Jessup, cette procédure constituait l'une des pierres angulaires du modèle qu'il avait proposé en 1970.

Quant à l'argument selon lequel la référence au « nombre » exclut la « composition », on a déclaré : « cette objection n'a pas un caractère très important puisque rien dans le Statut n'interdirait au Président de procéder à des consultations » (Edvard Hambro, *loc. cit.*, p. 369). Or j'estime qu'il y a en fait dans le Statut quelque chose qui interdit au Président de le faire, et que l'objection ainsi fondée ne saurait être écartée au motif qu'elle n'a pas « un caractère très important ». La nature même de la Cour en tant que cour de justice implique une interdiction, qui pour être implicite n'en est pas moins claire, de permettre aux parties d'intervenir dans la désignation des juges appelés à connaître d'une affaire, que ce soit par le biais du Règlement de la Cour ou autrement, en tout ou en partie, sauf lorsqu'il s'agit de juges *ad hoc*. Cette interdiction était si fondamentale pour le caractère de la Cour en tant que cour de justice, par opposition à un

organe arbitral, qu'il n'était pas plus nécessaire de le dire textuellement dans son Statut qu'il ne l'aurait été dans la constitution de toute autre « cour de justice » au sens que l'on donne normalement à cette expression.

Cette interdiction implicite n'est pas neutralisée si l'on envisage la question du point de vue de la doctrine des pouvoirs implicites. Certes, le fait que certains pouvoirs sont expressément conférés à un organe ne signifie pas nécessairement qu'il n'en a pas d'autres. Mais ces derniers ne sont pas là qui flottent dans la nature. En dernière analyse, tous les pouvoirs que possède un organe doivent lui être conférés par son instrument constitutif, que ce soit expressément ou implicitement. S'agissant des pouvoirs de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a déclaré ce qui suit :

« On doit admettre que ses Membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtu de la compétence *nécessaire* pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions. » (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949, p. 179; les italiques sont de moi.*)

A la page 182, la Cour ajoutait :

« Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'*essentiels* à l'exercice des fonctions de celle-ci. » (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

Insistant davantage sur le fait que de tels pouvoirs additionnels doivent répondre à une nécessité, M. Hackworth a déclaré dans son opinion dissidente :

« Des pouvoirs qui ne sont pas expressément conférés ne sauraient être présumés. Des pouvoirs présumés découlent de l'octroi de pouvoirs exprès; n'existent que ceux qui sont « nécessaires » à l'exercice des pouvoirs expressément conférés. » (*Ibid.*, p. 198; voir également une autre opinion dissidente du même juge dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, C.I.J. Recueil 1954, p. 80.*)

La nécessité d'une limitation a également été reconnue par M. Fitzmaurice dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1962, p. 208 et 213)*. (Voir également son article intitulé « Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge » — Part III, *British Year Book of International Law*, 1963, vol. 39, p. 154, note de bas de page, et son opinion individuelle dans l'affaire *Golder*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 février 1975, série A, vol. 18, p. 32.)

Quelle que soit l'élasticité du critère applicable pour déterminer l'existence et l'étendue de pouvoirs présumés — il est certain qu'il faut éviter toute rigidité induite à cet égard —, il semble clair en tout cas qu'un acte constitutif ne peut être lu comme impliquant l'existence de pouvoirs qui

vont à l'encontre de la nature essentielle de l'organisation qu'il crée pour les exercer. Les pouvoirs de ce type ne pourraient être qualifiés de « nécessaires » ou d'« essentiels » (au sens qu'ont ces termes dans l'affaire de la *Réparation*) à l'organisation pour exercer efficacement les attributions que lui confère son texte organique.

Comme on s'efforce de le montrer ci-dessus, la base sur laquelle la Cour a été créée ne permet pas de douter que, bien que la désignation de juges *ad hoc* fût autorisée dans certaines limites, la Cour devait fonctionner comme une cour de justice au sens que l'on donne généralement à cette expression. Comme j'ai eu l'occasion de le déclarer dans l'affaire de l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* (C.I.J. Recueil 1989, p. 213), le principal attribut d'une cour de justice est d'être investie d'un pouvoir judiciaire. Normalement, une autorité extérieure investie de la compétence législative appropriée sur la juridiction d'une cour de justice, ou, à défaut (comme dans la présente affaire), les instances compétentes pour modifier l'acte constitutif de la cour peuvent très bien être habilitées à modifier l'étendue du pouvoir judiciaire qui lui a été initialement conféré; mais quoi qu'il en soit, la cour elle-même ne peut pas aliéner une partie quelconque de ce qui lui a été octroyé. Il peut être difficile de définir le pouvoir judiciaire, mais il est raisonnablement clair qu'il ne comprend pas seulement le pouvoir de statuer, mais aussi, le cas échéant, celui de décider quels membres de la cour statueront dans une affaire donnée, l'exercice de ce dernier pouvoir s'inscrivant dans le processus par lequel la cour fixe les modalités de l'exercice de son pouvoir judiciaire.

En l'absence d'indication spécifique dans les textes de la Cour, et s'agissant d'une question de théorie générale du droit, je me réfère à la position adoptée en droit interne dans l'affaire *Reg. v. Liyanage* ((1963) 64 N.L.R. 313, p. 359, examinée dans *Liyanage v. The Queen* [1967] 1 A.C. 259, P.C.) dans laquelle la Cour suprême de Ceylan a annulé une loi visant à autoriser un ministre à désigner trois juges titulaires pour juger certaines personnes du chef d'infractions particulières au motif que le pouvoir de désigner des juges appelés à connaître d'affaires déterminées faisait partie du pouvoir judiciaire inaliénable de la Cour. Si le raisonnement suivi dans cette affaire n'est pas applicable dans sa totalité à la présente espèce, il l'est en grande partie. On remarquera en particulier que par principe, comme c'était le cas dans cette affaire, tout au long de l'histoire de la Cour mondiale jusqu'aux modifications de 1972, la sélection des juges de la Cour appelés à siéger à une chambre relevait exclusivement de la Cour elle-même. Il est inconcevable que la Cour ait considéré ce droit comme ne faisant pas partie intégrante de son pouvoir judiciaire. Il est également utile de noter dans la décision rendue dans cette affaire des références à la possibilité d'empêcher certains juges de participer comme ils en ont le droit à l'exercice du pouvoir judiciaire de la Cour, au risque qu'il soit porté atteinte à la dignité du Président de la Cour et, plus pertinemment, à la possibilité que certains juges soient désignés par une partie ayant un intérêt dans le litige. Certes, l'affaire a été jugée par un tribunal

national. Mais il me semble qu'il serait téméraire de l'écarter uniquement pour cette raison : sauf lorsqu'il est clair que le Statut en dispose autrement, il serait spécieux et vain, voire dangereux, d'invoquer le caractère international de la Cour internationale de Justice pour arguer qu'elle est dans une situation sensiblement différente pour ce qui est des questions normalement considérées comme incompatibles avec la notion fondamentale de cour de justice que connaît le droit interne.

Il est vrai que la décision rendue dans l'affaire ceylanaise s'appuyait sur le principe de droit interne de la séparation des pouvoirs, dont on a jugé qu'il « ne s'applique pas aux relations entre institutions internationales chargées de régler des différends » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1984, p. 433*). Mais cette considération n'est pas pertinente s'agissant de savoir si la Cour elle-même peut autoriser d'autres qu'elle-même à exercer le pouvoir judiciaire dont elle a en fait été investie. Il est aussi exact que, dans l'affaire ceylanaise, une autorité extérieure à la Cour avait directement désigné des juges, alors que le système à l'examen donne seulement aux parties une voix consultative dans cette désignation, laquelle demeure en dernière instance une prérogative de la Cour elle-même, qui a le droit d'en décider différemment si elle le souhaite. Mais on peut difficilement admettre qu'en droit cela fasse une différence. Le souci bien compris de la préservation de l'intégrité judiciaire de la Cour ne permet pas de considérer qu'il s'agit là d'un domaine dans lequel l'on doit tolérer que la fascination qu'exercent les formes puisse prévaloir sur l'attention au fond. Comme indiqué précédemment, M. Jiménez de Aréchaga, l'un des principaux architectes du nouveau système, a déclaré que la « principale modification ... [a consisté à] ... accorder aux parties une influence décisive dans la composition des chambres *ad hoc* » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 2). Il n'y a aucune raison de penser que, jusqu'à la constitution de la Chambre dans la présente affaire, la pratique ne traduisait pas dans les faits cette déclaration d'intention autorisée. Même si elle n'est pas « décisive », l'influence accordée aux parties est à coup sûr substantielle car, comme on l'a déjà dit précédemment, il n'est pas concevable que la Cour soit tenue de s'enquérir des vues des parties quant à la composition de la chambre tout en étant entièrement libre de les ignorer. Qu'elle soit « décisive » ou « substantielle », l'influence ainsi accordée aux parties est, je le dis respectueusement, une aliénation illicite d'une partie essentielle du patrimoine de la Cour.

Il est vrai que la règle du secret du scrutin demeure en vigueur lors de l'élection des membres d'une chambre *ad hoc*. Mais il en va de même d'une règle connexe, qui bien que tenue pour acquise n'en est pas moins impérative : ces élections doivent être libres. On reproche au nouveau système d'entraîner une violation de la règle du secret dans la mesure où le résultat est connu d'avance. Peut-être, en ce sens, y a-t-il violation, quoique les procédures formelles demeurent secrètes. Mais il semble qu'on doive plutôt reprocher au nouveau système de violer une certaine liberté de choix que la disposition relative au secret du scrutin visait à mettre à

l'abri des pressions et influences extérieures<sup>1</sup>. Lors de l'élection de juges à une chambre, le juge qui vote élit d'autres membres d'une cour de justice pour statuer avec impartialité dans un litige entre des parties opposées. Il s'agit de l'exercice par la Cour d'une fonction purement interne, pour lequel les vues des parties sont au mieux sans pertinence, au pis insultantes. Le résultat effectif du système à l'examen étant de leur accorder une « influence décisive », il n'est ni crédible ni acceptable d'affirmer que des élections qui ont lieu sur une telle base puissent représenter un libre exercice de la volonté de la Cour.

C'est pourquoi il serait vain d'essayer de minimiser l'importance de la règle qui veut que l'on procède à une élection au motif que cette règle est énoncée dans le seul Règlement, et non dans le Statut. C'est exact. Mais ce que l'on trouve dans le Statut c'est le postulat que la sélection par la Cour, de quelque manière qu'elle y procède, de ceux de ses membres qui composeront une chambre représente un exercice libre et authentique de sa volonté. Il était parfaitement justifié que le Règlement vise à assurer ce résultat important en inscrivant la procédure dans le cadre protecteur d'une élection au scrutin secret.

Dans l'affaire de la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, interprétant le mot « élus » tel qu'il figure à l'article 28 a) de la convention portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, la Cour a déclaré :

« On ne saurait déterminer le sens du mot « élus » isolément et par référence à son sens usuel et ordinaire, puis lui attribuer ce sens toutes les fois qu'il est employé dans l'article. Le mot tire son sens du contexte dans lequel il est employé. Si le contexte appelle un sens qui indique un large pouvoir de choix, il doit s'interpréter en conséquence, tout comme il doit se voir attribuer un sens restreint si le contexte l'exige. » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 158.)

Dans l'affaire en question, le contexte favorisait une interprétation restrictive. Dans la présente affaire, le Règlement de la Cour doit être interprété à la lumière du Statut, et l'un comme l'autre doivent bien sûr être considérés à la lumière de la Charte, dont, de fait, le Statut est partie intégrante. C'est ainsi que l'on doit apprécier le contexte dans lequel le mot « élection » est utilisé à l'article 17, paragraphe 3, du Règlement de la Cour, et plus particulièrement en ce qu'il est lié aux mots « au scrutin secret » figurant à l'article 18, paragraphe 1, du Règlement. Ainsi envisagé, il n'y a rien dans le contexte qui puisse valablement restreindre la liberté normalement associée à la notion d'élection au scrutin secret pour

<sup>1</sup> En ce qui concerne la théorie générale qui sous-tend les dispositions relatives aux élections au scrutin secret, voir *Maple Valley Case* (1926) 1 D.L.R. 808, p. 814-815; 29 *Corpus Juris Secundum*, par. 201 (1), p. 557-558; et *Withers v. Board of Commissioners of Harnett County* (1929) 146 S.E. 225, p. 226.

donner aux parties une influence — « décisive » ou non — sur le résultat. Au contraire, tout dans le contexte interdit d'introduire une telle influence dans le processus. A cette prohibition, dictée comme elle l'est par la nature même de la Cour telle qu'établie par la Charte et par le Statut, il est vain d'essayer d'échapper par le biais d'un exercice du pouvoir réglementaire subordonné et limité de la Cour. Il ne faut pas oublier que les juges titulaires de la Cour sont élus par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, la participation de la Cour à ce processus en vertu de l'article 12, paragraphe 3, du Statut étant seulement contingente.

L'article 2 du Statut exige des membres de la Cour qu'ils soient « indépendants ». L'importance de cette qualité pour la Cour dans son ensemble a été à juste titre souligné dans les textes (voir *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte, C.I.J. Recueil 1947-1948*, opinion de M. Zoričić, p. 95, et *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, C.I.J. Recueil 1956*, opinion de M. Winiarski, p. 104). Il est difficile de concevoir l'indépendance judiciaire comme étant compatible avec la désignation de certains juges pour siéger dans une affaire déterminée pratiquement sur instructions des parties. Se référant au mot « cour » qui figure à l'article 5, paragraphe 4, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a fait observer que

« ce terme implique seulement que l'autorité appelée à statuer doit avoir un caractère judiciaire, c'est-à-dire être indépendante du pouvoir exécutif *comme des parties en cause* » (voir Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Neumeister*, arrê du 27 juin 1968, série A, p. 44, par. 24; les italiques sont de moi).

Je ne vois pas pourquoi il n'en irait pas, en substance, de même d'un tribunal international.

Le nouveau système met-il l'indépendance de la Cour en péril? Pour prendre un exemple, je pense qu'il serait malvenu et juridiquement impossible que la Cour elle-même (par l'ensemble de laquelle le choix est finalement fait lorsqu'elle constitue une chambre en vertu de l'article 26, paragraphe 2, du Statut), lorsqu'elle désigne des juges pour siéger à une chambre, se détermine en prenant pour critère la mesure dans laquelle sa juridiction a été acceptée par les pays dont certains juges sont originaires. Le Statut n'envisage pas l'application d'un tel critère, car il ne considère pas qu'un juge représente son pays ou sa nationalité au sens où cela touche à son indépendance (voir *Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, opinion de sir Hersch Lauterpacht, p. 45, et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, opinion de M. Lachs, p. 158-160, et opinion de sir Robert Jennings, p. 528). Il semble pourtant que le nouveau système soit structuré d'une manière qui permette aux parties à l'instance, si elles le souhaitent, d'empêcher que certains juges soient nommés à une chambre *ad hoc* précisément en fonction de ce critère ou de

critères similaires (voir B. A. S. Petrén, *loc. cit.*, p. 61-62; et M. John R. Stevenson, dans *American Society of International Law, Proceedings of the 80th Annual Meeting*, 1986, p. 202). Si, comme je le pense, la Cour elle-même ne peut tenir compte de telles considérations lorsqu'elle élit certains de ses membres pour siéger à une chambre *ad hoc*, peut-elle, par le biais de son Règlement, autoriser une procédure lui permettant d'en tenir compte indirectement en recueillant les vues des parties? Que la Cour ne puisse pas en fait connaître les motivations des parties ne réduit pas le risque: au contraire, cela ne fait que l'accroître.

On peut faire des observations similaires en ce qui concerne l'étonnante remarque de M. Edvard Hambro selon laquelle la nouvelle procédure de consultation

«signifie aussi, en fait sinon en droit, que les règles relatives aux incompatibilités des juges ont été modifiées puisqu'on peut supposer que les parties examineront soigneusement les antécédents des juges pour exclure toute personne pouvant être considérée comme «inamicale» compte tenu des positions qu'elle aura prises antérieurement face aux mêmes problèmes ou à des problèmes similaires, même si ces prises de position ne seraient pas considérées par le juge en question, le Président ou la Cour comme justifiant que l'intéressé soit empêché de siéger dans l'affaire» (Edvard Hambro, *loc. cit.*, p. 368).

Les incompatibilités sont définies aux articles 16 et 17 du Statut lui-même. Un amendement au Règlement de la Cour peut-il effectivement autoriser les parties à ajouter à ces incompatibilités par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pratiquement sans appel? Je ne peux le penser. Et pourtant, c'est bien ce que les nouvelles dispositions du Règlement permettraient aux parties de faire.

En faveur du nouveau système, on tend aussi à invoquer l'inapplicabilité aux chambres de l'article 9 du Statut — relatif à la représentation géographique au sein de la Cour — au sens où on envisageait que les membres de la Cour assureraient «dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde». Aux termes des articles 26 et 27 du Statut de 1920, les juges de la chambre pour litiges de travail et de la chambre pour litiges de communications et de transit devaient être «désignés en tenant compte autant que possible des prescriptions de l'article 9». Le fait que ces chambres comprenaient chacune cinq membres, alors que la chambre de procédure sommaire n'en comprenait que trois (jusqu'en 1936, année où ce nombre a été porté à cinq), explique probablement, au moins en partie (un autre facteur a peut-être été l'accessibilité de La Haye), pourquoi l'article 9 n'est pas mentionné à l'article 29, relatif à la chambre de procédure sommaire, du Statut de 1920, car il est évident qu'une chambre composée de trois membres ne pouvait raisonnablement prétendre à une représentativité mondiale. Peut-être est-ce en poussant plus loin le raisonnement qu'on en est finalement arrivé, en 1945, à omettre toute référence à l'article 9 dans les dispo-

sitions du présent Statut relatives aux chambres. Mais, quelle que soit l'explication, il ne semble pas que cette omission puisse en aucune manière être invoquée pour soutenir que le nouveau système est légal (voir Eduardo Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 2-3). La question en effet est celle de la liberté de choix de la Cour par rapport à la volonté des parties, et non celle de savoir si l'exercice de ce choix doit ou non observer les prescriptions de l'article 9.

Si en fait cette liberté de choix est sensiblement restreinte dans le cadre du nouveau système, une question se pose : en admettant qu'une chambre n'ait pas besoin de représenter les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde, ne doit-elle pas en tout cas, pour pouvoir être considérée comme une émanation crédible de la Cour prise en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » au sens de l'article 92 de la Charte, être le résultat d'un exercice vraiment libre de la volonté de la Cour elle-même ? Une chambre dont les membres ont tous été pratiquement choisis par les parties au litige elles-mêmes peut-elle être considérée comme l'« organe judiciaire principal des Nations Unies » ? Était-ce là l'intention des rédacteurs de la Charte lorsqu'ils ont ainsi défini la Cour ? Plus particulièrement, était-ce là le type de chambre auquel ils pensaient lorsqu'ils ont accepté que l'article 27 du Statut dispose que « tout arrêt rendu par l'une des chambres prévue aux articles 26 à 29 sera considéré comme rendu par la Cour » et pourrait en conséquence être exécuté en recourant au Conseil de sécurité en vertu de l'article 94 de la Charte ? Il est permis d'en douter.

Je comprends l'argument selon lequel, étant donné l'existence de la chambre de procédure sommaire, il n'était guère nécessaire en 1945 de prévoir des chambres *ad hoc* si l'on n'entendait pas permettre aux parties d'intervenir dans la composition de ces chambres. J'objecterai à cela que, si telle était l'intention, elle n'est pas exprimée dans le texte du Statut, et le caractère fondamental de la Cour ne permet pas de penser qu'elle puisse être implicite. De plus, on est mal fondé à poser l'hypothèse d'un double emploi inutile en l'absence d'une telle intention, car il semble hasardeux de supposer qu'on considérerait qu'une chambre *ad hoc* comprendrait toujours le même nombre de membres que la chambre de procédure sommaire ou qu'elle connaîtrait nécessairement du même type d'affaires dont on pensait peut-être qu'il conviendrait que la chambre de procédure sommaire soit saisie. Certaines des affaires dont des chambres *ad hoc* ont été saisies n'auraient guère pu être examinées par une chambre de procédure sommaire expressément créée, aux termes de l'article 29 du Statut, « [e]n vue de la prompt expédition des affaires ».

Pour résumer, l'étendue du pouvoir réglementaire de la Cour, tel qu'il est défini à l'article 30 du Statut, est large mais non illimité. On peut dire que la Cour jouit d'une certaine autonomie dans l'exercice de sa compétence réglementaire ; mais autonomie ne signifie pas omnipotence, et sa compétence n'est pas illimitée. La Cour ne peut élaborer des dispositions réglementaires que dans l'exercice du pouvoir que le Statut lui confère expressément ou implicitement. Le Statut ne donne pas expressément à la

Cour le pouvoir de conférer aux parties, par le biais de dispositions réglementaires, un droit à ce qu'il soit tenu compte de leurs vues dans le choix des juges devant siéger à une chambre *ad hoc*. Un tel pouvoir n'a pas non plus été donné à la Cour implicitement : aussi souple le critère utilisé pour déterminer l'étendue des pouvoirs présumés de la Cour soit-il, lesdits pouvoirs trouvent leur limite lorsqu'ils se heurtent à la nature intrinsèque de la Cour elle-même. Pour les raisons exposées ci-dessus, le pouvoir de désigner des juges titulaires pour siéger dans une affaire déterminée est partie intégrante du pouvoir judiciaire inaliénable confié à la Cour par la communauté internationale. La Cour ne peut, directement ou indirectement, céder tout ou partie de ce pouvoir ou le partager avec d'autres sans détruire son caractère essentiel de cour de justice. Une disposition réglementaire à cet effet est contraire au Statut. Pour reprendre les termes utilisés par M. Fitzmaurice dans une opinion dissidente :

« La Cour ne pouvant adopter un Règlement incompatible avec son Statut, toute règle de procédure contraire au Statut serait, par le fait même, dépourvue de validité et le Statut prévaudrait. » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 310.*)

M. Mbaye s'est exprimé dans le même sens dans l'affaire relative au *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention (C.I.J. Recueil 1984, p. 44)*. Et une disposition du Règlement de la Cour qui est *ultra vires* au regard du Statut est aussi *ultra vires* au regard de la Charte, premièrement parce que l'article 92 de la Charte dispose expressément que le Statut « fait partie intégrante » de la Charte et, deuxièmement, parce que le même article de la Charte dispose que la Cour « fonctionne conformément ... [au] Statut ... annexé à la présente Charte ». Il en résulte qu'ainsi que l'a déclaré sir Hersch Lauterpacht dans son opinion dissidente dans l'affaire de l'*Interhandel* :

« la Cour, comme il ressort de sa pratique et comme l'indique un principe juridique impératif, ne peut agir autrement que conformément à son Statut, dont elle est la gardienne » (*C.I.J. Recueil 1959, p. 104. Voir aussi son opinion dans l'affaire des Emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957, p. 45.*)

Les considérations qui précèdent donnent à penser que la disposition de l'article 17, paragraphe 2, du Règlement de la Cour (version de 1978) prescrivant au Président de s'informer des vues des parties au sujet de la « composition » d'une chambre *ad hoc* doit être interprétée en harmonie avec le Statut, et qu'ainsi interprétée elle prescrit seulement au Président de s'informer des vues des parties quant au « nombre » des membres de la chambre. Si l'on ne retient pas cette interprétation — interprétation qui ne correspond ni à l'interprétation généralement donnée de cette disposition ni à la pratique à laquelle elle a effectivement donné lieu — il semble que l'article 17, paragraphe 2, du Règlement soit *pro tanto ultra vires* au regard

du Statut. Car, comme l'a fait observer M. Hackworth dans l'opinion dissidente qu'il a émise dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité* :

« Le devoir d'un tribunal, lorsqu'il est en face d'une incompatibilité apparente entre une disposition législative et la constitution (la Charte), est d'essayer de les réconcilier. Si cela n'est pas possible, la constitution doit l'emporter. » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 83.)

#### QUATRIÈME PARTIE. DURÉE DU MANDAT DES JUGES TITULAIRES

La portée considérable du nouveau système m'amène à examiner la question de la durée du mandat des juges titulaires, question à laquelle l'agent du Nicaragua fait allusion dans sa lettre au Greffier du 1<sup>er</sup> février 1990. Cette question concerne une modification connexe d'où il résulte que l'article 17, paragraphe 4, du Règlement de la Cour est ainsi libellé :

« Les membres d'une chambre constituée en application du présent article qui ont été remplacés conformément à l'article 13 du Statut à la suite de l'expiration de leur période de fonctions continuent à siéger dans toutes les phases de l'affaire, à quelque stade qu'elle en soit lors de ce remplacement. »

La règle s'applique alors même qu'aucune pièce de procédure n'aurait été déposée ; il suffit qu'une simple requête introductive d'instance l'ait été. A plus forte raison il n'est pas nécessaire que la procédure orale ou un examen collégial de l'affaire ait commencé. Ainsi, comme il est advenu dans l'affaire du *Golfe du Maine* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 3), un juge peut-il être élu membre d'une chambre quelques semaines seulement avant la date à laquelle il doit être remplacé, d'où il résulte que c'est le moment de l'élection et non l'état des travaux qui dicte en réalité la nécessité d'une extension. Par contre l'article 13, paragraphe 3, du Statut, qui est visé dans cette disposition, stipule quant à lui que les membres de la Cour qui ont été remplacés lors d'une élection « continuent de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis ». A cet égard l'article 33 du Règlement dispose que, sous réserve des dispositions de l'article 17, les membres de la Cour qui ont été remplacés conformément à l'article 13, paragraphe 3, du Statut continuent à siéger « jusqu'à l'achèvement de toute phase d'une affaire en laquelle la Cour s'est réunie pour la procédure orale avant la date de ce remplacement ». Si on laisse de côté la discussion relative à la mention restrictive de « toute phase », aux termes de cette disposition l'extension n'est possible que si la procédure orale a commencé avant la date normale de la cessation des fonctions.

Il est donc évident qu'un juge sortant élu membre d'une chambre *ad hoc* avant l'expiration de la durée normale de son mandat peut continuer à siéger, alors que dans les mêmes circonstances un juge sortant qui n'a pas été ainsi élu ne le peut pas. Une dispositions du Règlement peut-elle à bon droit instaurer une telle discordance ?

Il semble évident que le droit de continuer à siéger malgré le remplacement est une question de fond relevant de l'acte constitutif de la Cour, et qu'il est par conséquent régi par le Statut lui-même. Le Statut n'a envisagé qu'un seul cas de prorogation, à savoir lorsque, aux termes de l'article 13, paragraphe 3, le juge est « déjà saisi » d'une affaire. Normalement, un juge n'est pas considéré comme « déjà saisi » d'une affaire tant qu'il n'a pas commencé la procédure orale<sup>1</sup>. Dans le cas de la Cour internationale de Justice, une conception peut-être plus large a été donnée par Rosenne dans les termes suivants :

« le moment auquel s'appliquent le verbe « être saisi » ou ses dérivés dans des dispositions telles que l'article 13, paragraphe 3, du Statut, ou les articles 13, paragraphe 2, et 27, paragraphe 5, du Règlement [texte de 1972] de la Cour est celui où la Cour entame ses délibérations collectives, officiellement qualifiées d'« audiences ». Même si grammaticalement, ce verbe désigne l'acte d'un juge à titre individuel, en droit il implique non un examen auquel un juge se livrerait individuellement et tout seul mais un examen général et collectif du dossier par les juges réunis, en personne, tous s'étant bien entendu vu transmettre officiellement le dossier par le Greffier en application de l'article 48 du Règlement. » (S. Rosenne, « The Composition of the Court », dans *The Future of the International Court of Justice*, sous la direction de Leo Gross, 1976, vol. 1, p. 397-398).

Certes tous les juges ne commencent pas à examiner le dossier d'une affaire au même moment. De ce fait, comme l'explique Rosenne, même la conception élargie qu'il propose se limiterait à une activité de caractère collégial. Au contraire, l'article 17, paragraphe 4, du Règlement actuel proroge le droit de siéger, qu'une activité de caractère collégial ait ou non commencé.

La tentative faite pour modifier la situation définie par le Statut s'est fondée, ce qui n'est pas surprenant, sur la tentative menée parallèlement pour attribuer aux parties un contrôle pratique sur la désignation de membres de la Cour comme membres d'une chambre *ad hoc*. M. Jiménez de Aréchaga présente la question en ces termes :

« La considération qui a dicté une solution différente pour les chambres *ad hoc* est que dans une chambre de ce type la possibilité de continuer à participer à l'affaire ne doit pas dépendre du maintien de la qualité de membre de la Cour elle-même. Sinon, une chambre constituée à la requête des parties et compte tenu de leurs souhaits

<sup>1</sup> Que l'on se reporte par exemple à l'attitude générale qui se dégage des déclarations de M. Raested, dans Société des Nations, *Comité de juristes chargé de l'étude du statut de la Cour permanente de Justice internationale, procès-verbal de la session tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929*, p. 42. Voir aussi *R. v. Craske*, ex parte *Metropolitan Police Commissioner* [1957] 2 Q.B. 591, et *Sookoo v. Attorney General of Trinidad and Tobago* (1985) 33 W.I.R. 338, p. 360 j et, sur appel [1986] 1 A.C. 63, P.C.

risquerait de perdre certains de ses membres simplement par l'effet du temps écoulé...» (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 4.)

De fait, semblait indiquer l'argumentation suivie, puisqu'un juge doit sa qualité de membre d'une telle chambre aux souhaits des parties, leurs souhaits ne doivent pas être déçus à l'expiration du mandat régulier du juge. Qu'il soit permis de dire respectueusement que cette façon de procéder semble périlleuse. Même si l'on peut discuter du point de savoir ce que signifie l'expression d'« affaires dont ils sont déjà saisis » dans les dispositions applicables de l'article 13, paragraphe 3, du Statut, il est inacceptable que l'on donne à cette formule un certain sens s'agissant des affaires dont la Cour connaît en séance plénière et un sens différent s'agissant des affaires soumises à une chambre. La forme que prend la Cour pour connaître d'une affaire n'a rien à voir avec la question de savoir si un juge est ou non « déjà saisi » d'une affaire. Puisque du point de vue de la théorie du droit la Cour est la même qu'elle siège en formation plénière ou sous la forme d'une chambre, la question de savoir si un juge est « déjà saisi » d'une affaire doit recevoir la même réponse que ce soit l'une ou l'autre formation qui connaisse de cette affaire. Quelle que soit la signification des mots « déjà saisi », qui figurent dans l'acte constitutif de la Cour, ils ne peuvent avoir qu'une seule et unique signification pour tous les juges. On peut donner des sens différents à un même mot lorsqu'il figure dans différents endroits d'un instrument, voire en différents endroits d'une même disposition d'un instrument, mais il est difficile de le faire lorsqu'un seul et même mot figure en un endroit déterminé d'une disposition particulière, et jamais en tout cas lorsque de tels sens seraient contradictoires comme en l'espèce<sup>1</sup>.

La situation qui en résulte a d'importantes conséquences s'agissant de savoir si une chambre *ad hoc* constituée en vertu du nouveau système peut-être considérée comme une manifestation légitime de la Cour. Le problème de l'attitude à adopter vis-à-vis des affaires judiciaires qui restent inachevées à la date à laquelle les fonctions de certains juges doivent prendre fin se pose devant de nombreuses juridictions. Il y a diverses autres manières de le résoudre que d'ordonner de nouveaux débats. Comme il a été dit à bon escient devant une juridiction qui était confrontée à cette question et devait y répondre, deux solutions sont possibles en théorie :

« L'une d'elle est de laisser la cessation de fonction prendre effet et de permettre simplement au titulaire de la charge, désormais un

<sup>1</sup> Voir les arrêts intéressants mais douteux *Forth v. Chapman*, 1 P.Wms. 663, lequel porte sur des interprétations différentes de la même expression par des systèmes juridictionnels différents, et *Bones v. Booth* (1778) 2 W.Bl. 1226, lequel concerne des différences entre l'application pénale et non pénale d'une expression donnée. Ces deux arrêts sont mentionnés dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., p. 558-560, mais ils ont disparu dans les éditions plus récentes. Le cas d'une seule expression générique incluant une pluralité d'espèces est évidemment différent.

ancien juge, de siéger en qualité de juge pour mener à bien les affaires inachevées... L'autre est de surseoir à la vacance du siège du juge pendant la période qu'on jugera nécessaire pour achever les instances pendantes et de permettre au juge de rester en fonction avec des pouvoirs intacts.» (*Sookoo v. Attorney General of Trinidad and Tobago*, 1985, 33 W.I.R. 338, cour d'appel de la Trinité-et-Tobago, p. 361, déclaration du juge Warner et, en appel, [1986] 1 A.C. 63, P.C., p. 71.)

Il semble clair que c'est la première de ces deux solutions théoriques qu'a retenue l'article 13, paragraphe 3, du Statut; il en résulte qu'un juge qui «après [son] remplacement» siège en vertu de cette disposition exerce les fonctions d'un juge titulaire mais n'a pas la qualité de juge titulaire. Il ne peut plus conserver cette qualité parce qu'il a été «remplacé» en tant qu'un des quinze juges de la Cour par une autre personne dûment admise à occuper la même fonction. Or, si les dispositions du Règlement à l'examen sont valides, la totalité de la procédure orale d'une affaire dont connaît une chambre *ad hoc* peut se dérouler devant des personnes dont aucune, à aucun moment des audiences, n'était membre titulaire de la Cour. Une fois encore, est-ce donc à des chambres de ce genre que pensaient les auteurs du Statut quand ils ont accepté que l'article 27 dispose que : «tout arrêt rendu par l'une des chambres prévues aux articles 26 et 29 sera considéré comme rendu par la Cour» ?

#### CINQUIÈME PARTIE. POUVOIR DE LA COUR DE REVENIR SUR SES DÉCISIONS

J'aborde maintenant la question de savoir, pour autant que ce qui précède est exact, ce que l'on peut faire — et si l'on peut faire quelque chose — pour rectifier la situation. En l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre*, la Cour a déclaré dans son ordonnance que les Parties avaient été dûment consultées «au sujet de la composition de la chambre envisagée dans les conditions prévues à l'article 26, paragraphe 2, du Statut et à l'article 17, paragraphe 2, du Règlement» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 4). Avec des différences occasionnelles, des affirmations semblables ont été faites par la suite en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 7); en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), constitution de chambre* (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 4); en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), composition de la chambre* (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 158-159); et en l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12). La Cour a donc pris une position, même si elle ne l'a pas motivée, sur la question de savoir si la pratique actuelle est conforme au Statut. Mais cela empêche-t-il de rouvrir la discussion ?

Avant de juger qu'une pratique est incompatible avec une disposition déterminante du Statut ou du Règlement de la Cour devant laquelle elle

doit céder en cas de conflit, il faut d'abord établir le sens de la disposition. Ce qu'attestent les affaires mentionnées ci-dessus n'est pas seulement une pratique qui s'est développée accidentellement, mais une pratique fondée sur des décisions dans lesquelles la Cour expose son interprétation des dispositions applicables des textes dont il s'agit. Dans quelle mesure la Cour pourrait-elle à ce stade renverser sa jurisprudence relative à la signification de ces dispositions? Telle semble être la question qui se pose ici, comme je crois qu'elle se posait aussi en l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (C.I.J. Recueil 1989, p. 145). La réponse, me semble-t-il, peut-être inférée de la position exprimée par sir Hersch Lauterpacht en ces termes :

« Sous réserve du principe suprême de la chose jugée, la Cour possède à tout moment la faculté de réexaminer le fond du droit tel que le consacre une décision antérieure ... elle ne le fera pas à la légère ni sans raison valable. Elle peut cependant le faire et elle l'a déjà fait. »  
(Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 19. Voir aussi *ibid.*, p. 20.)

Dire que la Cour ne doit pas agir à la légère ni sans raison valable, cela suggère à mon avis que le simple fait que la Cour, dans une affaire ultérieure, puisse être disposée à avoir du droit applicable une vision différente de celle qu'elle avait dans une affaire antérieure ne suffit peut-être pas toujours à justifier un renversement de sa jurisprudence sur le même point. Mais je ne crois pas que la Cour agirait à la légère ou sans raison valable si elle renversait une décision sur un point de droit au motif que celle-ci était manifestement erronée et entraînait des conséquences graves pour son intégrité judiciaire, dont elle-même s'est reconnue la gardienne. En l'espèce, l'attente fondée sur le maintien du système sanctionné par la jurisprudence de la Cour ne saurait peser plus lourd que les graves conséquences de cette jurisprudence du point de vue de la nature essentielle et de la structure de la Cour. Je pense que les critères applicables sont en l'espèce satisfaits au point d'obliger sans conteste la Cour à renverser sa jurisprudence et à réorienter le droit dans la bonne direction. Le développement raisonnable du droit, même s'il se montre parfois hardi, est naturel et légitime; la simple tendance à amplifier est une autre affaire.

#### SIXIÈME PARTIE. CONCLUSION QUANT À LA VALIDITÉ DU SYSTÈME ACTUEL DES CHAMBRES *AD HOC*

En résumé, la question est la suivante: le caractère fondamental de la Cour reste celui qu'avaient conçu les fondateurs de la Cour permanente. Ce caractère était délibérément judiciaire et l'introduction des chambres *ad hoc* en 1945 ne l'a pas sensiblement modifié. Jusqu'en 1972 le choix de ceux des membres de la Cour qui devaient siéger dans une chambre relevait exclusivement de la Cour elle-même. La Cour pouvait-elle en droit, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire subordonné et limité, céder

une partie importante sinon décisive de cette faculté de choix à des plaideurs potentiels contre la perspective d'un recours accru aux chambres *ad hoc*? Le caractère judiciaire fondamental de la Cour s'accordait-il avec l'attribution aux parties d'une fraction de l'exercice du pouvoir qui lui appartient de choisir ceux de ses membres titulaires qui siègeront dans une affaire déterminée? Même en cas de sélection négative par voie d'exclusion motivée, et bien qu'il existe en fait une espèce de droit de récusation, le Statut s'est prudemment abstenu de conférer expressément un tel droit aux parties (voir *Procès-verbaux*, 1920, *op. cit.*, déclaration de lord Phillimore, p. 472; *C.P.J.I. série D n° 2*, déclaration de lord Finlay, p. 72; Stauffenberg, *op. cit.*, p. 76; Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1943, p. 173 et 370; Louis Favoreu, « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice », *Annuaire français de droit international*, 1965, vol. XI, p. 236 et suiv.; et Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice: Interprétation et pratique*, Paris, 1983, p. 195-197). Le Statut autorisait-il la Cour à conférer aux parties par le biais du Règlement un droit de sélection positive? Je ne le pense pas.

Alors la question consiste à savoir ce qui l'emportera, de l'utilité pratique d'une chambre sélectionnée à titre privé qui se prétend une manifestation légitime de la Cour, ou du grand projet initial de la Cour, envisagée comme une cour de justice au service d'un monde intégré et perçue par ce monde comme étant à son service en cette qualité? On peut certes, à notre époque, rappeler la grande vision qui inspirait hier les créateurs d'un édifice judiciaire de l'intégrité duquel la Cour s'enorgueillit d'être la gardienne, mais les défenseurs du nouveau système peuvent avoir de bonnes raisons d'invoquer la déclaration suivante de sir Hersch Lauterpacht :

« Une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation. » (*Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1955*, p. 106.)

Cependant, même une aussi attrayante invitation à la créativité constitutionnelle ne saurait mettre fin à l'incertitude sur le point de savoir si les pouvoirs législatifs de la Cour peuvent jamais dûment s'étendre assez loin pour lui permettre de déplacer, par un acte de lévitation, le terrain qui forme son support. C'est sir Hersch Lauterpacht lui-même qui a relevé « le principe qu'un organisme ne saurait fonctionner que conformément à son acte constitutif » (*Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, p. 45). S'il est vrai que ce principe a été enfreint en l'espèce, le maintien des nouveaux arrangements relatifs aux chambres *ad hoc* non seulement irait à l'encontre de la déclaration de la Cour elle-même selon laquelle elle est appelée « à interpréter..., non à ... réviser » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase*,

*C.I.J. Recueil 1950*, p. 229), mais encore irait au-delà et rendrait applicables les termes — qui rendent un son plus inquiétant — dont s'est servie la Cour permanente de Justice internationale quand elle a déclaré que confirmer une certaine interprétation « serait, non pas ... interpréter, mais ... détruire » (affaire des *Emprunts serbes*, *C.P.J.I. série A n° 20/21*, p. 32). Ce que l'on détruirait ici, me semble-t-il, serait une notion d'une importance fondamentale pour l'intégrité institutionnelle de la Cour telle qu'elle avait été conçue. C'est le problème qui est au cœur de toute l'affaire et auquel les présentes difficultés de procédure donnent une actualité nouvelle.

En somme donc, comme le Nicaragua, j'estime que

« considérer que c'est la chambre elle-même qui doit connaître d'une contestation de sa constitution ... reviendrait à assujettir totalement la volonté souveraine de la partie intervenante à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre » (lettre de l'agent du Nicaragua adressée au Greffier le 1<sup>er</sup> février 1990).

Or qu'entraîne, en réalité, la mesure dans laquelle « la volonté des parties initiales est reflétée dans la composition de la Chambre » ? Je suis arrivé, à mon corps défendant, à la conviction que les méthodes utilisées pour choisir les membres de la Chambre ne satisfont pas aux critères requis pour lui permettre de s'acquitter de la mission judiciaire de la Cour internationale de Justice, considérée comme une cour de justice, vis-à-vis du requérant; et la raison fondamentale en est que la Chambre n'a pas été constituée conformément au Statut, mais dans le cadre d'un arrangement non autorisé par lequel la Cour s'est essayée à se transformer en quelque chose comme la Cour permanente d'arbitrage. Il y a là un vice majeur dont la Cour, en tant que gardienne déclarée de sa propre intégrité judiciaire, ne saurait valablement méconnaître l'existence. La pratique actuelle peut très bien continuer de plus belle. Mon opinion peut ne faire aucune différence. Mais il était de mon devoir de l'exprimer.

#### SEPTIÈME PARTIE. LA REQUÊTE DU NICARAGUA ENVISAGÉE DANS L'HYPOTHÈSE DE LA LÉGALITÉ DU SYSTÈME ACTUEL

A supposer que je me trompe dans ce qui précède, comment faudrait-il statuer sur la requête du Nicaragua ? Il me semble que même si la constitution initiale de la Chambre a été régulière vis-à-vis des Parties existantes, la capacité de la Chambre, dans sa composition actuelle, de s'acquitter d'une fonction judiciaire vis-à-vis du Nicaragua me semble extrêmement sujette à caution.

Comme la Cour l'a souligné dans son ordonnance, le Nicaragua affirme dans sa requête que ladite « requête à fin d'intervention relève exclusivement de la compétence de la Cour plénière en matière de procédure ». Il est raisonnable de penser que le mot « exclusivement » signifie

que le Nicaragua *ne* souhaite *pas* que sa requête soit examinée par la Chambre. Développant ce point dans la lettre qu'il a adressée au Greffier le 1<sup>er</sup> février 1990, l'agent du Nicaragua déclarait ceci :

« L'une des principales modifications apportées au Règlement de la Cour en 1972 concernait la composition des chambres *ad hoc*. Comme l'a déclaré un précédent Greffier, M. Hambro, la modification du Règlement

« signifie que les parties sont libres d'indiquer précisément quels juges particuliers elles souhaitent voir siéger dans cette affaire »<sup>1</sup>.

En fait, l'article 26, paragraphe 1, du texte de 1972 de ce Règlement disposait que le Président de la Cour « consulte les agents des parties sur la composition de la chambre ».

Le rôle des parties dans la mise en place d'une chambre *ad hoc* est encore accentué par le fait qu'un membre d'une chambre dont la période de fonctions est venue à expiration continue de siéger.

Considérer que c'est la Chambre elle-même qui doit connaître d'une contestation de sa constitution motivée par l'étendue de la compétence *ratione materiae* qui lui a été conférée reviendrait à assujettir totalement la volonté souveraine de la partie intervenante à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre.

.....

On porterait nécessairement atteinte à ce principe [de l'égalité des Etats], qui exige le respect de l'égalité souveraine du Nicaragua, en décidant que l'intervention n'est possible que devant la Chambre. Donc, pour que ce principe soit respecté, le Nicaragua ne peut comparaître que devant la Cour plénière.

<sup>1</sup> Edvard Hambro, « Will the Revised Rules of Court Lead to Greater Willingness on the Part of Prospective Clients? », dans *The Future of the International Court of Justice*, sous la direction de Leo Gross, 1976, p. 368. »

Il est clair que la préoccupation majeure du Nicaragua concerne la mesure dans laquelle la composition de la Chambre est le reflet de la volonté des Parties initiales. Le Nicaragua ne souhaite pas aller devant la Chambre telle qu'elle est composée, que ce soit pour demander l'autorisation d'intervenir ou pour demander une reconstitution de la Chambre. La situation qui se présente ainsi peut être envisagée, d'abord, sur le plan des principes généraux, ensuite, sur celui des règles de procédure particulières.

Si on envisage la question sur le plan des principes généraux, je pense qu'il faut d'abord examiner les relations entre la Cour en séance plénière et une chambre quelconque. Sans aucun doute, sauf quand le contexte indique qu'il s'agit d'une chambre, toute mention de la « Cour » dans le Statut se réfère à la Cour plénière; il y a évidemment des différences entre

les deux instances, mais il s'agit de différences entre des entités apparentées, et non pas étrangères l'une à l'autre. En principe c'est la même Cour qui agit, qu'elle le fasse en formation plénière ou sous la forme d'une chambre dûment constituée. Le premier arrêt rendu par une chambre — qui date de 1924 — commençait par ces mots choisis avec soin : « La Cour, statuant en chambre de procédure sommaire... » ; et il s'achevait sur un dispositif introduit par les termes significatifs que voici : « Par ces motifs la Cour décide... » (*Traité de Neuilly, C.P.J.I. série A n° 3*, p. 4 et 9 respectivement). Aux termes de l'article premier du compromis applicable, les parties avaient quant à elles soumis l'affaire « à la Cour permanente de Justice internationale, statuant ... en procédure sommaire... » (*C.P.J.I. série C n° 6*, p. 9). En effet les fonctions d'une chambre sont autant les fonctions de la « Cour » que le sont celles de l'organe plénier. Aussi souhaitable soit-il de laisser une chambre faire son travail proprement dit avec autant d'autonomie que possible, la relation qui unit une chambre à la Cour plénière n'est pas une relation entre étrangers. Le Nicaragua a donné des exemples significatifs de mesures prises par la Cour plénière à l'égard d'une chambre même après que celle-ci eut été constituée. La Cour plénière, une fois qu'elle a constitué une chambre, ne peut s'ingérer dans son travail proprement dit ; mais je crois qu'elle demeure tenue de veiller à ce que la composition de la chambre soit telle que celle-ci puisse fonctionner avec suffisamment de rectitude procédurale pour pouvoir être considérée comme une incarnation convaincante de la Cour en tant que cour de justice. Si je ne me trompe, quelque chose de cette opinion est implicite dans la déclaration, faite par la Cour dans son ordonnance, selon laquelle « la Cour a le pouvoir de constituer une chambre pour connaître d'une affaire déterminée et, partant, de régler les questions touchant la composition d'une telle chambre ».

Dans le système actuel, tel qu'il a fonctionné jusqu'ici, une chambre *ad hoc*, étant composée de juges dont la désignation a été sensiblement influencée, voire déterminée, par les parties initiales (qu'on ne saurait sérieusement contester), ne peut se comporter comme une cour de justice normale ni vis-à-vis d'une requête à fin d'intervention, ni vis-à-vis du requérant en tant qu'intervenant dans l'affaire sur le fond s'il est fait droit à la requête. Une requête à fin d'intervention ne peut donc qu'aller de pair, comme en l'espèce, avec une demande de reconstitution de la chambre. Par hypothèse, cette dernière demande échappe à la compétence de la chambre, qui ne peut de ce fait connaître d'aucun des deux aspects de la requête.

Peut-être les parties initiales et le requérant (s'il a gain de cause) ne pourront-ils jamais se mettre d'accord sur des aspects essentiels de la reconstitution de la chambre, par exemple le nombre de ses membres. Dans un tel cas, la procédure s'arrête ; mais, même si cela est regrettable, c'est à mon avis moins grave que si la procédure est conduite d'une manière qui n'est pas conforme aux normes fondamentales applicables à une cour de justice en tant qu'elle se distingue d'un tribunal arbitral.

J'admets comme une règle élémentaire qu'en principe c'est au tribunal

compétent pour connaître du principal qu'il incombe de statuer sur les procédures incidentes, y compris les requêtes à fin d'intervention. Cependant, en vertu d'une autre règle élémentaire, pour appliquer une règle — surtout élémentaire — il importe de tenir compte des circonstances particulières de l'affaire. Sous cette réserve je crois pouvoir m'associer à la conclusion du Honduras selon laquelle :

« Il n'est ... que juste de penser qu'en principe toute juridiction compétente pour trancher une affaire au fond doit, dans les limites établies par son statut, être libre de se prononcer sur les procédures propres à l'espèce, ses décisions devant être prises à la lumière des véritables questions de fond que soulève l'affaire, et non dans l'abstrait. » (Lettre du 15 janvier 1990 adressée au Greffier par l'agent du Honduras.)

Telle est sans aucun doute la norme. Cela dit, la présente affaire est tout sauf normale. Compte tenu des méthodes suivies pour constituer la Chambre il est difficile d'apprécier comment on pourrait sauvegarder la moindre apparence de justice si le requérant n'a d'autre choix que d'aller devant cet organe. Je ne vois aucune réponse convaincante à l'argument du Nicaragua selon lequel lui demander d'aller devant une telle instance reviendrait « à assujettir totalement » sa volonté « à celle des parties initiales telle que celle-ci est reflétée dans la composition de la Chambre » et entraînerait une violation du principe de l'égalité des Etats. A cet égard, la situation semble en l'espèce sensiblement et qualitativement différente de ce qu'elle était dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, requête à fin d'intervention, arrêt (C.I.J. Recueil 1981, p. 6) ; la Cour avait alors jugé qu'un Etat présentant à la Cour plénière une requête à fin d'intervention n'avait pas le droit de désigner un juge *ad hoc* pour siéger avec la Cour lorsque celle-ci examinerait cette requête, alors même que la Cour comprenait des juges *ad hoc* désignés de la manière ordinaire par les parties initiales. A mon avis, les circonstances de cette affaire sont si éloignées de celles de la présente espèce (dans laquelle la désignation de tous les membres d'une chambre qui en comprend cinq a été influencée ou déterminée de manière sensible sinon décisive par les Parties initiales) que la seule option juridiquement défendable en l'espèce est que ce soit la Cour plénière qui connaisse de la requête.

La Cour a cité le principe *Haya de la Torre* selon lequel « toute intervention est un incident de procédure » (C.I.J. Recueil 1951, p. 76). Dans cette affaire (en laquelle la décision s'est fondée sur l'article 63 du Statut), il s'agissait de savoir si l'intervention demandée avait « réellement trait à ce qui est l'objet de l'instance en cours » (*ibid.*). Tel n'est pas le problème en l'espèce. Si j'admets que normalement ce principe signifie qu'une requête à fin d'intervention au titre de l'article 62 du Statut doit être portée devant le tribunal qui connaît du fond de l'affaire, cela suppose qu'il s'agisse d'un tribunal capable d'exercer une fonction judiciaire vis-à-vis de cette requête. Dans l'affaire *Haya de la Torre* il ne s'agissait pas comme ici de savoir que faire pour donner réellement effet au droit d'intervention du

requérant quand la juridiction qui serait normalement compétente ne satisfait pas aux critères généralement reconnus applicables à une cour de justice, au moins en ce qui concerne le requérant. En particulier cette affaire ne mettait pas en cause l'application concomitante du principe de l'égalité des Etats qui serait inéluctablement enfreint si le seul recours du Nicaragua était d'aller devant une chambre composée de membres désignés comme indiqué ci-dessus. Il est difficile de justifier cette manière de procéder en invoquant l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamaïriya arababe libyenne)* sans élargir de manière considérable et peu persuasive les conclusions de cette affaire.

Si, pour les raisons que j'ai indiquées, la chambre ne peut connaître de la requête et si, pour les raisons indiquées par la Cour, la Cour elle-même ne le peut, cela signifie, semble-t-il, qu'il n'existe aucun droit véritable de présenter une requête à fin d'intervention dans une affaire pendante devant une chambre *ad hoc*. Or je ne vois guère ce qui autoriserait à juger qu'il soit possible de nier le droit que confère l'article 62 du Statut de présenter une telle requête, du simple fait qu'une affaire a été portée devant une telle chambre plutôt que devant la Cour plénière. Un système qui refoule un Etat à l'entrée, comme un étranger, même si cet Etat peut prouver que, « dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause », ne peut guère prétendre, à l'époque moderne, être le fait d'une cour de justice, de quelque autre titre qu'il se pare et quelle que puisse avoir été l'attitude antérieure dans le contentieux international. Mais s'il existe un droit de demander à pouvoir intervenir, il faut que ce droit soit effectif et qu'on puisse le revendiquer et le défendre en justice.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 59 du Statut la décision d'une chambre n'est pas obligatoire pour un Etat qui n'est pas partie au litige. Pourtant, cela n'ôte rien au fait que l'article 62, paragraphe 1, du même Statut confère à l'Etat qui n'est pas partie un véritable droit de demander à pouvoir intervenir si, « dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause » ; peu importe que la requête soit finalement admise ou rejetée (voir sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. 2, p. 552, et Shigeru Oda, « Intervention in the International Court of Justice », dans *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, p. 645-647). Un Etat n'est pas tenu d'exercer ce droit ; mais, s'il décide de le faire, il peut prétendre qu'une juridiction statue judiciairement sur sa requête. Je ne vois pas comment il pourrait en aller de la sorte si le choix des membres du tribunal qui statue a été influencé, sinon essentiellement déterminé, par les parties.

Si l'on examine maintenant la question sur le plan des règles de procédure, il convient de faire observer qu'en l'absence de toute disposition du Statut ou du Règlement qui traite expressément des requêtes à fin d'intervention dans des affaires portées devant des chambres, et abstraction faite des principes généraux, l'argument opposé au Nicaragua se fonde en grande partie sur le fait que l'article 90 du Règlement de la Cour applique aux chambres les dispositions des articles 81, 83, 84 et 85 du Règlement

(voir le deuxième attendu de l'ordonnance de la Cour). Ces dispositions énoncent des règles de procédure sur l'exécution des attributions que la Cour tient de l'article 62, paragraphe 1, du Statut relatif au droit de présenter une requête à fin d'intervention.

Bien que les dispositions normatives de l'article 30, paragraphe 1, du Statut se bornent à stipuler que « la Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions », les attributions d'une chambre étant celles de la Cour, la Cour avait pleinement qualité pour définir, en vertu de cette disposition, des règles de procédure applicables aux chambres elles aussi. Je suppose, sans trancher la question, que les articles 81, 83, 84, 85 et 90 du Règlement ont conjointement pour effet de réglementer la procédure relative aux requêtes à fin d'intervention dans des affaires portées devant des chambres, en partant du principe qu'une telle requête doit être présentée à la chambre dont il s'agit. Cependant, quand il prévoit ainsi qu'une telle requête doit être présentée à la chambre dont il s'agit, le Règlement envisage une chambre composée de manière à pouvoir fonctionner comme une cour de justice à l'égard du requérant. Pour les raisons indiquées, la Chambre en l'espèce ne peut être considérée comme une cour de justice normale vis-à-vis du requérant. A mon avis, le Règlement n'exige pas, ni ne peut exiger, qu'un tel requérant se soumette à une telle chambre.

A quelle juridiction le requérant doit-il donc s'adresser? A supposer, comme on est fondé à le faire, que l'article 62 du Statut confère au requérant un véritable droit de demander à pouvoir intervenir, le bon sens voudrait que le requérant doive nécessairement s'adresser à la Cour plénière. Ce point de vue s'accorde avec la situation en droit. Comme on l'a fait observer, le Règlement a été adopté en vertu de l'article 30, paragraphe 1, du Statut, aux termes duquel la Cour peut « détermine[r] par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions ». La Cour internationale de Justice a pour attribution de rendre la justice et non l'injustice; on doit donc attribuer aux juges qui adoptent des dispositions du Règlement l'intention de donner à la Cour les moyens de rendre la justice et non l'injustice. Une disposition du Règlement ne devrait donc être interprétée ni appliquée comme si elle devait légalement avoir pour effet d'engendrer une injustice telle que celle à laquelle on aboutirait, je le crains, si l'on interprétait le Règlement actuel comme obligeant le Nicaragua à porter sa requête devant la Chambre, nonobstant la manière dont elle a été constituée.

Puisque, à mon avis, le Règlement ne prévoit effectivement pas le cas, le pouvoir de connaître d'une requête à fin d'intervention dans un cas de ce genre doit être considéré comme restant à la Cour plénière, conformément aux termes de l'article 62 du Statut. Selon le paragraphe 1 de cet article, la requête à fin d'intervention doit être portée devant la « Cour ». Selon le paragraphe 2, la « Cour » décide. Il ressort clairement de l'article 3 du Statut que par « Cour » il faut entendre la Cour plénière. La Cour peut évidemment agir par l'intermédiaire d'une chambre dans des cas appropriés. Mais lorsqu'elle ne peut pas vraiment le faire, comme en l'espèce, elle doit obligatoirement agir par elle-même. La compétence appartient primor-

dialement à la Cour, qui la conserve tant que, pour une raison ou une autre, une chambre ne peut pas effectivement l'exercer.

Je comprends bien que, par l'effet du compromis, l'affaire puisse être considérée comme pendante devant la Chambre et non devant la Cour. Mais si, comme je le pense, le droit de demander à pouvoir intervenir s'applique à une affaire pendante devant une telle chambre, cela ne peut être vrai que parce que l'«affaire» est théoriquement pendante devant la «Cour» au sens de l'article 62 du Statut.

Il me reste à mentionner le considérant ci-après de l'ordonnance que la Cour vient d'adopter :

« Considérant au surplus que, lorsqu'un Etat a présenté une requête à fin d'intervention et qu'aucune décision n'a encore été prise sur sa requête, « son statut par rapport à l'instance reste à établir » (*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1981, p. 6, par. 8*) et qu'en conséquence un Etat demandant l'autorisation d'intervenir doit, aux fins de la décision sur le point de savoir si sa requête doit être admise, accepter telle quelle la situation procédurale en l'espèce ».

Selon moi, la question soulevée dans l'affaire évoquée par la Cour, celle de savoir si l'auteur d'une requête à fin d'intervention adressée à la Cour plénière a le droit de désigner un juge *ad hoc* à la Cour avant qu'elle connaisse de la requête, n'était pas du même ordre, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, que la question soulevée en l'espèce, celle de savoir si une chambre dont les parties ont influencé, sinon effectivement déterminé le choix de tous les membres, peut avoir compétence pour connaître d'une telle requête. La question qui se pose dans la présente affaire concerne la capacité de la Chambre de fonctionner judiciairement pour connaître de la requête et statuer à son sujet, compte tenu des méthodes suivies pour la constituer et des critères judiciaires universellement admis. La question ainsi soulevée est trop vitale, importante et fondamentale pour que je puisse accepter qu'il soit possible d'en disposer comme d'une simple « situation procédurale » au sens du passage de l'ordonnance de la Cour où il est dit que l'auteur d'une requête à fin d'intervention « doit ... accepter telle quelle la situation procédurale en l'espèce ». C'est sur cette question fondamentale et sur la manière dont elle doit être abordée judiciairement que je ne suis malheureusement pas d'accord avec la Cour.

J'estime en somme que la Cour, sauf le respect que je lui dois, a mal saisi l'argumentation du Nicaragua. Cette argumentation, telle que je la comprends, repose sur le fait que les méthodes suivies pour constituer la Chambre habilite le Nicaragua à considérer que celle-ci ne peut exercer les attributions judiciaires de la Cour internationale de Justice en ce qui le concerne. L'ordonnance de la Cour n'aborde nulle part ce problème. Le principe énoncé dans l'affaire *Haya de la Torre*, sur lequel se fonde la Cour, ne suffit pas par lui-même à le résoudre. Toute solution, si tant est qu'il en existe une, doit dans les circonstances de la présente affaire tenir compte du principe de l'égalité des Etats; et il n'est possible de respecter

ce principe que si la Cour plénière prend les mesures voulues dans le cadre de la relation très spéciale qui existe entre elle et la Chambre.

Pour ces diverses raisons, je déclarerai bien fondée l'allégation du Nicaragua selon laquelle la Cour plénière est compétente pour connaître de sa requête. Il se peut que cette conclusion ne soit pas parfaite. Il arrive pourtant souvent que le droit doive équilibrer l'application d'un principe et celle d'un autre, parfois dans des circonstances particulières. Si le résultat de ce processus d'ajustements réciproques ne donne pas entière satisfaction en l'espèce, la difficulté ne tient pas à la conclusion, mais à la prémisses, à savoir que les arrangements actuels relatifs aux chambres *ad hoc* sont valides. Selon moi, ils ne le sont pas; et je crains que l'ordonnance d'aujourd'hui ne tranche pas les problèmes que pose le point de vue contraire.

Je terminerai, comme j'ai commencé, en confirmant qu'à mon avis le système des chambres *ad hoc* prévu à l'article 26, paragraphe 2, du Statut est précieux. Certes, ce système a pu engendrer des retards, mais il devrait présenter l'avantage de la simplicité sans le risque de fragmenter le fonctionnement de la Cour. Sur ce dernier point il me semble y avoir un élément de valeur durable dans l'insistance avec laquelle le comité officieux interallié a souligné

« l'unité et la cohésion de la Cour en tant qu'institution, sa direction centrale, ainsi que l'uniformité et la continuité de sa jurisprudence — c'est-à-dire tout ce que comporte la notion d'une Cour permanente de Justice internationale unique » (« Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice, 10 février 1944 », *American Journal of International Law, Supplement*, 1945, vol. 39, p. 33).

Je ne suis pas persuadé qu'à long terme (c'est en effet dans une telle perspective institutionnelle qu'il faut se placer) l'expérience de la mise en œuvre des arrangements introduits jusqu'à ce jour exclue à coup sûr tout risque pour de telles valeurs. En principe, certains des problèmes auxquels le comité officieux interallié a songé quand il a examiné la question des chambres régionales tiennent essentiellement aux méthodes suivant lesquelles les chambres *ad hoc* sont constituées en vertu des arrangements actuels. N'était-ce ces méthodes, j'aurais pu sans difficulté donner mon accord à l'ordonnance rendue aujourd'hui par la Cour. Il se peut que ces méthodes puissent être utilement révisées. Pour le moment, toutefois, je m'estime obligé d'exprimer mon respectueux désaccord.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEN.