



HAL
open science

La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales

Julie Tribolo-Ferrand

► **To cite this version:**

Julie Tribolo-Ferrand (Dir.). La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales : Actes du colloque international de Nice des 3 et 4 juin 2021. Pedone. Pedone, 250 p., 2022, 978-2-233-01023-0. hal-03905318

HAL Id: hal-03905318

<https://hal.science/hal-03905318>

Submitted on 21 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE CÔTE D'AZUR
INSTITUT DE LA PAIX ET DU DEVELOPPEMENT
LABORATOIRE DE DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN
(LADIE-UPR 7414)

LA CONFIANCE
DANS LES PROCÉDURES
DEVANT
LES JURIDICTIONS
INTERNATIONALES

Actes du colloque international de Nice,
3 et 4 juin 2021

Sous la direction de
Julie TRIBOLO-FERRAND

Editions Pedone

Version pour accord
29 août 2022

Ouvrage publié avec le concours du Laboratoire de Droit International et Européen (LADIE-UPR 7414) d'Université Côte d'Azur

Ce travail bénéficie d'une aide du gouvernement français, gérée par l'Agence Nationale de la Recherche au titre du projet Investissements d'Avenir UCAJEDI portant la référence n° ANR-15-IDEX-01

© Editions A. PEDONE – PARIS – 20xxxx
I.S.B.N. 978-2-233-0xxxx

Version pour accord
29 août 2022

LISTE DES CONTRIBUTEURS

- Haykel BEN MAHFOUDH, *professeur de droit international public à la Faculté des sciences politiques, juridiques et sociales de Tunis. Directeur du Laboratoire de recherche en droit international, européen et relations Maghreb-Europe, Université de Carthage.*
- Julien CAZALA, *professeur de droit public à l'Université Sorbonne Paris Nord. Directeur de l'Institut de droit public, sciences politiques et sociales.*
- Philippe COUVREUR, *juge ad hoc et ancien greffier de la Cour internationale de Justice.*
- Antoine DA SILVA (avec D. PAVOT), *candidat au doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.*
- Yves DAUDET, *professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, juge ad hoc à la Cour internationale de Justice. Président du Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye.*
- Emmanuel DECAUX, *professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas, président de la Fondation René Cassin, président de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE.*
- Kristina KOWALIK-BANCZYK, *juge au Tribunal de l'Union européenne.*
- David PAVOT, *professeur de droit international, titulaire de la Chaire de recherche sur l'antidopage dans le sport, Ecole de Gestion, Université de Sherbrooke.*
- Alain PELLET, *professeur émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, ancien président de la Commission du droit international, avocat et conseil devant les juridictions internationales.*
- William SCHABAS, *professeur de l'Université Middlesex de Londres, avocat et conseil devant les juridictions internationales.*
- Jean-Marc SOREL, *professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, président de la SFDI, avocat et conseil devant la Cour internationale de Justice.*
- Tullio TREVES, *professeur à l'Université de Milan, ancien juge au Tribunal international du droit de la Mer.*
- Julie TRIBOLO-FERRAND, *maître de conférences en droit public à Université Côte d'Azur, directrice adjointe du Laboratoire de droit international et européen (LADIE – UPR 7414).*
- Müslüm YILMAZ, *docteur en droit des universités d'Ankara et de Paris I Panthéon-Sorbonne, conseiller principal à la division des affaires juridiques de l'Organisation mondiale du Commerce.*

Version pour accord
29 août 2022

Version pour accord
29 aout 2022

AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage rassemble les actes du colloque international organisé par le Laboratoire de droit international et européen (LADIE – UPR 7414) d'Université Côte d'Azur les 3 et 4 juin 2021 sur le thème de *La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales*. Dans un contexte de concurrence des discours et de tensions internationales exacerbées, ce colloque, qui a rassemblé à Nice durant une journée et demie une douzaine de juges, de conseils et d'autres éminents spécialistes de droit international, avait pour but d'explorer la question de la confiance – ou, au contraire, de la défiance – qui peut s'instituer entre les acteurs de l'instance internationale sous l'angle des modalités procédurales qui prévalent devant les différents fors internationaux. Moins d'un an plus tard, l'invasion de l'Ukraine par la Russie devait malheureusement confirmer l'actualité brûlante du sujet : outre la bataille féroce de la communication que se livrent les deux Etats depuis les tout premiers jours du conflit, la saisine par l'Ukraine de la Cour internationale de Justice¹ et de la Cour européenne des droits de l'Homme² d'une part, de même que l'ouverture d'une enquête par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies³ et par le bureau du Procureur de la Cour pénale internationale⁴ d'autre part, ne devraient pas manquer, dans les mois à venir, d'interroger la capacité des juridictions internationales à statuer dans un contexte de forte défiance, notamment eu égard aux questions de preuve.

Pour actuelle qu'elle soit au vu de ces développements, la problématique de la confiance était d'ores et déjà au cœur des travaux de l'auteur de ces lignes depuis plusieurs années. L'occasion nous fut tout d'abord donnée de l'étudier de manière incidente dans le cadre de la préparation d'une thèse de doctorat consacrée à *l'Expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*⁵. Ce sujet invitait, à travers l'étude de l'institution qu'est l'expertise, à une analyse approfondie des rapports qui s'établissent entre deux types de rationalités, la rationalité scientifique d'une part et la rationalité juridique d'autre part, sous l'angle généralement de leur confrontation et, plus rarement, de leur complémentarité. Une grande partie des

¹ CIJ, ordonnance du 16 mars 2022 (mesures conservatoires), *Allégations de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, non encore publiée au recueil (mais disponible en ligne à l'adresse : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/182>).

² Outre les requêtes en indication de mesures provisoires déposées depuis février 2022 tant par l'Ukraine elle-même que par des particuliers ukrainiens, voy. l'affaire interétatique *Ukraine c. Russie (X)* (req. n°11055/22) introduite par l'Ukraine le 23 juin 2022.

³ Voy. la résolution A/HRC/49/L.1 adoptée le 4 mars 2022.

⁴ CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en Ukraine*, Notification de la réception des renvois et de l'ouverture de l'enquête (ICC-01/22-2), 7 mars 2022 (accessible en ligne à l'adresse : https://www.icc-pi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_01791.PDF).

⁵ La thèse, soutenue à l'Université d'Aix-Marseille en mars 2017, a fait l'objet d'une publication chez Bruylant en décembre 2021 : J. TRIBOLO, *L'expertise dans les procédures contentieuses interétatiques*, Bruxelles : Bruylant, 2021, 501 p.

Version pour accord
29 août 2022

mots-clés du colloque sur la confiance organisé en juin 2021 – défiance, incertitude, juge et procédure – étaient donc d’ores et déjà au cœur de ce travail doctoral : la défiance caractérise en effet tant le rapport qu’entretient le juge international à l’expert que celui qu’entretiennent les parties au juge international et aux experts qu’il pourrait s’adjoindre ; l’incertitude est tout à la fois ce qui fonde l’utilité, la nécessité de la mesure d’expertise et ce qui peut en résulter lorsque les attentes auxquelles elle donne lieu sont contrariées ; enfin, la procédure est ce qui permet d’encadrer le recours à l’expert, de définir les modalités de réception, d’intégration de cette rationalité non-juridique dans le cadre très spécifique du procès, et ce, en dépit précisément de l’incertitude et de la défiance qui peuvent s’y attacher.

Mais si l’expert est sans doute, parmi les acteurs du procès, celui qui incarne le mieux – ou de la manière la plus évidente en tout cas – la problématique de la confiance aujourd’hui, il n’en constitue en réalité qu’un des aspects, la « face émergée » de l’iceberg en quelque sorte. Les difficultés que pose l’expertise, y compris en dehors du prétoire, sont en effet révélatrices d’un phénomène bien plus profond : elles trahissent l’apparition d’une nouvelle « ligne de faille » quant aux modalités d’interactions entre individus, y compris entre groupes d’individus et/ou institutions. Cette nouvelle ligne de faille doit beaucoup à l’irruption de la science et de la technique dans nos vies, à leur omniprésence même – car ce n’est pas tant l’importance qui leur est accordée d’un point de vue académique que l’influence qu’elles exercent, à un niveau jamais précédemment égalé dans l’histoire de l’humanité, sur le quotidien de chacun d’entre nous, qui paraît déterminante. A travers l’exaltation de l’idéal de la Raison et du Progrès – cher aux Lumières et très structurant de la pensée occidentale – d’une part, à travers les succès indéniables rencontrés au fil du temps (qui se sont encore accélérés ces dernières décennies) d’autre part, la science et la technique ont profondément bouleversé la manière dont les individus interagissent, tant sur la forme que sur le fond. Cela est devenu particulièrement évident aujourd’hui : pour limiter notre propos à quelques exemples topiques, le développement de l’outil technique qu’est internet a induit, sur le plan formel, une perception renouvelée de la temporalité et une horizontalisation puissante des rapports sociaux ; les succès enregistrés par la science ont quant à eux permis, sur le fond cette fois, de repousser constamment les limites de l’inconnu, avec cette conséquence que nos sociétés modernes sont devenues de plus en plus intolérantes au risque, y compris dans le champ des rapports sociaux. L’on perçoit d’ores et déjà à travers ces exemples limités que les bouleversements induits par cette omniprésence nouvelle de la science et de la technique dans notre vie quotidienne vont bien au-delà de la question de l’expertise (juridictionnelle ou non), et bien au-delà de manière plus générale du champ limité du droit. Ils sont la cause de nombreuses frustrations, mais aussi d’inquiétudes, d’incompréhensions voire d’oppositions, qui sont parfois perçues aujourd’hui comme difficilement surmontables dans la société – y compris dans la société des Etats, qui préoccupe plus particulièrement les internationalistes dont nous sommes.

Nous interrogeant sur la manière de répondre à ces difficultés, l'on en est venu à penser que l'enjeu principal en la matière résidait probablement dans la question de la confiance et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, si la gestion de l'incertitude et du risque constitue aujourd'hui un défi majeur pour nos sociétés, force est de constater qu'il ne s'agit pourtant pas d'un phénomène nouveau : un examen attentif de l'histoire permet de réaliser sans peine que l'incertitude et le risque constituent en fait l'une des réalités les plus constantes auxquelles les sociétés humaines ont été confrontées à travers les siècles. Il ne s'agit pas non plus d'un phénomène qui se serait amplifié au fil du temps, le champ de notre ignorance se réduisant précisément chaque jour davantage grâce aux succès de la science. L'on notera en revanche – et c'est là un effet secondaire important des succès engrangés par celle-ci – que l'on prend sans doute mieux aujourd'hui qu'hier la mesure de ce que l'on ignore encore. Surtout, la manière d'affronter l'incertitude et le risque a changé : là où les sociétés humaines élaboraient jadis des stratégies diverses – fondées notamment sur la confiance, en tant qu'elle favorise la cohésion et la solidarité face à l'adversité⁶ – afin de composer avec ce phénomène, nos sociétés modernes, elles, semblent désormais l'appréhender de manière croissante sous le seul angle scientifique et technique. Les exemples ne manquent pas dans notre quotidien qui permettent de le constater : pour s'en tenir à une situation parfaitement banale aujourd'hui, combien d'entre nous, cherchant leur chemin, ont encore le réflexe de s'adresser à un passant pour obtenir son aide plutôt que de s'en remettre à leur téléphone et à sa fonction GPS ?

La science et ses applications pratiques dans le champ de la technique semblent ainsi avoir rendu largement obsolète la confiance en tant qu'outil de gestion de l'incertitude : à la confiance interpersonnelle s'est peu à peu substituée la certitude issue des propriétés intrinsèques à l'énoncé scientifique. Ceci avec une conséquence inévitable : nous n'aurions plus besoin de *faire confiance* puisque nous pourrions désormais être *sûrs*. Mais c'est là que le bât blesse car cette intuition procède davantage du leurre que de la réalité : outre que la science n'est pas aussi omnipotente qu'il y paraît, elle n'est pas moins affaire de confiance – d'aucuns, comme les philosophes des sciences Kuhn et Feyerabend, disent même de croyance⁷ – que ne l'étaient les anciennes stratégies d'adaptation privilégiées par les sociétés humaines. La crise sanitaire mondiale liée au coronavirus l'a d'ailleurs montré puissamment : l'incapacité de la science à produire une parole unique et incontestable, à délivrer une « vérité » générale et absolue si l'on veut, sur la question de la dangerosité du virus, de son fonctionnement, et des meilleurs moyens d'y faire face, a amené chacun de nous à devoir se positionner sur les

⁶ L'on renverra évidemment entre autres à cet égard aux travaux de Niklas Luhmann, très éclairants sur l'utilité sociale de la confiance : N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris : Economica, 2006, 123 p.

⁷ Tranchant avec la *doxa* longtemps dominante chez les scientifiques, ces deux auteurs accordent en effet, dans leurs travaux respectifs, une importance fondamentale aux facteurs socio-psychologiques dans le développement de la science. Thomas Kuhn assimile ainsi l'abandon d'un paradigme scientifique au profit d'un autre (opération qui procède d'une appréciation très largement subjective par chaque chercheur) à une conversion religieuse : T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, 284 p. ; P. FEYERABEND, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris : Seuil, 1979, 350 p.

Version pour accord ⁷
29 aout 2022

diverses controverses scientifiques en cause, ce qui n'a pas manqué d'induire une défiance nouvelle à l'égard de la parole scientifique dans l'espace public. Face à une situation marquée par une incertitude forte et un risque mortel auquel nos sociétés (notamment occidentales) n'avaient plus été confrontées de manière aussi généralisée depuis longtemps, la science est enfin apparue pour ce qu'elle est vraiment (et ce qu'elle a toujours été) : un instrument de compréhension et d'analyse du monde qui, pour puissant qu'il soit, n'en demeure pas moins fini et donc incapable de produire des connaissances de l'ordre de « LA » vérité. Si cela ne remet certainement pas en cause leur légitimité dans l'éventail des moyens mis en œuvre par les sociétés humaines pour affronter l'incertitude et le risque, science et technique gagneraient en revanche, on le voit, à être associées plutôt qu'opposées aux autres stratégies existant en la matière. Et en tant qu'antidote « naturel » à l'incertitude et à la défiance, la confiance ne peut manquer de s'imposer comme un angle d'analyse essentiel des bouleversements auxquels se heurtent les sociétés contemporaines.

Le colloque annuel 2019 de l'Institut fédératif de recherche de la Faculté de droit de Nice devait nous offrir une nouvelle occasion d'aborder ces questions. Intitulé *Défiance, doute, incertitude : quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*⁸, ce colloque transdisciplinaire organisé sous notre direction devait permettre d'engager pour la première fois, avec l'aide précieuse de collègues issus de différentes spécialités (droit, histoire, science politique), une réflexion spécifiquement axée sur la question de la confiance et de la décliner tant dans le rapport au juge (interne ou international) qu'aux institutions et aux relations interpersonnelles (à travers des sujets aussi divers que les élections, le développement du secteur de la sécurité privée, ou encore l'évolution des relations employeur-employé par exemple). Sur la base des éclairages jetés à cette occasion, lesquels nous permirent de confirmer non seulement la pertinence de l'enjeu que représente aujourd'hui la confiance mais encore sa prégnance dans les différentes spécialités des sciences humaines et sociales représentées, nous avons souhaité par la suite poursuivre l'étude de ces questions dans notre champ de spécialité, le droit international public, en retenant cette fois un angle à la fois précis et éminemment pratique : celui des interactions entre procédure et confiance dans le prétoire international.

Organisé grâce au soutien financier de l'Initiative d'Excellence (IDEX UCA^{JEDI}) d'Université Côte d'Azur, le colloque dont les actes sont ici compilés – qui fut reporté pas moins de deux fois entre mars 2020 et juin 2021 en raison de la crise sanitaire mondiale – n'aurait probablement pas pu se tenir sans la patience et l'extraordinaire adaptabilité dont ont fait preuve les différents participants, autant d'ailleurs que les personnes qui ont œuvré en coulisses à son organisation. Déclinés en format hybride (certains participants n'ayant pu se rendre à Nice du fait des limitations imposées en matière de déplacements internationaux), les échanges tout au long de la journée et demie qu'a duré le colloque n'en furent pas moins riches sur le fond, enjoués et bienveillants sur la forme – même si les

⁸ J. TRIBOLO (dir.), *Défiance, doute, incertitude : quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, Paris : L'Harmattan, 2019, 90 p.

conclusions auxquelles ils ont abouti, et que le Professeur Pellet nous a fait l'honneur d'accepter de prononcer, cachent mal la franche inquiétude qui étreint aujourd'hui les internationalistes quant aux perspectives de la justice internationale.

Comme l'écrivait Shakespeare, il y a une marée dans les affaires des hommes⁹ et s'il n'est pas sûr qu'elle nous soit encore très longtemps favorable, ce colloque et les actes qui en sont issus auront indubitablement été mus par la conviction que, loin d'être des créatures du passé, les fors internationaux créés au cours du XX^e siècle – institutions aussi extraordinaires qu'improbables compte tenu des caractéristiques de l'ordre international – sont au contraire parfaitement bien taillés pour l'avenir. Parce que leur création répond, par-delà les enjeux de souveraineté, au besoin accru de confiance et de sécurité qui caractérise les relations entre les acteurs internationaux dans un monde qui ne cesse, sous l'effet des progrès réalisés en matière de transport et de communication, de rétrécir, les fors internationaux constituent également des outils précieux pour affronter l'un des défis majeurs du XXI^e siècle : la gestion de l'incertitude inhérente à la finitude du monde humain.

Julie TRIBOLO-FERRAND

⁹ W. SHAKESPEARE, *Jules César*, Acte IV scène 3.

Version pour accord
29 aout 2022

RAPPORT INTRODUCTIF*

JULIE TRIBOLO-FERRAND

Si l'on s'en tient à son étymologie, la confiance – du latin « *cum* » (« avec ») et « *fidere* » (« se fier ») – c'est le « *sentiment de se fier à quelqu'un ou à quelque chose* » nous disent respectivement les dictionnaires Littré et Robert. C'est « *la croyance spontanée ou acquise en la valeur morale, affective, professionnelle d'une autre personne qui fait que l'on est incapable d'imaginer de la part de cette personne tromperie, trahison ou incompétence* » ajoute le dictionnaire Trésor de la langue française. En d'autres termes, la confiance peut s'analyser comme une croyance en la bonne foi, la loyauté, la sincérité et la fidélité d'autrui. A la lecture de ces définitions, l'on comprend instantanément que la confiance relève davantage du phénomène psycho-social que du concept juridique. C'est d'ailleurs ce que notait il y a quelques mois notre collègue Christine Gailhbaud lorsqu'elle évoquait, lors du colloque annuel 2019 de l'Institut fédératif de recherche de notre Faculté, ici à Nice, ses doutes quant à la juridicité de la confiance¹.

Pourquoi alors étudier la confiance en droit ? L'on répondra simplement qu'au-delà des querelles théoriques relatives aux fondements du droit et à sa scientificité, il est une réalité qu'il paraît difficile d'ignorer : celle tenant au rôle de régulation sociale dont est investi le droit. Il n'y a pas si longtemps, une étudiante m'interrogeait sur le point de savoir si le droit international était véritablement du droit ; ses professeurs de relations internationales avaient semble-t-il émis l'opinion contraire en expliquant que le droit international n'étant à même de produire ses effets qu'avec l'accord et la collaboration des Etats, il ne pouvait se définir comme du droit. La critique, bien connue des internationalistes, procède à mon sens d'une incompréhension de ce qu'est le droit : le droit ne s'impose pas principalement ou même essentiellement à ses sujets parce qu'il existe un pouvoir susceptible de les contraindre à le respecter mais parce qu'il répond à un besoin de conservation, une nécessité fondamentale – fort bien décrite au demeurant par Thomas Hobbes² – de réguler le vivre-ensemble pour échapper à l'état de nature et à la loi du plus fort qui le gouverne. L'existence d'un droit visant à régler, fut-ce *a minima*, les relations entre Etats souverains en est d'ailleurs la preuve la plus éclatante. Or, la capacité du droit à jouer ce rôle de régulation sociale dépend

* L'on aura fait le choix ici de conserver, pour l'essentiel, la forme orale de l'intervention.

¹ C. GAILHBAUD, « La confiance a-t-elle une place en droit du travail ? » in J. TRIBOLO (dir.), *Défiance, doute, incertitude : quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, Paris : L'Harmattan, 2019, p. 81 et s.

² T. HOBBS, *Léviathan ou de la matière, de la forme et de la puissance de la société ecclésiastique ou civile*, Londres : A. Crooke, 1651.

Version pour accord
29 août 2022

toujours, bien qu'à des degrés divers, de l'adhésion du groupe social considéré à la norme juridique. Cela est particulièrement évident dans l'ordre international, mais il n'en va pas fondamentalement différemment dans les ordres internes, quelle que soit la nature du régime politique en place : il suffit pour s'en convaincre d'évoquer pêle-mêle l'assaut donné sur le Capitole le 6 janvier 2021 aux fins d'empêcher l'investiture du président-élu Joe Biden, les puissantes contestations qui ont secoué Hong-Kong en 2019 après l'annonce d'un amendement à la loi hongkongaise facilitant l'extradition vers la Chine continentale, la crise dite « des gilets jaunes » qui a contraint le gouvernement français à abandonner à l'hiver 2018 son projet de hausse de la fiscalité sur les carburants et à revoir plus largement l'ensemble de sa politique fiscale et sociale ou encore, de manière plus générale, la paranoïa qui anime invariablement les régimes autoritaires et qui est toujours dirigée en premier lieu vers leurs peuples respectifs.

Parce que le droit est par essence un phénomène social, parce qu'il ne peut prétendre réguler durablement et efficacement une société qui le rejette, l'enjeu que représente la confiance ne peut de toute évidence pas lui être indifférent, et ce, que l'on se place dans l'ordre international ou dans les ordres internes. S'il est en revanche une spécificité qui commande plus particulièrement aux internationalistes de s'interroger autour de la confiance, c'est sans nul doute celle tenant à la dimension particulière que revêtent les différends entre Etats, dont les enjeux débordent souvent le cadre restreint de l'intérêt des parties. Bien que concurrencé ici et déstabilisé là par des acteurs tels que les entreprises multinationales, les groupes terroristes, les hackers et autres, l'Etat demeure aujourd'hui encore la seule entité au monde à posséder des pouvoirs et des moyens d'action quasi-illimités, ce qui contribue à conférer à ses décisions une portée toujours plus large et des effets qui peuvent être particulièrement lourds de conséquences, à l'échelle interne comme à l'échelle internationale.

Or, nous sommes arrivés à un tournant : après l'extraordinaire développement, l'expansion, qu'a connu le droit international dans les années 90 – développement qui tendait à en faire un véritable droit de la coopération entre Etats – celui-ci est entré aujourd'hui, suivant le mouvement naturel de l'univers, dans une phase de contraction. Près de 76 ans se sont écoulés depuis la signature de la Charte de San Francisco et nombre des institutions qui en sont issues se trouvent aujourd'hui entravées, si ce n'est purement et simplement remises en cause. Le multilatéralisme cède peu à peu le terrain aux approches bilatérales ou multilatérales restreintes, les priorités des Etats se recentrant sur l'échelon régional et surtout national. Les préoccupations manifestées par les gouvernements en matière de sécurité nationale vont croissant et elles se déclinent dans toutes les dimensions : sur terre, à travers la question de la sécurisation des frontières ; en mer, à travers la question de l'accès aux ressources et celle de la liberté de navigation ; dans l'espace intra et extra-atmosphérique, à travers la question de la liberté de navigation à nouveau mais aussi de la recherche d'informations et de l'exploitation des ressources des corps célestes ; en ligne enfin, à travers la question du vol de données, des rançon-logiciels et des attaques informatiques qui peuvent être lancées sur les infrastructures essentielles des Etats. Au moment

même où l'humanité est confrontée à ce qui constitue probablement son plus grand défi – le changement climatique – la tentation du « chacun pour soi » alimentée par la peur et un climat de suspicion généralisé semble redoubler de puissance. Faut-il alors se résigner et accepter l'idée d'un retour en arrière pur et simple ? Nous ne le pensons pas. Sous l'effet combiné du développement d'internet et des progrès réalisés en matière de transport, le monde a considérablement rétréci en un peu plus d'un demi-siècle. Comme Mireille Delmas-Marty l'a régulièrement souligné ces dernières années³, l'interdépendance forte qui s'est installée entre les Etats et les peuples, l'interpénétration des économies et le brassage des cultures sont autant d'éléments nouveaux, qui modifient sensiblement la donne par rapport à la situation qui prévalait encore dans la première moitié du 20^e siècle. Si le risque de guerre n'apparaît certes pas pour autant définitivement jugulé, les données de la crise ont, elles, radicalement évolué et la problématique de la confiance, « *mécanisme de réduction de la complexité sociale* » selon Niklas Luhmann⁴, se pose aujourd'hui dans l'ordre international avec une toute nouvelle acuité.

Il nous aura paru particulièrement intéressant d'aborder cette problématique dans le cadre du règlement juridictionnel des différends internationaux. Si la confiance semble évidemment toujours revêtir une importance particulière pour parvenir au règlement effectif d'un différend, cela est d'autant plus vrai dans l'hypothèse, assez « antinaturelle » dans l'ordre international, du recours au juge ou à l'arbitre. Sujet souverain, ce n'est en effet pas sans méfiance que l'Etat envisage l'intervention d'un tiers pour trancher les différends auxquels il est partie ; il ne l'accepte d'ailleurs en pratique que de manière exceptionnelle et généralement parce que le caractère sensible du différend tend à rendre inefficaces les modes diplomatiques de règlement des différends auxquels il a recours le reste du temps. Pour ces raisons, le règlement juridictionnel est susceptible d'agir comme une loupe et de permettre, mieux peut-être que d'autres modes de règlement des différends, de mettre en exergue l'enjeu que représente la confiance dans l'ordre international. Par ailleurs, le choix d'étudier la confiance sous l'angle spécifique de la procédure s'est imposé assez rapidement et ce, pour plusieurs raisons. La première d'entre elles tient au fait est que la procédure entretient naturellement un lien étroit à celle-ci. Dans sa définition juridique communément acceptée, la procédure se compose de l'ensemble des actes et des formalités dont l'accomplissement permet à une juridiction de trancher les litiges qui lui sont soumis⁵. La procédure contribue ainsi à créer de la confiance entre les acteurs de l'instance tant sur la forme que sur le fond : sur la forme en effet, elle pose si l'on

³ Voy. entre autres les articles suivants qu'elle a fait paraître dans divers journaux européens : « Pour la charte d'interdépendance », *Le Temps*, 16 décembre 2018 (<https://www.letemps.ch/opinions/charte-dinterdependance>) ; « Profitons de la pandémie pour faire la paix avec la Terre », *Le Monde*, 17 mars 2020 (https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/17/mireille-delmas-marty-profitons-de-la-pandemie-pour-faire-la-paix-avec-la-terre_6033344_3232.html) ; ou encore par exemple « Dans la spirale des humanismes. Une conversation entre Mireille Delmas-Marty et Olivier Abel », *Le grand continent*, 16 janvier 2021 (<https://legrandcontinent.eu/fr/2021/01/16/dans-la-spirale-des-humanismes-une-conversation-entre-mireille-delmas-marty-et-olivier-abel/>).

⁴ N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris : Economica, 2006, 123 p.

⁵ Voy. par ex. « Procédure » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2022, 14^{ème} éd.

veut les « règles du jeu » du procès et permet aux parties à l'instance de préparer au mieux la défense de leur cause ; sur le fond, elle permet par le contenu des règles qu'elle édicte de garantir les droits des parties et l'équité de la procédure juridictionnelle, ce qui est essentiel pour convaincre ces dernières de l'intégrité du processus et de la qualité de la décision qui en sera issue. En d'autres termes, la procédure est peu ou prou à la décision juridictionnelle ce que la méthodologie en sciences dures est à l'expérience scientifique : indépendamment de sa valeur et de ses qualités intrinsèques, le résultat de l'expérience n'a de crédibilité et de légitimité que celles qui lui sont conférées par la procédure. Celle-ci pose les conditions auxquelles les uns et les autres acceptent d'accorder leur confiance et donc de reconnaître la validité du résultat. Une seconde raison justifiait de privilégier une étude sous l'angle spécifique des liens entre confiance et procédure : le fait est que ceux-ci ont rarement été explorés par le passé et lorsqu'ils l'ont été, ce fut presque exclusivement à travers le prisme du droit au procès équitable ou de la sécurité juridique. Si ces concepts participent bien entendu de la problématique de la confiance, ils ne sauraient pourtant à eux seuls la résumer.

Ils ignorent en effet certains aspects procéduraux qui influencent grandement le type de relations qui se tissent entre les acteurs de l'instance : il en va ainsi par exemple de la question qui sera au cœur de la première table-ronde de cette journée, à savoir celle de la conciliation par les juridictions internationales de leur double héritage continental et de Common Law. Cette question, qui demeure très largement en dehors des considérations liées au procès équitable et à la sécurité juridique, est pourtant essentielle pour l'étude d'un enjeu comme celui de la confiance car les deux traditions développent, on le sait, des visions sensiblement différentes du rôle de la justice et partant également, du rôle des acteurs de l'instance, qu'il s'agisse du juge ou des parties. Outre les enjeux politiques ou de représentativité qui peuvent conduire à des frictions, aborder la question de la conciliation des deux traditions revient à s'interroger sur les attentes et les besoins de ces justiciables particuliers que sont les Etats, autant que sur la manière dont le juge international appréhende son office. La plus ou moins grande adéquation existant entre la vision des uns et des autres sera alors un élément déterminant pour comprendre les relations qui s'établissent entre les acteurs de l'instance. Par ailleurs, le fait que tel aspect procédural soit effectivement appréhendé à travers le droit au procès équitable ou la sécurité juridique n'épuise évidemment pas la question de ses liens avec la problématique de la confiance. Celle-ci constitue un enjeu bien plus large que celui de la seule garantie des droits fondamentaux des justiciables que reflètent les deux concepts précités. Ainsi, la gestion du temps, de la confidentialité ou des formes dans le procès peut parfaitement remplir les exigences très spécifiques – et à vrai dire nécessairement limitées au vu de leur objet – du droit au procès équitable sans pour autant paraître pleinement satisfaisante pour les parties. C'est la raison pour laquelle, à l'occasion des deuxième et troisième tables-rondes, il nous aura paru nécessaire d'envisager l'étude de ces aspects procéduraux déjà bien connus sous l'angle plus large des liens existant entre confiance et bonne administration de la justice d'une part, entre confiance et formalisme d'autre part.

Sur le plan méthodologique, l'étude de la confiance se heurte à une difficulté particulière qui tient au caractère subjectif et mouvant du concept. Vocabulaire très à la mode aujourd'hui dans l'espace public, la confiance n'en demeure pas moins difficile à saisir dans sa substance, au point même parfois d'être assimilée à ce qui représenterait plutôt son opposé, à savoir la certitude. Comme le soulignait fort justement le philosophe et sociologue allemand Georg Simmel, la confiance est « *un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir* »⁶ ; et de fait en effet, si celui qui ne sait rien peut difficilement faire confiance, celui qui sait tout, celui qui est sûr, n'a quant à lui plus besoin de faire confiance. Ainsi par exemple, l'idée abondamment relayée ces dernières années selon laquelle le recours à la technique de la blockchain permettrait de rétablir la confiance procède-t-elle d'un formidable contresens : la confiance suppose invariablement une part d'ignorance, de doute, elle suppose en d'autres termes une prise de risque – ce que la technique de la blockchain vise précisément à éviter. Dans nos sociétés modernes, que les succès de la science et de la technique ont rendus hautement intolérants au risque, il n'est ainsi guère étonnant que l'étude de la confiance suscite un certain malaise, une certaine déstabilisation. Pour autant, comme le laisse entendre la citation de Georg Simmel, la rationalité n'est pas exclue de l'enjeu que représente la confiance : faire confiance revient certes à prendre un risque, mais les décisions des uns et des autres en la matière procèdent généralement d'un choix parfaitement raisonné, ce qui rend donc possible leur étude. Il reste cependant à identifier les éléments susceptibles d'influencer de manière prépondérante ce choix. A bien y réfléchir, celui-ci semble largement déterminé par les interactions entre deux éléments, le contexte d'une part et l'expérience de celui dont on sollicite la confiance d'autre part. L'on aura donc pris le parti ici de décliner le thème de chaque table-ronde dans trois à quatre types de contentieux différents, afin de mettre en exergue l'influence qu'exerce le contexte sur les attentes, les besoins et les craintes des acteurs du procès, c'est-à-dire en d'autres termes, afin de mettre en exergue l'influence qu'exerce le contexte sur les modalités de la confiance. L'on aura d'autre part cherché à adosser la réflexion théorique sur la confiance à une démarche éminemment empirique, en sollicitant dans le cadre de chaque table-ronde les témoignages et réflexions d'intervenants – fussent-ils juges, arbitres, conseils ou autres – possédant une indéniable expérience pratique de la justice internationale.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous espérons que cette journée et demie d'échanges permettra ainsi d'esquisser, fut-ce à la manière des impressionnistes, un certain nombre des déterminants de la confiance lorsqu'est en cause la procédure devant les juridictions internationales.

⁶ G. SIMMEL, *Secret et sociétés secrètes*, Strasbourg : Circé, 1991, p. 22.

Version pour accord
29 aout 2022

Première partie

LA CONFIANCE
ET LE DOUBLE-HÉRITAGE PROCÉDURAL
DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Version pour accord
29 août 2022

Version pour accord
29 aout 2022

DE L'HÉRITAGE CONTINENTAL À LA DÉCOUVERTE
DE LA COMMON LAW : LA CONFIANCE À L'ÉPREUVE DE LA MONTÉE
EN PUISSANCE DE LA TRADITION ANGLO-SAXONNE
DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

YVES DAUDET

Le comité consultatif des juristes se réunit du 16 juin au 24 juillet 1920 pour préparer un projet d'établissement de la Cour permanente de Justice internationale et faire rapport au conseil de la Société des Nations. Dix membres – dont le britannique Lord Phillimore et l'américain Elihu Root (assisté de James Brown Scott) – en font partie, de même que six autres non francophones : un norvégien, un espagnol, un brésilien, un néerlandais, un italien et un japonais. Les seuls francophones, au nombre de deux, sont le baron Descamps de Belgique et Albert de Lapradelle de France. Pourtant, à l'exception d'Elihu Root, tous les membres ont fait des études en France et s'expriment en français et le procès-verbal sera donc rédigé en français puis traduit en anglais. A l'époque, le français est la langue diplomatique universelle. Aujourd'hui, seuls trois juges de la Cour internationale de Justice s'expriment en français. Parmi les douze autres juges, qui parlent donc normalement en anglais, certains peuvent s'exprimer en français de manière quasi-parfaite mais n'utilisent cette langue qu'occasionnellement, tandis que plusieurs autres n'ont pas de réelle connaissance – ni active ni passive – du français. Ces simples indications statistiques sont un marqueur, au demeurant bien connu, de l'évolution de la place du français.

Je reviendrai sur ces questions de langue, elles sont essentielles dans la mesure où la langue est le vecteur d'un système juridique et où mécaniquement, la Civil Law (ou droit continental) dont le français est porteur, perd en influence et surtout en reconnaissance de sorte que si un vide se crée il a tendance aujourd'hui à être rempli par la Common Law.

Il ne faut cependant pas analyser ce mouvement comme une malédiction ou un sujet majeur de préoccupation. A la condition toutefois que ce que les organisateurs du colloque ont appelé la « montée en puissance de la Common Law » ne signifie pas l'éviction de la Civil Law. Il y a en effet, comme on le verra, une manière positive d'aborder la question.

Bien que les organisateurs du colloque, si j'ai bien compris, aient souhaité mettre l'accent principalement sur les questions de procédure, je n'aborderai cet aspect que de manière limitée en ce qui touche à la Cour internationale de Justice et ce, pour éviter d'empiéter sur le sujet assigné à Philippe Couvreur, dont l'incomparable expérience de la Cour rendra ce qu'il dira certainement plus

Version pour accord
29 août 2022

pertinent que ce que j'aurais pu moi-même exprimer. Je prendrai donc la question procédurale sous un angle non technique et plus général ainsi que j'y suis invité par le libellé même de la communication que les organisateurs du colloque m'ont fait l'honneur de me confier.

J'essayerai de cerner la « tradition anglo-saxonne » en la situant par rapport à la « Civil Law » au sein de notre discipline, le droit international public, en m'appuyant sur la question des langues employées par les juridictions internationales et, plus particulièrement, la manière dont elle se comprend à la Cour internationale de Justice.

Peut-on donner un sens à la distinction entre la Common Law et la Civil Law en droit international public général ? A vrai dire, à la différence du cas où elle serait posée en droit international privé, je pense que la question en droit international public n'a pas grand sens. En effet, à propos du droit international général ou du droit international classique on souligne volontiers qu'il est marqué par une influence européenne, judéo-chrétienne, d'aucuns diront impérialiste, sans qu'il soit fait clairement référence à l'une ou l'autre des deux familles juridiques, même s'il est raisonnable de penser que certains éléments précis de ce droit sont nécessairement issus d'un concept qui est passé du droit français, anglais ou autre dans le droit international qui se constituait. Mais en réalité, ce sont souvent des doctrines, puis des pratiques, qui ont constitué les fondements du droit international, dont la nature largement coutumière a exprimé un accord mûri et général en faveur de la reconnaissance, en tant que règle de droit, d'un comportement répété. En sorte que ce droit s'est finalement établi sur la base de compromis ou de partages innommés et même, je pense, inconscients entre les concepts de Common Law et ceux de Civil Law qui, de plus, sont souvent les mêmes au niveau de leur généralité : la bonne foi, le principe de la parole donnée, le principe de responsabilité etc. Ainsi, on observera par exemple que la théorie des vices du consentement dans le droit des traités évoque les contrats de droit privé de la Civil Law tandis que la règle de procédure et de comportement qu'est l'estoppel est d'origine anglo-saxonne. Il y a toutefois peu à tirer de ce genre d'observations. On dira aussi que les arrêts rendus par la Cour internationale de Justice suivent le modèle des tribunaux de la Common Law dans lesquels le juge détaille le raisonnement qu'il a suivi en s'exprimant longuement et où la décision peut être suivie d'opinions individuelles ou dissidentes. A y regarder de plus près cependant, et en dépit des apparences, la différence avec une décision du Conseil d'Etat n'est pas si considérable car si l'arrêt du Conseil d'Etat peut paraître parfois sibyllin ou laconique, les conclusions du rapporteur public permettent de reconstituer le raisonnement du juge dont on connaîtra le cheminement aussi bien que dans un système de Common Law.

Au passage, je ferai une petite remarque d'ordre formel au sujet de la rédaction des décisions de la Cour qui ne garde pas pour modèle les « Considérant » ou les « Attendus » qui caractérisaient les décisions judiciaires françaises qui, d'ailleurs, les abandonnant à leur tour. Depuis 2020 la Cour de Cassation rédige ses décisions d'une manière très proche (en moins long) de celles de la CIJ. On peut aussi observer que les décisions de cette dernière, au fil des années ont perdu la

concision des premiers arrêts en dépit de certains efforts pour réaliser l'économie de moyens. Le fait que certains arrêts soient revenus à des longueurs plus raisonnables est un progrès incontestable. Comme les juridictions internes en général à l'égard des justiciables, la Cour a le souci que ses décisions soient accessibles et comprises des lecteurs. On pourrait aussi évoquer les modalités de vote des décisions et leur détail, les majorités étant précisées et les noms des juges indiqués en spécifiant s'ils appartiennent à la majorité ou à la minorité, sachant que l'abstention n'est pas possible.

Plus important est le déroulement de certaines audiences. Je ne peux parler en détail de l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* qui oppose la RDC à l'Ouganda car elle est en cours et j'y siége comme juge *ad hoc*. Toutefois, en me gardant de toute expression d'opinion, je peux faire état de ce qui est parfaitement public, à savoir les audiences que chacun peut suivre sur le site de la Cour et où l'on a assisté à des séances de questions posées par les Parties aux experts que la Cour avait désignés. Cette procédure qui faisait penser à la « cross examination » a d'ailleurs été confiée par les parties à des avocats issus du système de Common Law, particulièrement rodés à cet exercice – à la différence de leurs confrères des systèmes de Civil Law. On a pu observer aussi que les juges, à une exception près, n'ont pas posé de questions aux experts au cours de ces séances.

Pour le reste, il ne semble pas qu'on puisse dire que telle règle tourne à l'avantage d'un système plutôt que d'un autre et nul ne me semble défavorisé par le droit actuel, à l'élaboration duquel les Etats ont contribué de manière équilibrée.

Mais il est vrai de dire aussi que, pour l'essentiel, les grands principes ou les règles générales proviennent d'une époque où l'influence française était beaucoup plus forte qu'aujourd'hui et où la langue française occupait la première place, ce qui est un facteur probablement déterminant. La même observation peut être faite pour d'autres périodes charnières : si, finalement, c'est la conception de Wilson qui l'emporte dans le schéma de la Société des Nations, l'influence de Léon Bourgeois reste importante. Elle ne triomphe cependant pas. Ce sont Mme Roosevelt et René Cassin qui unissent leurs efforts pour élaborer la Déclaration Universelle des droits de l'homme, et si la voix de la France n'est pas la plus forte dans la préparation de la Charte des Nations Unies et dans son esprit, l'obtention de son statut de membre permanent du Conseil de sécurité rétablit un certain équilibre. L'influence juridique française est également forte dans certains domaines du droit international classique tel que le droit international administratif car lorsque le Tribunal administratif des Nations Unies ou le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sont créés, les juristes français qui y sont élus à l'origine (M. Letourneur et Mme Bastid) établissent les fondements d'une jurisprudence à partir de concepts juridiques qui leur sont familiers. Assez naturellement cette jurisprudence se poursuit sur ces bases (et la présence française sera du reste continue dans ces organes) en sorte que le droit administratif international a été au départ largement inspiré par la jurisprudence du Conseil d'Etat français. Mais, précisément et *a contrario*, le nouveau système de contentieux de la fonction publique des Nations Unies institué en 2009 n'est pas de nature à s'inscrire dans la continuité du système précédent, la culture juridique

YVES DAUDET

des juges étant autre. Dans ce domaine, la France a clairement perdu son influence, et la Civil Law en même temps.

La même question relative à l'influence de la Common Law ou de la Civil Law se pose avec plus d'acuité s'agissant de branches spécialisées et de domaines techniques du droit international d'apparition plus récente et mettant en jeu des intérêts commerciaux, économiques, voire sociaux, ce qui conduit à un constat plus préoccupant. Le droit international étant largement volontariste, il est dans l'ordre des choses que son contenu résulte des luttes d'influence entre les Etats qui l'élaborent et qu'une rivalité entre la Common Law et la Civil Law puisse donc se manifester dès lors que les intérêts économiques directs et précis entrent en jeu. Or, c'est bien en ces termes que la situation se présente aujourd'hui d'abord en raison de la pression de la mondialisation et aussi parce qu'à l'instar des autres branches du droit, le droit international s'est ramifié, qu'il comporte aujourd'hui des branches techniques et s'attache à des aspects économiques. Or, s'agissant de tous ces aspects nouveaux qui reflètent un poids économique et commercial, l'emprise américaine est forte et sa traduction juridique, en conséquence, marquée.

L'influence anglo-saxonne sur le terrain économique a été maintes fois soulignée. Elle n'est pas totalement nouvelle puisqu'elle marque déjà le système de Bretton Woods et s'appuiera sur la force du dollar. Mais il est certain que depuis 1990, le mouvement de mondialisation amplifie le phénomène dans la mesure où il s'accompagne d'un reflux de l'Etat au profit du marché et que cette tendance qui développe l'ultra-libéralisme favorise l'idéologie des Etats-Unis d'Amérique. Il n'est nul besoin de rappeler le fameux rapport « Doing Business » publié en 2004 par la Banque mondiale.

Des communications de ce colloque sont consacrées aux diverses juridictions créées dans ce contexte et je m'abstiens donc de dire davantage qu'un mot bref au sujet de certaines d'entre elles.

A mon avis, la tradition de Common Law ou le poids de celui-ci s'y trouve bien davantage marqué qu'ils ne le sont à la CIJ aujourd'hui. Je me souviens des étonnements du premier président du TPIY. Ancien procureur en France, marqué par les règles de la procédure pénale d'un système de Civil Law dont il connaissait tous les rouages, les règles de la procédure de Common Law lui étaient largement étrangères et, non sans raison, lui semblaient inadaptées aux nécessités d'un jugement plus rapide qu'il n'était possible de le concevoir dans un système de Common Law. Il a donc bataillé pour rééquilibrer le mécanisme. Cette entreprise d'équilibre est légitime. Il me semble toutefois essentiel qu'elle soit entreprise dans un esprit de conciliation entre deux systèmes et non de combat de l'un contre l'autre, improductif à terme.

Le Tribunal international du droit de la mer est un autre exemple d'une institution qui applique un droit à l'élaboration auquel la France – deuxième puissance maritime mondiale au vu de l'étendue de ses espaces maritimes – a fortement contribué. La composition du Tribunal est assez équilibrée et son règlement est très inspiré de celui de la Cour internationale de Justice. Mais bien que les langues officielles du Tribunal soient le français et l'anglais, celui-ci

22 Version pour accord
29 août 2022

travaille essentiellement en anglais, qui est ouvertement considéré comme étant la langue naturellement dominante. Lors des premières élections, la France n'a pas présenté de candidat ; un juge français a été élu par la suite mais il n'y en a plus de nouveau dans la composition actuelle du tribunal, la France ayant probablement fait le choix de privilégier sa présence dans d'autres organes. A cet égard, la multiplication actuelle des juridictions internationales, parfois critiquée en ce qu'elle risque de porter atteinte à l'unité du droit international et de donner naissance à des solutions contradictoires (ce qui est une autre question), peut aussi, mécaniquement, accroître le poids de la Common Law dans le règlement des différends.

J'ai passé 4 ans dans un pays dit de droit mixte (de « métissage juridique » me semblerait une expression plus appropriée). Il s'agissait de l'Ile Maurice, où j'ai travaillé aux côtés de l'Attorney General puis à l'Université pour y créer une école de droit. J'ai donc baigné dans une atmosphère de coexistence parfaitement pacifique mais surtout positive entre la Common Law et la Civil Law. Je me suis rendu compte que le système fonctionnait très bien dans une Cour Suprême dont la procédure était anglaise et qui appliquait le code civil napoléonien mis à jour en s'appuyant sur celui du Québec et la jurisprudence de la Cour de Cassation française dont les citations en français s'inséraient dans le texte du jugement en anglais, à côté d'éléments de Common Law tirés de la jurisprudence de la Cour Suprême de l'Inde ou de la Nouvelle Zélande, en espérant ne pas subir un jour une annulation à Londres au *Privy Council* de la Reine. Quelques années plus tard, participant à Paris à une Commission créée au Conseil d'Etat pour étudier l'influence internationale du droit français, je me rappelle avoir été très intéressé par une idée émise par un magistrat de l'ordre judiciaire qui préconisait ce qu'il appelait un système de « pièces détachées » consistant à choisir, dans chacun des ordres juridiques, les éléments, les « pièces détachées » qui seraient les mieux adaptées au but poursuivi atteint grâce à un montage plus approprié que le mécanisme unique. Dans une stratégie dite des « pièces détachées », certaines des règles de Civil Law seraient préférées lorsqu'elles seraient considérées comme étant meilleures, par exemple lorsqu'elles permettraient d'accélérer les procès pénaux qui sont extrêmement longs dans le système de Common Law, et au contraire la Common Law serait retenue là où elle est plus performante. Il s'agit, au total, de plaider pour un métissage réfléchi. Cela passe par une meilleure information des partenaires sur les possibilités offertes par la Civil Law mais aussi par une meilleure formation aux systèmes de Common Law des futurs juristes que sont les étudiants. Il y a donc un travail pédagogique à faire en partant de l'idée que la mondialisation est une excellente chose si elle n'est pas le reflet d'une pensée unique et n'est pas captée par un Etat ou un groupe mais qu'elle est l'affaire de tous et que tous s'y retrouvent. Si une telle vision est partagée, le métissage juridique en découle.

A la CIJ la question me semble se poser autrement. Encore une fois, je ne veux pas empiéter sur ce que dira M. Couvreur mais j'imagine qu'il nous entretiendra de la réforme du règlement de la Cour qui est une question d'actualité et d'une grande complexité.

Version pour accord ²³
29 août 2022

YVES DAUDET

L'histoire détient les clés. Comme je l'ai dit en commençant, le règlement de la CPIJ a été élaboré à une époque où le français était la langue dominante et où tous les juristes parlaient et lisaient le français et étaient familiers du droit français. Ce temps n'est plus (même si je n'exclus pas qu'il revienne. Certaines études américaines indiquent que d'ici une cinquantaine d'années, grâce au développement de la population africaine, le français redeviendra la langue la plus parlée).

Pour rester dans le temps actuel, le point qui me paraît constituer un sujet de grave préoccupation pour la Cour est celui par lequel j'ai commencé à savoir la perte de poids de la langue française. Certes, les documents sont traduits d'une langue dans l'autre et le Greffe fait un travail considérable. Les procédures orales et les délibérations sont interprétées dans les deux langues mais compte tenu de la méconnaissance du français de la part de certains juges, ceux qui ont la capacité de s'exprimer aussi bien dans l'une ou l'autre langue utiliseront l'anglais car ils seront plus assurés d'être compris que si leurs collègues doivent avoir recours à l'interprétation. S'y ajoute ce poids naturel de l'anglais qui veut que dans une réunion où se trouvent 10 francophones et un anglophone, tout le monde parlera anglais. A la différence de l'hypothèse inverse !

S'y ajoute encore, et surtout, le fait que les grands cabinets de « lawyers » américains investissent le contentieux devant la Cour. Ils y plaident avec leur culture de juristes de Common Law, leur tournure d'esprit et parfois des références directes au système juridique de Common Law ou en utilisant des concepts par exemple de droit constitutionnel américain ou des manières de voir tirées de décisions de la Cour suprême des Etats-Unis.

Or, les cultures, au sens de mode d'être, pèsent lourdement dans la manière dont les juges eux-mêmes peuvent développer un raisonnement dans leurs notes écrites ou lors des délibérations. Au-delà de ce que sont les règles de droit et leur application par la Cour selon la prescription de l'article 38 du Statut, la manière dont sont reçus les arguments des parties peut varier selon ces cultures. Dès lors nul ne peut nier l'importance des équilibres ou déséquilibres dans la composition de la Cour. Sans doute (et il faut l'espérer), l'absence d'un juge anglais – que je qualifierais non seulement d'imprévue mais aussi de regrettable – ne sera que provisoire mais le fait que le poste supplémentaire ait bénéficié à l'Asie sera probablement de nature à renforcer la place de l'anglais, à la fois parce qu'il sera difficile de retirer à l'Asie, continent immensément peuplé, le bénéfice de ce poste supplémentaire et parce qu'en Asie (à part très partiellement au Moyen-Orient), le français est à peu près totalement ignoré. Ce qui veut dire en fait et au-delà de la langue, une vision du monde, une identification des principes et modes de vie tels qu'ils se traduisent dans le droit, qui sont ignorés ou mal connus. D'où leur perte d'influence.

L'évènement qu'a été la non-réélection du juge anglais à la Cour a sonné comme un signal d'alarme dont la France pourrait être la prochaine victime. Assurément les causes sont totalement étrangères à toute rivalité entre la Common Law et la Civil Law mais ont des racines plus profondes visant les équilibres de la société internationale elle-même et une forme de crépuscule de l'Europe et de ses vieux Etats (pour reprendre une formule de Dominique de Villepin devant le Conseil de

sécurité des Nations Unies). Mais quelles qu'en soient les causes, les résultats sont là et une attention s'impose.

Le droit est exprimé dans une langue et il est le reflet d'un poids économique, d'une aptitude scientifique, technique etc. La perte de la première place du français est déjà ancienne mais sa perte d'influence dans le domaine juridique, qui lui est corrélative, est un phénomène plus récent.

En terminant, je voudrais dire que, face à cette montée en puissance de la Common Law, l'attitude générale ne doit pas ressembler à une guerre de tranchées. Tout au contraire d'une lutte d'un système contre l'autre, elle doit être empreinte d'un effort de chacun pour une meilleure connaissance du système juridique de l'autre, pour en rechercher les complémentarités possibles plutôt que d'en mettre en relief les oppositions. Comme il a été dit ci-dessus, il est impératif de conduire une recherche de compromis et l'identification des « pièces détachées » propres à combiner harmonieusement les deux systèmes qui ont aussi des parentés.

Version pour accord
29 aout 2022

LA CONFIANCE ET LES EXEMPLES DE CONCILIATION
ENTRE TRADITIONS CONTINENTALE ET DE *COMMON LAW*
DANS LES ARBITRAGES INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT

JULIEN CAZALA

Il est fréquent que l'arbitrage international soit caractérisé de « Walhalla » des experts de droit comparé¹. Au-delà de cette formule, les expressions visant à caractériser les points de contact entre diverses traditions juridiques à travers l'arbitrage international sont aussi nombreuses qu'imaginées : *melting pot* de cultures juridiques, point de rencontre, lieu de convergence², laboratoire à ciel ouvert pour le développement d'un « esperanto procédural »³, etc.

La raison d'être de l'arbitrage (qu'il soit interne ou international) est bien connue. Il s'agit d'échapper aux difficultés réelles ou seulement suspectées liées à un ordre juridique dont l'appareil judiciaire pourrait être saisi d'un différend. Cela est particulièrement vrai de l'arbitrage commercial international ou de l'arbitrage international d'investissement. C'est sur ce second que notre étude va porter.

Il relève d'une certaine forme d'évidence de rappeler que l'arbitrage d'investissement permet de régler des différends entre un investisseur et l'Etat d'accueil de son opération. On sait que le droit des investissements internationaux, et son prolongement contentieux, se sont construits très largement dans le souci de s'extraire, autant que possible, des ordres juridiques internes. Nous pourrions ainsi penser que cette émancipation pourrait se traduire par une mise à l'écart de la distinction entre tradition continentale et *common law*. Le sujet qu'il nous est proposé de traiter nous rappelle que ce n'est pas le cas. Les traditions juridiques de l'Etat de nationalité de l'investisseur et de l'Etat d'accueil de l'investissement peuvent être bien dissemblables. L'hypothèse la plus nette est celle d'un investisseur issu d'un Etat de tradition juridique continental (l'Europe continentale, le Japon et la majeure partie des Etats africains et asiatiques) ayant un différend avec un Etat d'accueil de tradition *common law*.

¹ V. VADI, « Critical Comparisons: The Role of Comparative Law in Investment Treaty Arbitration », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 39, 2010, p. 68.

² T. GINSBURG, « The Culture of Arbitration », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1335.

³ S. L. BREKOULAKIS, « Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration », in S. L. BREKOULAKIS, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS (eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016, p. 9.

Version pour accord
29 aout 2022

Il est largement admis que le droit de l'arbitrage qui s'est développé à la suite de la seconde guerre mondiale est largement fondé sur la tradition de droit civil⁴ : c'est-à-dire que les parties soumettaient des mémoires écrits pour convaincre en droit et en fait, les témoins faisaient des déclarations écrites en lieu et place de témoignages en direct et si les témoins étaient interrogés, c'était par les arbitres (donc pas de *cross-examination*) et ceux-ci formulaient peu de demandes de pièces (donc pas de procédure de *discovery*). Les choses ont progressivement évolué et le prodigieux développement de l'arbitrage d'investissement a, sur ce plan, été un accélérateur.

Cela rend pertinente l'interrogation sur la place respective des traditions *common law* et civiliste dans l'arbitrage d'investissement. Un tel projet reviendrait, ni plus, ni moins, à tenter de présenter en quelques pages l'équivalent d'un traité de droit de l'arbitrage international, ou d'histoire du droit de l'arbitrage international. Il est donc évident que notre approche prendra la forme d'un survol afin de dégager des tendances. Il convient dans un tel registre de garder une certaine distance vis-à-vis de l'idée de pureté d'un modèle juridique⁵. Même dans les ordres juridiques internes il y a des emprunts, des influences, des circulations qui vont au-delà des Etats rattachés à l'une ou l'autre des grandes familles du droit. En outre, il est admis qu'une distinction nette entre pays de tradition *common law* et pays de traditions civiliste est sans doute trop simpliste. Si l'on peut identifier des principes de procédure « communs » aux Etats de *common law*, c'est certainement moins le cas pour les pays de droit civil⁶.

On peut partir de l'idée qu'il ne s'agit pas de faire une photographie de l'arbitrage d'investissement pour savoir s'il est plutôt influencé par la tradition continentale ou de *common law*. Il apparaît plus intéressant de s'interroger sur les mouvements d'une discipline, ou d'une activité, qui n'a cessé d'évoluer et pour laquelle, la confiance de la communauté de ses usagers n'a jamais été aussi discutée et disputée⁷. On peut ainsi s'intéresser aux évolutions procédurales récentes du contentieux arbitral de l'investissement pour souligner leurs origines et voir selon quelle tendance bouge le curseur. Il convient de relever ici un biais, une présentation par un juriste de tradition continentale des évolutions d'une discipline pourra être marquée par une découverte de la nouveauté dans ce qui semble venir de l'étranger ; les notions civilistes seraient tenues pour acquises.

⁴ S. L. KARAMANIAN, « Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2003, p. 11 ; G. M. VON MEHREM, A. C. JOCHUM, « Is International Arbitration Becoming Too American? », *The Global Business Law Review*, 2011, pp. 47.

⁵ On pourra néanmoins, avec toute la prudence requise, se référer à la liste des Etats membres des Nations Unies classés par l'Université d'Ottawa selon leur rattachement aux grandes familles juridiques : <<http://www.juriglobe.ca/eng/syst-onu/index-alpha.php>>

⁶ C. REYMOND, « Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response », *Arbitration International*, 1989, n° 4, pp. 357-368.

⁷ J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international (Clunet)*, 2017, n° 1, pp. 81-98. M. FEKL, « Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines », *Les Cahiers de l'arbitrage – Paris Journal of International Arbitration*, 2018, n° 3, pp. 413-435.

Or, on le sait, les conditions de déroulement d'une procédure de règlement d'un différend ne sont pas les mêmes selon que celui-ci est soumis à un organe relevant d'un système civiliste ou de *common law*. Il serait évidemment possible de concevoir un arbitrage intégrant totalement une approche civiliste ou *common law*. Mais il apparaît plus fréquemment que l'arbitrage procède par hybridation. Empruntant à l'un ou l'autre des systèmes dans un souci d'efficacité et de pragmatisme. Ainsi, le phénomène de convergence semble guidé par des facteurs plus économiques que culturels⁸. Il n'apparaît pas erroné de penser que le souci d'acquiescer, ou de maintenir, la confiance des usagers de l'arbitrage ne repose pas sur une volonté d'équilibre entre droit continental et *common law*. Il y a certes des emprunts et une généalogie peut toujours être recherchée pour chacune des règles et pratiques de l'arbitrage. Cela peut être tout à fait passionnant sous l'angle du droit comparé. Mais, pour ce qui nous occupe aujourd'hui, cela ne semble pas absolument essentiel : ce n'est pas parce qu'il y a hybridation entre tradition continentale et tradition de *common law* qu'il y a confiance dans l'arbitrage. Il apparaîtrait ainsi difficile d'affirmer, au-delà de quelques éléments que nous pourrions souligner, qu'il y a une démarche délibérée ou construite d'emprunts à l'une ou l'autre tradition qui serait dictée par un souci d'équilibre entre celles-ci.

Sur certains points de procédure, il n'est pas possible d'ignorer la distinction entre droit continental et *common law* et l'on ne peut que constater le choix opéré entre deux branches d'une alternative. Mais ce choix, ou plutôt ces choix, ne sont pas opérés au nom d'une supposée supériorité générale d'une tradition sur l'autre, mais d'un grand pragmatisme de la part de la communauté de l'arbitrage. Dans une très large mesure le tribunal détermine la procédure qui sera suivie après avoir consulté les parties à l'instance et examiné leurs propositions. Si les parties parviennent à un accord sur ces points, la situation ne génère guère de problèmes. Si en revanche elles expriment des positions divergentes et contradictoires, il n'est pas rare que le tribunal favorise une position de compromis entre leurs positions.

Différents points nous semblent pouvoir retenir plus particulièrement l'attention et montrer en quoi l'arbitrage est un espace d'hybridation ou plus simplement un cadre ne pouvant définir avec l'un ou l'autre système un rattachement exclusif. Il s'agira tout d'abord d'exposer quelques éléments relatifs à la mission des arbitres (I.). Nous présenterons ensuite des développements plus conséquents consacrés à l'encadrement du coût et de la durée de l'arbitrage (II.). Il apparaît que ces deux éléments, au nom d'un réel pragmatisme illustrent largement l'hybridation entre tradition continentale et *common law*.

⁸ T. GINSBURG, « The Culture of Arbitration », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1336.

I. LA MISSION DES ARBITRES

Il relève de l'évidence que les arbitres ont pour mission de régler le différend qui leur est soumis (A). Ce rôle indéniable de règlement du différend n'est pas exclusif d'autres missions pouvant être reconnues aux arbitres. Ils sont certes au service des parties mais peuvent être garants d'intérêts qui dépassent ceux des parties⁹ – on pensera notamment à l'hypothèse dans laquelle les arbitres se saisissent d'office de questions liées à des faits de corruption¹⁰. Dans le contentieux de l'investissement, il est fréquent que des tribunaux arbitraux affirment avoir pour mission d'assurer la cohérence du droit international des investissements (B). Sur ces points, les traditions continentale ou de *common law* peuvent avoir une influence. Il s'agit pour les arbitres de concilier le besoin d'efficacité, de flexibilité et de prévisibilité, qui sont autant de facteurs essentiels à l'établissement et au maintien de la confiance des usagers de l'arbitrage.

A. Régler le différend

La mission première de l'arbitre est de régler le différend. Derrière cette affirmation d'évidence se cachent des nuances selon que l'arbitrage s'inscrit dans une tradition juridique de *common law* ou civiliste (1). De la même manière, cet environnement peut influencer sur les conditions auxquelles le caractère abusif du recours à l'arbitrage pourra être sanctionné (2).

1. Rôle de l'arbitre

L'arbitrage n'est pas perçu de la même façon dans les systèmes de *common law* et les systèmes continentaux. Dans les systèmes de *common law*, tenter de promouvoir le règlement à l'amiable est un devoir majeur de l'arbitre, tandis que dans les pays de tradition continentale, il pourrait y avoir dans une telle pratique un signe de partialité. « Ce clivage s'expliquant notamment par le fait que les uns pratiquent une procédure de type inquisitoire tandis que les autres adoptent une procédure accusatoire. Il n'en demeure pas moins néanmoins qu'aujourd'hui et depuis une cinquantaine d'années, on assiste à un large mouvement de convergence entre les deux familles de droit sur de nombreuses notions. Il semblerait cependant que cette question du devoir de rechercher une solution amiable au litige reste un point de divergence même si l'on ne saurait nier une certaine évolution »¹¹. Cette convergence est notamment reflétée dans les lignes directrices sur les conflits d'intérêts adoptées par l'International Bar Association¹². Ces lignes directrices ne sont pas obligatoires mais ce type de « norme » est privilégié notamment parce que reflétant un consensus parmi les praticiens venant

⁹ A. STONE SWEET, F. GRISEL, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford University Press, 2017, p. 28.

¹⁰ Pour une illustration alors que les allégations de corruption avaient été retirées par le défendeur : T. CIRDI, 3 juin 2021, *Infinito Gold Ltd v. Republic of Costa Rica*, ARB/14/5, sentence, § 180.

¹¹ S. PARTIDA, *L'arbitre international : Etude de droit comparé*, mémoire Paris II, 2011, p. 35.

¹² IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 23 octobre 2014.

de diverses cultures juridiques, elles sont supposées avoir le meilleur potentiel pour mélanger ou fusionner des cultures procédurales distinctes¹³.

Des articles sont régulièrement publiés pour étudier ce que l'on pourrait appeler la sociologie de l'arbitrage. Si certains travaux sur la question sont tout à fait remarquables¹⁴, beaucoup se limitent à dresser un tableau statistique des origines des arbitres (au sens large : nationalité, formation, activité professionnelle, etc.) dont, malgré un travail sans doute considérable, on ne peut finalement pas déduire beaucoup de choses¹⁵. Si au sein d'un tribunal spécifique, il peut être envisagé d'expliquer certaines pratiques, procédures ou solutions en fonction de l'origine des arbitres, le passage à une « approche macro » apparaît produire des résultats beaucoup plus limités pour ne pas dire inexploitable.

En revanche, il est certain que les tribunaux internationaux possèdent un capital de légitimité qui variera dans le temps en fonction de leur capacité à répondre aux attentes de la communauté dont ils règlent les différends et des réactions à leurs performances¹⁶. Au-delà de toutes les questions que le caractère international d'un différend peut poser, l'arbitrage pose des questions supplémentaires par rapport aux juridictions internationales permanentes : celle de la nomination des arbitres et surtout *des* nominations puisque l'enjeu peut être non pas d'être nommé une fois et de se montrer imprévisible sinon incontrôlable, mais bien d'être nommé de nouveau. Donc, là où une juridiction permanente joue sa crédibilité institutionnelle, l'arbitre est sans doute encore plus exposé à une éventuelle défiance des usagers de l'arbitrage. Il convient sans doute de ne pas surestimer les conséquences de la nomination de tel ou tel arbitre par un demandeur ou un défendeur dans la mesure où, on le sait (et c'est aussi un élément de crédibilité), les arbitres ne votent pas toujours en faveur de la partie qui les a nommés. Mais on ne peut que constater des séries (connues) de nomination derrière lesquelles il serait difficile de ne pas voir des attentes de l'autorité de nomination. Les arbitres ne sont pas désignés à l'aveugle, tous sont l'objet d'un travail de *screening* par les parties (le plus souvent par leurs conseils) pour déterminer s'ils seraient susceptibles de prendre des positions plutôt favorables à la partie qui procède à la nomination. Il convient de ne pas avoir une vision grossière du processus, les arbitres sont le plus souvent des personnes techniquement très compétentes, ayant une excellente connaissance du droit des investissements et présentant les meilleures garanties d'indépendance (les règles relatives aux conflits d'intérêts et à l'obligation de révélation ne cessent d'être renforcées). Mais il n'en est pas moins vrai que des sensibilités existent (pour les arbitres comme pour tout membre d'une juridiction permanente) et que l'on sait qu'il apparaîtrait

¹³ G. KAUFMANN-KOHLER, « Globalization of Arbitral Procedure », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1323.

¹⁴ E. GAILLARD, « Sociologie de l'arbitrage international », *Journal du droit international*, 2015, pp. 1089-1113.

¹⁵ R. POLANCO LAZO, V. DESILVESTRO, « Does an Arbitrator's Background Influence the Outcome of an Investor-State Arbitration? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, pp. 18-48.

¹⁶ Y. SHANY, « Stronger Together? Legitimacy and Effectiveness of International Courts as Mutually Reinforcing or Undermining Notions », in NIENKE GROSSMAN ET AL. (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge University Press, 2018, p. 360.

douteux que certains arbitres récurrents soient nommés par un investisseur ou d'autres par un Etat. Cela conduit parfois à des mises en cause des arbitres. Dans le cadre du CIRDI, les tentatives de remise en cause de la composition des tribunaux arbitraux sont de plus en plus fréquentes, même si elles aboutissent rarement à une modification de la composition du tribunal.

Il apparaît ainsi que dans la définition de leurs missions, les arbitres du contentieux d'investissement renvoient assez largement à la figure continentale d'un tiers impartial chargé de trancher le différend plus que de rapprocher les parties comme cela peut être le cas dans la tradition de *common law*.

Les règlements d'arbitrage ont eu tendance à se développer au cours des dernières décennies, mais ils ne règlent pas tout, et n'anticipent pas toujours des situations particulièrement spectaculaires. Lorsque les 60.000 demandeurs initiaux de l'affaire *Abaclat c. Argentine*¹⁷ ont déposé leur requête, on conçoit aisément que le règlement d'arbitrage du CIRDI ne réponde pas à toutes les questions de procédure que nécessite la gestion d'une telle affaire. Mais on le sait, il existe des pouvoirs inhérents de l'arbitre et notamment celui de régler la procédure¹⁸. Le caractère inhérent de ce pouvoir transcende l'appartenance à une tradition juridique. En revanche, il est probable que dans l'exercice de ces pouvoirs inhérents, l'arbitre sera influencé par la tradition juridique dans laquelle il s'inscrit principalement. Il apparaît ainsi que la montée en puissance des arbitres imprégnés d'une tradition de *common law* a pu progressivement voir se développer les questions procédurales dans l'arbitrage¹⁹.

2. L'abus de procédure

La théorie de l'abus de droit est plutôt rattachée aux systèmes civilistes. Dans le contentieux de l'investissement, celle-ci a pu être mobilisée lorsqu'il apparaissait que des investisseurs avaient tenté de « forcer » la compétence du tribunal. Ce fut le cas pour la première fois à l'occasion de l'affaire *Phoenix c. République Tchèque* dans laquelle le tribunal a considéré que le seul objectif de l'acquisition par Phoenix d'actions de sociétés tchèques était d'internationaliser un différend purement domestique et cela ne constituait pas une transaction de bonne foi et ne pouvait dès lors constituer un investissement protégé par le système CIRDI²⁰. La même logique est développée dans l'affaire *Philip Morris c. Australie* dans laquelle la société souhaitait contester la très stricte législation australienne anti-tabac devant un tribunal arbitral international. Pour ce faire, il fut décidé de restructurer l'investissement pour transférer les filiales australiennes de Philip Morris auparavant contrôlées par Philip Morris Suisse à Philip Morris Hong Kong

¹⁷ T. CIRDI, *Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic*, ARB/07/5.

¹⁸ Sur les pouvoirs inhérents de l'arbitre, on renverra au cours que Sylvain Bollée a donné à l'Académie de droit international durant l'été 2021 : « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux ». Certains des aspects de ce cours ont été exposés lors d'une conférence de Sylvain Bollée, « Réflexions sur les pouvoirs des arbitres internationaux », *Les conférences de la salle 102*, 18 février 2019. Voir également : P. MAYER, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law* », *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 163-183.

¹⁹ E. GAILLARD, « Abuse of Process in International Arbitration », *ICSID Review*, 2017, p. 1.

²⁰ T. CIRDI, 15 avril 2009, *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ARB/06/5, sentence, § 142.

et ainsi bénéficiaire du TBI Hong Kong - Australie. Le tribunal considéra que les demandes étaient irrecevables au motif que l'initiation d'un arbitrage investisseur-Etat fondé sur un TBI constitue un abus de droit (ou abus de procédure) quand un investisseur change la structure de la société pour bénéficier de la protection d'un traité d'investissement alors qu'un différend existe déjà ou est objectivement prévisible²¹. On considère qu'un différend est raisonnablement prévisible lorsqu'existent des raisons légitimes de penser qu'un différend fondé sur le traité va se matérialiser (c'est évidemment le cas lorsqu'un différend a déjà été présenté aux juridictions internes). Il est donc vain pour un investisseur de se restructurer pour chercher un accès à l'arbitrage international en réaction à un litige d'ores et déjà instruit ou jugé par la justice étatique. Ce raisonnement et cette solution sont désormais très fréquents dans la pratique contemporaine du contentieux de l'investissement. Il est évident qu'un tel mécanisme permet de préserver l'intégrité de l'arbitrage et par extension la confiance de la communauté (ici étatique) des usagers de l'arbitrage international d'investissement.

B. La recherche de la cohérence

La prévisibilité de tout système de règlement des différends est un élément essentiel afin de maintenir la confiance de ses usagers. Du fait de la décentralisation du contentieux international de l'investissement, les risques de contradictions sont sans doute plus élevés ici qu'ailleurs et la réalisation de ces risques a pu déclencher des critiques assez vives contre le système. On comprend donc aisément que la question de la cohérence soit particulièrement présente. L'existence de décisions ou sentences contradictoires a pu émouvoir la doctrine et renforcer les critiques dirigées contre l'arbitrage d'investissement. Pour n'évoquer que les cas les plus célèbres, on pensera notamment aux contradictions entre les sentences *Lauder* et *CME* contre la République Tchèque²², les décisions *SGS* contre le Pakistan et les Philippines²³ ou les décisions rendues dans affaires *Kılıç* et *Muhammet Çap* contre Turkménistan²⁴. Plusieurs notions procédurales peuvent viser à renforcer, sinon assurer, la cohérence. Il s'agit en premier lieu des débats relatifs à la réception de la doctrine du précédent (1), du développement des *anti suit injonctions* (2) et dans une moindre mesure de la courtoisie internationale (3).

²¹ CPA, 15 décembre 2015, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, n° 2012-12, sentence sur la compétence et la recevabilité, § 585.

²² T. AD HOC (CNUDCI), 3 septembre 2001, *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, sentence finale ; T. AD HOC (CNUDCI), 13 septembre 2001, *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, sentence partielle.

²³ T. CIRDI, 6 août 2003, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ARB/01/13, décision sur la juridiction ; T. CIRDI, 29 janvier 2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ARB/02/6, décision sur la juridiction.

²⁴ T. CIRDI, 7 mai 2012, *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Republic of Turkmenistan*, ARB/10/1 ; T. CIRDI, 13 février 2015, *Muhammet Çap, Sehil İnşaat endustri ve Ticaret Ltd. STI v. Republic of Turkmenistan*, ARB/12/6, décision sur la juridiction, § 273.

1. Doctrine du précédent

La doctrine du précédent est un marqueur fort des systèmes de *common law*. La question de l'application de cette construction dans le contexte de contentieux internationaux est une question classique du droit international²⁵. On le sait, en substance, la doctrine du précédent dans la tradition de *common law* consiste à considérer que les décisions ayant antérieurement statué sur une question fournissent un exemple d'autorité pour des cas futurs identiques ou similaires. Les valeurs portées par un système de *stare decisis* sont la stabilité, la certitude, la prévisibilité, l'uniformité de traitement et bien évidemment la confiance. Il est certain que le contentieux arbitral de l'investissement présente des caractéristiques qui favorisent une plus grande prise en compte par les tribunaux arbitraux de l'activité de leurs semblables. Beaucoup affirment que le grand nombre de décisions et sentences rendues par des tribunaux du CIRDI et publiées depuis cinquante ans ont établi un cadre favorable à un système de précédent²⁶. Il est absolument certain qu'il n'existe pas dans l'arbitrage de *stare decisis* comme cela existe dans les systèmes de *common law*, mais il est tout aussi constatable que « [g]radually one may expect the institution of a jurisprudence constante, and the emergence of key decisions that are judged to be the influential starting points from which further analysis should flow »²⁷. On sait que certains raisonnements ou solutions adoptés par un tribunal arbitral ont pu par la suite apparaître tels des points de passage obligés, ou supposés tels, pour d'autres tribunaux. L'exemple le plus significatif est évidemment celui du *Test Salini*. Toutes les sentences arbitrales ne connaissent pas le même succès et il est sans doute difficile de savoir ce qui contribue à leur rayonnement²⁸.

On sait toutes les formules utilisées à propos des développements d'une véritable jurisprudence arbitrale en matière de droit des investissements. La publicité et l'accessibilité des sentences a évidemment favorisé ce développement. Le contentieux répétitif fondé sur certains traités, et spécialement le Traité sur la Charte de l'énergie²⁹, ainsi que la grande proximité rédactionnelle des TBI – favorisée par les modèles nationaux de TBI – contribuent également à cette construction de *persuasive precedents*. En outre, ainsi que le souligne Gabrielle Kaufmann-Kohler, « the less developed the body of rules is, the more important the role of the dispute resolver will be with respect to the creation of rules »³⁰.

²⁵ On lira avec intérêt les actes du colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international, SFDI, *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, 504 pages.

²⁶ Voir notamment J. P. COMMISSION, « Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence », *Journal of International Arbitration*, 2007, pp. 129-158.

²⁷ A. K. BJORKLUND, « Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante », in C. B. PICKER, I. D. BUNN, D. W. ARNER (eds), *International Economic Law – The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing, 2008, p. 280.

²⁸ J. PAULSSON, « Awards – and Awards », in A. K. BJORKLUND, I. A. LAIRD, S. RIPINSKY (eds), *Investment Treaty Law Current Issues III: Remedies in International Investment Law, Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 95-102.

²⁹ Au 1^{er} juillet 2021, plus de 140 contentieux arbitraux d'investissement avaient été initiés sur le fondement de ce traité.

³⁰ G. KAUFMANN-KOHLER, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », *Arbitration International*, 2007, p. 375.

Or, on le sait, spécialement pour les traités conclus avant la fin des années 1990, le libellé des droits et obligations qu'ils consacrent est particulièrement peu précis et laisse à l'interprète une large marge d'appréciation.

Tout cela est bien connu, mais il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit pas d'une application de la doctrine du précédent au sens classique. Ici, le précédent est un élément de justification, sinon de légitimation de la décision, pas une force extérieure qui s'exercerait sur un tribunal. Il permet de renforcer l'affirmation d'un souci de prévisibilité du « système ». Ainsi, dans la sentence *ADC c. Hongrie*, un tribunal arbitral du CIRDI affirme que « cautious reliance on certain principles developed in a number of those cases, as persuasive authority, may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States »³¹. Cette prévisibilité ne saurait évidemment être certaine, mais on le sait, de nombreux tribunaux mettent l'accent sur une obligation de cohérence de la jurisprudence arbitrale d'investissement. Ainsi, le contentieux de l'investissement se rapproche aujourd'hui assez largement de ce que les pays de tradition continentale désignent sous les termes de « jurisprudence constante ». De nombreux tribunaux utilisent la formule bien connue selon laquelle : « The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law »³². Certaines formules s'inscrivent moins dans le registre de l'obligation en évoquant une forme de *comity* vis-à-vis des décisions antérieures des tribunaux arbitraux³³. Quelle que soit la manière de la caractériser, certains arbitres restent très hostiles à cette construction en insistant constamment sur la spécificité de chaque différend³⁴. Et bien souvent, lorsque la majorité d'un tribunal entend s'écarter d'une position exprimée antérieurement par un autre tribunal, il est indiqué, comme dans la décision *SGS c. Philippines* que « there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for later tribunals »³⁵.

³¹ T. CIRDI, 2 octobre 2006, *ADC Affiliate Limited & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ARB/03/16, sentence, § 293.

³² T. CIRDI, 21 mars 2007, *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ARB/05/07, décision sur la compétence et recommandation relative aux mesures provisoires, § 67. Pour une reprise récente : CPA, 28 février 2020, *The PV Investors v. The Kingdom of Spain*, n° 2012-14, sentence finale, §§ 520-521.

³³ T. CIRDI, 5 mars 2013, *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ARB/11/28, décision sur la bifurcation, § 45 ; T. CIRDI, 17 avril 2000, *(DS)2, S.A., Monsieur Peter de Sutter et Monsieur Kristof de Sutter c. République de Madagascar*, ARB/17/18, sentence, § 134.

³⁴ M. REISMAN, « "Case-Specific Mandates" versus "Systemic Implications": How Should Investment Tribunals Decide? », *Arbitration International*, 2013, p. 132. On peut également rappeler que dans son opinion jointe à la sentence *Impregilo*, Brigitte Stern avait mentionné que « [i]n any case, it does not appear to me to be a legally convincing argument to rely on former cases as if they were binding precedents », T. CIRDI, 21 juin 2011, *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ARB/07/17, sentence, opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente de Brigitte Stern, § 5.

³⁵ T. CIRDI, 29 janvier 2004, *SGS Société générale de surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ARB/02/6, décision sur la juridiction, § 97.

2. *Anti suit injonctions*

Les *anti-suit injonctions* sont une autre notion fermement ancrée dans les systèmes juridiques de *common law*. Elles sont à la disposition du juge étatique ou de l'arbitre, et leur permettent d'interdire à une partie d'initier ou de poursuivre une procédure devant une juridiction étrangère ou encore de rechercher l'exécution d'une décision rendue par cette juridiction étrangère. Il s'agit en somme pour un tribunal d'affirmer l'exclusivité ou la priorité de sa propre compétence.

La reconnaissance de cette notion dans l'arbitrage d'investissement est récente. Elle s'illustre pour la première fois à l'occasion du différend déjà évoqué opposant la Société générale de surveillance (SGS) au Pakistan. Le contrat litigieux conclu entre l'investisseur et les autorités d'Islamabad contenait une clause d'arbitrage interne sur le fondement de laquelle le Pakistan initiât une procédure arbitrale interne avant que SGS ne réponde par une procédure d'arbitrage CIRDI sur le fondement du TBI Suisse-Pakistan. Le juge interne pakistanais émet une *anti-suit injonction* envers SGS pour l'empêcher de poursuivre l'arbitrage CIRDI. Le tribunal CIRDI recommande quant à lui au Pakistan de suspendre l'arbitrage local jusqu'à ce qu'il ait pu se prononcer sur sa propre compétence. Ainsi, comme le souligne Walid Ben Hamida, « [à] l'*anti-suit injonction*, le tribunal CIRDI riposte donc par une injonction croisée, une "*anti-anti-suit injunction*", invitant l'Etat à s'abstenir de se prévaloir de cette décision à l'encontre de l'investisseur »³⁶.

La possibilité pour un tribunal arbitral de formuler une *anti-suit injunction* est régulièrement présentée comme relevant des pouvoirs inhérents des arbitres. Il s'agit en effet de considérer que le principe compétence-compétence confère au tribunal le pouvoir de sanctionner une partie qui violerait l'accord d'arbitrage³⁷. Les tribunaux peuvent également considérer que l'indication d'une telle mesure s'inscrit dans le cadre de la possibilité, largement ouverte et reconnue, d'indiquer des mesures conservatoires³⁸. Cette notion de pouvoir inhérent est sans doute, on le verra, un véhicule très utile et efficace pour assurer l'hybridation entre traditions juridiques.

3. *La courtoisie*

La courtoisie est l'expression française pour désigner le *comity*, une notion propre aux systèmes de *common law*. Elle consiste, pour un tribunal saisi d'un différend, à suspendre la procédure en attendant l'issue du même litige (ou d'un autre litige) devant un autre tribunal qui en a été saisi. Elle permet ainsi évidemment d'éviter l'adoption de solutions potentiellement contradictoires. La consécration dans le contentieux international de l'investissement est assez limitée mais pas inexistante. On peut en présenter une illustration. On se souvient

³⁶ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridiction », *AFDI*, 2005, p. 594.

³⁷ E. GAILLARD, « Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration », in L. A. MISTELIS, J. D. M. LEW (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 214.

³⁸ Voir, même si les mesures conservatoires n'ont pas été indiquées en l'espèce : T. CIRDI, 6 septembre 2005, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ARB/03/24, ordonnance, §§ 38-47.

que la société hongkongaise Southern Pacific Properties (SPP) avait tout d'abord porté le différend qui l'opposait à l'Égypte devant la Chambre de commerce international. Le tribunal arbitral institué en son sein avait adopté une sentence arbitrale mais celle-ci avait été annulée par la Cour d'appel de Paris. L'investisseur s'était alors pourvu en cassation et avait déposé une requête arbitrale devant le CIRDI. Or, au nom de la courtoisie, le tribunal arbitral CIRDI saisi avait décidé d'attendre la décision de la Cour de cassation avant de se prononcer sur sa compétence³⁹.

On voit ainsi que dans la définition des missions des arbitres, il y a des emprunts aux traditions civilistes et continentales. Ces emprunts, largement justifiés par l'idée de pouvoirs inhérents de l'arbitre, visent incontestablement à renforcer la confiance dans l'arbitrage. Cela est sans doute encore plus net dans l'examen du déroulement de l'instance arbitrale à travers un souci manifeste de contrôle de sa durée et de son coût.

II. LE CONTRÔLE DE LA DURÉE ET DU COÛT DE L'ARBITRAGE

Il est évident que dans l'arbitrage, peut-être plus qu'ailleurs « le temps, c'est de l'argent »⁴⁰. Parmi les critiques qui peuvent être régulièrement faites à l'arbitrage d'investissement, figure celle du coût de la procédure pour les parties. On comprend dès lors aisément que les évolutions de la matière aient visé à assurer une meilleure maîtrise des coûts (A) et de la durée de l'arbitrage (B). L'hybridation entre *common law* et droit continental semble être largement tournée vers ce double objectif⁴¹.

A. La maîtrise des coûts

Le coût de l'arbitrage d'investissement est une préoccupation pour les investisseurs et les Etats. Elle a pu être particulièrement soulignée dans les travaux menés conjointement par le CIRDI et la CNUDCI⁴². Diverses notions procédurales permettent de poursuivre un objectif de maîtrise de ces deux aspects. C'est particulièrement vrai de la *motion to dismiss* (1), de la consignation de garanties pour le règlement éventuel de frais d'arbitrage (2) et des pratiques relatives à la répartition du coût de la procédure entre les parties (3).

³⁹ T. CIRDI, 27 novembre 1985, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ARB/84/3, décision sur les objections préliminaires, § 84.

⁴⁰ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats) sur les travaux de sa trente-quatrième session*, 19 décembre 2017, A/CN.9/930/Rev.1, § 38.

⁴¹ Bien que cela ne relève pas d'une distinction entre *civil law* et *common law*, nous pourrions également voir les mécanismes de bifurcation de la procédure arbitrale. Voir notamment, T. CIRDI, 7 janvier 2021, *Orazul International Espana Holdings S.L. v. Argentine Republic*, ARB/19/25, Décision sur la demande de bifurcation, § 30.

⁴² CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats), *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) : coût et durée*, 31 août 2018, A/CN.9/WG.III.WP.153.

1. *Motion to dismiss*

Les procédures qui permettent le rejet anticipé des prétentions manifestement infondées ou hors du champ de compétence des arbitres visent à assurer l'efficacité, la célérité et la sécurité de l'arbitrage. A travers cela, on évitera la situation dans laquelle une procédure longue et onéreuse aboutirait à rejeter des demandes ou des moyens de défense qui n'avaient manifestement, dès l'origine, aucune chance de prospérer. Cet outil de gestion de la procédure s'inspire fondamentalement de la *motion to dismiss* de *common law* et permet selon un calendrier accéléré de mettre fin à des procédures manifestement infondées et de supprimer des éléments de l'instance afin, s'il en subsiste, que seuls les éléments pertinents soient examinés au fond par les arbitres. Cela contribue à une maîtrise des coûts de l'arbitrage. Un tel mécanisme s'est largement développé dans l'arbitrage contemporain. C'est le cas dans l'arbitrage d'investissement avec la révision de 2006 du Règlement d'arbitrage du CIRDI⁴³ mais aussi de manière plus récente dans l'arbitrage commercial international⁴⁴. Certains observateurs ont pu, à l'époque, s'interroger sur la possibilité de voir des praticiens de tradition civiliste adhérer à un tel outil procédural⁴⁵, mais on constate qu'en pratique, la réception de la notion ne semble pas avoir entraîné de difficultés.

Une telle innovation répond à des critiques émises par certains Etats défendeurs qui regrettaient qu'à la suite d'un enregistrement d'une requête par le Secrétariat du CIRDI, il n'était pas possible de rejeter de manière accélérée une telle requête même quand elle apparaissait frivole⁴⁶. Ainsi, dans l'affaire *Metalpar c. Argentine*, un tribunal CIRDI avait refusé la demande présentée par l'Argentine immédiatement après sa constitution tendant à un examen de la validité de l'enregistrement de la demande d'arbitrage au motif qu'une telle procédure n'était pas prévue par les instruments encadrant l'activité du tribunal⁴⁷.

L'article 41.5 du Règlement d'arbitrage CIRDI prévoit désormais : « Sauf si les parties ont convenu d'une autre procédure accélérée pour soumettre des déclinatoires et moyens préliminaires, une partie peut, dans un délai maximum de 30 jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. La partie indique aussi précisément que possible les bases juridiques du déclinatoire ou du moyen. Le Tribunal, après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs observations, notifie aux parties, lors de la première session ou immédiatement après, sa décision sur le déclinatoire ou le moyen ». Il s'agit ainsi de pouvoir

⁴³ Règlement d'arbitrage du CIRDI, 2006, art. 41.5.

⁴⁴ Règlement d'arbitrage de la CCI, 2017, art. 22 ; Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage international de Singapour, 2016, art. 29 ; Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, 2017, art. 39.

⁴⁵ S. NATAF, « La détermination sommaire des demandes ou défenses manifestement infondées », *Revue de l'arbitrage*, 2019, n° 2, p. 365.

⁴⁶ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats) sur les travaux de sa trente-quatrième session*, 19 décembre 2017, A/CN.9/930/Rev.1, § 46.

⁴⁷ T. CIRDI, 6 juin 2008, *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, ARB/03/5, sentence sur le fond, § 11.

rejeter rapidement une « claim that is so obviously defective from a legal point of view »⁴⁸.

Les Etats défendeurs se sont rapidement emparés de cette innovation du Règlement d'arbitrage du CIRDI⁴⁹ et sa mise en œuvre est aujourd'hui bien installée dans la pratique contentieuse. Depuis son adoption en 2006, l'article 41.5 a été invoqué dans plus d'une quarantaine d'affaires (ce qui représente un peu plus de 5% des affaires enregistrées entre 2007 et 2021)⁵⁰. On remarquera que les cas dans lesquels une décision sur ce point a été rendue, le délai théorique de 60 jours après la constitution du tribunal est rarement respecté. Il serait en moyenne de l'ordre de 150 jours. Cette durée est justifiée par la volonté des tribunaux arbitraux de s'assurer que le souci de célérité ne conduise pas à une mauvaise administration de la justice. Ainsi, dans l'affaire *Global trading c. Ukraine*, un tribunal arbitral du CIRDI souligne qu'une « balance evidently has to be struck between the right (however qualified) given to the objecting party under Rule 41(5) to have a patently unmeritorious claim disposed of before unnecessary trouble and expense is incurred in defending it, and the duty of the tribunal to meet the requirements of due process »⁵¹. On voit ici qu'il y a un constant exercice d'équilibre pour les arbitres afin que la décision soit acceptable et apparaisse légitime pour les deux parties. Cette recherche de l'équilibre est évidemment un moyen de maintenir la confiance dans le système.

Les débats en cours relatifs à une nouvelle révision du Règlement d'arbitrage du CIRDI devraient permettre de préciser la procédure à suivre devant le tribunal arbitral, en prévoyant notamment que les écritures de la partie requérante devront indiquer les motifs sur lesquels l'objection est fondée, et inclure un exposé des faits pertinents, du droit et des arguments⁵².

2. Consignation de garanties pour le règlement éventuel des frais d'arbitrage (*Security for costs*)

La notion de *security for costs* (que l'on peut traduire par « garantie pour frais ») est une notion typique des systèmes de *common law*. Il s'agit, à un stade préliminaire de la procédure d'exiger d'une des parties qu'elle consigne une somme d'argent permettant d'assurer qu'une éventuelle décision défavorable à cette partie en matière de contribution aux frais de l'arbitrage puisse être exécutée. Il s'agit le plus souvent de demandes présentées par l'Etat défendeur contre

⁴⁸ T. CIRDI, 2 décembre 2014, *MOL Hungarian Oil and Gas Company PLC v. Republic of Croatia*, ARB/13/32, décision, § 44.

⁴⁹ Pour la première fois : T. CIRDI, 12 mai 2008, *Trans-Global Petroleum Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ARB/07/25, décision sur les objections présentées sur le fondement de la règle 41(5) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

⁵⁰ ICSID, *In Focus: Objections that a Claim Manifestly Lacks Legal Merit (ICSID Convention Arbitration Rule 41(5))*, March 2021, p. 1 : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/In%20Focus%20-%20Rule%2041.5_final%284.1%29.pdf>

⁵¹ T. CIRDI, 1^{er} décembre 2010, *Global Trading Resource and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ARB/09/11, sentence, § 34.

⁵² Secrétariat du CIRDI, *Propositions d'amendement des Règlements du CIRDI – Document de travail*, 2 août 2018, vol. 3 p. 175-180 ; Secrétariat du CIRDI, *Propositions d'amendement des Règlements du CIRDI – Document de travail*, mars 2019, vol. 1, p. 185-189.

l'investisseur. Dans le cadre du CIRDI, elles relèvent de la procédure des mesures conservatoires⁵³. Malgré des demandes antérieures, ce n'est qu'en 2014 qu'une telle ordonnance a été pour la première fois adoptée par un tribunal CIRDI⁵⁴. Outre les ressources financières de la partie à l'encontre de laquelle la mesure fut prise, c'est surtout le fait que le demandeur soit financé par un tiers et son comportement passé vis-à-vis d'ordonnances sur les coûts qui ont convaincu le tribunal. Les tribunaux CIRDI se montraient très réservés face à de telles demandes, relevant notamment qu'une décision relative à la garantie pour frais ne pouvait être qu'exceptionnelle⁵⁵.

Les demandes en ce sens sont de plus en plus fréquentes dans le contentieux de l'investissement et le besoin d'en préciser le régime apparaît clairement dans la mesure où plusieurs tribunaux ont pu générer une réelle incertitude concernant la possibilité même d'adopter de telles décisions⁵⁶. Ainsi, le secrétariat du CIRDI a proposé, lors des débats en cours pour réviser le règlement d'arbitrage de l'institution, d'introduire une disposition spécifique sur cette question. La proposition initiale traduisait l'idée selon laquelle les demandes de garantie pour frais sont d'origine étatique dans la mesure où le critère pour les ordonner était l'existence d'un risque que la partie visée ne puisse pas se conformer à une décision défavorable sur les coûts (malgré les coûts parfois élevés de la procédure, on imagine mal qu'un Etat puisse se trouver dans une telle situation). Les effets d'un tel critère qui apparaît très peu exigeant pourraient être significatifs en détournant potentiellement du CIRDI les entreprises de taille moyenne qui pourraient avoir du mal à faire face à une telle ordonnance⁵⁷. Elle apparaît surtout contestable dans les cas, pas absolument exceptionnels, où l'impécuniosité du demandeur résulte du comportement du défendeur contesté dans la procédure d'arbitrage. Ainsi, le texte final de la proposition de révision du règlement d'arbitrage du CIRDI intègre dans les critères d'évaluation, outre la capacité de celle-ci, la disposition de la partie à se conformer à une décision la condamnant à payer les frais, l'effet que la fourniture d'une garantie pourrait avoir sur la capacité de cette partie à poursuivre sa demande, ainsi que la conduite des parties⁵⁸.

3. Qui perd paie

On sait que dans le contentieux interétatique, le principe est que chacune des parties supporte ses propres frais. Dans l'arbitrage n'opposant pas deux Etats, la répartition des coûts est une question particulièrement sensible sur laquelle se

⁵³ Convention de Washington, 1965, art. 47 ; Règlement d'arbitrage du CIRDI, 2006, art. 39.

⁵⁴ T. CIRDI, 13 août 2014, *RSM Corporation v. Saint Lucia*, ARB/12/10, décision sur la demande de provision pour frais. La deuxième n'intervient qu'en 2018 devant la Cour permanente d'arbitrage : CPA, 20 juin 2018, *Manuel García Armas y otros c. La República Bolivariana de Venezuela*, n° 2016-08, ordonnance de procédure n° 9.

⁵⁵ T. CIRDI, 23 juin 2008, *Libananco Holdings Co Limited v. Republic of Turkey*, ARB/06/8, décision, § 57.

⁵⁶ T. CIRDI, 25 septembre 2001, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende v. Republic of Chile*, ARB/98/2, décision sur les mesures conservatoires, § 86.

⁵⁷ S. LUTRELL, « Observations on the Proposed new ICSID Regime for Security for Costs », *Journal of international Arbitration*, 2018, n° 3, p. 386.

⁵⁸ CIRDI, *Proposition d'amendement des règlements du CIRDI*, Document de travail n° 4, volume 2, février 2020, p. 61.

matérialise la distinction entre tradition continentale et tradition de *common law*. La règle selon laquelle le « perdant paie », issue de la tradition de *common law*, ne figure pas dans la convention de Washington ou le règlement d'arbitrage du CIRDI. Si la pratique des tribunaux est variée⁵⁹, la règle selon laquelle « costs follow the event » n'est pas sans influence. Ainsi, dans l'affaire *9Ren Holding c. Espagne*, un tribunal CIRDI a pu souligner que même dans les systèmes juridiques de *common law*, il ne s'agit pas de faire peser sur la partie qui n'a pas obtenu satisfaction l'intégralité du coût de la défense des intérêts de l'autre partie⁶⁰. Ainsi, « il ne suffit que le tribunal arbitral rejette les demandes de l'investisseur pour que l'Etat obtienne le remboursement des frais avancés pour sa défense. Inversement, il n'est pas suffisant que l'Etat soit condamné à indemniser le dommage subi par l'investisseur pour qu'il supporte tous les frais de ce dernier »⁶¹. Ce type de solution reflète l'approche de compromis retenue dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui énonce que « [l]es frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce »⁶². Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la charge sera importante pour la partie qui n'a pas obtenu satisfaction (par exemple en cas de grave inconduite de la part de cette partie).

Les développements relatifs aux frais de l'arbitrage peuvent parfois apparaître sévères. Dans l'affaire *Freif Eurowind c. Espagne*, un tribunal de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, a pu, d'une manière qui tranche avec la pratique habituelle dans le contentieux arbitral de l'investissement, affirmer que « [a]s Spain has succeeded in its defence of the merits of the case, and there are no circumstances in the Tribunal's view which should alter the principle that costs follow the event, the Tribunal exercises its discretion under the SCC Rules to award Spain all of its legal fees and expenses, and its share of the costs of the Arbitration »⁶³. Le tribunal ajoute que le fait d'avoir rejeté deux des trois exceptions préliminaires invoquées par l'Espagne ne modifie pas son opinion selon laquelle le défendeur est la partie ayant gagné la procédure⁶⁴. Une telle décision est plutôt inhabituelle, et correspond plutôt aux hypothèses dans lesquelles la partie ayant été déboutée de ses demandes apparaît avoir été d'une particulière mauvaise foi. On peut voir notamment la sanction d'un demandeur ayant persisté à présenter des demandes sur le fondement de documents falsifiés qui ne doit supporter « que » 75% des dépenses du défendeur et l'intégralité des avances faites au CIRDI⁶⁵. De même, toujours dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, un investisseur dont la demande a été rejetée comme manifestement dénuée de

⁵⁹ T. CIRDI, 3 juin 2021, *Infinito Gold Ltd v. Republic of Costa Rica*, ARB/14/5, sentence, § 796.

⁶⁰ T. CIRDI, 31 mai 2019, *9Ren Holding S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, ARB/15/15, sentence, § 443.

⁶¹ M. RAUX, « La charge des coûts de l'arbitrage dans la jurisprudence du CIRDI », *Les Cahiers de l'arbitrage - Gazette du Palais*, 14-15 décembre 2007, p. 29.

⁶² Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 42.1 .

⁶³ SCC, 8 mars 2021, *Freif Eurowind Holdings Ltd. (United Kingdom) v. Kingdom of Spain*, V 2017/060, sentence finale, § 667.

⁶⁴ *Ibid.*, § 685.

⁶⁵ T. CIRDI, 6 décembre 2016, *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Indonesia*, ARB/12/14 et 12/20, sentence.

fondement juridique (art. 41.5) a vu le tribunal ne mettre à sa charge « que » 90% des dépenses du défendeur⁶⁶.

B. La gestion du temps : l'administration de la preuve

Dans l'arbitrage d'investissement, comme dans l'arbitrage commercial, la méthode de la pendule d'échec s'est imposée. Elle permet de respecter un équilibre entre les parties et de maîtriser au mieux la durée de la procédure⁶⁷. L'administration de la preuve est un élément essentiel dans la gestion du temps par le tribunal et les parties. Elle est aussi un marqueur important de l'attachement à un système de *common law* ou continental. On sait que dans la tradition de *common law*, l'administration de la preuve incombe presque exclusivement aux parties à l'instance, tandis que dans la tradition continentale, le tiers impartial juge exerce un rôle beaucoup plus actif. La distinction entraîne des conséquences en matière de production de documents (1), d'audition de témoins (2) ainsi que de recours aux experts (3).

1. La production de documents

La production de documents peut générer des difficultés importantes dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. Il existe sur cette question des approches propres aux systèmes de *common law* et de droit continental⁶⁸. La procédure de *discovery* (aux Etats-Unis) ou de *disclosure* (au Royaume-Uni) consiste à demander la production de tout document susceptible d'avoir un lien avec la procédure contentieuse en cours. Une telle procédure expose les parties à une charge extrêmement lourde. Une demande de documents devant les juridictions américaines peut être formulée de manière extrêmement large du type « présentez tous les documents relatifs à vos relations avec la société X entre telle date et telle date ». Ainsi, dans le cadre de l'arbitrage international, la procédure de *discovery* n'est jamais mobilisée dans sa forme la plus radicale. Il apparaît que la production de documents dans l'arbitrage international est un des exemples les plus nets d'hybridation des traditions de droit civil et de *common law*⁶⁹.

Dans les pays de tradition civiliste, une partie ne peut obtenir la production d'un document entre les mains de l'autre partie qu'à la condition de prouver que le document est pertinent au regard des faits allégués pour assurer le règlement du différend. Il est évidemment possible, pour la partie qui détient le document, de s'opposer à la transmission de celui-ci si celle-ci apparaît déraisonnable. Une voie médiane consiste à permettre aux arbitres d'ordonner la production de documents

⁶⁶ T. CIRDI, 6 avril 2020, *Lotus Holding Anonim Sirketi v. Republic of Turkmenistan*, ARB/17/30, sentence, § 213.

⁶⁷ T. CIRDI, 11 février 2020, *Michael Anthony Lee-Chin v. The Dominican Republic*, UNCT/18.3, ordonnance de procédure n° 3, § 10 ; T. CIRDI, 6 août 2019 (amendée le 18 février 2021), *The Lopez-Goyne Family Trust and others v. Republic of Nicaragua*, ARB/17/44, ordonnance de procédure n° 1, § 23.5.

⁶⁸ P. TERCIER, T. BERSHEDA, « Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint », in M. WIRTH, C. ROUVINEZ, J. KNOLL (eds.), *The Search for the « Truth » in Arbitration: Is Finding the Truth What Dispute Resolution is About?*, Huntington, 2011, pp. 77-102.

⁶⁹ G. KAUFMANN-KOHLER, « Globalization of Arbitral Procedure », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1325.

par une partie à la demande d'une autre partie, mais à la condition que cela ne soit pas une « pêche aux documents » dont le demandeur ne sait pas même s'ils existent. Les règles de l'International Bar Association (IBA) visent à incarner cette voie médiane⁷⁰. Elles prévoient qu'une partie peut soumettre à l'arbitre une requête aux fins de production de documents (*request to produce*). Il s'agit de désigner un document spécifique ou une catégorie étroite et spécifique de documents dont il est raisonnable de penser qu'ils existent et seraient en possession de la partie adverse. La partie doit également indiquer en quoi le document dont la production est requise est pertinent pour l'examen et le règlement du différend⁷¹. « That standard may sound restrictive to the American ear, and simply reasonable to an English lawyer, but it is far broader than any Continental civil law system uses for domestic litigation, and represents an important compromise between the perspectives of the two systems »⁷². Il est fréquent que les règles de l'IBA relatives à l'administration de la preuve servent de cadre pour cette question. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *CMC Muratori c. Mozambique*, un tribunal arbitral CIRDI souligne qu'en cas de désaccord entre les parties sur les modalités de production de documents, il sera attendu d'elles qu'elles se réfèrent aux règles pertinentes établies par l'IBA⁷³.

La manière dont les documents sont mobilisés varie dans les systèmes de *common law* ou de droit civil. Il est assez classique de considérer que dans les systèmes de *common law*, en l'absence de témoignage, la preuve est fragile, souvent faible. En revanche dans les systèmes civilistes, la meilleure preuve est établie par des documents. Cela explique la place distincte des auditions de témoins dans les deux traditions.

2. Direct examination / cross examination

Dans l'imaginaire collectif, le procès dans les systèmes de *common law*, est marqué par les mécanismes de *cross examination*. Il s'agit, on le sait de la possibilité pour une partie d'interroger un témoin présenté par l'autre partie alors que celui-ci a été au préalable interrogé par la partie qui a demandé son audition (*direct examination*). Cette pratique s'est largement développée dans l'arbitrage international mais connaît des adaptations qui traduisent bien l'idée d'hybridation⁷⁴. S'il apparaît que dans l'arbitrage commercial international les témoins ne sont pas tenus de prêter serment, le règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit qu'avant « de témoigner, tout témoin fait la déclaration suivante : "Je m'engage solennellement, sur mon honneur et sur ma conscience, à dire la

⁷⁰ P. ASHFORD, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, - A Guide*, Cambridge University Press, 2013, 180 pages.

⁷¹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 17 décembre 2020, art. 3.3.

⁷² S. H. ELSING, J. M. TOWNSEND, « Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration », *Arbitration International*, 2002, n° 1, p. 61.

⁷³ T. CIRDI, 22 mai 2018, *CMC Muratori Cementisti CMC Di Ravenna SOC. Coop., CMC Muratori Cementisti CMC Di Ravenna SOC. Coop. A.R.L. Maputo Branch and CMC Africa Austral, LDA v. Republic of Mozambique*, ARB/17/23, ordonnance de procédure n° 2, § 4.

⁷⁴ P. ROSHER, « Le contre-interrogatoire dans l'arbitrage international – Cross-Examination in international arbitration », *RDAI/IBLJ*, 2017, n° 3, p. 203.

vérité, toute la vérité et rien que la vérité" »⁷⁵. En outre, mais cela est sans doute variable d'une instance à l'autre, les phases de *cross examination* apparaissent moins frontales que dans une procédure interne dans un pays de *common law*. Dans le déroulement d'un arbitrage d'investissement, il n'est pas rare que le cadre de la *cross examination* soit spécifiquement défini par le tribunal dans une ordonnance⁷⁶. Ces ordonnances démontrent fréquemment la volonté d'hybridation entre une procédure continentale fondée sur les documents et une procédure de *common law* fondée sur les témoignages⁷⁷.

Il existerait des tensions autour de la *cross examination* dans l'arbitrage. Il est certain qu'elle peut conduire à rallonger inutilement une procédure arbitrale (problème de disponibilité des acteurs – arbitres, conseils, parties, coût). Cette tension se manifeste dans l'opposition souvent soulignée entre les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international et les Règles de Prague sur la conduite efficace des procédures arbitrales internationales. Bien que les règles de l'IBA soient régulièrement présentées comme un texte de compromis entre les deux traditions juridiques⁷⁸, celles-ci ont pu être perçues comme trop orientées vers la tradition de *common law*. Ainsi, l'article 4 prévoit qu'un témoin a l'obligation de se présenter à l'audience et qu'à défaut, sauf circonstances exceptionnelles, le témoignage écrit devra être écarté⁷⁹. Les règles de Prague, présentées comme plus sensibles à la tradition civiliste visent à réduire les coûts et la durée de l'arbitrage en laissant une plus grande marge de manœuvre aux arbitres dans la gestion de l'arbitrage. En matière de témoignage, elles prévoient que le tribunal a le pouvoir de décider quels témoins seront présents lors des audiences. Il est ainsi possible de ne pas faire appel à un témoin si le témoignage oral apparaît non nécessaire⁸⁰. Il n'est pas certain que cette contradiction entre les règles de l'IBA et les *Prague Rules* entraîne de grandes conséquences sur l'arbitrage d'investissement dans la mesure où il est constant que les règles IBA ne lient pas les tribunaux arbitraux et peuvent être appliquées avec une grande souplesse⁸¹. Ainsi, certains tribunaux arbitraux appliquant les règles IBA ont pu considérer qu'un témoignage écrit sans que le témoin se présente à l'audience pouvait être maintenu dans la procédure, sans que le tribunal ait même à s'interroger sur la raison de l'absence à l'audience⁸². Cela donne un certain crédit

⁷⁵ Règlement d'arbitrage du CIRDI, art. 35.2.

⁷⁶ T. CIRDI, 18 mars 2010, *Giovanna A Beccara and others v. The Argentine Republic*, ARB/07/5, ordonnance de procédure n° 4.

⁷⁷ T. CIRDI, 27 janvier 2015, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ARB/14/21, ordonnance de procédure n° 1, § 19 et même affaire, 4 août 2016, ordonnance de procédure n° 8.

⁷⁸ G. KAUFMANN-KOHLER, « Globalization of Arbitral Procedure », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1323.

⁷⁹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 17 décembre 2020, art. 4.7.

⁸⁰ Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules), 14 décembre 2018, art. 5.

⁸¹ T. CIRDI, 6 mars 2017, *ACP Axos Capital GmbH v. Republic of Kosovo*, ARB/15/22, ordonnance de procédure n° 2, p. 1.

⁸² T. CIRDI, 18 avril 2019, *CMC Muratori Cementisti CMC Di Ravenna SOC. Coop., CMC Muratori Cementisti CMC Di Ravenna SOC. Coop. A.R.L. Maputo Branch and CMC Africa Austral, LDA v. Republic of Mozambique*, ARB/17/23, ordonnance de procédure n° 7, § 11.

aux auteurs estimant que l'adoption des *Prague Rules* était inutile⁸³, mais on doit souligner qu'en marquant clairement une certaine autonomie des arbitres vis-à-vis des parties à l'arbitrage, ces règles permettent plus directement une véritable gestion de l'arbitrage par le tribunal. En pratique, une approche convergente consiste à soumettre préalablement par écrit les témoignages, les audiences permettant de se concentrer sur les points essentiels du témoignage et la possibilité de poser des questions aux témoins. Cela présente l'avantage de réduire la durée des audiences. On retrouve une logique assez analogue en matière de recours aux experts.

3. Recours aux experts

Dans les systèmes anglo-saxons, la pratique usuelle consiste, pour chacune des parties à l'instance, à recourir à un expert. Lorsque les expertises se contredisent, ce sera au tribunal de déterminer celle qui est la plus convaincante. Par contraste, dans les systèmes continentaux le tribunal nomme ses propres experts. La pratique convergente, que l'on constate fréquemment dans l'arbitrage international consiste à utiliser les deux approches. Les tribunaux arbitraux internationaux s'attendent à entendre les experts (ou rapports d'expertise) présentés par les parties et face à des expertises contradictoires, il sera possible pour les arbitres de nommer un expert du tribunal. Le rapport remis par cet expert du tribunal sera évidemment versé au débat contradictoire. En pratique, le recours aux experts par les tribunaux arbitraux d'investissement vise le plus souvent à obtenir des explications relatives à des règles de droit local de l'Etat d'accueil de l'investissement. Les développements relatifs à la preuve peuvent être ici largement transposés.

CONCLUSION

On voit à travers ce bref tour d'horizon de l'arbitrage en matière d'investissement que les emprunts au droit continental et au *common law* que les arbitres, plus qu'un rattachement exclusif à un système, recherchent de manière pragmatique à renforcer l'efficacité de leur mission. Il est indéniable que la confiance de la communauté des « usagers » de l'arbitrage est une donnée fondamentale. Les choix faits ou orientations données par les tribunaux arbitraux traduisent ce souci constant de préservation de l'intégrité⁸⁴ de l'arbitrage d'investissement.

Il est peu probable que les approches continentale et de *common law* puissent être parfaitement fusionnées dans le cadre d'une procédure arbitrale. Ce ne serait d'ailleurs sans doute pas même souhaitable. On le sait, une des grandes forces de l'arbitrage est sa flexibilité procédurale, c'est donc sans doute dans cette dimension que l'hybridation est la plus nettement exprimée. Il serait tout à fait

⁸³ M. KOCUR, « Why Lawyers from Civil Law Jurisdiction Do Not Need the Prague Rules », Kluwer Arbitration Blog, 19 août 2018 <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/19/why-lawyers-from-civil-law-jurisdictions-do-not-need-the-prague-rules/>>.

⁸⁴ Il est fréquent que cette notion d'intégrité de l'arbitrage soit mobilisée dans l'examen des procédures d'annulation d'une sentence CIRDI. Voir notamment COMITÉ AD HOC CIRDI, 28 mai 2021, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ARB/08/6, décision sur la demande d'annulation, § 98.

possible d'aller au-delà de la dimension procédurale que nous avons exposée. Sur des règles de fond, des divergences persistent sur certains points qui nuisent à la prévisibilité du recours à l'arbitrage. On pourra penser notamment à la détermination du droit applicable en l'absence de choix opéré par les parties, à la détermination de la nationalité des investisseurs personnes morales ou encore à la mobilisation de la doctrine des *clean hands* qui relève de la *common law* et dont les conséquences peuvent apparaître variables⁸⁵.

Il apparaît, si l'on entend établir un bilan des évolutions procédurales de l'arbitrage d'investissement que la réception de notions, pratiques et mécanismes issus de systèmes de *common law* se développe. Mais ces développements rencontrent des limites dictées semble-t-il par les irréductibles spécificités (notamment financières) de l'arbitrage en tant que système de règlement des différends. Dès lors, l'hybridation reste de mise et il ne saurait être conclu que l'arbitrage serait aujourd'hui totalement dominé par l'héritage de *common law*. Cette hybridation guidée par un souci de maintien de la confiance des usagers de l'arbitrage d'investissement est complétée par un souci de renforcer l'acceptabilité de ce type de procédure de règlement des différends au-delà de la communauté de ses usagers. On pense évidemment au développement de la transparence dans l'arbitrage d'investissement qui, comme pour les éléments que nous avons présentés, est largement traversé par des lignes de fracture entre cultures continentale et de *common law*⁸⁶.

⁸⁵ T. CIRDI, 15 avril 2009, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ARB/06/05, sentence, §§ 106 et 145.

⁸⁶ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, New York, 10 décembre 2014 (entrée en vigueur le 18 octobre 2017) ; Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (entré en vigueur le 1^{er} avril 2014).

LA RECHERCHE D'UN SYNCRÉTISME
ENTRE TRADITION CONTINENTALE ET TRADITION DE *COMMON LAW*
DEVANT LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES,
SOURCE DE CONFIANCE OU CAUSE D'UNE NOUVELLE DÉFIANCE
ENTRE LES ACTEURS DE L'INSTANCE ?

WILLIAM SCHABAS

PARIS 1919 ET NUREMBERG 1945

Bien qu'il y ait eu des suggestions de poursuites pénales internationales pour crimes de guerre et crime d'agression au cours des dernières décennies du XIXe siècle¹, des discussions sérieuses au niveau international au sujet de la création de tribunaux pénaux internationaux n'ont commencé que pendant la Première Guerre mondiale. Les archives diplomatiques françaises, à La Courneuve, contiennent ce qui est probablement le premier projet de statut d'un tribunal pénal international rédigé par un gouvernement. En 1916, le Ministère français des Affaires étrangères a préparé deux projets de statut, l'un pour un tribunal à créer par la Grande-Bretagne et la France, et l'autre de nature multilatérale. On a prévu un procès devant jury composé de parlementaires des Etats participants. Une condamnation par contumace était possible. L'article IX du projet du tribunal bilatéral se lit comme suit : « La procédure devant la Cour ainsi que la procédure d'exécution des condamnations sera réglée d'accord par les deux Gouvernements. Elle tiendra compte des principes généraux du droit public des deux pays et assurera à l'accusé les garanties essentielles d'une bonne justice »². La difficulté évidente, que les rédacteurs des deux statuts n'ont pas confrontée, est que les principes généraux des deux principaux systèmes en termes de procédure et de preuve ne sont pas les mêmes.

Le débat sur la création d'un tribunal pénal international a été repris dès la conclusion de l'armistice du 11 novembre 1918. Deux éminents juristes français, Ferdinand Larnaude et Alfred Gouffre de la Pradelle, ont proposé la création d'un tribunal international afin de juger l'Empereur Guillaume II, qui avait trouvé

¹ B. E. BROCKMAN-HAWE, « Punishing Warmongers for Their Mad and Criminal Projects - Bismarck's Proposal for an International Criminal Court to Assign Responsibility for the Franco-Prussian War », *Tulsa Law Journal*, 2017, vol. 52, p. 241 ; C. K. HALL, « Première proposition de création d'une cour criminelle internationale », *Revue internationale de la Croix rouge*, 1998, n°829, p. 59.

² Projet de convention entre tous les pays alliés/Projet de convention entre la France et la Grande Bretagne, août 1916, Série A, Paix, A-1025-3.

Version pour accord
29 août 2022

l'asile aux Pays-Bas. Leur étude a fortement impressionné Georges Clémenceau, qui l'a fait distribuer aux délégués de la Conférence de paix en janvier 1919. Larnaude et de la Pradelle ont examiné le droit applicable en grand détail, mais au sujet de la procédure ils n'avaient que des remarques sommaires : « Quelle procédure suivra le Tribunal ? Il la déterminera lui-même »³. A Londres, en préparation for the Conférence de Paix, une commission gouvernementale a également examiné la question de la création d'un tribunal international. Elle a discuté de la procédure à suivre, compte tenu des différences d'approche du système inquisitoire des Français et du système accusatoire des Anglais et des Américains. « Il est suggéré que ni l'un ni l'autre ne soit strictement respecté », a déclaré la sous-commission. « La procédure doit être aussi simple que possible, conformément à la justice pour l'accusé ». Les experts britanniques ont reconnu l'impossibilité d'appliquer les règles de preuve anglaises à des procédures où la majorité des juges ne les connaîtrait pas⁴.

Aucune attention sérieuse ne semble avoir été accordée aux questions de la procédure à suivre et de la recevabilité de la preuve par un tribunal pénal international lors des séances de la Commission des responsabilités qui s'est réunie à Paris au cours des premiers mois de la Conférence de paix, en 1919. La plupart des membres de la Commission étaient des internationalistes plutôt que des pénalistes. Vraisemblablement, ils pensaient que la procédure pénale était une question technique pour laquelle des solutions pratiques pouvaient être facilement trouvées. Le Rapport adopté en mars 1919 par la Commission proposait la création d'un « Haut-Tribunal » composé de membres nommés par la Belgique, les États-Unis, l'Empire britannique, la France, la Grèce, l'Italie, le Japon, la Pologne, le Portugal, la Roumaine, la Serbie et la Tchécoslovaquie. Selon le Rapport, « [l]e Haut-Tribunal statuera d'après "les principes du droit des gens, tel qu'il résulte des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique" ». Au sujet de la procédure pénale, la solution proposée dans le Rapport était lapidaire : « Le Haut-Tribunal réglera sa procédure »⁵. En tout état de cause, aucun tribunal n'a été créé et le problème de procédure ne s'est donc pas posé.

Les questions liées à la procédure et à la preuve en droit pénal n'ont cependant pas été ignorées par la Conférence de Londres, où la Charte du Tribunal militaire international a été négociée en juin, juillet et août 1945. Il est de notoriété publique que les Britanniques étaient opposés à un procès. En réponse à une demande de Churchill lui-même, les autorités britanniques ont même préparé une liste de dirigeants allemands et italiens qui devaient être sommairement exécutés. Jusqu'en avril 1945, avec un argument de procédure, ils mettaient en garde les Américains contre les problèmes liés à un procès international : « Et si dans la

³ F. LARNAUDE, A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, « Examen de la responsabilité pénale de l'Empereur Guillaume II de l'Allemagne », *Journal du droit international*, 1919, vol. 46, p. 157.

⁴ « Report of Special Sub-Committee on Law », in *First Interim Report from the Committee of Enquiry into Breaches of the Laws of War*, 13 January 1919, TNA CAB/24/111, pp. 95-99, à la p. 99.

⁵ « Rapport présenté à la Conférence des préliminaires de paix par la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions », in *Recueil des actes de la Conférence*, Partie IV (B) 2, Paris : Imprimerie nationale, 1922, pp. 161-237, aux pp.176-177.

procédure compliquée et nouvelle qu'un tel procès est amené à adopter – car il faut en quelque sorte amalgamer les idées russe, américaine et britannique – la défense obtenait un point inattendu, le procès ne risque-t-il pas d'être dénoncé comme une farce ? »⁶. Une exécution sans jugement préalable était certainement plus efficace, même si elle était difficilement conciliable avec les principes de la *common law*. Heureusement, les Britanniques se sont finalement ralliés à la position américaine et soviétique en faveur d'un procès international.

Dans son rapport au président Truman sur la Conférence de Londres, Robert Jackson a noté que les quatre Etats présents aux négociations de la Charte du Tribunal représentaient « la divergence maximale dans les concepts et traditions susceptibles de se retrouver chez les nations occidentales ». Selon Jackson, le Royaume-Uni et les Etats-Unis « sont connus pour la *common law*, avec quelques variations entre leurs procédures » tandis que la France et l'Union soviétique « utilisent des variantes de ce que l'on peut généralement appeler le système continental ». Cependant, « entre la pratique française et soviétique, il existe des variations importantes, occasionnées peut-être par les dérivations différentes des deux systèmes, le français ayant ses racines dans le droit romain de l'Empire d'Occident et le Russe ayant été influencé par les idées romaines principalement de l'Empire d'Orient en passant par Byzance »⁷. Jackson a mentionné quelques difficultés avec les Soviétiques, mais il n'a pas fait état de problèmes particuliers avec les Français. Une complication supplémentaire fut la participation d'avocats allemands agissant en défense, qui avaient leurs propres traditions judiciaires.

Lors de la session du 17 juillet 1945 de la Conférence de Londres, Jackson, Maxwell Fyfe, Nikitchenko, Trainin, Gros et Falco se sont livrés à un échange passionnant sur leurs systèmes respectifs de procédure pénale. Gros a qualifié la *common law* de « système peut-être plus combatif et sportif ». Jackson a insisté sur le fait qu'il ne défendait pas les vertus de la *common law* : « Je pense qu'il y a un grand mérite dans votre système, et dans le nôtre, et le nôtre est abusé parfois par les poursuites et parfois par les accusés. Mais nous devons trouver un terrain d'entente ici »⁸.

Jackson a estimé que le modèle procédural hybride adopté par le Tribunal avait été un grand succès. Selon lui, la Charte a fait ses preuves lors d'un long procès ayant donné lieu à l'examen de questions complexes, traitées conjointement par des avocats de cinq nations, « avec une absence surprenante de friction et de controverse sur la procédure »⁹.

⁶ « Aide-Memoire from the United Kingdom, April 23, 1945 », in *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Washington: U.S. Government Printing Office, 1949, pp. 18-20, à la p. 19.

⁷ R. H. JACKSON, « Preface » in *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Washington: U.S. Government Printing Office, 1949, pp. v-xi, à la p. v.

⁸ « Minutes of Conference Session of July 17, 1945 », in *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Washington: U.S. Government Printing Office, 1949, pp. 262-272.

⁹ *Id.*

I. LES TRIBUNAUX AD HOC

Si ces premières expériences de justice internationale à la Conférence de paix de Paris et à Nuremberg ont été marquées par une approche relativement sereine des différences procédurales ancrées dans les traditions judiciaires, il n'en va pas de même de la période moderne. Lorsque le Conseil de sécurité a créé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en mai 1993, il a laissé les questions de procédure pour décision par les juges eux-mêmes. Le premier véritable choc des cultures judiciaires semble avoir eu lieu lors des réunions préliminaires de la plénière des juges du Tribunal, au cours desquelles le Règlement de procédure et de preuve a été élaboré. La juge américaine, Gabrielle McDonald, a pris l'initiative avec un projet détaillé préparé par l'American Bar Association qui n'a pas vraiment tenté d'intégrer des éléments d'autres traditions juridiques¹⁰. Le juge McDonald a déclaré plus tard à un journaliste américain : « Je suppose que je jouais le rôle américain typique – nous savons tout, nous contrôlons tout »¹¹.

Ce ne sont pas seulement les Règles de procédure et de preuve qui ont manifesté l'extraordinaire influence des approches américaines à l'égard la justice pénale. Washington a également fourni toute une cohorte d'avocats expérimentés, la plupart issus du système de justice militaire, qui ont influencé la pratique des poursuites. La deuxième procureure du Tribunal, Louise Arbour, a commenté franchement ce phénomène après la fin de son mandat :

« Vous savez, quand vous travaillez au sein d'une institution, vous lui donnez une culture. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie était à l'origine composé de vingt-cinq avocats américains qui ont fait don de leur temps pendant quelques années. De nombreux pays européens ont été indignés par le grand nombre d'Américains et ont estimé que les Etats-Unis avaient fondamentalement détourné l'institution culturellement. Et c'était le cas, dans une large mesure. C'était une juridiction de droit commun, et la façon de faire des affaires était très nord-américaine parce que les Américains étaient là dès le premier jour »¹².

En règle générale, néanmoins, l'expérience au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de la combinaison d'approches de différents systèmes juridiques, principalement ceux de la *common law* et de l'Europe continentale (appelés diversement « droit civil » et « droit romano-germanique »), a été fondamentalement couronnée de succès. Le phénomène a parfois été évoqué dans des jugements. Dans l'arrêt *Erdemović*, le juge Antonio Cassese de la Chambre d'appel du Tribunal a écrit :

« La procédure pénale internationale est le produit de la décantation progressive des concepts et des règles pénaux internes dans le réceptacle international. La procédure pénale internationale ne découle cependant pas d'un corpus de droit uniforme. Dans une large mesure, elle découle de la fusion de deux systèmes juridiques différents, celui des pays relevant de la common law et celui

¹⁰ M. C. BASSIOUNI, P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson, New York: Transnational Publishers, 1996, p. 863.

¹¹ « Judging Tadić », *The American Lawyer*, September 1995, p. 63.

¹² L. ARBOUR, « Crimes against Women under International Law », *Berkeley Journal of International Law*, 2003, vol. 21, p. 209.

des pays de droit romain (même si, pour des raisons historiques, on observe à l'heure actuelle au plan international un déséquilibre très net en faveur du système de common law.) Il est donc tout naturel que les procédures pénales internationales ne privilégient pas la philosophie sous-tendant l'un des deux systèmes pénaux internes au détriment de l'autre ; elles n'entraînent pas non plus la juxtaposition d'éléments appartenant aux deux systèmes. Elles opèrent plutôt la combinaison et la fusion, généralement de façon assez satisfaisante, entre le système contradictoire ou accusatoire (qui prévaut dans les pays de common law) et un certain nombre de caractéristiques importantes du système inquisitoire (repris surtout dans les Etats de l'Europe continentale et dans d'autres pays relevant de la tradition de droit romain). Cette combinaison ou cet amalgame est unique et génère une logique juridique qui est sensiblement différente de celle de chacun des deux systèmes pénaux internes : la philosophie qui sous-tend les procès internationaux est toute autre que celle existant dans chacun de ces systèmes nationaux. Aussi le Statut et le Règlement du Tribunal International, en esquisant les procédures pénales utilisées devant les Chambres de première instance et la Chambre d'appel, ne se réfèrent-ils pas à une approche pénale nationale en particulier mais partent du système accusatoire (ou contradictoire) et l'adaptent aux procédures internationales, tout en retenant certains éléments du système inquisitoire »¹³.

L'une des questions controversées à l'époque concernait la possibilité de procédures par contumace, que le projet américain rejetait entièrement. Les juristes continentaux étaient beaucoup plus à l'aise avec de tels procès en l'absence de l'accusé. De plus, ils ont avancé de solides arguments sur le plan politique, fondés sur une croyance (assez répandue à l'époque) qu'il serait pratiquement impossible d'appréhender des suspects. Au cours de ses premières années, le Tribunal a adopté une forme de procédure par contumace par le biais d'une disposition des Règles de procédure et de preuve¹⁴, mais celle-ci a rapidement été abandonnée lorsque la prison de La Haye a commencé à se remplir. Dans une évaluation de son mandat comme procureur du Tribunal, Louise Arbour a déclaré que cette procédure était « nuisible » à ses activités¹⁵.

L'influence des différentes traditions ne s'est pas manifestée de la même manière dans les autres tribunaux pénaux internationaux ad hoc. Le contraste est assez net lorsque la Cour spéciale pour la Sierra Leone est comparée au Tribunal spécial pour le Liban. Les influences de droit anglais sont très évidentes pour la

¹³ TPIY, *Le Procureur c. Erdemović* (IT-96-22), Opinion individuelle et dissidente de M. le juge Cassese, 7 octobre 1997, para. 4.

¹⁴ F. PATEL KING, « Public Disclosure in Rule 61 Proceedings Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *New York University Journal of International Law and Policy*, 1997, vol. 29, pp. 523 et s. ; M. THIEROFF, E. A. AMLEY JR., « Proceeding to Justice and Accountability in the Balkans: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rule 61 », *Yale Journal of International Law*, 1998, vol. 23, pp. 231 et s. ; B. T. HILDRETH, « Hunting the Hunters : The United Nations Unleashes its Latest Weapon in the Fight against Fugitive War Crimes Suspects – Rule 61 », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1998, vol. 6, pp. 499 et s. ; A. L. QUINTAL, « Rule 61: The 'Voice of the Victims' Screams Out for Justice », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, vol. 36, pp. 723 et s.

¹⁵ L. ARBOUR, « The Crucial Years », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, p. 397 et p. 399.

première tandis que ce sont les influences françaises qui dominent pour le second. On pourrait dire que ces Tribunaux reflètent l'histoire coloniale des deux pays. A tout le moins, la variation suggère qu'il est incorrect de parler d'un seul modèle de procédure pénale internationale établi.

II. LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

C'est à la Cour pénale internationale que le système de procédure pénale internationale est le plus sophistiqué. Outre le Statut de Rome, d'autres instruments complètent les normes procédurales applicables : le Règlement de procédure et de preuve et le Règlement de la Cour. Les travaux préparatoires sont généralement disponibles, fournissant un compte rendu assez complet des efforts pour trouver un compromis entre des Etats ayant une grande variété de traditions juridiques et de cultures. Le Statut de Rome manifeste clairement l'influence des approches contradictoire et inquisitoriale. Par exemple, l'influence de la tradition continentale peut être trouvée à l'article 54(2), où le Procureur est tenu d'enquêter à charge et à décharge. Selon certains auteurs, le but de l'article 54(2) est de « build a bridge between the adversarial common law approach to the role of the Prosecutor and the role of the investigating judge in certain civil law systems »¹⁶.

Dans une décision récente, la juge Ibañez a décrit la procédure pénale en vertu du système du Statut de Rome comme étant *sui generis*. Elle constate que le régime procédural de la Cour comprend des principes fondamentaux issus de toutes les cultures juridiques, y compris le droit commun et le droit civil. Selon elle, le système de la Cour pénale internationale prévoit des procédures pénales qui ne sont pas absolument contradictoires entre l'accusation et la défense, car les victimes ont qualité pour exposer leurs points de vue et préoccupations sur la base des preuves, et demander réparation dans le cadre de ces procédures. Pour la juge Ibañez, le Statut de Rome affirme que le but des poursuites pénales est triple : parvenir à une décision définitive sur (i) la vérité, (ii) la responsabilité de l'accusé et (iii) l'indemnisation des victimes¹⁷.

Un domaine où les négociations se sont avérées assez difficiles concernait l'article 65, en vertu duquel un accusé peut avouer sa culpabilité. Il s'agit de dispositions relativement longues et complexes, reflétant les nombreuses préoccupations qui ont été exprimées. Il s'agissait de bien encadrer la procédure d'aveu afin de rassurer les délégations qui craignaient qu'un tel mécanisme ne conduise à des abus. Dans de nombreuses juridictions de *common law*, un plaidoyer de culpabilité fait partie d'un processus de négociation mené par le procureur de la poursuite et l'avocat de la défense. En échange d'un plaidoyer de culpabilité de la part du défendeur, le procureur peut accepter d'abandonner la plus grave des accusations ainsi que de faire une recommandation commune, avec

¹⁶ M. BERGSMO, O. BEKOU, « Article 54 », in K. AMBOS (dir.), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-article Commentary*, 4^e éd., Munich/Oxford/Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos, 2021, pp. 1644-1657, à la p. 1645.

¹⁷ CPI, *Procureur c. Gbagbo et al.* (ICC-02/11-01/15), Dissenting Opinion of Judge Luz del Carmen Ibañez Carranza to the Judgment on the appeal of the Prosecutor against the oral verdict of Trial Chamber 1 of 15 January 2019 with written reasons issued on 16 July 2019, para. 60.

l'avocat de l'accusé, au tribunal quant à la peine. De nombreux juristes de tradition continentale se méfient profondément d'un tel mécanisme qui, selon eux, va à l'encontre du but de la justice qui est de rechercher la vérité. Ils ne savent peut-être pas que de nombreux avocats de *common law* critiquent aussi profondément les abus d'un tel système¹⁸. Lorsque le texte de l'article 65 était négocié pendant les sessions du Comité préparatoire en 1997, le Canada a proposé d'ajouter au texte le dernier paragraphe : « Toute discussion entre le Procureur et la défense relative à la modification des chefs d'accusation, à l'aveu de culpabilité ou à la peine à prononcer n'engage pas la Cour ». Le Canada a présenté cela comme une forme de concession, et cela a semblé satisfaire la délégation française lorsqu'elle a accepté le texte final. La France n'a pas semblé comprendre que dans les soi-disant négociations de plaidoyer avec les tribunaux contradictoires, les discussions entre le procureur de la poursuite et l'avocat de la défense ne peuvent jamais lier le tribunal.

Les condamnations fondées sur des plaidoyers de culpabilité n'étaient pas rares au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et, dans une moindre mesure, au Tribunal pénal international pour le Rwanda. Cependant, à la Cour pénale internationale, ils n'ont été appliqués que dans un seul cas¹⁹. La vérité sur ce qui s'est passé dans cette affaire, qui avait trait à la destruction de monuments religieux, n'était pas vraiment controversée. Mais en plaidant coupable, l'accusé a omis d'invoquer des arguments juridiques sérieux qui auraient pu aboutir à un acquittement²⁰.

Il y a eu de fréquents différends au sujet de l'admissibilité de la preuve. Dans le système accusatoire, où les règles sont conçues en pensant aux jurés non professionnels, les preuves sont admises pièce par pièce sous réserve de contestation quant à leur admissibilité. Dans le système inquisitoire, où les procès se déroulent plus fréquemment devant des juges professionnels, les règles de recevabilité des preuves sont plus souples et tolérantes. Les juges de la Cour ont fréquemment décrit les règles de preuve comme étant un hybride des deux systèmes²¹. C'est ainsi que la Chambre d'appel a parlé de l'article 69(4) du Statut de Rome, qui se lit comme suit : « La Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet

¹⁸ Par exemple, S. J. SCHULHOFER, « Plea Bargaining as Disaster », *Yale Law Journal*, 1992, vol. 101, pp. 1979 et s. ; A. W. ALSCHULER, « Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System », *University of Chicago Law Review*, 1983, vol. 50, pp. 931 et s.

¹⁹ CPI, *Le Procureur c. Al Mahdi* (ICC-01/12-01/15), Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016.

²⁰ W. SCHABAS, « El Mahdi Has Been Convicted of a Crime He Did Not Commit », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2017, vol. 49, pp. 75 et s.

²¹ Par exemple, CPI, *Le Procureur c. Bemba et al.* (ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5), Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled « Judgment pursuant to Article 74 of the Statute », 8 mars 2018, para. 592 ; CPI, *Le Procureur c. Al-Hassan* (ICC-01/12-01/18), Dissenting opinion of Judge Kimberly Prost, 15 novembre 2021, paras. 8-9 ; CPI, *Le Procureur c. Al-Hassan* (ICC-01/12-01/18), Partially dissenting opinion of Judge Kimberly Prost, 14 avril 2021, para. 7.

élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin ». La Chambre d'appel a fait référence aux auteurs qui ont décrit le texte de l'article 69 du Statut, où les principes applicables à la recevabilité de la preuve se trouvent, comme étant le résultat d'un compromis entre les systèmes de *common law* et ceux de tradition romano-germanique. Ainsi, ce compromis des rédacteurs vise à « [é]viter, d'une manière générale, le formalisme technique du système d'admissibilité des éléments de preuve en *common law* au profit de la flexibilité que l'on trouve dans la tradition romano-germanique, à condition que la Cour ait le pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur la pertinence ou l'admissibilité de tout élément de preuve »²². Selon l'auteur cité par la Chambre d'appel au sujet de l'article 69, « alors qu'il semblerait qu'il soit inspiré de la procédure de droit romano-germanique caractérisée par l'admissibilité générale et la libre évaluation des éléments de preuve », il incorpore également « quelques notions de *common law* » puisqu'il « permet à la Cour de "se prononcer sur la pertinence ou l'admissibilité de tout élément de preuve" avant d'examiner la question du poids à leur accorder »²³.

Le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale ne prévoit pas la possibilité d'une demande d'acquiescement de la défense une fois que le procureur a fini de produire sa preuve, ce qu'on appelle en anglais une « No case to answer motion ». C'est tout à fait normal dans les systèmes accusatoires, où la Cour confirme simplement son point de vue selon lequel l'accusation n'a pas rempli sa charge de la preuve. Certains juges issus de traditions inquisitoires sont mal à l'aise avec l'idée car cela signifie que la défense ne présentera sa preuve que si la requête est rejetée. Selon la Chambre d'appel, malgré le silence du Statut et du Règlement, les juges du procès ont le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la défense à présenter une telle requête²⁴.

Dans l'affaire *Ntaganda*, la Chambre d'appel a noté que la Chambre de première instance avait opté pour une approche de nature contradictoire, selon laquelle les preuves seraient présentées par étapes, le procureur étant le premier à procéder. Selon la Chambre d'appel, « ces caractéristiques sont habituellement associées aux procédures "contradictaires" des systèmes de *common law* et n'existent pas forcément dans les systèmes "non contradictoires" de tradition romano-germanique. Elle admet que les systèmes de *common law* et les juridictions

²² CPI, *Le Procureur c. Bemba et al.* (ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5), Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled « Judgment pursuant to Article 74 of the Statute », 8 mars 2018, para. 591. Il s'agit d'une traduction par la Chambre d'appel du texte suivant : D. PIRAGOFF, « Evidence », in R. S. LEE (dir.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001), pp. 349-402, à la p. 351.

²³ *Ibid.* La Chambre cite le texte suivant : D. PIRAGOFF ET P. CLARKE, « Evidence », in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 3^e éd., Munich : C.H. Beck, Baden-Baden: Nomos, Oxford: Hart, 2015, pp. 1712-1750, à la p. 1735.

²⁴ CPI, *Le Procureur c. Ntaganda* (ICC-01/04-02/06 OA6), Arrêt relatif à l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la Décision relative à la demande d'autorisation de la Défense de déposer une requête en insuffisance des moyens à charge, 5 septembre 2017, para. 44-45.

pénales internationales et internationalisées dont les procès sont organisés selon une structure contradictoire prévoient généralement une procédure pour insuffisance des moyens à charge »²⁵. La Chambre a rappelé que « le cadre juridique de la Cour associe des éléments provenant de la *common law* et de la tradition romano-germanique. En particulier, il offre certaines garanties d'un procès équitable que l'on ne retrouve pas habituellement dans les systèmes de *common law* », comme l'obligation pour le Procureur de faire enquête tant à charge qu'à décharge²⁶.

Dans l'affaire *Ntaganda*, l'accusé avait soutenu que le mélange des régimes par la Chambre de première instance avait pour conséquence une violation de son droit à un procès équitable. Il a insisté sur le fait qu'en lui refusant la possibilité de demander un acquittement avant de présenter sa défense, sur la base de l'insuffisance de la preuve à charge, il était contraint de témoigner pour sa propre défense. Cela, a-t-il affirmé, violerait son droit de garder le silence et la présomption d'innocence. La crainte qu'un mélange indiscriminé des traditions juridiques en matière de procédure pénale, de recevabilité et d'interprétation de la preuve puisse porter atteinte au droit à un procès équitable est certainement légitime. Mais en l'espèce, la Chambre d'appel n'a pas considéré que l'accusé avait une objection valable.

CONCLUSION

Inévitablement, la discussion sur le syncrétisme des différents systèmes de droit pénal au niveau international aura tendance à se concentrer sur la Cour pénale internationale. En effet, le Statut de Rome rejette clairement un modèle unique de procédure pénale et de preuve en faveur d'un modèle qui reprend des éléments des deux grands systèmes, celui de la *common law*, également qualifié de contradictoire, et celui décrit diversement comme romano-germanique, *civil law*, continental et inquisitoire. Le grand paradoxe est que malgré le haut niveau de codification du régime procédural de la Cour pénale internationale, l'article 64 du Statut de Rome a été considéré comme laissant aux juges de la Chambre de première instance une très grande flexibilité et beaucoup de discrétion dans l'administration du procès lui-même. C'est une invitation à la diversité. La conséquence est qu'il existe des variations considérables d'une Chambre de première instance à une autre, en fonction non seulement de leurs traditions et expériences nationales, mais aussi de leurs personnalités. Par exemple, dans l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance était composée de trois juges de tradition continentale. Pourtant l'un d'entre eux, Christine van den Wyngaert qui est d'origine belge, semblait suivre une approche plus compatible avec les traditions de *common law*.

²⁵ *Ibid.*, para. 50.

²⁶ *Ibid.*, para. 52.

WILLIAM SCHABAS

Un des premiers procureurs internationaux, Robert Jackson, était extraordinairement perspicace quand il a observé que les membres de la profession juridique « acquièrent un attachement plutôt affectif aux formes et coutumes auxquelles ils sont habitués et entretiennent fréquemment une conviction passionnée qu'aucune procédure inconnue ne peut être moralement acceptable »²⁷. Les paroles de Jackson ont trouvé un écho près de cinquante ans plus tard lorsque le rapporteur spécial sur le projet de statut d'une cour pénale internationale permanente de la Commission de droit international, James Crawford, a remarqué « la tendance du juriste dûment socialisé à privilégier les valeurs et les institutions de son propre système de justice pénale »²⁸. En effet, certains juges peuvent sembler assez obstinément attachés à leurs propres traditions juridiques, peut-être en raison d'un certain chauvinisme mais peut-être aussi en raison d'un simple manque d'imagination. L'auteur de cet article se souvient d'une conférence publique d'un très haut juge du système judiciaire canadien, il y a une trentaine d'années, déclarant qu'en droit français la présomption d'innocence n'existait pas. Heureusement, ce genre d'ignorance appartient en grande partie au passé. Au niveau international, la plupart des juges semblent avoir l'esprit ouvert sur les points forts du système avec lequel ils sont moins familiers ainsi que sur les faiblesses du système dans lequel ils ont été formés et où ils ont exercé en début de carrière.

²⁷ R. H. JACKSON, « Preface » in *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, Washington: U.S. Government Printing Office, 1949, pp. v-xi.

²⁸ J. CRAWFORD, « The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court », *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, pp. 404 et s.

Deuxième partie

LA CONFIANCE ET LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Version pour accord
29 août 2022

Version pour accord
29 aout 2022

LA CONFIANCE
DANS LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
ET SES PROCÉDURES

PHILIPPE COUVREUR

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES

Aux fins de pouvoir examiner utilement ce sujet, à ce jour peu étudié comme tel, il échet de le replacer dans le contexte adéquat. Quelques rappels et observations liminaires s'imposent à cet égard.

A. La Charte des Nations Unies et le libre choix des moyens de règlement pacifique des différends

Il est à peine besoin de rappeler que, conformément à l'article 2§3 de la Charte des Nations Unies, les Etats doivent régler leurs « différends internationaux » par des moyens pacifiques. L'article 33§1 de la Charte fait pour sa part obligation aux parties « à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales » d'en « rechercher la solution » « avant tout » par l'un des moyens qui y sont indiqués – ou tout autre moyen de leur choix –, dont le « règlement judiciaire ».

La responsabilité première de la solution des différends incombe donc globalement, dans le système de la Charte, aux Etats en litige¹. Ceux-ci ont, à cet égard, une obligation de comportement. Le choix des moyens leur appartient souverainement: il y va d'un principe ancien et bien établi, auquel la Charte, qui a entre-temps érigé en pierre angulaire du nouveau système de sécurité collective qu'elle institue l'axiome du non-recours à la force dans les relations internationales (article 2§4), n'a nullement entendu déroger. Comme la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) l'avait déjà affirmé en 1923, dans son avis consultatif célèbre sur le *Statut de la Carélie orientale*, « aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement »². C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le règlement judiciaire obligatoire, prôné par le Comité de Juristes de 1920, chargé d'élaborer un projet de Statut de la CPJI,

¹ Voir par exemple H. ASCENSIO, « Article 33 », in J.-P. COT, A. PELLET ET M. FORTEAU, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3^{ème} éd., Paris : Economica, 2005, pp. 1047 et s.

² CPJI, avis consultatif du 23 juillet 1923, *Rec. Série B*, n°5, p. 27.

Version pour accord
29 août 2022

avait été d'emblée jugé problématique par le Conseil de la Société des Nations (SdN)³.

L'intervention du Conseil de sécurité au titre de l'article 33§2 de la Charte, dans le but d'« inviter » les parties à régler leur différend par l'un des moyens énumérés au paragraphe précédent, ne revêt ainsi qu'un caractère subsidiaire. Par ailleurs si, face à l'évolution d'un différend, le Conseil peut à tout moment agir plus avant, c'est uniquement, aux termes de l'article 36§1, en vue de « recommander les procédures ou méthodes appropriées ». S'agissant du recours à la Cour internationale de Justice (CIJ), le §3 du même article est rédigé de façon très prudente puisqu'il prévoit seulement que, lorsqu'il fait des recommandations, le Conseil de sécurité « doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour ». De fait, il est bien connu que, dans toute son histoire, le Conseil n'a qu'une seule fois recommandé qu'un différend soit porté devant la CIJ, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁴; même si, compte tenu du consentement donné par l'Albanie à la saisine de la Cour, celle-ci n'a pas été amenée à se prononcer sur cette question, il va de soi qu'une telle « recommandation » n'aurait pas suffi en elle-même à fonder la compétence de la Cour en l'espèce⁵.

B. Les choix exercés et leur motivation

Si donc les Etats sont entièrement libres de recourir – ou non – au règlement judiciaire, et en particulier à la CIJ⁶, on est en droit de se demander pourquoi et quand ils le font. Dans cette dernière éventualité, la question se pose de savoir, plus spécifiquement, quels sont les facteurs qui poussent les Etats à reconnaître la juridiction de la Cour, à saisir celle-ci, à participer aux procédures contentieuses devant elle, à engager des procédures incidentes, à exécuter ses décisions, etc. ; la même question se pose, bien qu'en termes nécessairement différents, s'agissant de la présentation à la Cour de requêtes pour avis consultatifs par les organes et institutions y autorisés sur le pied de l'article 96 de la Charte (tous intergouvernementaux), de la participation des Etats et organisations à la procédure arrêtée et de la suite que ceux-ci entendent réserver aux avis donnés.

³ Voir par exemple : « 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 20 octobre 1920 », *Documents au sujet des mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour Permanente*, SdN, 1920, pp. 46-47.

⁴ CIJ, arrêt sur l'exception préliminaire du 25 mars 1948, *Affaire du Détroit de Corfou*, *Rec.* 1948, pp. 17-19.

⁵ La disposition en cause rappelle d'ailleurs *ex abundante cautela* que la soumission d'un différend à la CIJ dans ce cadre doit l'être, comme dans n'importe quel autre, « conformément aux dispositions du Statut ». Or, comme la Cour a eu l'occasion de le rappeler maintes fois, le principe du consensualisme est « un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut » (CIJ, arrêt du 15 juin 1954, *Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943*, *Rec.* 1954, p. 32 ; CIJ, arrêt du 18 décembre 2020 (Compétence), *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)*, *Rec.* 2020, pp. 30-31, §§110-115).

⁶ Dans la logique même de cette liberté de choix, l'article 95 de la Charte précise qu'« aucune [des] dispositions [de celle-ci] (...) n'empêche les membres de l'Organisation de confier la solution de leurs différends à d'autres tribunaux en vertu d'accords déjà existants ou qui pourront être conclus à l'avenir ».

D'une manière générale, il est indubitable que le recours à un mode de règlement pacifique plutôt qu'à un autre est toujours le fruit d'une décision éminemment politique mêlant des motivations aussi variées que complexes. Ainsi, tout Etat partie à un différend cherchera inévitablement à y trouver la solution, au sens le plus large, la plus « avantageuse » pour lui. A l'évidence, l'évaluation comparative des « avantages » et « inconvénients » offerts par chaque voie ouverte supposera la prise en considération d'éléments d'opportunité très divers, de politique étrangère comme de politique intérieure, à court et à plus long terme, etc. De surcroît, lorsque le recours à un tiers s'impose, la préférence des Etats ira normalement à un mécanisme qui leur ménagera une marge de manœuvre adéquate et un certain droit de regard, voire de contrôle, considéré comme suffisant, sur le processus, qui garantira au mieux la sauvegarde de leurs droits et intérêts, sera équitable et efficace, et aboutira à une décision raisonnablement prévisible, aussi durable que possible.

En même temps, la nature même du différend jouera invariablement un rôle important dans les choix à effectuer. On s'attendra ainsi à ce que le règlement juridictionnel soit privilégié à l'effet de résoudre les différends d'ordre juridique. Le choix de la voie juridictionnelle correspond aussi souvent à l'existence d'un climat général favorable, à des inclinaisons culturelles et autres représentations traditionnelles, au souci d'afficher la conviction du bien-fondé de sa thèse, de montrer son attachement à la règle de droit, etc. Pour leur part, la nature précise du différend juridique, sa charge politique plus ou moins lourde, l'état des relations entre les parties, les perspectives ultérieures à la décision, etc. constituent autant de facteurs qui compteront au moment d'opter plutôt pour une juridiction éphémère, garante d'une procédure rapide et flexible ou pour une institution permanente, devant laquelle les procédures peuvent être plus longues et rigides, mais susceptible d'offrir plus de prévisibilité et de sécurité juridique, et dont l'exécution des décisions apparaît mieux assurée. Enfin, au moment de confier leurs affaires à telle ou telle autre juridiction particulière, la confiance (au sens large) des Etats dans les institutions disponibles constituera assurément, en sus des éléments de contexte (général ou spécifique) déjà évoqués, un critère de choix non négligeable; cette même confiance marquera en outre fréquemment la marche du procès une fois celui-ci engagé, et elle ne sera au demeurant pas dénuée d'influence sur la suite donnée à la décision rendue.

C. De la confiance

Le concept de « confiance » ne souffre d'aucune ambiguïté pour ce qui est de son acception. L'étymologie du mot (grec : *πείθομαι/πιστις* et latin : *cum-fidere* /*fides*, dérivés de la racine indo-européenne *bheidh*, exprimant l'idée de « croire ») évoque la remise à autrui d'un bien précieux en se fiant à lui. En ce sens, la « confiance » suppose une croyance spontanée et certaine en la valeur de quelqu'un, un crédit, une foi accordés à quelqu'un ou quelque chose. Elle est génératrice d'un sentiment de sécurité⁷.

⁷ Voir « Confiance » dans le dictionnaire en ligne du CNRTL (<https://www.cnrtl.fr/>).

Le concept couvre partant sans aucun doute la démarche consistant, dans un système de juridiction facultative, à s'en « remettre » à un organe judiciaire, tel la CIJ, pour trancher des différends, toujours perçus comme « précieux », compte tenu du « crédit » attribué ou de la « valeur » reconnue à l'organe en question; que l'acceptation de sa juridiction ou sa saisine puissent aussi obéir à d'autres motifs n'y change rien.

En revanche, il peut être singulièrement moins aisé de déterminer les causes réelles d'un état de confiance ou de méfiance à l'endroit d'un système juridictionnel ou d'une juridiction particulière, tant ces causes sont susceptibles de variations multiples et complexes quant à leur fondement (objectif et/ou subjectif), leur rapport au temps (caractère conjoncturel ou structurel), leurs interactions ou encore leurs manifestations et/ou leur perception (sentiments largement partagés ou non, causes plus ou moins conscientes ou inconscientes, etc.).

II. INDICE GÉNÉRAL DE CONFIANCE ENVERS LA CPJI ET LA CIJ

Le 26 juin 2020 on a commémoré le 75^e anniversaire de l'adoption de la Charte des Nations Unies – et donc du Statut de la Cour internationale de Justice, qui y est annexé et en fait partie intégrante en application de l'article 92 de la Charte. Par ailleurs s'est célébré le 13 décembre de la même année le centenaire de l'adoption du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, sur lequel le Statut de la CIJ est fondé, conformément à la même disposition de la Charte. Les conditions dans lesquelles ces textes fondamentaux ont été établis, leur développement et la pratique à laquelle ils ont donné lieu à l'épreuve des faits, ainsi que l'évolution globale de l'activité des deux cours permettent, jusqu'à un certain point, d'appréhender les variations de l'indice général de « confiance » envers celles-ci.

A. La Cour permanente de Justice internationale

La CPJI fut créée dans un climat particulièrement « porteur ». La société internationale de l'immédiat après-guerre avait renoué avec la foi dans la « paix par la justice » et la « justice par le droit ». La nouvelle Cour a représenté le point d'aboutissement de nombreux efforts, souvent frustrés (notamment par l'échec de la création d'une « Cour de Justice arbitrale » en 1907), en vue de l'établissement et de la consolidation progressive d'un moyen de règlement judiciaire international constitué sur une base permanente et ouvert en principe à tous les Etats. La CPJI a été pionnière dans tous les sens du terme.

Le Statut de 1920 reposait sur trois compromis considérés comme essentiels pour assurer la confiance des Etats dans la Cour et sa capacité de remplir sa mission de façon impartiale, moyennant une application stricte du droit et au nom de l'ensemble d'entre eux. En ce qui concerne l'organisation et la composition de la Cour, le compromis résidait dans l'adoption d'un système d'élections faisant le lien entre l'ordre antérieur (nomination des candidats par les membres des groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage instituée par la première Conférence de La Haye de 1899) et l'ordre postérieur (élection des candidats par les organes

politiques de la Société des Nations) au premier conflit mondial, garantissant l'équilibre entre les intérêts des grandes puissances (bénéficiant d'une position privilégiée au sein du Conseil de la SdN) et ceux des autres Etats (également représentés au sein de l'Assemblée), et assurant la représentation équilibrée, sur le siège, des « grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde »⁸. S'agissant de la compétence de la Cour, le compromis trouvait son expression dans le maintien de l'exigence du consentement des Etats (indépendamment de leur qualité de partie au Statut de la Cour), combiné avec l'introduction d'un mécanisme original destiné à en faciliter la manifestation (système de la « clause facultative de juridiction obligatoire »)⁹. Quant au droit applicable, le compromis consistait à en consolider les sources traditionnelles constituées par les conventions et la coutume (sans hiérarchie entre elles), tout en y ajoutant les principes généraux du droit, comme source de droit positif à laquelle le juge pourrait avoir recours sans devoir s'engager dans un processus de création législative, et en prévoyant la possibilité pour les parties de solliciter de la Cour, d'accord entre elles, une décision *ex aequo et bono*¹⁰.

La CPJI a fonctionné de manière effective durant 18 ans, depuis son entrée en fonction en 1922 jusqu'en 1940, avant d'être formellement dissoute en 1946. La Cour a participé de façon active au règlement des différends ou situations dérivés de la Première Guerre mondiale: quasiment la moitié de ses arrêts et avis consultatifs ont eu pour objet de solutionner des problèmes nés des transferts territoriaux opérés par ces traités, qu'ils concernent les biens des particuliers ou les droits des minorités nationales. Bien que n'étant pas un organe de la SdN, la CPJI entretenait avec elle des liens étroits. Du fait de leur interaction constante, la Cour s'est progressivement affirmée comme constituant une pièce essentielle au bon fonctionnement de l'Organisation. Ainsi, le Conseil de la SdN a très fréquemment eu recours à la fonction consultative de la Cour, *proprio motu* ou à la demande d'Etats intéressés. Les avis de la Cour qui, aux termes de l'article 14 du Pacte de la SdN, pouvaient porter sur « tout différend » ou « tout point », ont été d'un grand secours au Conseil pour régler maintes questions qui mettaient directement en danger la coexistence pacifique entre Membres de la Société. Il est significatif que la CPJI ait non seulement rendu un grand nombre de décisions de haute qualité durant sa brève période de fonctions, au point que le riche corps de jurisprudence établi en si peu de temps serve encore fréquemment de référence aujourd'hui, mais aussi qu'elle ait prononcé presque autant d'avis consultatifs (27) que d'arrêts (29).

On doit par ailleurs souligner le degré élevé d'efficacité de la Cour qui, en dépit de ses moyens limités et des difficultés de communication prévalant à l'époque, ainsi que du fait qu'elle ne tenait qu'une seule session annuelle ordinaire jusqu'en 1936 (année de l'entrée en vigueur de la révision de son Statut), a prononcé une moyenne de 3 à 4 arrêts ou avis par an (un rythme atteint par la CIJ seulement

⁸ Voir les articles 4 et 9 du Statut de la CPJI. Les termes de cette dernière disposition étaient inspirés de ceux de l'article 1er du Projet de Cour de Justice arbitrale de 1907, selon lequel ladite Cour devait être composée de « juges représentant les divers systèmes juridiques du monde ».

⁹ Voir l'article 36 du Statut de la CPJI.

¹⁰ Voir l'article 38 du Statut de la CPJI.

récemment). Il y a lieu d'ajouter que, si ces arrêts n'ont pas connu de difficulté particulière d'exécution¹¹, les avis de la Cour, dans leur majorité, ne sont pas davantage demeurés sans suite¹².

Enfin il convient de relever que, même si l'activité de la CPJI a quelque peu fléchi à compter de 1934 en raison du contexte international, le nombre le plus élevé de déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permanente a été atteint peu après: en effet, en 1935, 42 des 55 Etats parties au Statut de la Cour, soit 70% de ces Etats, avaient fait une telle déclaration. Par ailleurs, quelque 500 traités, de nature très diverse (traités de paix, acte général d'arbitrage et autres traités concernant le règlement pacifique des différends, mandats, traités conclus sous les auspices de la SdN, constitution de l'OIT, traités bilatéraux, etc.), prévoyaient, d'une façon ou d'une autre, la compétence obligatoire de la Cour.

On peut conclure de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'indice général de confiance dont a bénéficié la CPJI a été important, tant au moment de sa constitution, eu égard aux valeurs dominantes au lendemain de la grande guerre et aux choix opérés lors de la rédaction de son Statut, que pendant sa période de fonction effective, compte tenu de l'action propre de la Cour.

Cela est si vrai que, lorsque les premiers projets de création d'une nouvelle organisation internationale virent le jour durant la Seconde Guerre mondiale, l'idée de rétablir une juridiction universelle permanente ne fut jamais mise en doute. On a déjà eu l'occasion de rappeler que les rédacteurs de la Charte des Nations Unies avaient entendu fonder le Statut de la nouvelle Cour, appelée à être pleinement intégrée dans l'Organisation comme organe principal, sur celui de l'ancienne. Les travaux du Comité de juristes de Washington (1945) montrent à quel point les acquis de la CPJI furent considérés comme décisifs aux fins de l'élaboration du Statut de la CIJ. Seules quelques modifications y furent introduites, qui concernent essentiellement le renouvellement triennal de la composition de la Cour, la création des chambres et l'accès à celles-ci, ainsi que les amendements au Statut lui-même¹³; au demeurant, les rédacteurs du Statut de la nouvelle Cour ont entendu assurer une certaine continuité devant la CIJ des bases de juridiction visant la CPJI¹⁴.

¹¹ A l'exception de celui rendu dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, le défendeur ayant été empêché malgré lui d'exécuter cet arrêt. Sur ce point, voir par exemple PH. COUVREUR, « A propos de l'effectivité de la Cour internationale de Justice dans le règlement pacifique des différends internationaux », *African Yearbook of International Law*, 4, 1996, p. 130 et réf. à M. HUDSON, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, New York : Mac Millan, 1943, p. 596.

¹² PH. COUVREUR, « A propos de l'effectivité de la Cour internationale de Justice dans le règlement pacifique des différends internationaux », *ibid*, p. 133 et réf. à P. BENVENUTI, *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia*, Milano : Giuffrè, 1985, pp. 333 et s.

¹³ L'élargissement de l'accès à la procédure consultative a quant à lui été opéré directement par l'adoption de l'article 96§2 de la Charte.

¹⁴ Voir les articles 36§5 et 37 du Statut.

Si donc, globalement, les principes constitutionnels négociés et les compromis réalisés en 1920, qui avaient fait leurs preuves dans l'entre-deux-guerres, furent maintenus, la CIJ ne s'en est pas moins trouvée, avec la page qui s'était tournée en 1945, face à un monde profondément transformé et à de nouvelles réalités diplomatiques, sociologiques et institutionnelles, en particulier en matière de maintien de la paix (création d'un nouveau système de sécurité collective). Le règlement politique des différends par le directoire des puissances victorieuses, siégeant en permanence au sein du Conseil de sécurité et y disposant d'un droit de veto, occupait désormais le devant de la scène. La paix « par la justice et le droit », si présente dans les esprits en 1899-1907 et 1919-1920, passa quelque peu au second plan, et ainsi en alla-t-il aussi du règlement juridictionnel des différends. Aucun traité de paix, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, n'avait confié à la CIJ de responsabilité particulière pour en régler les séquelles. L'ensemble de ces éléments, ainsi que la bipolarisation progressive du monde et le développement et la diversification spectaculaires de la communauté internationale au cours des décennies ultérieures, ont sans aucun doute pesé sur la mise en œuvre des textes statutaires de 1920/1929 et 1945, donnant lieu à des pratiques qui n'ont pas manqué d'affecter à divers égards la physionomie et l'activité de la Cour.

B. La Cour internationale de Justice

1. La composition de la Cour

Ainsi, s'agissant de la composition de la Cour (son organisation « externe »), le système mis en place en 1920 et confirmé en 1945 a donné lieu à diverses variantes factuelles au fil du temps. Depuis les années 1960, la composition de la Cour s'est alignée, en pratique, sur celle du Conseil de sécurité élargi à quinze membres, et repose partant désormais sur une logique plus nettement « régionale », non envisagée comme telle à l'article 9 du Statut¹⁵. Diverses anomalies peuvent en résulter au regard de cette disposition cardinale. Pour ne retenir qu'un exemple récent, la Cour n'a plus compté parmi ses membres, depuis des années, de juge hispano-américain, alors même qu'elle était saisie d'un nombre considérable d'affaires opposant des Etats appartenant à la civilisation hispanique et de culture juridique hispano-américaine; il serait sans doute par trop simpliste d'en inférer que pareille situation aurait été totalement indifférente en termes de confiance de

¹⁵ Cette logique « régionale » est étrangère à celle des équilibres entre « principaux systèmes juridiques du monde » ; la question demeure de savoir si elle est à même d'assurer une représentation acceptable, au sein de la Cour, des « grandes formes de civilisation », locution aujourd'hui passablement difficile à interpréter de façon objective. Si le critère de la « représentation géographique équitable » avait initialement été rejeté par l'Assemblée de la SdN, il n'en a pas moins eu ultérieurement le mérite d'ouvrir *de facto* l'accès à la Cour à des ressortissants des nouveaux Etats africains et asiatiques ayant accédé à l'indépendance (sur ces questions, voir par exemple PH. COUVREUR, « The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law », *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, Brill, 2017, pp. 22-24). La nécessaire redistribution des sièges qui s'en est ensuivie a notamment affecté la représentation du « groupe latino-américain », qui, en dépit de son élargissement subséquent aux Caraïbes (pour constituer le « GRULAC »), a été réduite à deux juges. Lors des élections de 2017, le « groupe asiatique » sur le siège s'est étendu aux dépens du « groupe occidental ».

ces Etats dans l'office de la Cour¹⁶. Dans certains cas, la décision de porter une affaire devant la Cour avait déjà été prise de longue date; dans d'autres, des impératifs de nature différente, y compris d'urgence, ont pu jouer ; il n'est par ailleurs pas à exclure qu'une partie ait pu considérer que l'absence d'un juge de culture hispano-américaine dans une procédure particulière entre Etats du groupe ait pu constituer un facteur de plus grande neutralité du siège.

Au demeurant, si les dispositions de l'article 2 du Statut, qui énumèrent les conditions personnelles (morales et professionnelles) à remplir par les Membres de la Cour ne prêtent pas à discussion¹⁷, le système d'élections prévu à l'article 4 ne laisse pas, aujourd'hui, de poser certaines questions. D'une part, s'il pouvait paraître politiquement et institutionnellement judicieux en 1920 de conférer aux groupes nationaux de la CPA la tâche de nommer les candidats à la CPJI¹⁸, force est de constater qu'un siècle plus tard les nécessités sont bien autres; non seulement la composition desdits groupes nationaux apparaît assez hétérogène mais, en outre, des voix se sont élevées pour dénoncer le manque de transparence avec lequel les groupes en question (ou équivalents pour les Etats non parties aux Conventions de La Haye) procèdent aux nominations¹⁹. D'autre part, le système de double élection, séparée mais simultanée, par le Conseil et l'Assemblée, a indéniablement eu le mérite d'avoir, en 1920, permis de trancher le nœud gordien qui avait entraîné l'échec de la création de la Cour de Justice arbitrale, et est en principe susceptible d'offrir des garanties additionnelles quant au choix des candidats; mais ici encore, il est permis de s'interroger sur la pertinence actuelle de ce système: s'il n'est peut-être pas dénué d'importance, au regard de la perception de la « légitimité » générale de la Cour, et de son effectivité, qu'elle compte sur son siège des juges de la nationalité des « grandes puissances » qui marquent le sens de la vie internationale, il n'est à cette date plus aussi évident qu'en 1920 ou en 1945 que cette présence puisse être assurée par la participation du Conseil aux élections. En effet, les « grandes puissances » n'y sont pas

¹⁶ Il convient de rappeler ici que le projet américain de Cour arbitrale de Justice (1907) incluait également une référence à la nécessaire représentation des « principales langues du monde » au sein de la Cour, en tant que véhicules des civilisations et des cultures (pour les instructions données à ce sujet aux négociateurs américains par le Secrétaire Root, voir J. B. SCOTT, *Les Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907*, traduction française par A. DE LAPRADELLE, Paris : Pedone, 1927, pp. 376-377). Depuis 2009, la Cour ne compte plus davantage sur le siège de juge représentant l'Afrique sub-saharienne francophone.

¹⁷ Ces conditions, qui ont par la suite été reprises en substance dans maints instruments statutaires, trouvent leur origine dans les Conventions de La Haye de 1899 (art.23) et 1907 (art. 44) relatives au règlement pacifique des conflits internationaux, ainsi que dans le projet de Cour de Justice arbitrale de 1907 (art. 2).

¹⁸ L'article 1 du Statut de la CPJI, dans un souci de clarté, précisait que celle-ci était instituée « indépendamment de la Cour permanente d'arbitrage ». Il avait en effet été envisagé en 1907 (Cour de Justice arbitrale), puis en 1919-1920 (CPJI), que la nouvelle cour que l'on s'apprêtait à créer remplaçât « l'ancienne ». Finalement, il fut jugé préférable de maintenir la CPA et de laisser aux Etats la liberté de recourir au règlement judiciaire ou à l'arbitrage, considérés comme complémentaires.

¹⁹ Voir par ex. R. HIGGINS, « Remarks », *American Society of International Law Proceedings*, 2005, vol. 99, p. 138. Il ne semble guère que la recommandation, pourtant assez sage, formulée à l'article 6 du Statut, soit fréquemment suivie d'effets dans la pratique.

statutairement majoritaires (au contraire de ce qui était prévu en 1920)²⁰ et les Membres permanents ne peuvent utiliser leur droit de veto dans ce contexte ; par ailleurs, « grandes puissances » et « membres permanents » ne sont plus nécessairement, aujourd'hui, des synonymes, et des tensions peuvent en résulter²¹. De surcroît, lorsque des majorités différentes se dégagent dans les deux organes, l'Assemblée tend toujours, depuis des années, à prévaloir²², sans d'ailleurs que le Conseil n'entende demander que soit formée la commission médiatrice visée à l'article 12 du Statut²³.

Il n'est guère aisé de déterminer dans quelle mesure l'évolution observée dans l'application des textes statutaires régissant l'organisation et la composition de la CIJ ont eu un impact quant au degré de confiance que les Etats placent dans la Cour. L'une des raisons en est que, si tous conviennent en principe que la composition de la Cour doit *a priori* être la résultante de savants mélanges de qualités morales et de compétences techniques individuelles, ainsi que de légitimité « politique » globale de la formation dans son ensemble (compte tenu notamment des équilibres régionaux et culturels, y compris juridiques et linguistiques, qui y sont réalisés), l'importance réelle que les Etats attachent à ces divers éléments et à leur interaction devient singulièrement variable dès lors qu'ils sont directement engagés dans des processus électoraux (où les stratégies d'échange de votes acquièrent une importance chaque fois plus considérable, surtout lorsque les élections à la Cour, ce qui n'est que trop fréquent, ont lieu en même temps que celles à d'autres organes de l'Organisation) ou dans une procédure judiciaire (dominée par le souci principal de faire prévaloir ses thèses).

Enfin, il échet de relever ici que le choix opéré en 1920 à la lumière de certains travaux antérieurs et reflété à l'article 13 du Statut, de permettre la réélection des Membres de la Cour, n'apparaît pas davantage exempt de difficultés aujourd'hui, eu égard à la forte instrumentalisation des élections: sans mentionner les exigences et contraintes auxquelles sont inévitablement soumis les candidats en campagne (dans ce cas précis auprès de leurs propres justiciables), la seule existence d'une telle possibilité peut peser sur leur indépendance en tant que juges, dans la mesure où il est constant que la position qu'ils auront prise dans certaines affaires risque de ne pas être indifférente au regard du succès d'une réélection envisagée²⁴. Un

²⁰ Le Conseil de la SdN devait à l'origine compter 5 membres permanents (les « principales puissances alliées et associées », y compris les Etats-Unis d'Amérique, qui ne sont finalement pas devenus membres de la Société) et 4 membres non permanents (voir l'article 4§1 du Pacte).

²¹ Voir par exemple à cet égard la lutte qu'ont dû engager en 2017 l'Inde et le Royaume-Uni pour faire élire leur candidat, bien que n'appartenant pas au même « groupe régional ».

²² C'est ainsi qu'en 2017, le candidat indien, qui disposait d'une majorité de voix à l'Assemblée, a prévalu sur le candidat britannique, majoritaire au Conseil. Il en résulta que, pour la première fois depuis la création de la Cour, un candidat ressortissant d'un membre permanent du Conseil de sécurité ne fut pas élu.

²³ Il s'agit là, en effet, d'une simple faculté. Une telle commission n'a été formée qu'une seule fois, lors des premières élections à la CPJ, en 1921. Cette solution, pour ingénieuse qu'elle pût être lors de sa conception, s'accommode difficilement des réalités politiques et institutionnelles actuelles, y compris la différence de taille et la représentativité des organes concernés.

²⁴ Cf. J. DUGARD (articles 13 à 15) in A. ZIMMERMANN, C. J. TAMS, ET AL. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 3rd ed., Oxford : OUP, 2019, pp. 419-420 et réf., not.,

mandat unique d'une durée suffisamment longue (12 ans par exemple, comme déjà suggéré à plusieurs reprises par le passé) pour assurer la stabilité de la jurisprudence de la Cour et la constitution d'une réserve de juges assez expérimentés pour pouvoir être élevés à sa présidence pourrait constituer une alternative avantageuse au système actuel et contribuer à renforcer la confiance des Etats dans l'institution.

2. L'activité judiciaire de la Cour

S'agissant de l'activité judiciaire de la CIJ, celle-ci, à l'instar de celle de sa devancière, a évolué avec le temps, tant en ce qui concerne le nombre d'affaires portées devant la Cour que leur nature. Les causes en sont diverses, mais tiennent entre autres aux changements qui ont marqué le contexte général dans lequel la Cour a été appelée à opérer (l'état de la société internationale à un moment donné) et aux variations qu'a connues la perception par les Etats, au moment considéré, des possibilités offertes par la Cour, au vu de ce contexte et des réalités propres à la Cour elle-même. A cet égard, deux périodes peuvent être globalement distinguées: celle courant de 1946 à la fin des années 1970 ; et celle allant des années 1980 à ce jour.

a. L'activité judiciaire de la Cour entre 1946 et 1978

La première période, en dépit de ce qu'on a pu prétendre, a été fondamentale pour la Cour. Certes, il est vrai qu'après les espoirs suscités par la soumission à la CIJ de l'historique affaire du *Détroit de Corfou*²⁵, la première à soulever des questions complexes relatives, notamment, à l'usage de la force, à l'administration des preuves et aux réparations, les grandes crises internationales qui posaient des problèmes de sécurité immédiats ont, pendant des années, échappé à l'examen de la Cour, faute de volonté politique des Etats intéressés.

Jusqu'à la fin des années 1970, les arrêts de la Cour, dont certains sont devenus de grands classiques, ont principalement porté sur des questions territoriales (titres [historiques] et « effectivités »²⁶, coutume locale²⁷, acquiescement²⁸, etc.), maritimes (lignes de base²⁹, principes régissant la délimitation du plateau continental³⁰, extension unilatérale de droits de pêche exclusifs³¹), ainsi que de

aux travaux de l'Institut de droit international de 1954 et 2011. Cet état de choses pourrait, à la limite, inciter un juge candidat à réélection à entendre se déporter dans une affaire déterminée impliquant des choix (politiquement) délicats, ce qui ne manquerait pas de porter gravement atteinte à l'intégrité de la fonction judiciaire internationale.

²⁵ CIJ, arrêt (fond) du 9 avril 1949, *Affaire du Détroit de Corfou*, Rec. 1949, p. 4.

²⁶ Voir par exemple les affaires des *Minquiers et des Ecrehous* entre la France et le Royaume-Uni (CIJ, arrêt du 17 novembre 1953, Rec. 1953, p. 47) et de la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières* entre la Belgique et les Pays-Bas (CIJ, arrêt du 20 juin 1959, Rec. 1959, p. 209).

²⁷ CIJ, arrêt (fond) du 12 avril 1960, *Droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, Rec. 1960, p. 6.

²⁸ CIJ, arrêt du 15 juin 1962, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Rec. 1962, p. 6.

²⁹ CIJ, arrêt du 18 décembre 1951, *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Rec. 1951, p. 116.

³⁰ CIJ, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (RFA/Danemark et RFA/Pays-Bas)*, Rec. 1969, p. 3.

³¹ CIJ, arrêt du 25 juillet 1974 (fond), *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande et RFA c. Islande)*, Rec. 1974, pp. 3 et 175.

protection diplomatique (nationalité effective³², droits des sociétés et droits des actionnaires³³, etc.). Cette activité de la Cour, de nature plutôt préventive, n'a pas été dénuée de signification au regard des objectifs des Nations Unies. Pour ne pas être sans doute très spectaculaire, elle a contribué de façon discrète mais efficace au développement du droit international.

Par ailleurs, le contexte de guerre froide qui a freiné le recours à la CIJ en matière contentieuse – situation exacerbée du fait de la décision rendue par la Cour en 1966 dans les affaires du Sud-Ouest africain³⁴ – n'a pas empêché celle-ci de donner des avis consultatifs de grande importance dans des domaines aussi variés que le droit des Nations Unies (conditions d'admission³⁵, personnalité juridique et responsabilité internationale³⁶, contributions étatiques³⁷), les réserves à la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide³⁸, l'interprétation des traités³⁹, les conséquences des décisions du Conseil de sécurité⁴⁰ ou l'acquisition de la souveraineté territoriale et le droit à l'autodétermination⁴¹. Tous ces avis ont eu des effets non négligeables sur le renforcement de l'Organisation.

Durant cette période, la Cour a rendu 39 arrêts (dont 12 sur des exceptions préliminaires), 16 avis consultatifs et 8 ordonnances en indication de mesures conservatoires. Son niveau d'activité modéré lui a permis de réexaminer en profondeur son Règlement et ses procédures à partir de 1968, en vue de simplifier celles-ci et de les rendre plus attractives, notamment en facilitant l'accès aux chambres *ad hoc* : cet exercice a débouché sur une révision partielle du Règlement en 1972 et l'adoption d'un Règlement entièrement révisé en 1978, qui, à quelques retouches près⁴², est toujours en vigueur.

³² CIJ, arrêt du 6 avril 1955 (deuxième phase), *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Rec. 1955, p. 4.

³³ CIJ, arrêt du 5 février 1970 (fond), *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, Rec. 1970, p. 3.

³⁴ CIJ, arrêt du 18 juillet 1966 (fond), *Sud-Ouest Africain (Ethiopie et Liberia c. Afrique du Sud)*, Rec. 1966, p. 6.

³⁵ Voir CIJ, avis consultatif du 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, Rec. 1948, p. 57 ; CIJ, avis consultatif du 3 mars 1950, *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, Rec. 1950, p. 4.

³⁶ CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. 1949, p. 174.

³⁷ CIJ, avis consultatif du 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17§2 de la Charte)*, Rec. 1962, p. 151.

³⁸ CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. 1951, p. 15.

³⁹ CIJ, avis consultatifs du 30 mars 1950 (première phase) et du 18 juillet 1950 (deuxième phase), *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Rec. 1950, p. 65 et p. 221 respectivement.

⁴⁰ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *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*, Rec. 1971, p. 16.

⁴¹ CIJ, avis consultatif du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 12.

⁴² Voir les révisions ponctuelles de 2000, 2005, 2019 et 2020. Elles ont porté essentiellement sur la possibilité pour la Cour de tenir des audiences par liaison vidéo dans des circonstances exceptionnelles (article 59§2), sur la faculté pour la Cour de rapporter ou modifier *proprio motu* toute décision concernant des mesures conservatoires (article 76§1), sur le traitement des « questions » et des « exceptions » préliminaires (articles 79 à 79ter) ainsi que sur les conditions de recevabilité des demandes reconventionnelles et leur vérification (article 80).

b. L'activité judiciaire de la Cour de 1979 à ce jour

A la fin des années 1970, des changements significatifs se sont produits. La Cour a commencé à connaître de différends à plus haute « densité politique », associés à des menaces plus immédiates pour la paix et la sécurité internationales. Des affaires telles que celles du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (1979-1980)⁴³, des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (1984-1991)⁴⁴ ou du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* (1984-1986)⁴⁵ ont donné à la Cour l'occasion d'exercer ses fonctions judiciaires en situation de crise internationale aiguë. Dans ce contexte, elle a précisé que le recours parallèle à un autre mode de règlement pacifique (en particulier le Conseil de sécurité) n'était pas en soi un obstacle à l'accomplissement de sa mission⁴⁶. Par la suite, elle a été saisie de certains aspects de conflits parmi les plus graves des dernières décennies, tels ceux de la région des grands lacs en Afrique (affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*⁴⁷) ou des Balkans (affaires relatives à *L'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*⁴⁸). La Cour n'est pas seulement intervenue de façon urgente dans les affaires de cette nature (notamment par la voie de l'indication de mesures conservatoires, de portée parfois sans précédent⁴⁹), alors que des vies humaines étaient directement menacées sur le terrain, mais aussi ultérieurement, aux fins d'établir, le cas échéant, la responsabilité des Etats intéressés et de faciliter la restauration de relations apaisées, voire amicales, entre eux. Elle a été amenée, dans ces circonstances, à sensiblement développer sa jurisprudence, notamment en matière de recours à la force et d'exercice du droit de légitime défense, ainsi que d'application du droit humanitaire, et a pu confirmer et affiner cette jurisprudence dans quelques avis consultatifs de grand retentissement (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁵⁰ ; *Conséquences juridiques de*

⁴³ CIJ, arrêt du 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, Rec. 1980, p. 3.

⁴⁴ CIJ, arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, Rec. 1986, p. 14.

⁴⁵ CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, Rec. 1986, p. 554.

⁴⁶ Voir par exemple CIJ, arrêt du 26 novembre 1984 (compétence et recevabilité), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, Rec. 1984, pp. 431 et s., §§89 et s.

⁴⁷ Voir par exemple CIJ, arrêt du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Rec. 2005, p. 168.

⁴⁸ CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Rec. 2007, p. 43 et CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Rec. 2015, p. 3.

⁴⁹ Par exemple de caractère militaire : voir CIJ, ordonnance (mesures conservatoires) du 10 janvier 1986, *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, Rec. 1986, p. 3 ; CIJ, ordonnance du 15 mars 1996 (mesures conservatoires), *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria, Guinée Equatoriale [intervenant])*, Rec. 1996, p. 13 ; CIJ, ordonnance du 18 juillet 2011 (mesures conservatoires), *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Rec. 2011, p. 537.

⁵⁰ CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 226.

*l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁵¹). Par ailleurs, tout au long de cette période ont été soumis à la Cour maints différends qui, sans porter directement sur le recours à la force, s'étaient matérialisés dans un contexte armé, en divers points du globe, du Caucase⁵² à l'Asie du Sud-Est⁵³, en passant par le Golfe persique⁵⁴.

En parallèle, la CIJ a continué de développer, de façon chaque fois plus substantielle, et à un rythme accéléré, sa jurisprudence dans ses domaines d'activité traditionnels : différends territoriaux (par exemple sur la portée de l'*uti possidetis*, la relation entre titres écrits et « effectivités » ou la hiérarchie entre les éléments constitutifs des dites « effectivités »)⁵⁵, questions de délimitation maritime (cristallisation des nouvelles normes du droit de la mer et établissement d'une méthodologie de délimitation claire et efficace, en trois étapes, d'application générale quand la configuration des côtes le permet, qui réconcilie les règles « équidistance/circonstances spéciales » et « principes équitables/circonstances pertinentes », rendant possible le tracé d'une ligne de délimitation unique)⁵⁶ et protection diplomatique (partage de la charge de la preuve quant à l'épuisement des voies de recours internes, protection des droits des sociétés et des droits propres des actionnaires ou des gérants, et absence de fondement, en droit coutumier, de la « protection par substitution »)⁵⁷.

⁵¹ CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 136.

⁵² CIJ, arrêt du 1^{er} avril 2011 (exceptions préliminaires), *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Rec. 2011, p. 70 et CIJ, arrêt du 8 novembre 2019 (exceptions préliminaires), *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Rec. 2019, p. 558.

⁵³ CIJ, arrêt du 11 novembre 2013, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Rec. 2013, p. 281.

⁵⁴ CIJ, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 2003, p. 161.

⁵⁵ Voir les affaires CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, Rec. 1986, p. 554 ; CIJ, arrêt du 11 septembre 1992, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua [intervenant])*, Rec. 1992, p. 350 ; CIJ, arrêt du 17 décembre 2002, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, Rec. 2002, p. 625 ; CIJ, arrêt du 12 juillet 2005, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, Rec. 2005, p. 90 ; CIJ, arrêt du 23 mai 2008, *Souveraineté sur Pedra Branca/ Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, Rec. 2008, p. 12 ; et CIJ, arrêt du 16 avril 2013, *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, Rec. 2013, p. 44.

⁵⁶ Voir par exemple CIJ, arrêt du 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Rec. 2001, p. 40 ; CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale [intervenant])*, Rec. 2002, p. 303 ; CIJ, arrêt du 3 février 2009, *Délimitation maritime en Mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, Rec. 2009, p. 61 ; CIJ, arrêt du 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Rec. 2012, p. 624 ; CIJ, arrêt du 27 janvier 2014, *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, Rec. 2014, p. 3 ; et CIJ, arrêt du 2 février 2018, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, Rec. 2018, p. 139.

⁵⁷ CIJ, arrêt du 24 mai 2007 (exceptions préliminaires), *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Rec. 2007, p. 582.

Il y a lieu d'ajouter qu'au-delà, le champ opératoire de la jurisprudence de la Cour s'est logiquement étendu à mesure que s'étendait celui du droit international lui-même. C'est ainsi que la Cour a été amenée à souligner à diverses occasions l'importance des droits fondamentaux de la personne humaine⁵⁸, qu'elle a proclamé le caractère impératif de la prohibition du génocide⁵⁹ et de la torture⁶⁰, et qu'elle a reconnu que la convention de Vienne sur les relations consulaires (1963) conférait des droits aux individus⁶¹, que les Etats nationaux peuvent faire valoir devant elle en même temps que leurs droits propres. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, la Cour a déclaré que la protection diplomatique s'étendait désormais aux violations des droits de l'homme; elle s'est référée à de nombreuses décisions d'autres organes juridictionnels, soulignant qu'il était nécessaire d'assurer le progrès du droit dans la société internationale sans qu'augmentent l'instabilité ou l'insécurité juridiques; et elle a rappelé que la somme octroyée à titre de réparation à la Guinée, dans l'exercice de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, avait pour objet d'indemniser ce dernier pour le dommage qu'il avait subi⁶².

Toutefois, l'un des développements les plus remarquables dans l'activité de la Cour est sans doute sa jurisprudence en matière d'environnement. Chronologiquement, elle a d'abord eu à se pencher sur des questions d'environnement liées à l'utilisation d'armes nucléaires, soulignant que le droit de l'environnement mettait en avant d'importants facteurs à prendre en compte dans le contexte de l'application des normes régissant l'exercice de la légitime défense et les conflits armés (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁶³). Ultérieurement, la Cour fut amenée à traiter de problèmes environnementaux liés au régime et à la qualité des eaux des fleuves. Dans son arrêt de 1997 en l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, elle a formulé l'*obiter*, désormais fameux, selon lequel, en matière de protection de l'environnement, « la vigilance et la prévention sont nécessaires eu égard au caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme de réparation de ce type de dommage »⁶⁴. Dans les affaires des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* et de la *Construction d'une*

⁵⁸ Voir par exemple CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 136, spéc. pp. 184 et s.

⁵⁹ Voir par exemple CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Rec. 2007, pp. 110-111, §161.

⁶⁰ Voir CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Rec. 2012, p. 457, §99.

⁶¹ Voir par exemple CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *Lagrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 2001, p. 494, §77.

⁶² Voir respectivement dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* l'arrêt du 24 mai 2007 (exceptions préliminaires), Rec. 2007, p. 599, §39 ; l'arrêt du 30 novembre 2010 (fond), Rec. 2010, p. 664, §66 ; et l'arrêt du 19 juin 2012 (indemnisation), Rec. 2012, p. 344, §57.

⁶³ CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, pp. 242-243, §§30 et s.

⁶⁴ CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Rec. 1997, p. 78, §140.

route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa-Rica), la Cour a eu l'occasion d'examiner en profondeur les obligations procédurales et de fond pesant sur les parties (dans la première, essentiellement au titre du Statut du fleuve Uruguay, et, dans la seconde, du droit coutumier), dont celle, ancrée dans le droit international général, d'effectuer une étude d'impact de l'environnement lorsqu'il est envisagé de réaliser des activités susceptibles de causer un dommage transfrontière important⁶⁵; elle a fondé ses décisions sur la constatation que le principe de précaution ne renversait pas la charge de la preuve⁶⁶. L'aspect peut-être le plus innovateur de la jurisprudence de la Cour dans le domaine de l'environnement est la méthodologie qu'elle a suivie, dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa-Rica c. Nicaragua)*, pour déterminer le montant de l'indemnité due au Costa Rica en réparation du dommage causé à son environnement terrestre. La Cour a notamment décidé que ledit dommage était susceptible de réparation au titre tant de la dégradation ou de la perte de biens et services environnementaux que de la restauration de l'environnement endommagé et, relevant que le droit international ne prescrit aucune méthode particulière d'évaluation de ce type de dommage, a opté pour une évaluation fondée sur une appréhension de l'écosystème dans son ensemble, à partir d'une perspective globale⁶⁷.

Au cours de la période 1979-2021, la Cour a prononcé 101 arrêts (dont 40 sur des questions de compétence ou de recevabilité), 12 avis consultatifs et 45 ordonnances relatives à des mesures conservatoires. Pendant les 40 dernières années, elle a traité trois fois plus d'affaires contentieuses qu'auparavant et rendu plus du double d'arrêts; en revanche, le nombre d'avis consultatifs donnés a diminué et est tombé de quasiment 40% du total des décisions de la Cour (hors ordonnances) à quelque 12%. Enfin, autre développement significatif, le recours aux procédures incidentes (en particulier les exceptions préliminaires et les demandes en indication de mesures conservatoires, mais aussi les demandes reconventionnelles et les requêtes à fin d'intervention ou déclarations d'intervention⁶⁸) s'est très nettement accru. Cela révèle que les Etats entendent plus que jamais utiliser tous les moyens procéduraux à leur disposition; en même temps, cette tendance s'ajoute à d'autres facteurs, factuels ou juridiques, ayant pour effet d'accroître le degré de complexité des affaires.

⁶⁵ CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Rec. 2010, pp. 82-83, §204 ; CIJ, arrêt du 16 décembre 2015, *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa-Rica)*, Rec. 2015, p. 720 et s., §§153 et s.

⁶⁶ CIJ, arrêt précité du 20 avril 2010, Rec. 2010, p. 71, §164.

⁶⁷ CIJ, arrêt du 2 février 2018 (réparations), *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa-Rica c. Nicaragua)*, Rec. 2018, pp. 28 et s., §§39 et s..

⁶⁸ Durant les 40 dernières années, la Cour a connu de 9 affaires comportant des demandes reconventionnelles (contre 2 auparavant) et de 10 requêtes à fin d'intervention ou déclarations d'intervention (contre 3 antérieurement).

3. Conclusions

L'aperçu qui précède, nécessairement sommaire, montre à suffisance qu'en soixante-quinze ans l'activité de la CIJ s'est considérablement renforcée, tant sur le plan quantitatif que qualitatif.

Assurément, depuis les années 1990, avec la promotion du droit international puis de l'état de droit, ainsi que la consolidation d'une conscience collective de lutte contre les crimes internationaux et l'impunité de leurs auteurs, la communauté internationale s'est progressivement « juridictionnalisée » et le contexte général est redevenu globalement plus favorable au règlement judiciaire. La Cour a indubitablement bénéficié de ce nouveau climat, plus propice à l'accomplissement de sa mission en qualité tant d'organe judiciaire principal des Nations Unies que d'« organe du droit international »⁶⁹.

Mais elle a également su gagner la confiance de ses justiciables en témoignant, par son action propre, de ce qu'elle constituait un mode de solution pacifique des différends efficace face aux réalités complexes du monde contemporain, et très peu onéreux (son budget demeure inférieur à 1% du budget régulier de l'ONU⁷⁰), qui n'en sacrifie pas pour autant ses impératifs immanents de développement continu d'une jurisprudence cohérente et de haute qualité. La CIJ est ainsi apparue comme étant non seulement garante de sécurité et de prévisibilité pour les Etats, mais aussi capable de leur offrir des solutions concrètes et durables non disponibles ailleurs. La paralysie dont les organes politiques ont souvent à pâtir lui est étrangère; et les limites que peut engendrer le caractère éphémère ou spécialisé d'autres juridictions n'affectent en rien son action.

Si l'on peut donc conclure de l'évolution de l'activité de la CIJ que l'indice général de confiance dont elle apparaît jouir depuis quelques décennies comme moyen ponctuel de solution de différends déterminés est, à l'instar de celui de sa devancière, plutôt élevé⁷¹, le bilan semble en revanche quelque peu plus mitigé s'agissant de l'expression progressive de cette confiance dans la reconnaissance large et pérenne de sa juridiction obligatoire. A la date du cinquantième anniversaire de la Cour (1996), l'Organisation des Nations Unies comptait 185 Etats membres (et donc parties au Statut), dont 59 avaient déposé une déclaration au titre de l'article 36§2 du Statut (soit quelques 32%)⁷². Un quart de siècle plus tard, ces chiffres ont évolué favorablement et 74 des 193 Etats membres ont désormais déposé une telle déclaration (soit quelques 38%) ; on demeure toutefois loin des pourcentages atteints à l'époque de la CPJI⁷³ et l'on ne peut manquer de

⁶⁹ CIJ, arrêt du 9 avril 1949 (fond), *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Rec. 1949, p. 35.

⁷⁰ A titre de comparaison, le budget de la CPJI a atteint quelque 8% du budget de la SdN à la fin des années 1930.

⁷¹ Sur les 151 affaires contentieuses portées devant la Cour depuis 1946, 78 – soit plus de la moitié – l'ont été au cours du dernier quart de siècle. Le nombre d'affaires pendantes à un moment donné s'est stabilisé depuis plusieurs années autour de 15 ; ce chiffre reflète une réalité assez « dynamique », caractérisée par un équilibre global entre le nombre approximatif d'affaires réglées et celui des nouvelles affaires soumises chaque année, même si un certain « tassement » de ce mouvement est aujourd'hui observé.

⁷² *Rapport annuel de la Cour internationale de Justice (1er août-31 juillet 1996)*, A/51/4, §17.

⁷³ Voir le II A) *supra*.

relever par ailleurs le nombre croissant de réserves assez complexes qui font partie intégrante de ces déclarations⁷⁴. Plus préoccupante est la situation en matière de clauses compromissaires, la base de compétence à laquelle il est traditionnellement le plus fréquemment recouru aux fins de saisir la Cour⁷⁵. Alors que, pendant des années, le nombre de traités comportant de telles clauses s'est régulièrement accru, bien qu'à un rythme assez modeste d'une convention nouvelle de ce type chaque année ou un peu plus, pour atteindre un total de plus de 300 instruments, cette tendance semble s'être arrêtée il y a 15 ans déjà, si l'on en croit le site internet de la CIJ, qui mentionne, en dernier lieu, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, en date du 20 décembre 2006⁷⁶. Outre que les conventions multilatérales de cette nature font elles aussi régulièrement l'objet de réserves couvrant la clause juridictionnelle, il a été observé à juste titre que le contenu matériel de ces clauses s'est complexifié : tandis que, dans un premier temps, elles avaient tendance à conférer compétence à la seule CIJ⁷⁷, les plus récentes ne rendent la saisine de la Cour obligatoire qu'en dernier ressort, après l'échec des autres moyens prévus (négociation, arbitrage, etc.)⁷⁸. Quant aux compromis, essentiellement conclus pour soumettre à la Cour des questions territoriales et maritimes, ils demeurent la base de juridiction la moins utilisée⁷⁹ en dépit de leurs avantages évidents (absence de demandeur et de défendeur, organisation « conviviale » de la procédure, recours beaucoup plus rare aux procédures incidentes, conditions plus propices à une exécution sans problème de la décision), sans doute parce que, lorsque les circonstances s'y prêtent, la concurrence d'autres moyens juridictionnels de règlement peut s'avérer plus réelle.

⁷⁴ De telles réserves apparaissent presque systématiquement dans les nouvelles déclarations, mais il n'est pas rare que des États ayant déjà formulé une déclaration l'amendent pour y introduire des réserves additionnelles au gré des circonstances.

⁷⁵ A ce jour, la compétence alléguée de la Cour a été fondée sur un compromis dans 19 affaires, sur une déclaration dans 52 affaires et sur une clause compromissoire dans 84 affaires ; dans 11 autres affaires, cette compétence a été directement fondée sur une disposition du Statut (art. 60 ou 61), voire une décision précédente de la Cour elle-même (*Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires [Nouvelle-Zélande c. France]*) ; dans 11 affaires encore, la règle du *forum prorogatum* a été invoquée.

⁷⁶ Voir le site de la Cour (icj-cij.org), rubrique « compétence » (traités).

⁷⁷ L'exemple type est l'article IX de la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, examiné en détail par la Cour dans les affaires du *Génocide*. Voir par ex. D. AKANDE, « Le choix de recourir à la Cour internationale de Justice en matières contentieuse et consultative », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7, p. 350.

⁷⁸ Voir par ex. l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la jurisprudence de la Cour y afférente (notamment son arrêt du 8 novembre 2019 en l'affaire de l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, *Rec.* 2019, pp. 595 et s., §§98 et s.).

⁷⁹ Comme déjà indiqué, seules 19 des 151 affaires portées à ce jour devant la Cour l'ont été par la voie de la notification d'un compromis (soit quelques 12%). Leur nombre s'est légèrement accru depuis la fin des années 1970 (12). Deux affaires ont récemment été présentées à la Cour par cette voie : celle de la *Revendication terrestre, insulaire et maritime du Guatemala (Guatemala/Belize)* (2019) et celle de la *Délimitation terrestre et maritime et souveraineté sur des îles (Gabon/Guinée équatoriale)* (2021).

Enfin, le degré de confiance que laisse généralement présumer l'utilisation plus intensive de la Cour et la présentation à celle-ci de différends politiquement plus sensibles ne doit pas davantage cacher le retour récent d'une certaine pratique du défaut, qui, pour constituer un droit prévu à l'article 53 du Statut, n'en pose pas moins de sérieux problèmes pour la Cour et les parties, ainsi qu'en termes de bonne administration de la justice⁸⁰.

III. LES PROCÉDURES DEVANT LA CIJ ET LA CONFIANCE DANS CELLES-CI

Le terme « procédure », on le sait, est communément pris dans des acceptions diverses, allant des plus larges aux plus étroites⁸¹.

Les rédacteurs du Statut de la CIJ ont fait le choix de regrouper sous ce titre les seules règles régissant le déroulement du procès (Chapitre III)⁸². Celles qui concernent l'organisation et le fonctionnement de la Cour tombent quant à elles sous une rubrique différente, intitulée « Organisation de la Cour » (Chapitre I)⁸³.

On a déjà évoqué brièvement ci-dessus la relation qu'entretiennent d'une part les textes et la pratique afférents aux élections à la Cour, ainsi que, d'une manière générale, la composition de celle-ci, et, de l'autre, la confiance que ses justiciables

⁸⁰ Les affaires antérieures dans lesquelles une partie avait fait entièrement défaut, dans toutes les phases de la procédure, remontent aux années 1970 (*Compétence en matière de pêcheries, Essais nucléaires, Plateau continental de la mer Egée, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*). Les Etats-Unis n'ont pas participé à la phase du fond en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (C.I.J. Recueil 1986, p. 14). Par lettre du 2 novembre 2018, ils ont indiqué à la Cour estimer qu'elle n'avait manifestement pas compétence pour connaître de la requête de la Palestine en l'affaire du *Transfert de l'ambassade des Etats-Unis à Jérusalem* ; ils n'ont pas participé à la réunion organisée par le Président au titre de l'article 31 du Règlement et n'ont pas davantage déposé de contre-mémoire sur la compétence dans le délai fixé à cet effet par l'ordonnance du 15 novembre 2018 (*Rec.* 2018, pp. 709-710). Dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)*, le Venezuela a déclaré, lors d'une réunion tenue par le Président avec les représentants des Parties en vertu de l'article 31 du Règlement le 18 juin 2018, qu'il considèrerait que la Cour était dénuée de compétence et qu'il n'entendait pas participer à l'instance (voir ordonnance du 19 juin 2018, *Rec.* 2018, p. 403) ; cette position a été ultérieurement réitérée. Sans déclarer faire défaut, le Kenya, qui avait participé à la procédure écrite, a pour sa part fait connaître à la Cour qu'il ne participerait pas aux audiences sur le fond en l'affaire de la *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)* (CR 2021/2, p.12).

⁸¹ Voir par exemple *Dictionnaire de droit international public (sous la direction de Jean Salmon)*, Bruxelles : Bruylant/AUF, 2001, pp. 886-887.

⁸² Ces règles sont développées par le Titre III du Règlement, intitulé « procédure contentieuse », lequel comprend sept sections : la Section A est consacrée aux « communications » à la Cour et autres « consultations » ; sont regroupés, dans sa Section B, les aspects organisationnels et fonctionnels susceptibles de varier d'une affaire à l'autre (« Composition de la Cour dans des affaires déterminées ») ; la Section C a trait à la procédure devant la Cour (introduction de l'instance, phase écrite et phase orale) ; les procédures « incidentes » sont organisées à la Section D ; les aspects particuliers de la procédure devant les chambres sont régis par la Section E ; les arrêts, l'interprétation et la révision font l'objet de la Section F ; et enfin, assez significativement, le Titre III est conclu par la Section G, constituée du seul article 101 et relative aux « Modifications proposées par les parties ». S'agissant des avis consultatifs, voir le Chapitre IV du Statut (« Avis consultatifs ») et le Titre IV du Règlement (« Procédure consultative »).

⁸³ Ce chapitre est développé par les titres I (« La Cour ») et II (« Le Greffe ») du Règlement, respectivement.

peuvent avoir en elle sur cette base. A l'évidence, les règles régissant l'organisation « interne » et le fonctionnement de l'institution, qui constituent des règles de procédure *lato sensu*, ainsi que leur mise en œuvre, sont également d'une grande importance au regard du phénomène de confiance. Il convient donc de s'y attarder quelque peu avant d'examiner plus en détail les interactions entre la procédure *stricto sensu* et ledit phénomène.

A. Organisation interne et fonctionnement de la Cour

1. Les chambres

A la suite des décisions contestées de la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*⁸⁴, la Cour, avec l'appui de l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble, s'est activement employée à restaurer, dans toute la mesure du possible, la confiance en elle. L'un des moyens imaginés pour ce faire fut d'entamer une révision approfondie du Règlement de 1946 (qui était à peu de choses près une réplique du Règlement de la CPJI, dans sa version de 1936), aux fins de rendre le recours à la CIJ plus attractif en simplifiant et en accélérant le déroulement des procédures, et en réduisant par là même les frais à supporter par les parties. La Cour créa un comité spécial pour la révision du Règlement dès 1967. Pour sa part, l'Assemblée générale des Nations Unies décida, à compter de 1970, d'inscrire à son ordre du jour un point intitulé « Examen du rôle de la Cour internationale de Justice », qui donna lieu à plusieurs résolutions; dans ce cadre, le Secrétaire général établit un rapport détaillé résumant les vues communiquées par les Etats membres et les autres Etats parties au Statut sur les moyens d'accroître l'efficacité de la Cour⁸⁵, lequel fut dûment transmis à celle-ci.

Comme déjà rappelé ci-dessus, les travaux de la Cour aboutirent à une révision partielle du Règlement, sur les points considérés comme d'intérêt le plus immédiat, le 10 mai 1972; elle concernait notamment les chambres⁸⁶. L'œuvre amorcée en 1972 fut parfaite, au terme d'un réexamen d'ensemble engagé en 1976, par l'adoption, le 14 avril 1978, d'un nouveau Règlement⁸⁷. Parmi les quelques innovations introduites dans le Statut de la Cour en 1945 figure la faculté pour celle-ci de constituer « à toute époque » des chambres « pour connaître d'une affaire déterminée » (dites chambres *ad hoc*)⁸⁸. Le Comité de juristes de

⁸⁴ Voir *Rec.* 1966, p. 6.

⁸⁵ Voir *A/8382 et add. 1-4*. Pour remédier aux lenteurs alléguées des procédures devant la Cour, certains Etats suggéraient notamment que toutes les questions préalables soient tranchées sans retard *in limine*, que les répliques et dupliques, voire dans certains cas la procédure orale, soient supprimées, que la Cour puisse indiquer à l'avance aux parties les points plus particuliers devant être débattus et que le recours aux chambres (y compris « régionales ») soit facilité.

⁸⁶ Voir *CIJ Annuaire 1971-1972*, p. 3.

⁸⁷ Voir *CIJ Annuaire 1977-1978*, p. 115.

⁸⁸ Article 26, paragraphe 2. Par ailleurs, le Statut de la CIJ n'exigeait plus, comme celui de la CPJI (articles 26, 27 et 29), que les chambres soient formées en tenant compte, autant que possible, des dispositions de son article 9 visant à assurer la présence équilibrée sur le siège des « grandes formes de civilisation » et des « principaux systèmes juridiques du monde » (voir ci-dessus, p. 7). En effet, le

Washington avait considéré que pareille faculté serait susceptible de favoriser la saisine de la Cour⁸⁹. Cette idée fut reprise lors de l'examen susmentionné du rôle de la Cour par l'Assemblée générale et l'un des objets des révisions du Règlement qui s'ensuivirent fut précisément de faciliter le recours aux chambres *ad hoc* en prévoyant que le Président s'assurerait non seulement de l'assentiment des parties quant à la soumission de leur affaire à une telle chambre⁹⁰ et au nombre de juges devant y siéger, conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 26 du Statut, mais s'informerait en outre de leurs vues au sujet de la *composition* même de la chambre, étant entendu qu'il ferait ensuite rapport à la Cour, et que celle-ci procéderait, au scrutin secret, à l'élection des membres de ladite chambre⁹¹.

Ces nouveautés n'ont pas été totalement dépourvues d'effets, mais ceux-ci ont été éphémères : si quatre chambres *ad hoc* ont été constituées au cours des années 1980⁹², aucune ne l'a été durant la décennie suivante, et les deux dernières le furent au début des années 2000, dont l'une en vertu de l'article 100§1 du Règlement, qui ne laissait aucun choix aux Parties à cet égard⁹³. Au demeurant, à l'exception

Comité interallié de Londres avait à l'origine envisagé d'autoriser la nouvelle Cour à former des chambres « régionales »; si ce terme n'est finalement pas apparu dans le Statut, il semble que ses rédacteurs n'aient pas pour autant entendu exclure *a priori* une telle éventualité.

⁸⁹ Voir *UNCIO*, vol. 14, p. 493.

⁹⁰ La règle générale consacrée par le Statut est en effet le traitement de l'ensemble des affaires, à tous les stades de la procédure, par la Cour plénière (article 25). Les décisions de la Cour sont, dans la logique du Statut, « universelles » dans leur essence, en ce sens qu'elles constituent le fruit d'un travail en tout temps collégial de l'ensemble de ses membres, qui y participent sur pied d'égalité et garantissent de la sorte collectivement les équilibres prévus à l'article 9. De tels équilibres ne sont pas nécessairement possibles à réaliser au sein d'une formation restreinte et peuvent d'ailleurs, dans certaines circonstances, ne pas être souhaités par les parties. Or, conformément à l'article 27 du Statut, « (t)out arrêt rendu par une chambre...sera considéré comme rendu par la Cour ». Le recours aux chambres dérogeant à la règle générale, il ne devait être possible qu'avec l'assentiment des parties (cf., outre l'article 26§3 du Statut, son article 29, et l'article 91 du Règlement). Il n'est en conséquence pas envisageable que la CIJ, à l'instar d'autres juridictions, « répartisse les affaires entre chambres » aux fins d'en « accélérer la solution » (voir par exemple PH. COUVREUR, « L'organisation et les moyens des juridictions internationales face au contentieux international », in *La juridictionnalisation du droit international*, S.F.D.I., Colloque de Lille, Paris : Pedone, 2003, pp. 474 et 504-505).

⁹¹ Règlement de 1972, article 26§1 et §2 ; Règlement de 1978, article 17§2 et §3.

⁹² CIJ, ordonnance du 20 janvier 1982 (constitution de chambre), *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Rec. 1982, p. 3. Cette ordonnance est particulièrement intéressante en ce qu'elle reflète, d'une part, les tensions qui étaient nées du désir des Parties de contrôler, en particulier, la composition de la chambre, menaçant même de dénoncer le compromis si leurs vœux n'étaient pas respectés, et, d'autre part, les préoccupations de la Cour quant à la compatibilité, avec le Statut et le Règlement, de certaines dispositions de cet instrument. Voir aussi CIJ, ordonnance du 3 avril 1985 (constitution de chambre), *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, Rec. 1985, p. 6 (beaucoup plus discrète sur la question de l'expression et de la prise en compte des souhaits des Parties quant à la composition de la chambre); CIJ, ordonnance du 8 mai 1987 (constitution de chambre), *Différend terrestre, insulaire et maritime*, Rec. 1987, p. 10 ; CIJ, ordonnance du 2 mars 1987 (constitution de chambre), *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Rec. 1987, p. 3.

⁹³ CIJ, ordonnance du 27 novembre 2002 (constitution de chambre), *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, Rec. 2002, p. 613 : cette ordonnance ne fait plus spécifiquement référence à l'article 17§2 du Règlement; CIJ, ordonnance du 27 novembre 2002 (constitution de chambre), *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras)*, Rec. 2002, p. 618 : cette ordonnance ne fait plus même référence à la consultation des parties quant à la composition de la chambre. L'évolution du texte de ces ordonnances peut donner à penser qu'après les incertitudes qui avaient présidé à la formation quelque peu « agitée »

de la chambre constituée en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, toutes ont été formées pour connaître de différends territoriaux ou maritimes entre Etats voisins initialement portés devant la Cour par voie de notification d'un compromis. Les motifs de ce succès plus que mitigé, sur le long terme, des chambres *ad hoc*, sont divers. Tout d'abord, l'apparence d'une plus grande influence et marge de manœuvre laissées aux Etats en ce qui est de la composition de ces chambres ne saurait occulter la réelle incertitude qui entoure celle-ci, dès lors que le choix final en la matière appartient à la Cour, en tant qu'institution judiciaire, laquelle n'est en rien tenue de rencontrer les souhaits exprimés par les parties: cette situation contraste avec le degré de certitude qui caractérise la composition de la Cour plénière dans une affaire déterminée; de surcroît, la présence sur le siège, jugée à tort ou à raison « défavorable » à ses positions, par une partie, de certaines personnalités, sera nécessairement perçue par celle-ci comme beaucoup plus lourde de conséquences au sein d'une formation restreinte. En deuxième lieu, les Etats qui ne désirent pas soumettre à une formation étendue et de nature universelle un litige particulier les opposant peuvent préférer recourir à l'arbitrage, sur lequel ils exerceront, en règle générale, un plus grand contrôle. Enfin, il échet de relever que les procédures devant les chambres ne se sont globalement pas avérées, en pratique, être plus rapides ou plus simples, et plus économiques pour les parties, que les procédures engagées devant la Cour plénière, en dépit des possibilités offertes par l'article 92 du Règlement en vigueur, héritées des règles régissant la procédure devant la chambre de procédure sommaire à l'époque de la CPJI⁹⁴.

Les autres chambres constituées en application du Statut n'ont pas connu un sort plus heureux, tout au contraire. L'article 26§1, autorise la Cour à créer « à toute époque » des chambres de trois juges au moins « pour connaître de catégories déterminées d'affaires, par exemple d'affaires de travail et d'affaires concernant le transit et les communications »⁹⁵. Le 19 juillet 1993, alors que le droit international de l'environnement était en plein essor, et qu'elle était saisie de deux affaires considérées comme soulevant « des questions importantes » au regard de ce droit⁹⁶, la Cour a jugé opportun de constituer, sur cette base, une « chambre pour les questions d'environnement », composée de sept membres, afin d'« être prête dans toute la mesure du possible à traiter de toute affaire d'environnement

de la première chambre *ad hoc* dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la Cour a progressivement entendu restituer sa juste dimension à la consultation des parties quant à la composition de ces chambres.

⁹⁴ Article 69 des règlements successifs de la CPJI.

⁹⁵ Les articles 26 et 27 du Statut de la CPJI, dans le sillage des traités de paix, lui faisaient obligation de former tous les trois ans de telles « chambres techniques », composées de cinq juges et d'assesseurs y siégeant sans droit de vote, aux fins de traiter les affaires de cette nature. Le Comité de juristes de Washington, constatant que ces chambres n'avaient jamais été saisies, proposa que cette obligation fasse place à une faculté, élargie à toute autre matière « technique » déterminée par la Cour (*UNCIO*, vol. 14, *loc. cit.*). Il est intéressant de noter que, depuis 1972, le Règlement prévoit l'élection au scrutin secret des membres de ces chambres « compte tenu des connaissances particulières, des aptitudes techniques ou de l'expérience de chacun » (Règlement de 1978, article 16§2).

⁹⁶ Il s'agissait de l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)* et de celle relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, voir communiqué de presse 93/20 en date du 19 juillet 1993.

relevant de sa juridiction »⁹⁷ ; cette chambre a ensuite été reconstituée à intervalles réguliers d'une durée variable ; ladite chambre n'ayant jamais été saisie au cours de ses 13 ans d'existence, la Cour a décidé de ne plus la reconstituer à compter de 2006⁹⁸. Enfin, aux termes de l'article 29 du Statut, la Cour est tenue de composer chaque année une chambre de procédure sommaire de cinq juges⁹⁹ et deux suppléants « en vue de la prompte expédition des affaires » ; cette chambre n'a pas davantage été saisie à ce jour¹⁰⁰. Le désintérêt des Etats pour les chambres « permanentes » s'explique, *mutatis mutandis*, par les mêmes raisons que leur peu d'intérêt pour les chambres *ad hoc*. Certes, la composition des chambres « permanentes » est connue à l'avance, mais elle est susceptible de varier d'une phase à l'autre d'une affaire, comme celle de la Cour plénière¹⁰¹, qui ne pâtit pas des mêmes inconvénients supposés tenant au poids accru de l'élément *intuitu personae* au sein des formations restreintes. Il faut ajouter à cela que les connaissances ou l'expérience particulières qui doivent présider au choix des membres des chambres constituées pour connaître d'une catégorie déterminée d'affaires peuvent être perçues par les parties comme incertaines et que, s'agissant de la chambre de procédure sommaire, la Cour est désormais en mesure de se réunir beaucoup plus promptement qu'auparavant, si besoin par voie de liaison vidéo¹⁰².

2. Les juges *ad hoc*

Une autre composante importante de l'organisation de la Cour, à laquelle la confiance des Etats dans celle-ci est loin d'être indifférente, est l'institution du juge *ad hoc*.

On a souvent critiqué la « survivance » de cette institution, qui ne serait autre qu'une réminiscence de l'arbitrage et dont l'avènement d'une ère proprement judiciaire au niveau international s'accommoderait mal. Ces critiques pèchent fréquemment par un excès de formalisme, procédant d'une comparaison indue avec les tribunaux internes.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ La Cour a préféré cette approche que celle d'une « suppression » formelle telle que prévue à l'article 16§3 du Règlement.

⁹⁹ L'article 15§1 du Règlement précise que le Président et le Vice-Président en sont membres de droit, les autres membres étant élus au scrutin secret.

¹⁰⁰ On sait que la chambre du même nom, constituée au titre de l'article 29 du Statut de la CPJI, avait, quant à elle, été saisie à deux reprises (*Traité de Neuilly, C.P.J.I. Série A, arrêts nos 3 [1924] et 4 [1925]*). La Cour permanente, à cette époque, tenait une seule session ordinaire par an, débutant au mois de juin et ne restait en conséquence pas « toujours en fonction », pour reprendre les termes de l'article 23§1 du Statut de la CIJ.

¹⁰¹ Les chambres « permanentes », au contraire des chambres *ad hoc*, ne font pas exception à la règle de l'article 33 du Règlement ; un membre d'une telle chambre, dont le mandat de juge vient à son terme, ne continue donc à y siéger que pour autant que « la [chambre se soit déjà] réunie pour la procédure orale » dans la phase en cause de l'affaire considérée.

¹⁰² Voir l'article 59§2 du Règlement révisé. L'idée même d'une chambre de procédure sommaire faisait écho à la nécessité, déjà ressentie lors de la préparation du projet de Cour de Justice arbitrale de 1907, de permettre à une formation restreinte de la Cour d'être disponible à tout moment pour traiter avec toute la célérité possible les affaires les plus urgentes. Les deux décisions susmentionnées, rendues par la chambre de la Cour permanente, le furent en moins de 4 mois (en dépit du dépôt de répliques dans la première instance), sans que fût tenue de procédure orale.

Dès 1920, le Comité de juristes, qui s'était prononcé en faveur de la compétence obligatoire de la future CPJI, estima que la présence sur le siège de juges de la nationalité des parties serait indispensable à la fois pour assurer que la décision à prendre soit rédigée en des termes qui rencontrent adéquatement la psychologie des Etats intéressés et pour aider la Cour à résoudre certaines questions complexes, requérant des connaissances spéciales que seuls les juges nationaux eussent possédé. Au-delà, la participation de ces juges au procès paraissait impérative à l'effet pour la Cour de s'attacher la confiance des Etats. Il fut donc décidé que les juges de la nationalité des parties devraient demeurer sur le siège et que celles d'entre elles qui n'auraient pas de juge national pourraient nommer un juge *ad hoc* revêtu de la même dignité et siégeant sur pied de stricte égalité avec les juges permanents¹⁰³.

L'ensemble des considérations qui précèdent demeurent généralement valables aujourd'hui et l'article 31 du Statut de 1920 ne fut amendé en 1929-1936 que pour en confirmer l'application aux chambres et corriger l'anomalie de la référence qui y était faite à l'article 16¹⁰⁴. L'expérience a montré que l'attachement des Etats à l'institution du juge *ad hoc* était aussi solide que pérenne, à tel point qu'il n'est arrivé que de très rares fois, en près d'un siècle, qu'une partie n'exerce pas son droit de désigner un juge *ad hoc*¹⁰⁵.

3. Le régime d'incompatibilités et la prévention des conflits d'intérêts

Enfin, également essentielles pour susciter et maintenir la confiance des Etats dans la Cour, sont les dispositions de son Statut et de son Règlement, afférentes à son organisation et son fonctionnement, qui ont pour objet de régler les questions d'incompatibilité et autres problèmes de conflits d'intérêts. Tout aussi importante à cet égard est la façon dont ces dispositions sont mises en œuvre. Il va sans dire que, dans de telles matières, rigueur, cohérence et transparence sont particulièrement de mise.

Les dispositions statutaires en cause (articles 16, 17 et 24), qui remontent à 1920 et, au-delà, aux Conférences de La Haye de 1899 et 1907, expriment des principes élémentaires, qui ont été largement empruntés et développés par maints textes ultérieurs régissant les activités d'autres juridictions. Il n'est guère nécessaire, dans le présent contexte, d'entrer plus en détail dans l'examen de ces dispositions et de la pratique à laquelle elles ont donné lieu¹⁰⁶. Il convient néanmoins de mentionner que la Cour a récemment entendu encadrer de manière beaucoup plus stricte la participation, devenue au fil du temps parfois intempestive, de certains de ses membres à des arbitrages de nature variée, alors que la Cour était de plus

¹⁰³ Cela explique la référence que l'article 31 du Statut fait aux articles 2, 4 et 5 du même instrument. Voir, pour la discussion de ces sujets, *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920*, La Haye : Van Langenhuysen Frères, 1920, notamment pp. 528 et s. et en particulier pp. 528-530.

¹⁰⁴ On ne pouvait en effet interdire de manière générale aux juges *ad hoc*, dont les activités à la Cour ne sont pas permanentes, d'exercer d'autres fonctions.

¹⁰⁵ Voir l'affaire de l'Île de Kassikili/Sedudu (*Botswana/Namibie*), *CIJ Recueil 1999*, p. 1045. Les Parties s'étaient pourtant expressément réservé la possibilité d'exercer ce droit (moyennant l'information préalable, par écrit, de l'autre) à l'article VIII du compromis.

¹⁰⁶ Voir par exemple à cet égard A. ZIMMERMANN, C. J. TAMS et AL. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, op. cit.*, pp. 429-457 et 526-537.

en plus occupée¹⁰⁷. Cette pratique, reposant sur une interprétation assez souple du paragraphe 1 de l'article 16 du Statut (et en particulier du membre de phrase : « ni se livrer à aucune occupation de caractère professionnel »¹⁰⁸), et qui pouvait donner lieu à certains conflits d'intérêts réels ou apparents¹⁰⁹, n'avait pas manqué de générer des inquiétudes et une réprobation croissante, dangereuses pour l'image de la Cour et la confiance dans celle-ci¹¹⁰.

Quant aux articles 17 et 24, destinés à pallier l'absence, dans le Statut, d'une procédure de récusation¹¹¹, ils n'ont plus fait l'objet, depuis des années¹¹², de décisions publiquement motivées. On ne saurait, à cet égard, négliger les possibilités discrètement ouvertes aux parties, depuis 1978, par l'article 34§2 du Règlement, qui les autorise expressément à aviser le Président de la Cour, confidentiellement, de tout fait susceptible de concerner ces dispositions du Statut, dont elles ont des raisons de penser que la Cour n'a pas eu connaissance.

Ce sont les mêmes préoccupations générales qui ont inspiré, *mutatis mutandis*, la règle traditionnelle exprimée à l'article 32§1 du Règlement, selon laquelle le Président, lorsqu'il se trouve être ressortissant d'une partie, doit céder la présidence dans l'affaire en cause. A l'époque où le Président de la Cour était le seul juge tenu de résider à La Haye, et où les déplacements pouvaient s'avérer longs et difficiles, la règle, introduite dans le Règlement de la CPJI en 1926, fut interprétée comme ne s'appliquant qu'aux « fonctions du Président en chambre du conseil » et non aux décisions « administratives » à prendre dans une affaire, telles celles concernant la fixation de délais, afin d'éviter une paralysie de l'activité de la Cour¹¹³. Cette règle, aujourd'hui absolue, est fondamentale en termes de confiance des justiciables dans le caractère équitable de la procédure; le fait que la présidence soit exercée dans une affaire par une personne sans lien de nationalité avec aucune des parties « constitue une garantie irremplaçable et un procédé psychologique plus satisfaisant à tous égards pour les intéressés »¹¹⁴.

¹⁰⁷ Voir *Discours du Président Yusuf à l'occasion de la 73^{ème} session de l'Assemblée générale (25 octobre 2018)*, p. 13 (disponible sur le site de la Cour, sous « Présidence » et « Déclarations du Président »).

¹⁰⁸ Ces mots ont de fait été interprétés avec souplesse au début de la période de fonctions de la CPJI, alors que l'on avait le souci d'assurer à la Cour le concours des plus éminents juristes de l'époque, qui n'auraient pas nécessairement accepté d'abandonner des charges prestigieuses dans leur pays d'origine pour la rejoindre. Ils le furent également à certaines époques de la période de fonctions de la CIJ, lorsque le volume d'activités de celle-ci était nettement plus réduit.

¹⁰⁹ Ainsi, il a pu arriver que des Etats ayant nommé des membres de la Cour pour siéger dans certains arbitrages soient par ailleurs devenus parties à un différend devant celle-ci.

¹¹⁰ Voir par exemple N. BERNASCONI-OSTERWALDER, M. DIETRICH BRAUCH, « Is "Moonlighting" a problem? The role of ICJ Judges in ISDS », www.iisd.org/System/files/publications/icj, November 2017.

¹¹¹ Les rédacteurs du Statut de 1920 avaient en effet craint que l'existence d'une telle procédure pût mettre en danger l'autorité de la Cour : *Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances*, *op. cit.*, pp. 472 et s.

¹¹² La dernière en date fut celle rendue le 30 janvier 2004 sur la composition de la Cour dans la procédure consultative relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *Rec.* 2004, p. 3 (Cf. *Id.*, *Rec.* 1965, p. 3 et *Rec.* 1971, pp. 3 et s.).

¹¹³ Voir la déclaration du Président Adatci dans l'affaire du *Territoire de Memel*, *Rec. Série E*, n°8, pp. 239 et s. Au contraire, comme il avait été relevé lors de la révision du Règlement en 1926, en chambre du conseil, le Président pouvait être appelé à utiliser la voix prépondérante que lui conférait l'article 55 du Statut.

¹¹⁴ G. GUYOMAR, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice, Interprétation et pratique*, Paris : Pedone, 1983, p. 178.

B. Déroulement du procès

Globalement, la procédure *stricto sensu* devant la Cour est le reflet du souci du Comité de Juristes de 1920 de faire jouer à la CPJI, dans l'ordre international, un rôle équivalent à celui des juridictions nationales dans les ordres internes, tout en prenant dûment en considération la qualité d'Etats souverains de ses justiciables¹¹⁵. Cette procédure combine en conséquence des éléments empruntés tant aux procédures internes qu'à la procédure arbitrale internationale, telle qu'elle s'était développée à l'époque¹¹⁶. Elle répond ainsi, non seulement aux exigences fondamentales de toute procédure juridictionnelle (en offrant, en particulier, aux parties, la garantie d'un traitement rigoureusement égal et d'une stricte égalité de chances, et en assurant en tout temps la transparence du procès), mais aussi à celles d'une procédure interétatique requérant, plus spécifiquement, un savant équilibre entre marge de manœuvre laissée aux parties et sécurité juridique, prévisibilité et efficacité. L'interaction dynamique entre l'ensemble de ces divers éléments est à l'évidence essentielle pour fonder la confiance dans cette procédure et l'institution elle-même.

1. Les garanties fondamentales d'un procès équitable héritées du modèle des juridictions nationales

Il ne fait pas de doute que l'ensemble des dispositions du Statut et du Règlement de la Cour tendent à garantir le caractère équitable du procès, et que la pratique à laquelle ils ont donné lieu y a invariablement été très attentive, qu'il s'agisse d'assurer la transmission immédiate à une partie de tout document produit par l'autre, ou à toutes les parties simultanément des communications et décisions émanant de la Cour, de la possibilité pour chaque partie d'exprimer également ses vues, de façon complète et contradictoire, de la prise en considération exhaustive et impartiale de celles-ci par la Cour, etc.¹¹⁷. La transparence est pour sa part assurée par l'existence et le respect de règles claires et préétablies régissant le déroulement du procès dans son ensemble, y compris les modalités de délibération de la Cour¹¹⁸,

¹¹⁵ Voir par exemple *Comité consultatif de Juristes, Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit.*, p. 694.

¹¹⁶ Voir par exemple PH. COUVREUR, « El balance historico-sociológico de la Corte », *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2007, pp. 107 et s. ; « The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law », *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, op. cit.*, pp. 18 et s.

¹¹⁷ Voir par exemple les articles 40§2, 43§3 et 4, et 63 du Statut, ainsi que les articles 17, 38§3, 39§1, 72, 73§1, 83§1, 89§2, 94, et 99 du Règlement. Le Greffe possède à l'évidence des responsabilités importantes s'agissant de la prompt communication de toutes les pièces officielles du procès aux parties, mais aussi de la transmission à juge et à partie de toute information pertinente aux fins du déroulement harmonieux des procédures (Instructions pour le Greffe, article 9).

¹¹⁸ Si les délibérations de la Cour en matière judiciaire « sont et restent secrètes » (Statut, article 54§3 et Règlement, article 21§1 et 3), pour des raisons évidentes de bonne administration de la justice (dont la protection de l'indépendance des juges et de la collégialité de leur travail), en revanche, la manière dont la Cour délibère et adopte ses décisions est publique : elle fait l'objet d'une résolution sur la pratique interne de la Cour en matière judiciaire en date du 12 avril 1976 (voir à ce sujet l'étude bien connue du Président M. BEDJAOUI, « La "fabrication" des arrêts de la Cour internationale de Justice », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel*

ainsi que la publication des pièces de la procédure écrite et autres documents y assimilés¹¹⁹ et la publicité de principe des débats oraux¹²⁰.

2. Les équilibres essentiels au déroulement harmonieux d'une procédure interétatique

La question des équilibres entre, d'une part, la nécessité de laisser aux Etats une certaine liberté dans la procédure devant la Cour, à l'effet de leur permettre d'exposer leurs vues, autant que possible, comme ils l'entendent et dans les conditions qu'ils estiment les plus favorables (évitant ainsi les frustrations peu propices à l'exécution des décisions et à la solution des différends), et, d'autre part, celle d'encadrer le procès dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (qui suppose notamment, outre le respect des principes fondamentaux rappelés ci-dessus, clarté, efficacité, cohérence et promptitude des procédures), est particulièrement critique au regard de la confiance dans une juridiction telle la CIJ et mérite quelques développements additionnels.

Virally, Paris : Pedone, 1991, pp. 87-107). Par ailleurs, on rappellera que l'article 57 du Statut autorise les juges à joindre des opinions aux décisions de la Cour; quels que soient les avantages et les inconvénients de cette pratique, il est indéniable qu'elle peut contribuer à une meilleure compréhension de ces décisions en rendant possible une certaine manière d'incursion dans leur processus d'élaboration et en assurant de la sorte une plus grande transparence de celui-ci, sans pour autant porter atteinte au secret du délibéré. En outre, depuis la révision du Règlement en 1978, les arrêts de la Cour doivent comprendre le nom des juges ayant constitué la majorité sur chaque point du dispositif (article 95§1).

¹¹⁹ Voir l'article 53§2 du Règlement, qui n'envisage une telle publication qu'« à l'ouverture de la procédure orale ou ultérieurement ». Ces pièces demeurent confidentielles tout au long de la procédure écrite, aux fins d'en garantir le déroulement serein et d'éviter les débats « extra-judiciaires » susceptibles de porter atteinte à la bonne administration de la justice. Leur mise à la disposition du public à l'ouverture de la procédure orale est la règle, puisque cette procédure est en principe publique et que ces documents doivent pouvoir y être librement cités. Mais il peut y avoir de bonnes raisons d'en différer la publication, voire, à la demande d'une partie, d'exclure certaines pièces confidentielles de la publication du dossier. Il arrive également que la Cour estime opportun de ne pas mettre à la disposition du public, à l'ouverture de la procédure orale sur des exceptions préliminaires, le mémoire sur le fond entre-temps déposé, sans qu'aucun critère clair pour en décider ainsi n'ait jamais été défini. Quant à l'article 53§1 du Règlement, qui prévoit que la Cour peut « à tout moment » mettre les pièces de procédure à la disposition d'un Etat admis à ester devant elle qui en ferait la demande, il opère un équilibre entre le caractère typiquement « bilatéral » des procédures devant la Cour et les intérêts des tiers envisageant d'intervenir au procès ou souhaitant pour d'autres motifs pouvoir prendre connaissance de ces pièces ; lorsqu'une partie s'oppose à la communication des pièces, la Cour, dans la pratique, tend à la refuser, donnant ainsi la priorité à l'intégrité de l'élément « bilatéral » : il peut en résulter de sérieuses difficultés pour que le tiers soupçonnant la mise en cause de ses intérêts juridiques dans l'instance considérée puisse décider en toute connaissance de cause de présenter une requête à fin d'intervention en vertu de l'article 62 du Statut et soit en mesure de la bien fonder (voir l'article 81§2 du Règlement).

¹²⁰ Voir les articles 46 du Statut de la Cour et 59 de son Règlement, innovants par rapport à la pratique arbitrale traditionnelle. Le huis clos est très rare dans la pratique de la Cour et n'a été prononcé que lorsqu'était discutée sa composition (voir CIJ, ordonnance du 18 mars 1965, *Sud-Ouest africain*, Rec. 1965, p. 3 ; CIJ, ordonnance du 26 janvier 1971, *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*, Rec. 1971, p. 12) ou procédé à l'audition de témoins dont la sécurité requerrait la protection de l'anonymat (CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Rec. 2015, p. 20, §33). Au demeurant, depuis une quinzaine d'années, les audiences sont normalement retransmises en direct sur le site internet de la Cour, à moins que des raisons particulières ne s'y opposent; le Greffier consulte toujours discrètement les parties à ce sujet en temps voulu.

En devenant parties au Statut de la Cour, les Etats acceptent les règles qui y gouvernent le déroulement d'une instance devant elle, telles que celle-ci peut les préciser dans son Règlement. La volonté commune des parties en litige devant une juridiction permanente ne saurait suffire, comme ce peut être le cas en matière d'arbitrage, pour modifier ces règles préétablies. Les dispositions du Statut sont impératives pour la Cour comme pour les Etats¹²¹. Celles du Règlement, adoptées en application de l'article 30 du Statut, s'imposent également dans le cours du procès, conformément aux principes de sécurité et de prévisibilité; elles ne sont néanmoins pas impératives, dans la mesure où elles peuvent être amendées par la Cour lorsque cela paraît opportun, mais dans le cadre de limites bien établies : d'une part, ces amendements doivent en tout temps demeurer compatibles avec les règles du Statut et, de l'autre, ils ne peuvent disposer que pour l'avenir lorsqu'ils affectent les droits des parties¹²². Pour être plus détaillées que celles du Statut, les normes réglementaires n'en doivent pas moins, aux fins de remplir adéquatement leur fonction vis-à-vis des Etats, participer de la nature de dispositions-cadre, claires dans leur lettre comme dans leur esprit, mais susceptibles d'être appliquées dans chaque cas d'espèce avec la flexibilité requise. Les rédacteurs du premier Règlement de la CPJI (1922) avaient exprimé leur souci de ne pas détourner les Etats de la Cour en leur imposant des règles de procédure par trop rigides¹²³.

C'est ainsi que l'article 101 du Règlement en vigueur laisse aux parties à une affaire la possibilité de proposer, de commun accord, des modifications particulières aux dispositions relatives au déroulement de la procédure contentieuse dans un cas déterminé; la Cour, gardienne de l'intégrité de son Statut et de son Règlement, a le pouvoir de donner ou non effet à ces propositions, compte tenu de leur nature et à la lumière des circonstances de chaque espèce¹²⁴.

Par ailleurs, le Statut et le Règlement de la Cour octroient eux-mêmes directement aux parties, sans qu'il soit besoin d'y déroger, la possibilité de convenir de certains aspects de la procédure. Selon le cas, l'accord des parties peut lier la Cour. Il en est ainsi, par exemple, lorsque celles-ci conviennent de l'utilisation d'une seule langue officielle dans l'instance : l'article 39§1 du Statut prévoit que l'arrêt de la Cour devra alors être « prononcé en cette langue » ; contrairement à ce qui avait longtemps été le cas de la CPJI, la CIJ rend toujours ses décisions dans les deux langues, mais, comme le précise l'article 96 du Règlement depuis 1978, dans le cas envisagé, c'est le texte de l'arrêt établi dans la langue choisie par les parties qui fera foi. Bien que la Cour ait toujours entendu dissuader autant que possible les parties de déposer des documents « nouveaux »

¹²¹ Voir CPJI, *ordonnance du 19 avril 1929, Zones franches franco-suissees*, *Rec. Série A*, n°22, p. 12 ; CIJ, arrêt du 16 avril 2013, *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, *Rec.* 2013, p. 70, §46.

¹²² Lesdits amendements précisent normalement, outre leur date d'entrée en vigueur, qu'ils ne s'appliquent pas aux affaires en cours.

¹²³ Voir CPJI, *Rec. Série D*, n°2, pp. 52-54 et 57-62.

¹²⁴ Le Règlement de la Cour contient une disposition analogue depuis 1922. Les cas d'application formelle de cette disposition sont très rares. Dans l'affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, la Cour, se référant notamment à l'article 101 de son Règlement, a, par ordonnance en date du 16 novembre 2009, autorisé la présentation par chaque partie d'une pièce additionnelle à la réplique et à la duplique, « (c)ompte tenu de l'accord des parties et des circonstances exceptionnelles de l'espèce » (*Rec.* 2009, p. 306).

après la clôture de la procédure écrite, les articles 52 du Statut et 56§1 du Règlement lui font obligation d'accepter la production de tels documents si les parties donnent leur assentiment à cet égard. De même, si les parties consentent à ce qu'une exception préliminaire soit tranchée au stade du fond, la Cour doit, conformément à l'article 79bis, paragraphe 4, du Règlement, y donner effet.

Dans la majorité des cas, toutefois, l'accord des parties sur une question de procédure ne liera pas formellement la Cour, qui demeurera libre de s'en écarter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Ainsi en va-t-il par exemple en ce qui concerne la fixation du nombre de pièces de la procédure écrite, de l'ordre de leur dépôt et des délais y afférents; il n'en est pas moins précisé à l'article 44§2 du Règlement que le Président, s'étant renseigné auprès d'elles en application de l'article 31 du Règlement, sera « tenu compte de tout accord qui serait intervenu entre les parties et n'entraînerait pas un retard injustifié »¹²⁵. Quoique l'article 58 du Règlement ne se réfère pas expressément à l'éventualité d'un accord entre les parties quant à l'ordre dans lequel elles devraient être entendues à l'audience – une question directement pertinente dans l'hypothèse d'une instance introduite par voie de notification d'un compromis – il va de soi que les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis*. Dans la pratique, la Cour se montre globalement assez soucieuse de respecter la volonté des parties : même si, dans un souci légitime de gestion efficace de son rôle, elle est devenue généralement réticente à prescrire des délais longs ou à proroger par trop des délais déjà fixés, elle prend toujours le soin d'examiner soigneusement les circonstances portées à son attention par les parties¹²⁶.

La place ainsi laissée à la volonté des Etats dans l'organisation de la procédure, dûment « encadrée » par la Cour, a pour contrepartie un certain nombre d'obligations découlant pour eux, selon les mots de la chambre chargée de connaître de l'affaire du *Différend terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Nicaragua [intervenant])*, de leur « qualité de partie en vertu du Statut et du Règlement de la Cour ou des principes juridiques généraux de procédure »¹²⁷. Ces obligations, informées par les principes de bonne foi et de loyauté, trouvent leur expression dans des règles de nature diverse, d'ordre formel ou procédural, dictant leur conduite au cours du procès.

¹²⁵ L'ordonnance prise le 28 juin 2021 en l'affaire de l'*Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, de façon quelque peu inhabituelle, ne prend pas acte de l'accord résultant de l'absence d'objection de l'Ukraine à la demande de prorogation de délai présentée par la Russie, mais utilise la formule « compte tenu des vues des Parties », plus communément utilisée en cas de désaccord entre celles-ci.

¹²⁶ Qu'il s'agisse de difficultés de nature technique ou, par exemple, de l'évolution de la situation politique entourant le différend. Le Règlement ne prévoit pas formellement la possibilité de suspendre la procédure écrite; néanmoins, lorsque la nécessité s'en fait impérativement sentir (par exemple pour donner toutes ses chances à un processus de négociation engagé), la Cour peut soit proroger les délais initialement fixés (à plusieurs reprises, en cas de besoin), soit décider de ne pas fixer de nouveaux délais (voir par exemple CIJ, ordonnance du 14 décembre 1989, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Rec. 1989, p. 175).

¹²⁷ CIJ, *Requête à fin d'intervention*, Rec. 1990, p. 136, §102.

Aux dispositions du Règlement se sont ajoutées, depuis 2001, des « Instructions de procédure » censées les compléter sans les altérer¹²⁸ : elles visent la présentation des écritures et les délais y afférents (Instructions I à V), la procédure orale (Instructions VI et XI), la nomination de juges *ad hoc*, agents, conseils et avocats (Instructions VII et VIII), la production de documents nouveaux (Instructions IX, IX bis, IX ter et IX quater), les réunions tenues par le Président au titre de l'article 31 du Règlement (Instructions X et XIII) et le dépôt de documents par des organisations non-gouvernementales dans les procédures consultatives (Instruction XII). Pour généralement utiles qu'elles soient, ces instructions, qui tendent à poser des limites additionnelles à la liberté des parties, ne laissent pas de soulever certains problèmes et ont fait l'objet de critiques diverses¹²⁹. Leur valeur normative est incertaine. D'un côté, elles ont pris le relai des « *Recommandations* à l'attention des parties » de 1998¹³⁰ et il est à supposer que l'intention originelle était qu'elles participent de la même nature. D'un autre côté, même si le terme « instruction » est susceptible de revêtir des sens divers, il semble plutôt, dans ce contexte, être synonyme d'« ordre » ou de « prescription ». Certaines instructions de procédure – les plus techniques – tendent à être formulées de façon impérative¹³¹, alors que d'autres, de portée plus générale, qui ne trouvent pas un fondement direct dans le Statut ou le Règlement, le sont plutôt sous forme de souhait de la Cour¹³². Par ailleurs, celles qui sont présentées comme imposant des obligations aux parties ne sont pas uniformément appliquées¹³³. Enfin, ces instructions, qui sont le reflet de préoccupations ponctuelles, revêtent un caractère assez hétérogène et fragmentaire¹³⁴.

¹²⁸ On notera toutefois à cet égard que, alors que la solution par défaut retenue à l'article 46§2 du Règlement quant à l'ordre de dépôt des pièces de procédure dans les instances introduites par voie de notification de compromis est le dépôt simultané (dès lors qu'il n'y a ni demandeur ni défendeur), l'Instruction de procédure I indique expressément que la Cour « souhaite décourager (cette) pratique ». Très peu d'Etats ont adhéré à ce vœu. Il échet toutefois de signaler que l'article 3 du compromis conclu entre le Gabon et la Guinée équatoriale le 15 novembre 2016 se réfère expressément à cette Instruction de procédure et prévoit un dépôt successif des pièces, sans toutefois spécifier l'Etat qui présenterait la première pièce ; un accord à cet effet s'est exprimé lors de la réunion que la Présidente a tenue le 30 mars 2021 avec les agents des Parties en l'affaire de la *Délimitation terrestre et maritime et souveraineté sur des îles* (ordonnance du 7 avril 2021).

¹²⁹ Voir par exemple A. PELLET, « The International Court of Justice at age 70 », *Liber amicorum Stelios Perrakis*, I. Sideris, 2017, pp. 158-159.

¹³⁰ Voir communiqués de presse 1998/14 et 2001/1.

¹³¹ Voir les Instructions II, III (qui vient d'être amendée à l'effet de fixer un nombre maximum de pages pour les annexes aux pièces de procédure, soulevant ainsi la question de savoir quelle serait la « sanction » de l'inobservation de cette exhortation, au demeurant assez singulière), IV, VI (*partim*), IX à IX quater et XII.

¹³² C'est le cas des Instructions VII et VIII, inspirées par des considérations évidentes de bonne administration de la justice (et scrupuleusement respectées dans la pratique), mais que la Cour aurait difficilement pu rendre obligatoires.

¹³³ L'Instruction IV, aux termes de laquelle « il va de soi que (les) traductions de pièces de procédure (dont disposeraient les parties) doivent être fournies au Greffe » (c'est nous qui soulignons), a très rarement été appliquée.

¹³⁴ Elles concernent ainsi seulement certains aspects de la procédure et, alors que quelques-unes d'entre elles se contentent pratiquement de paraphraser une disposition du Règlement (Instruction VI), d'autres sont extrêmement (excessivement?) détaillées (Instructions IX bis, ter et quater), voire tombent dans le travers d'une micro-gestion difficilement réconciliable avec la nature des procédures devant la CIJ et le niveau auquel celle-ci opère.

3. La maîtrise du procès et les efforts menés pour en accroître l'efficacité dans le respect des principes précités

Conformément à l'article 48 du Statut, c'est à la Cour que revient la maîtrise du procès. Comme on l'a déjà laissé entendre, depuis 1972, la Cour s'est employée à accroître l'efficacité de ses procédures, ce qui s'est traduit par l'émergence d'un plus grand « dirigisme procédural ».

Tout d'abord, elle s'est efforcée de réduire autant que possible la durée du procès en adoptant des textes qui visent à raccourcir les délais de principe pour l'accomplissement des actes de procédure¹³⁵ et à limiter de manière générale le nombre de pièces à déposer par les parties (une pièce par partie, présentée en ordre consécutif, dans les instances introduites par voie de requête¹³⁶ et deux pièces par partie, déposées simultanément, dans les instances introduites par voie de notification de compromis¹³⁷), sous réserve de l'autorisation de la production de pièces supplémentaires. Dans la pratique, la Cour octroie généralement des délais constituant une manière de moyenne entre ceux sollicités par les parties, ce dont celles-ci ont tendance à s'accommoder avec un certain bon gré, eu égard au caractère « transactionnel » de la solution; dans les faits, il en résulte souvent aussi qu'un laps de temps en définitive assez réaliste et raisonnable est mis à leur disposition pour leur permettre d'exposer exhaustivement leurs thèses. Par ailleurs, s'agissant de la présentation de pièces additionnelles, la Cour se montre passablement conciliante lorsque les parties s'accordent pour la requérir; en revanche, elle l'est moins dans les cas où l'une des parties s'y oppose fermement, même quand le dépôt d'une telle pièce est peu susceptible de retarder l'ouverture de la procédure orale : une décision négative à cet égard est toujours délicate à prendre car elle suscite invariablement des frustrations.

Deuxièmement, la Cour a légiféré pour tenter d'amener les parties à engager plus directement et efficacement le débat entre elles, et améliorer la qualité de l'information à sa disposition. Ainsi, comme on l'a déjà indiqué, elle a exprimé sa préférence pour le dépôt consécutif de pièces dans les affaires introduites par voie de notification d'un compromis¹³⁸. De surcroît, elle a adopté des textes tendant à limiter le contenu des pièces additionnelles et des plaidoiries aux points qui « divisent encore » les parties¹³⁹ et lui permettant par ailleurs d'inviter celles-ci à examiner certains points à l'audience ou de les inviter « à tout moment » à donner toutes explications nécessaires¹⁴⁰. Dans la pratique, les pièces additionnelles, et surtout les audiences, dont la durée a pourtant été globalement réduite, s'avèrent souvent encore trop répétitives, mais il est probable que toute tentative de la Cour d'imposer d'autres restrictions provoquerait des réactions assez vives de la part

¹³⁵ Voir l'article 79 bis du Règlement et l'Instruction de procédure V (à laquelle les ordonnances de fixation de délais les plus récentes tendent à faire expressément référence).

¹³⁶ Voir l'article 45 du Règlement.

¹³⁷ Voir l'article 46 du Règlement.

¹³⁸ Instruction de procédure I.

¹³⁹ Voir les articles 49§3 et 60§1 du Règlement. Cf. Instruction de procédure VI.

¹⁴⁰ Voir les articles 61 et 62 du Règlement. Cf. Résolution sur la pratique interne de la Cour en matière judiciaire, article 1 ; le paragraphe 1 de cet article est systématiquement appliqué dans les affaires techniquement complexes.

des Etats. La Cour s'est au demeurant montrée particulièrement prudente avant d'entendre orienter le contenu des audiences, voire même de solliciter des explications des parties¹⁴¹, de peur de trop peser sur le cours du procès, de révéler des orientations se dessinant en son sein quant à la solution du litige ou de susciter des perceptions erronées et autres spéculations inutiles quant à ces orientations.

Enfin, comme on l'a vu, la Cour a également pris des mesures tendant à limiter la liberté des Etats de choisir leur juge *ad hoc* ainsi que leurs agents, conseils et avocats au vu de leurs activités ou fonctions en relation avec elle¹⁴² et s'est réservée la faculté de limiter le nombre de leurs représentants autorisés à prendre la parole à l'audience¹⁴³, pour réduire les frais à exposer par les parties et mieux assurer l'égalité entre elles.

4. Le régime d'administration de la preuve

Il convient également, afin de pouvoir apprécier le degré de confiance des Etats dans les procédures devant la CIJ, d'examiner brièvement les équilibres aménagés entre liberté des parties et encadrement par la Cour en matière d'administration des preuves. L'accroissement récent, au rôle de la CIJ, d'affaires comportant des aspects factuels, techniques ou scientifiques plus complexes, a révélé des préoccupations nouvelles du point de vue de la bonne administration de la justice et des initiatives qu'il peut être approprié pour la Cour de prendre.

On sait que le régime des preuves devant la Cour a été conçu à l'origine comme essentiellement libéral, tant en ce qui concerne la production des éléments de preuve que leur évaluation; la CPJI s'est constamment refusée à fixer des règles strictes à cet égard. Ce régime a au demeurant pris, selon une observation bien connue du Président Lachs, « le meilleur des systèmes existants »¹⁴⁴. Ainsi, la preuve la plus communément admise, pour être regardée comme la plus sûre, est, comme dans les traditions civilistes, la preuve documentaire¹⁴⁵; la Cour s'est toujours montrée très prudente au moment de prendre en considération des témoignages, même couchés par écrit (« déclarations sous serment »)¹⁴⁶. En même temps, la présentation des éléments de preuve repose essentiellement sur les

¹⁴¹ Même si la Cour agit en la matière avec toute la retenue qui s'impose, il va de soi qu'elle n'hésite pas à solliciter de telles informations lorsque celles-ci sont nécessaires à l'exercice de son office. Pour un exemple récent, voir CIJ, audiences orales (réparations), *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, CR 2021/5, pp. 16-17.

¹⁴² Voir Instructions de procédure VII et VIII.

¹⁴³ Voir l'article 58§2 du Règlement. Dans la pratique, si la Cour s'est progressivement employée à réduire le temps globalement octroyé aux parties pour la présentation de leurs arguments oraux, elle s'est en revanche toujours bien gardée d'interférer dans la gestion de ce temps par chacune des parties, y compris leurs choix quant au nombre de représentants appelés à prendre la parole en leur nom.

¹⁴⁴ CH. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1981, p. 114.

¹⁴⁵ Le Statut et le Règlement de la Cour n'établissent pas de hiérarchie formelle entre moyens de preuve, mais la procédure écrite constitue la partie de loin la plus substantielle de la procédure devant la Cour et l'essentiel des preuves est produit à ce stade.

¹⁴⁶ Voir par exemple CIJ, arrêt du 8 octobre 2007, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, Rec. 2007, p.731, §244; CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Rec. 2015, pp. 78-79, §§196-199.

parties, auxquelles il appartient de constituer le dossier de chaque affaire¹⁴⁷. Cela ne fait pas pour autant de la Cour un « simple arbitre », dont le rôle se réduirait à veiller au respect des règles techniques de présentation et d'admissibilité des preuves.

Les textes régissant l'administration des preuves sont formulés en termes larges et flexibles¹⁴⁸ et la Cour en a fait une application variée dans le temps, exerçant plus ou moins de retenue au gré de l'évolution de la nature des affaires portées devant elle. Aussi a-t-elle pu se montrer quelque peu plus « interventionniste » lorsque la complexité technique des affaires traitées l'exigeait, décidant par exemple de descendre sur les lieux, en application de l'article 66 du Règlement, dans l'affaire du *Projet Gabcikovo/Nagyvaros (Hongrie/Slovaquie)*¹⁴⁹, d'inviter les parties à présenter leurs experts comme « experts indépendants » (prononçant la déclaration prévue à l'article 64 du Règlement et interrogés par les parties conformément à son article 65) dans les affaires de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*¹⁵⁰, ainsi que de *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et de la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*¹⁵¹, ou encore décidant *proprio motu* de nommer elle-même ses propres experts au sens des articles 50 du Statut et 67 du Règlement, qu'elle a tantôt envoyés sur les lieux quand elle l'a estimé nécessaire, comme dans les affaires du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (fond)*¹⁵² et de la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique*

¹⁴⁷ Eu égard au principe *iura novit curia*, les parties ne sont normalement tenues que de prouver les faits (voir par exemple CIJ, arrêt du 25 juillet 1974, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, Rec. 1974, p. 9, §17). Ces faits peuvent, dans certains cas, contribuer à identifier le droit. Ainsi, l'assistance des parties pourra s'avérer utile aux fins d'établir les éléments factuels dont dépend l'existence d'une règle de droit coutumier invoquée. De même, il reviendra aux parties de prouver certains faits permettant de vérifier l'existence d'un accord tacite entre elles (voir par exemple CIJ, arrêt du 8 octobre 2007, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras*, Rec. 2007, p. 735, §253). D'une manière plus générale, la Cour, sans pour autant se sentir aucunement liée, a toujours tiré le meilleur parti des vues exprimées par les parties quant au droit applicable, surtout lorsque ces vues étaient concordantes (voir par exemple CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 25, §29 ; CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabcikovo/Nagyvaros*, Rec. 1997, pp. 39-40, §§50-51).

¹⁴⁸ Voir par exemple les articles 57 et 58 du Règlement. S'agissant de la charge de la preuve, la Cour a par ailleurs appliqué le principe *actori incumbit probatio* de manière souple et pragmatique, en soulignant qu'il n'était pas absolu, que la nature des faits à établir était dans ce contexte déterminante (le demandeur ne pouvant être tenu, par exemple, de prouver des faits « négatifs ») et qu'aucune partie n'était seule à supporter la charge de la preuve (voir par exemple CIJ, arrêt du 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo*, Rec. 2010, pp. 660-661, §§54-55). Elle n'a pas pour autant accepté que le prétendu contrôle exclusif d'une partie sur certains éléments de preuve (voir CIJ, arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Rec. 1949, p. 18) ou la nature du différend (CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Rec. 2015, pp. 73-74, §§174-175 ; CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Rec. 2010, p. 71, §163) opéraient mécaniquement un renversement de la charge de la preuve, insistant plutôt sur la coopération entre les parties et le recours aux preuves circonstancielles.

¹⁴⁹ Rec. 1997, pp. 13-14, §10.

¹⁵⁰ Rec. 2014, pp. 236-237, §§14 et s.

¹⁵¹ Rec. 2015, pp. 676 et s., §§30 et s.

¹⁵² Rec. 1949, p. 9.

(*Costa Rica c. Nicaragua*)¹⁵³, ou non, comme dans les affaires du *Détroit de Corfou (réparations)*¹⁵⁴ et des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) (réparations)*¹⁵⁵. De même, dans des affaires particulièrement délicates où les parties souhaitaient produire des témoins, la Cour a toujours été très attentive à préserver l'intégrité du procès, établissant dans tous les cas des règles précises aux fins de leur audition¹⁵⁶, déclinant d'entendre certains témoins, comme dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (fond)*¹⁵⁷, refusant leur présentation comme « témoins de la Cour » à la requête de la Serbie-et-Monténégro en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (fond)*¹⁵⁸, ou limitant plus généralement leur nombre. Ces décisions de la Cour sont normalement prises à l'issue d'un dialogue avec les parties, qui les acceptent généralement de bonne grâce¹⁵⁹ et coopèrent à leur mise en œuvre, dès lors que la bonne administration de la justice le requiert.

Il convient par ailleurs de souligner que, si les parties demeurent les principaux « fournisseurs » de preuves devant la CIJ, la Cour dispose d'une très grande liberté pour les apprécier¹⁶⁰. Elle a toujours refusé d'établir des « critères d'établissement de la preuve » (*standards of proof*) prédéfinis et rigides, ayant vocation à s'appliquer dans toutes les circonstances et a préféré privilégier plutôt la recherche de la vérité objective par la libre formation de l'intime conviction du juge¹⁶¹. Cela n'exclut à l'évidence pas que la Cour ait pu, dans certaines affaires, mettre en relief des exigences particulières propres à emporter l'intime conviction du juge, par exemple compte tenu de la gravité des allégations formulées¹⁶². De même, la Cour n'a jamais hésité à se prononcer de manière assez générale sur la valeur de certains modes de preuve. Ainsi, pour ce qui est de la valeur probatoire

¹⁵³ *Rec.* 2018, pp. 147 et s., §§10 et s.

¹⁵⁴ *Rec.* 1949, pp. 247-248.

¹⁵⁵ CIJ, ordonnances du 8 septembre et du 12 octobre 2020, *Rec.* 2020, pp. 264 et 295 respectivement. Les experts désignés par la Cour ont, dans cette affaire, été interrogés à l'audience par les Parties, une procédure sans précédent et qui n'est pas, comme telle, prévue à l'article 67 du Règlement. Il est probable que, l'une des Parties s'étant fermement opposée à la nomination d'experts par la Cour, celle-ci ait entendu lui permettre d'examiner directement ces experts à l'audience. Cette procédure est en revanche commune en matière de présentation d'experts par les parties.

¹⁵⁶ Voir par exemple CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, *Rec.* 2015, pp. 17 et s., §§17 et s.

¹⁵⁷ *Rec.* 2005, p. 178, §15.

¹⁵⁸ *Rec.* 2007, p. 56, §§40 et 42.

¹⁵⁹ Voir toutefois CIJ, ordonnance du 8 septembre 2020, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *Rec.* 2020, p. 268, §§10 et 12.

¹⁶⁰ C'était tellement évident pour les rédacteurs du Règlement de la CPJI qu'ils ont rejeté l'idée d'en faire expressément état dans cet instrument.

¹⁶¹ Le système de l'intime conviction présuppose assurément un degré de confiance très élevé dans les magistrats qui doivent y avoir recours, spécialement dans la sphère internationale. Il est particulièrement bien adapté à un organe de première et dernière instance comme la CIJ, dont l'autorité découle des délibérations approfondies menées collectivement par l'ensemble de ses membres dans chaque affaire.

¹⁶² Voir CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Rec.* 2007, p. 129-130, §§208-210 ; CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, *Rec.* 2015, p. 74, §§177-179.

des documents qui lui sont soumis, elle a indiqué attacher une grande importance à leur source, aux modalités de leur établissement et à leur qualité intrinsèque, accordant un plus grand poids aux documents défavorables à l'Etat qui les présente et un moindre poids aux documents spécialement préparés pour l'affaire en cause ou émanant d'une source unique. En matière de témoignages, elle a estimé plus fiables les témoignages contemporains des faits, apportés par des personnes ayant une connaissance directe de ceux-ci, ainsi que ceux de personnes directement impliquées dans les faits en question et interrogées par des juges expérimentés¹⁶³. Plus que de « critères » ou de « normes » d'établissement de la preuve au sens strict, il s'est agi dans tous ces cas d'orientations découlant du bon sens et susceptibles d'aider les parties, dans des affaires ultérieures, à choisir plus utilement les éléments de preuve à produire devant elle. La Cour n'a jamais entendu les convertir en règles figées limitant sa liberté d'appréciation. Ce qui importe, en définitive, est avant tout, non l'établissement *a priori* d'un catalogue de critères plus ou moins abstraits, mais l'intégrité, la cohérence et la transparence dans le traitement des preuves, ainsi que le caractère approprié de la motivation insérée par la Cour dans ses arrêts. Ce sont ces éléments prééminents qui fondent la confiance des Etats.

Enfin, il y a lieu d'ajouter qu'en vertu du principe de collégialité qui découle des articles 9 et 25 du Statut, pas plus qu'elle ne peut répartir les affaires qui lui sont soumises entre des chambres pour en accélérer le traitement, la Cour ne saurait, comme on l'a parfois suggéré, confier, dans un souci d'« efficacité », le traitement des preuves dans une affaire à un groupe de juges qu'elle choisirait. Toute décision liée à l'administration des preuves doit impérativement être prise par la Cour dans son ensemble, ce qui suppose que tous ses membres participent pleinement et également à cette décision. C'est en effet une garantie de portée générale que, en matière d'administration des preuves comme dans les autres, la justice internationale soit rendue dans le strict respect de la variété des cultures juridiques et de l'égalité des Etats comparissant devant la Cour. Pour ces motifs, et au vu de la responsabilité collégiale qu'ont tous ses membres d'assurer la bonne administration de la justice, la Cour a jusqu'à présent toujours exclu que la tâche de gérer l'administration des preuves dans une affaire donnée soit confiée à un nombre limité de juges, pour ne pas dire à un juge unique¹⁶⁴. Les parties, qui se sont récemment montrées assez réticentes au recours à des formations restreintes sur la composition desquelles elles n'auraient guère de contrôle, lui en sauront certainement gré¹⁶⁵.

¹⁶³ *Id.*, *Rec.* 2007, pp. 230 et s., §§213 et s. et réf. à CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, *Rec.* 2005, not. p. 35, §61 ; *Rec.* 2015, p. 74 et s., §§180 et s.

¹⁶⁴ On rappellera à cet égard que, dès 1922, la CPJI avait écarté le système du juge rapporteur, soulignant que, dans le régime que l'article 9 du Statut avait entendu établir, tous les membres de la Cour devaient en réalité être rapporteurs.

¹⁶⁵ Cela est d'autant plus vrai que n'existerait en l'espèce aucun processus de consultation des parties tel que celui prévu à l'article 17§2 du Règlement, pour la formation des chambres *ad hoc*.

C. Procédures incidentes

On a relevé ci-dessus un net accroissement du nombre de procédures incidentes engagées devant la Cour au cours des dernières décennies. Cela peut signifier que les Etats nourrissent une certaine confiance dans les perspectives que ces procédures sont susceptibles d'offrir. C'est assurément le cas pour ce qui est des exceptions préliminaires et des demandes en indication de mesures conservatoires, mais aussi, dans une mesure certes quelque peu moindre, des autres procédures incidentes. On s'interrogera donc brièvement ci-après sur les motifs possibles de cet intérêt, en ne manquant pas de tirer parti de la pratique pour signaler les éléments propres à atténuer celui-ci.

1. Les exceptions préliminaires

a. Questions de compétence

S'agissant des exceptions préliminaires d'incompétence, on comprend aisément leur attrait pour les parties défenderesses citées devant la Cour, la plupart du temps contre leur gré, par voie de requête unilatérale. Il y va de procédures offrant des garanties essentielles aux Etats. Le principe fondamental de la juridiction consensuelle, un « principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut »¹⁶⁶, émanation des principes de « la réciprocité et de l'égalité entre Etats »¹⁶⁷, impose en effet à la Cour, qui dispose de la compétence de sa compétence¹⁶⁸, de vérifier dans chaque cas d'espèce les réalités et les limites du consentement à sa compétence *rationae materiae*. Elle le fait en interprétant de façon objective, compte tenu de ses particularités propres (déclaration unilatérale ou clause compromissoire), le texte de la base de juridiction en cause, afin d'identifier avec précision la volonté des parties à cet égard. Il est à noter que la Cour n'a jamais privilégié une interprétation restrictive de cette volonté, au motif, par exemple, qu'elle émanerait d'Etats souverains¹⁶⁹, pas plus qu'elle n'a entendu étendre sa juridiction en recourant à une quelconque manière d'interprétation téléologique, comme celle qui eût dérivé d'une lecture restrictive des réserves aux déclarations justifiée par l'expression supposée d'un consentement général préalablement à la formulation desdites réserves, voire par le souci allégué de rendre ces réserves plus conformes au droit matériel¹⁷⁰. Au total, des exceptions préliminaires, portant principalement sur la compétence de la Cour, ont été formellement présentées à celle-ci dans une cinquantaine d'affaires depuis 1946 ; la Cour en a accueilli près des deux tiers.

¹⁶⁶ Voir note 5. CIJ, arrêt du 15 juin 1954, *Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire)*, Rec. 1954, p. 32.

¹⁶⁷ CIJ, requête à fin d'intervention, arrêt du 21 mars 1984, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, Rec. 1984, p. 22, §35.

¹⁶⁸ Article 36§6 du Statut.

¹⁶⁹ Voir par exemple CIJ, arrêt du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Rec. 1988, p. 76, §16.

¹⁷⁰ Voir CIJ, arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, Rec. 1998, pp. 452 et s., §§44 et s.

L'un des problèmes actuels les plus intéressants est celui de savoir jusqu'où la Cour peut entrer dans les faits de la cause lorsqu'elle est appelée à établir sa compétence *ratione materiae*. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) (exception préliminaire)*, la Cour a estimé que, dans le cas de clauses compromissaires lui conférant compétence pour connaître de différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'un traité, elle ne saurait se satisfaire, à l'effet d'établir cette compétence dans une espèce concrète, de ce que l'une des parties avancerait une interprétation d'une disposition de ce traité ou se plaindrait de son inapplication, alors que l'autre exprimerait à cet égard son « désaccord », de manière telle qu'apparaîtrait entre elles une quelconque « contradiction (ou)...opposition de thèses juridiques ou intérêts »¹⁷¹. Elle a indiqué devoir vérifier en outre si les « violations... alléguées » du traité en question « entrent ou non dans les prévisions de ce traité »¹⁷². Bien que la jurisprudence de la Cour ait depuis lors fait montre d'une certaine inconstance dans l'utilisation des formules¹⁷³, et que le test

¹⁷¹ Voir CPJI, arrêt du 10 octobre 1927, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Rec. Série A, n°2, p. 11.

¹⁷² Voir CIJ, arrêt du 12 décembre 1996, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 1996, p. 810, §16. Dans la suite de son arrêt, la Cour a laissé entendre que rechercher les « violations alléguées (...) [qui] entrent (...) dans les prévisions du traité » consiste à rechercher si les « actes » dont grief est tiré sont « susceptibles » de tomber sous le coup des dispositions matérielles dudit traité, si celles-ci sont « susceptibles » de s'y appliquer, ou encore si ces actes sont tels, quant à leur nature, que leur licéité est « susceptible » d'être appréciée à l'aune de ces dispositions. Il appert que l'adjectif « susceptible », qualifiant les « actes » dont il est tiré grief aux fins d'alléguer la violation des dispositions du traité en question, reflète l'inutilité, pour la Cour, d'établir individuellement et avec précision l'existence, la nature réelle et les effets de ces actes à ce stade. Ainsi, la Cour a observé que si, au stade considéré de la procédure, elle n'était pas en mesure de déterminer si la destruction des plates-formes avait eu des conséquences sur l'exportation du pétrole iranien, en revanche, elle pouvait constater que cette destruction, qui n'était, en termes généraux, guère contestée, « était susceptible d'avoir un tel effet et de porter atteinte à la liberté du commerce telle que garantie par le paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 » (*id.*, p. 820, §51). Par la suite, l'adjectif « susceptible » a parfois été utilisé, dans ce contexte, pour qualifier des propositions différentes, ce qui n'a pas toujours été sans créer quelque confusion. Quoi qu'il en soit, le recours à ce qualificatif ne saurait d'aucune manière être interprété comme mettant en cause le caractère définitif de la décision prise par la Cour quant à sa compétence *ratione materiae*.

¹⁷³ Ainsi, dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, la Cour a indiqué devoir plutôt rechercher si les « aspect(s) du différend » qu'elle avait identifiés étaient « susceptible(s) d'entrer dans les prévisions de(s)... convention(s) » invoquées par le demandeur pour fonder sa compétence (CIJ, arrêt du 6 juin 2018, Rec. 2018, pp. 315-316, §§69-70). Néanmoins, elle n'a en réalité procédé de la sorte qu'en ce qui concerne le premier « aspect du différend » et la Convention de Palerme (*Id.*, p. 328, §118) ; s'agissant du second « aspect du différend », la Cour n'a pas recherché s'il « était susceptible d'entrer dans les prévisions » de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, mais s'est contentée de constater que « dès lors qu'il exist(ait) ... des positions divergentes sur la question de savoir si l'immeuble sis au 42 avenue Foch ... (pouvait) être considéré comme "locaux de la mission" et, partant, s'il conven(ait) ou non de lui accorder la protection prévue à l'article 22, il y a(vait) lieu de considérer que cet aspect du différend (était) "relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention de Vienne" » (*id.*, p. 333, §134 ; cf. CIJ, arrêt du 11 juillet 1996, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Rec. 1996, pp. 616-617, §33 et CIJ, arrêt du 27 février 1998, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, Rec. 1998, pp. 21-23, §§29 et 33). La Cour est passée assez rapidement sur les critères à appliquer pour vérifier sa

précis à appliquer soit à certains égards demeuré quelque peu incertain, il est à présumer que la Cour a entendu adopter dans tous les cas pertinents la même approche, à savoir rechercher si les prétentions du demandeur, telles que présentées, sont couvertes par le champ d'application matériel du traité dont la clause compromissaire est invoquée.

Dans plusieurs affaires, la Cour a estimé ne pas pouvoir, à cette fin, se limiter à un examen purement juridique des dispositions d'un tel traité, mais devoir en outre prendre en considération certains faits. L'on est ainsi inévitablement appelé à se demander jusqu'où elle peut et doit aller dans la détermination de ces faits et quelles sont les conséquences juridiques de l'absence de preuves suffisantes quant à l'existence de tels faits au stade des exceptions préliminaires. La Cour doit-elle accueillir l'exception et se déclarer incompétente dans le cas où le demandeur n'aurait pas suffisamment étayé les faits qui, de l'avis de la Cour, conditionnent l'établissement de sa compétence ? Doit-elle plutôt regarder l'exception soulevée comme étant non exclusivement préliminaire¹⁷⁴ ? Ou la Cour doit-elle au contraire

compétence *ratione materiae* dans l'affaire de *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*. Dans le cadre de son examen de la deuxième exception préliminaire de l'Iran, elle s'est contentée de rechercher, assez sobrement, si « la question des immunités souveraines relev(a)it du champ d'application *ratione materiae* » des dispositions matérielles du traité d'amitié invoquées par l'Iran (CIJ, arrêt du 13 février 2019, *Rec.* 2019, p. 33, §74). Elle a conclu que, tel n'étant pas le cas, « les demandes de l'Iran... fondées sur la violation alléguée (de ces) immunités... ne se rapport(a)ient pas à l'interprétation ou à l'application du traité... et, en conséquence, ne se trouvaient pas dans le champ de la clause compromissaire du paragraphe 2 de l'article XXI » (*id.*, §80). Enfin, dans l'affaire de *L'Application de la convention internationale pour la répression du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, la Cour est revenue plus en détail sur la question des critères à utiliser pour établir sa compétence *ratione materiae* au titre d'une clause compromissaire contenue dans un traité. Bien que s'efforçant, pour l'essentiel, de se conformer à la démarche définie dans l'affaire des *Plateformes pétrolières*, elle s'est partiellement écartée de la terminologie utilisée dans cette affaire, en gommant quelque peu la distinction qu'elle y avait faite entre « actes susceptibles de tomber sous le coup des dispositions du traité » concerné et « violations alléguées » de celui-ci, « entrant dans ses prévisions ». S'agissant de la CIRFT, elle a ainsi indiqué qu'il y avait lieu pour elle de « rechercher si les actes dont le demandeur tir(a)it grief "entr(a)ient dans les prévisions" du traité » et qu'il pouvait se révéler nécessaire, à cet effet, « d'interpréter les dispositions qui définissent le champ d'application du traité » (CIJ, arrêt du 8 novembre 2019, *Rec.* 2019, p. 584, §57). La Cour a préféré se reporter ici, aux fins du test final, aux « actes » sur lesquels se fonde la demande, plutôt qu'aux « violations (de la convention) alléguées » par le demandeur, plus directement liées au droit applicable; comme on le verra, ce choix n'a pas été sans effet sur les problèmes auxquels la Cour s'est trouvée confrontée au moment de devoir établir certains faits pour trancher la question de sa compétence, ainsi que sur la solution adoptée. S'agissant de la CIERD, la Cour a conclu que, compte tenu « des droits et obligations formulés en termes généraux dans la convention... les mesures dont l'Ukraine tir(a)it grief... (étaient) susceptibles de porter atteinte à la jouissance de certains droits protégés par la CIERD », ce qui les faisait « entrer dans les prévisions de cet instrument » (*id.*, p. 595, §96).

¹⁷⁴ La Cour a opté pour cette solution dans l'affaire CIJ, arrêt du 13 février 2019, *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec.* 2019, pp. 39-40, §§96-97. Traditionnellement, depuis la révision du Règlement en 1972, l'exception non exclusivement préliminaire est celle sur laquelle il ne peut être statué sans trancher certains éléments de fond (voir par exemple CIJ, arrêt du 27 février 1998, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, *Rec.* 1998, p. 27 et s., §§49 et s.). Toutefois, la Cour a, plus récemment, également reconnu ce caractère à une exception lorsqu'elle « ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur les questions soulevées », normalement de nature factuelle (CIJ, arrêt du 13 décembre

rejeter une telle exception et considérer le point en litige comme appartenant au fond¹⁷⁵ ? Aucune réponse de principe entièrement claire ne paraît avoir été fournie à ces questions jusqu'ici. Cette autre mesure d'incertitude est susceptible d'affecter la prévisibilité des décisions et, partant, la confiance des justiciables. Dans l'affaire *Ukraine c. Russie*, la Cour a certes entendu distinguer les faits « ayant trait » aux exceptions des faits appartenant au fond. Mais cette distinction, pour compréhensible qu'elle soit sur le plan conceptuel, peut apparaître nettement plus ardue à opérer dans la pratique, surtout lorsqu'il s'agit d'appliquer les critères retenus par la Cour elle-même à l'effet de vérifier sa compétence *ratione materiae*. Pour la première fois, la Cour était confrontée, dans cette affaire, à l'éventualité de devoir appréhender les « actes dont le demandeur tir(ait) grief », non dans leur généralité, mais dans leur individualité complexe. Emprunter cette voie l'eût amenée à exacerber les difficultés sous-tendant les questions posées ci-dessus, à déséquilibrer les procédures en gommant les différences entre leurs phases successives et à devoir prendre des décisions risquées sans en avoir vraiment les moyens au stade considéré. Elle a donc décidé de rejeter la thèse soutenue par le défendeur, selon laquelle l'établissement de la compétence *ratione materiae* de la Cour sur la base d'une clause compromissaire de cette nature serait conditionnée par la vérification rigoureuse et quasi systématique de l'applicabilité matérielle des dispositions du traité à chacun des « actes » individuels dont il était « tir(é) grief », tout autant que par le caractère « plausible » des faits particuliers avancés à l'appui de ces griefs¹⁷⁶.

2007, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Rec. 2007, p. 852, §51 ; *Certains actifs iraniens*, eod. loc.).

¹⁷⁵ La Cour a préféré cette solution dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Rec. 2019, pp. 584 et s., §§56 et s.

¹⁷⁶ Eod. loc., §58. La Cour a entendu réserver pour le stade du fond la question de savoir si la prohibition, au §1 de l'article 2 de la CIRFT, de la fourniture ou de la réunion de « fonds » en vue d'appuyer la commission d'actes de terrorisme, incluait celles d'armes, mentionnées dans les conclusions de l'Ukraine (*Id.*, par. 62); il s'agissait pourtant d'une question purement juridique, afférente à la détermination du champ d'application matériel de la Convention. Elle n'a pas davantage entendu trancher le point de savoir si la fourniture de « fonds » dont l'Ukraine tirait grief l'avait été, conformément aux exigences de la même disposition, « dans l'intention ou en sachant qu'ils sera(ient) utilisés » en vue de commettre un acte de terrorisme ; elle s'en est expliquée en indiquant que ce point soulevait « des questions complexes de droit et surtout de fait et rel(evait) du fond », en précisant ce qui suit : « (d)ans le cadre de la CIRFT, les questions concernant l'existence des éléments moraux requis n'ont pas d'incidence sur la portée de la convention et ne sont donc pas pertinentes pour ce qui est de la compétence *ratione materiae* de la Cour » (*id.*, par. 63). Ces passages de l'arrêt ne sont pas non plus d'une grande clarté et ne sont pas forcément réconciliables avec les critères antérieurement identifiés dans la même décision aux fins d'établir la compétence *ratione materiae* de la Cour (par. 57). Comment en effet rechercher si les « actes dont le demandeur tire grief entrent dans les prévisions (d'un) traité » si ce n'est en vérifiant que ces actes répondent au moins *a priori* aux conditions dont dépend l'applicabilité des dispositions de ce traité? Il est certes vrai que, comme on l'a relevé, la complexité des faits peut rendre une telle opération difficilement réalisable (autrement qu'à un niveau de grande généralité) au stade des exceptions préliminaires. Mais sans doute les explications déjà données à cet égard pouvaient-elles suffire. Au demeurant, on est en droit de se demander si la Cour n'aurait pas pu, pour surmonter cet écueil, soit s'aligner plus strictement sur sa jurisprudence des *Plates-formes pétrolières* et se contenter de conclure que les actes dont se plaignait l'Ukraine étaient

b. Questions d'exercice de la compétence et de recevabilité

Les parties soulèvent également, de temps à autre, des exceptions concernant l'exercice d'une compétence par ailleurs établie. Il en est ainsi lorsque, comme dans l'affaire de l'*Or monétaire*¹⁷⁷, les droits d'un Etat tiers absent (« partie indispensable ») constituent l'objet même de l'instance ou si, à l'effet de pouvoir se prononcer, la Cour devrait nécessairement statuer au préalable sur de tels droits¹⁷⁸.

Les exceptions d'irrecevabilité visent, elles aussi, à prévenir l'exercice par la Cour de sa compétence, mais pour des motifs autres, tels l'absence de différend (juridique) au moment de la saisine (si ce n'est pas là également une condition dont dépend la compétence de la Cour en vertu de l'instrument la conférant)¹⁷⁹ ou sa disparition en cours d'instance (plutôt cause de « non-lieu »)¹⁸⁰, l'absence de qualité ou d'intérêt du demandeur pour agir¹⁸¹, la litispendance ou encore le non-épuisement des voies de recours internes¹⁸². Il s'agit de conditions particulières à l'exercice par le juge de son office – offrant des garanties additionnelles aux justiciables – dont celui-ci doit s'assurer, objectivement, de la réunion, dans l'intérêt non seulement de la partie qui en invoque l'absence, mais aussi, plus généralement, de la bonne administration de la justice: ces conditions sont indépendantes, comme telles, du consentement des parties (encore qu'on puisse imaginer que celui-ci puisse parfois revêtir quelque pertinence, comme par exemple en matière d'épuisement des voies de recours internes) et la Cour dispose normalement des exceptions d'irrecevabilité sans devoir rechercher la volonté de celles-ci en adoptant une démarche interprétative spécifique.

c. Questions « d'ordre public » : compétence *ratione personae* et « recevabilité générale »

Si la Cour doit en principe toujours s'assurer elle-même de l'existence et des limites de sa compétence *ratione materiae*¹⁸³, ainsi que de la recevabilité de la requête, les questions qui peuvent se poser à cet égard sont normalement soulevées par les parties. Toutefois, dans deux cas *sui generis*, la Cour est investie de la

« susceptibles » de porter atteinte aux droits protégés par la CIRFT – ce qui faisait « entrer (les allégations du demandeur) dans les prévisions » de la convention –, soit suivre sa jurisprudence concernant la banque Markazi dans l'affaire de *Certains actifs iraniens* et considérer que l'exception n'était pas exclusivement préliminaire.

¹⁷⁷ Rec. 1954, p. 19.

¹⁷⁸ Voir CIJ, arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Rec. 1995, p. 90.

¹⁷⁹ Voir par exemple CIJ, arrêt du 5 octobre 2016, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni)*, Rec. 2016, p. 833.

¹⁸⁰ Voir par exemple CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, Rec. 1974, p. 253 ; CIJ, arrêt du 27 février 1998, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, Rec. 1998, p. 26, §46.

¹⁸¹ Voir par exemple CIJ, arrêt du *Sud-Ouest Africain*, Rec. 1966, p. 6 ; CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Rec. 2012, pp. 48-50, §§64-70.

¹⁸² Voir par exemple CIJ, arrêt du 21 mars 1959, *Interhandel*, Rec. 1959, p. 6.

¹⁸³ Voir par exemple CIJ, arrêt du 18 août 1972, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, Rec. 1972, p. 52, §13.

responsabilité particulière d'examiner d'office, comme des points en quelque manière d' « ordre public », certaines questions de compétence et de recevabilité.

Il s'agit tout d'abord de celles touchant à l'accès à la Cour (ou compétence *ratione personae*), que l'article 35 du Statut fait dépendre de conditions objectives (être partie au Statut ou avoir déposé au greffe une déclaration spéciale conformément à la résolution 1946(6) du Conseil de Sécurité), à priori indépendantes du consentement des parties à l'instance¹⁸⁴.

Doivent en outre être soulevées d'office les questions concernant la « recevabilité générale » d'une affaire (*judicial property*), c'est-à-dire la compatibilité générale de l'examen de celle-ci avec l'essence même de la fonction judiciaire ; les critères précis conditionnant cette « recevabilité générale » ne sont néanmoins guère aisés à définir et la Cour n'a soulevé ce type de question qu'une seule fois depuis 1946¹⁸⁵.

d. Phases séparées de la procédure consacrées à des questions de compétence ou de recevabilité et exceptions préliminaires

Enfin il convient de rappeler que, depuis la dernière révision en date de l'article 79 du Règlement¹⁸⁶, la première éventualité envisagée pour ce qui est du traitement des problèmes de compétence et de recevabilité, autrefois exceptionnelle¹⁸⁷, est désormais l'organisation *in limine* d'une phase séparée consacrée exclusivement à l'examen de ces problèmes si la Cour considère que « les circonstances l'exigent », après avoir consulté les parties¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Voir la série des affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, par exemple CIJ, arrêt du 15 décembre 2004, Serbie-et-Monténégro c. Belgique, *Rec.* 2004, pp. 298-299, par. 46. La Cour a précisé qu'elle ne saurait, logiquement, exercer sa compétence *ratione materiae* à l'égard d'un Etat non admis à « ester » devant elle ; la question demeure toutefois ouverte de savoir si cette qualité doit également être exigée des défendeurs cités devant elle, qui pourraient, dans l'affirmative, éluder de la sorte la mise en cause de leurs responsabilités devant la Cour, en dépit de leur acceptation, par ailleurs, de sa compétence *ratione materiae*.

¹⁸⁵ Voir CIJ, arrêt du 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, *Rec.* 1963, p. 15.

¹⁸⁶ Révision effectuée le 21 octobre 2019, communiqué de presse 2019/42.

¹⁸⁷ Cette procédure fut initialement suivie lorsque le défendeur prétendait que la Cour n'avait manifestement pas compétence et faisait défaut. Voir par exemple CIJ, arrêt du 2 février 1973, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *Rec.* 1973, p. 3.

¹⁸⁸ Nouvel article 79. Le communiqué de presse 2019/42 fait assez curieusement état de « questions préliminaires » « soulevées par la Cour », locutions que n'utilise pas l'article révisé. En principe, ces questions sont soulevées, non par la Cour elle-même (ce qui pourrait néanmoins arriver dans ces cas exceptionnels) mais, d'une manière ou d'une autre, par l'une des parties (normalement le défendeur), qui, tout en contestant la compétence de la Cour ou son exercice, annonce faire défaut ou exprime son souhait de voir traiter lesdites questions *in limine*. La Cour décide de la procédure à suivre, eu égard aux spécificités de l'espèce et compte tenu de la position de l'autre partie. Il est intéressant de noter que, dans l'affaire du *Transfert de l'ambassade des Etats-Unis à Jérusalem (Palestine c. Etats-Unis)*, à laquelle le défendeur, qui conteste la compétence de la Cour, semble ne pas devoir participer, la Cour a décidé d'organiser une phase préliminaire séparée, limitée à la seule question de sa compétence, en dépit de la nette préférence exprimée par le demandeur de la voir examiner d'emblée, en une seule phase, sa compétence et le fond (ordonnance du 15 novembre 2018, *Rec.* 2018, pp. 709-710).

La voie plus traditionnelle de la présentation d'exceptions dans un délai maximum de trois mois à compter du dépôt de la première pièce au fond (lorsqu'elles sont soulevées par le défendeur) semble à présent revêtir un caractère quelque peu « accessoire », n'étant plus ouverte que « (l)orsque la Cour n'a pas pris de décision en application de l'article 79 »¹⁸⁹.

Aucune explication n'a malheureusement été fournie pour justifier ce changement, qui tend à favoriser le règlement des questions de compétence et de recevabilité¹⁹⁰ avant tout engagement de la procédure au fond, c'est-à-dire aussi sans le bénéfice d'une première pièce portant à la fois sur la compétence, la recevabilité et le fond. Même s'il est permis de s'interroger sur le fait de savoir si cette approche est nécessairement la meilleure du point de vue de la bonne administration de la justice *in globo*, elle sera sans doute généralement appréciée par un certain nombre d'Etats¹⁹¹.

2. Les mesures conservatoires

Les mesures conservatoires constituent un instrument relativement efficace à la disposition du juge pour assurer la protection des droits essentiels des parties *pendente lite*. Cette procédure incidente est elle aussi, de ce fait, d'une grande importance pour les justiciables, et son effectivité n'est assurément pas sans influence sur le degré de confiance qu'ils éprouveront dans la juridiction considérée.

Les conditions requises pour que la Cour puisse indiquer de telles mesures ont connu certaines variations au fil du temps même si elles sont demeurées globalement analogues, ce qui est peu surprenant dès lors qu'elles découlent, de manière générale, de l'article 41 du Statut et du principe de la bonne foi, en vertu duquel les parties sont tenues d'adopter, au cours du procès, une conduite tendant à tous égards à en assurer l'intégrité. Ces conditions sont, ici encore, le fruit de la recherche d'équilibres entre les droits et intérêts (par définition souvent contradictoires) des parties, et l'exigence d'une bonne administration de la justice.

¹⁸⁹ Article 79bis.

¹⁹⁰ Au contraire de l'article 79bis s'agissant des « exceptions », l'article 79 vise exclusivement les « question(s) concernant sa compétence ou la recevabilité de la requête ».

¹⁹¹ Certains défendeurs peuvent en effet préférer tenter qu'il soit disposé au plus vite des instances introduites contre eux, sans laisser la possibilité au demandeur de s'exprimer plus avant sur le fond. Une telle préférence, émanant d'Etats souverains, apparaît légitime dans un contexte consensualiste. Mais elle peut, dans la pratique, s'avérer quelque peu illusoire. L'examen séparé de « questions préliminaires » peut en effet lui aussi, selon les circonstances, prendre un temps assez long et, en cas de conclusion favorable à la compétence et/ou à la recevabilité, le règlement de l'affaire peut s'en trouver considérablement retardé (voir par exemple CIJ, arrêt du 16 mars 2001, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, Rec. 2001*, pp. 44 et s.). Dans les affaires des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, la Cour s'est prononcée le même jour sur les « exceptions préliminaires » du Royaume-Uni et sur les « questions préliminaires » soulevées respectivement par l'Inde et le Pakistan (CIJ, arrêt du 5 octobre 2016, *Rec. 2016*, pp. 255 et s., 552 et s. et 833 et s.). Par ailleurs, dans l'affaire du *Transfert de l'ambassade des Etats-Unis à Jérusalem (Palestine c. Etats-Unis)*, trois ans se seront écoulés, le 28 septembre 2021, depuis le dépôt de la requête et deux ans, le 15 novembre 2021, depuis l'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire des Etats-Unis sur les questions de compétence et de recevabilité, sans que la procédure orale sur ces questions n'ait été ouverte. Enfin, l'expérience montre que les pièces consacrées aux « questions préliminaires » ne sont, logiquement, pas toujours exemptes de références, parfois même substantielles, au fond.

Des variations peuvent également se manifester, dans la pratique, au niveau de l'interprétation par la Cour de la portée d'une même condition, ou des modalités de vérification de celle-ci. Ces variations sont généralement dues à des éléments de contexte, tantôt structurels (par exemple, l'affirmation par la Cour, depuis l'affaire *Lagrand*, du caractère obligatoire des mesures conservatoires¹⁹²), tantôt conjoncturels (par exemple la présence d'une situation mettant en danger immédiat des vies humaines ou des droits fondamentaux) ; dans le premier cas, ces variations se définiront par rapport à un état de choses préexistant et tendront à acquérir un caractère plutôt « stable » dans la durée, alors que, dans le second, elles seront plus dépendantes des circonstances propres à chaque affaire, même si la logique à laquelle elles obéissent sera, quant à elle, susceptible de présenter plus de permanence (stabilité de la relation cause-effets).

Le recours désormais sensiblement plus fréquent à la procédure de mesures conservatoires devant la CIJ semble révéler un indice général de confiance assez élevé dans la manière dont celle-ci gère cette procédure, compte tenu des éléments sus-indiqués, tant aux fins de la protection urgente de droits menacés que comme instrument de stratégie judiciaire ou extra-judiciaire, à l'effet de mettre la partie adverse « sous pression » et de la rendre redevable en cas de non-respect des mesures indiquées¹⁹³.

a. La compétence *prima facie*

Subordonner l'indication de mesures conservatoires obligatoires à l'établissement d'une compétence *prima facie* est indubitablement justifié lorsque de telles mesures ont pour destinataire un Etat souverain. Cette condition, traditionnellement posée par la Cour¹⁹⁴, participe des équilibres fondamentaux

¹⁹² CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *Rec.* 2001, pp. 501 et s., §§98 et s. Quoi que l'on puisse penser de la motivation avancée par la Cour à l'appui de sa décision, celle-ci est généralement conforme à l'objet et au but de l'article 41 du Statut et confère sans aucun doute une plus grande effectivité aux mesures conservatoires comme instrument de protection provisoire des droits en litige au fond. La Cour n'en demeure pas moins singulièrement dépourvue de moyens pour assurer le respect de ces mesures. L'article 78 du Règlement (demande de renseignements aux parties sur la mise en œuvre des mesures indiquées) et le nouvel article 11 de la Résolution sur la pratique interne de la Cour en matière judiciaire (constitution d'une commission *ad hoc* de suivi, composée de trois juges et faisant rapport à la plénière) n'y changent rien. Seule une constatation de manquement *a posteriori* est possible, dans l'arrêt mettant fin à l'instance, avec pour conséquence l'engagement de la responsabilité de l'Etat défaillant (voir par ex. CIJ, arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec.* 2009, pp. 18-20, §§50-55 ; il est notable que la Cour ait, en l'espèce, accepté de se prononcer sur cette question en dépit du défaut de compétence constaté pour statuer sur la demande en interprétation). Le mode de réparation usuel est alors seulement la satisfaction, matérialisée dans le fait du prononcé.

¹⁹³ Voir par exemple à cet égard E. LEONHARDSEN, « Trials of Ordeal in the ICJ : Why States Seek Provisional Measures when non-Compliance Is to Be Expected », *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, n°5, pp. 306-343. Les réflexions de l'auteur ne sont pas dénuées d'un certain réalisme, même si l'une ou l'autre conclusion formulée peut paraître quelque peu excessive.

¹⁹⁴ La question a donné lieu à discussion dès l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co* (CIJ, ordonnance du 5 juillet 1951, *Rec.* 1951, p. 89). Voir en particulier l'opinion dissidente commune de MM. Winiarski et Badawi Pacha, (*id.*, pp. 96-98). L'approche actuelle remonte quant à elle aux ordonnances rendues dans les affaires de *Compétence en matière de pêcheries* (voir par exemple CIJ, ordonnance du 17 août 1972 [mesures conservatoires], *Compétence en matière de pêcheries [Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande]*, *Rec.* 1972, p. 15, §15).

évoqués ci-dessus. Des mesures conservatoires sont fréquemment demandées alors que la Cour n'a pas encore établi sa juridiction, et, si tel est le cas, elle n'a à l'évidence pas la possibilité, dans des circonstances par définition marquées par l'urgence, de mener à bien de façon définitive une telle opération – au demeurant souvent complexe. Cela ne doit pas priver la Cour d'exercer son pouvoir de protéger les droits des parties menacés de préjudice irréparable. En revanche, la Cour ne saurait, dans un contexte juridictionnel consensualiste, indiquer des mesures d'une telle portée sans que sa compétence pour se prononcer sur ces droits au fond n'apparaisse au moins à première vue exister. Ceci vaut tant pour sa compétence *ratione personae*¹⁹⁵ que *ratione materiae*¹⁹⁶. La même condition s'applique logiquement aussi, *mutatis mutandis*, à la recevabilité de la requête¹⁹⁷.

Comme chaque ordonnance de la Cour le rappelle, les décisions prises à ce stade de l'instance ne préjugent en rien celles qu'elle aura à prendre ultérieurement. Dans la plupart des cas toutefois, les prononcés de la Cour sur sa compétence *prima facie* sont par la suite confirmés. La pratique n'en a pas moins montré que, lorsque des vies humaines apparaissent être en jeu, la Cour, en cas de doute, peut être amenée à pencher plus aisément en faveur de l'existence d'une compétence *prima facie* lui permettant d'indiquer des mesures conservatoires, quitte à conclure plus tard qu'elle est dépourvue de compétence pour connaître du fond¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Voir CIJ, ordonnance du 8 avril 1993 (mesures conservatoires), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. 1993, pp. 11 et s., par. 14 et s.

¹⁹⁶ Lorsque la base de compétence est une clause compromissoire, on observe dans les ordonnances de la Cour, comme dans ses arrêts sur des exceptions préliminaires, des variations dans les formules qui définissent les critères de vérification de la compétence *prima facie*. Tantôt la Cour recherche si les « actes dont (il est tiré) grief sont, *prima facie*, susceptibles d'entrer dans les prévisions » du traité concerné (voir par exemple CIJ, ordonnance du 3 octobre 2018 [mesures conservatoires], *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 [République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique]*, Rec. 2018, pp. 631-632, §30 ; CIJ, ordonnance du 23 janvier 2020 [mesures conservatoires], *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Gambie c. Myanmar]*, Rec. 2020, p. 14, §30, qui omet la locution « *prima facie* ») ; tantôt c'est le « différend » qui retient son attention (CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016 [mesures conservatoires], *Immunités et procédures pénales [Guinée équatoriale c. France]*, Rec. 2016, p. 1160, §50) ; tantôt elle examine si les « droits...en litige (...) sont susceptibles de relever » d'une disposition du traité (voir *Immunités et procédures pénales*, eod. loc.) ou encore si les « manquements allégués (...) semblent susceptibles de relever, *ratione materiae*, du champ de la convention (voir CIJ, ordonnance du 18 mai 2017 [mesures conservatoires], *Affaire Jadhav [Inde c. Pakistan]*, Rec. 2017, p. 239, §30), voire si certaines « mesures (...) pourraient être considérées comme ayant un lien avec certains droits et obligations des Parties découlant (du) traité » (voir *Violations alléguées*, eod. loc.). Dans tous les cas (et contrairement à la pratique en matière d'exceptions préliminaires), il est fait usage à titre principal de l'adjectif « susceptible » pour qualifier directement « l'entrée dans les prévisions du traité » (et non seulement ses conditions sous-jacentes), ce qui est compréhensible au stade des mesures conservatoires.

¹⁹⁷ Voir par exemple CIJ, ordonnance du 8 avril 1993 (mesures conservatoires), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. 1993, p. 11, §13 ; CIJ, ordonnance du 23 janvier 2020 (mesures conservatoires), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, Rec. 2020, pp. 16-17, §§39-42.

¹⁹⁹ Voir CIJ, arrêt du 1^{er} avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Rec. 2011, p. 70 ; CIJ, arrêt du 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 2009, p. 3 ; CIJ, arrêt du 4 février 2021, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes Unis)*.

b. La « plausibilité » des droits invoqués au fond

Indiquer des mesures obligatoires pour les parties avant toute décision finale sur la compétence ou le fond ne saurait être fait à la légère. C'est pourquoi, depuis l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour recherche expressément¹⁹⁹, dans ses ordonnances, si l'Etat sollicitant des mesures conservatoires a établi à suffisance que les droits qu'il entend ainsi faire protéger sont au moins « plausibles »²⁰⁰.

Quelque raisonnable que cette exigence (en elle-même théoriquement assez précise) puisse paraître *a priori*, elle ne laisse pas de soulever certaines difficultés en pratique. Le test de « plausibilité » des droits n'a en effet pas toujours révélé, à l'épreuve de sa mise en œuvre, procéder d'une totale clarté conceptuelle, ce qui a pu amener d'aucuns à prétendre, notamment, qu'une certaine confusion était apparue, au fil des affaires, entre « plausibilité des droits » invoqués et « plausibilité des demandes » présentées. Certes, les droits revendiqués et les demandes formulées entretiennent par définition une relation étroite. Mais le contenu et la portée de la demande transcendent en principe les droits qu'elle a pour objet de faire valoir : comme telle, la demande se fonde sur des faits et tend à l'adjudication de conclusions dérivées de l'affirmation de ces droits; exiger de l'Etat requérant des mesures conservatoires qu'il établisse la plausibilité du bien-fondé de ses demandes revient à exiger qu'il prouve le caractère plausible de l'ensemble de leurs composantes, y compris factuelles et argumentaires²⁰¹.

On comprend assurément que la plausibilité d'un droit ne puisse guère, généralement, être appréciée *in vacuum*; la revendication concrète d'un droit devant le juge s'inscrit nécessairement dans un contexte juridico-factuel qui n'est pas neutre à cet égard. Comme on l'a rappelé ci-dessus, la Cour a récemment nié, dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, la nécessité d'établir la plausibilité de certains faits conditionnant la disponibilité effective d'un droit au moment de se prononcer sur sa compétence *ratione materiae*²⁰². Même si une procédure en indication de mesures conservatoires est différente par nature, y compris du point de vue des objectifs poursuivis, et si le problème de la prise en considération des faits se pose ici en des termes différents,

¹⁹⁹ L'exigence n'est pas, en substance, nouvelle, mais n'avait jamais été expressément formulée auparavant comme condition autonome à l'indication de mesures conservatoires (voir par exemple CIJ, ordonnance du 29 juillet 1991 [mesures conservatoires], *Passage par le Grand-Belt [Finlande c. Danemark]*, Rec. 1991, p. 17, §§21-22 et *opinion individuelle de M. Shahabuddeen, id.*, pp. 28 et s. ; CIJ, ordonnance du 8 mars 2011 [mesures conservatoires], *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière [Costa Rica c. Nicaragua]*, Rec. 2011, pp. 35 et s. et *opinion individuelle de M. Sepulveda-Amor*).

²⁰⁰ CIJ, ordonnance du 28 mai 2009 (mesures conservatoires), *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Rec. 2009, pp. 151-152, §§57 et 60. Cette recherche s'apparente à celle du « droit apparent » dans certains systèmes de droit civil.

²⁰¹ Une telle exigence se rapprocherait un peu plus de celle de l'établissement d'un *fumus boni juris lato sensu*, ou d'une « possibilité », sans nécessairement devoir atteindre le seuil d'une « probabilité », de l'emporter au fond, également commune dans divers droits internes.

²⁰² Voir ci-dessus, pp. 39-40.

dès lors que le test en cause concerne non pas l'applicabilité d'un traité aux actes dont il est fait grief mais la plausibilité des droits dont la protection est recherchée, il demeure que le point de savoir jusqu'où la Cour peut et doit aller dans l'examen des faits au stade des mesures conservatoires est d'égale importance. En effet, de la réponse à cette question dépendent la définition précise du contenu matériel du test de plausibilité et, ultimement, la sécurité juridique à laquelle les parties à ces procédures sont en droit d'aspirer. Cette réponse est, ici encore, à trouver dans les équilibres à maintenir entre, d'une part, les impératifs de protection des droits des parties *pendente lite* et, de l'autre, ceux d'une bonne administration de la justice.

Le problème du degré de recours aux faits est inévitablement simplifié lorsque la Cour parvient à une conclusion négative quant à la plausibilité des droits invoqués, en excipant, comme elle l'a fait dans l'affaire *Ukraine c. Russie*, de l'absence de preuve suffisante, au stade considéré, de l'existence d'un élément important conditionnant leur disponibilité, en l'espèce, l'intention, en réunissant et en fournissant des fonds, d'aider à la commission d'actes terroristes (ou la connaissance du risque de la commission de tels actes) dans le but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement à un acte quelconque²⁰³. Dans les cas où elle a au contraire reconnu la plausibilité de ces droits, elle s'est tantôt contentée d'examiner (de façon parfois très sommaire) l'argumentation juridique de la requérante (par exemple l'interprétation du traité en cause avancée par elle)²⁰⁴, tantôt elle s'est en outre penchée sur certains faits, y compris les éléments de preuve produits²⁰⁵. Elle a cependant, globalement, toujours effectué cet

²⁰³ Voir CIJ, ordonnance du 19 avril 2017 (mesures conservatoires), *Rec.* 2017, pp. 131-132, §75 et articles 2 et 18 de la CIRFT. Cette décision n'en confirme pas moins que la prise en considération de certains faits peut s'avérer indispensable aux fins de déterminer, au stade des mesures conservatoires, si les droits que l'on entend protéger dans une affaire sont « plausibles », alors qu'elle ne s'impose pas quand il s'agit d'établir la compétence *ratione materiae* de la Cour pour connaître de la même affaire.

²⁰⁴ Voir CIJ, ordonnance du 28 mai 2009 (mesures conservatoires), *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, *Rec.* 2009, p. 152, §60 (plausibilité des droits fondée « sur une interprétation possible de la convention sur la torture » avancée par la requérante); CIJ, ordonnance du 18 juillet 2011 (mesures conservatoires), *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *Rec.* 2011, p. 546, §40 (plausibilité des droits fondés sur l'arrêt de 1962 tel qu'interprété par la requérante); CIJ, ordonnance du 13 décembre 2013 (mesures conservatoires), *Construction d'une route au Costa-Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, *Rec.* 2013, pp. 403-404, §§17-19 (interprétation du traité de limites de 1858 et du droit coutumier).

²⁰⁵ Voir CIJ, ordonnance du 19 avril 2017 (mesures conservatoires), *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, *Rec.* 2017, p. 135, §§81-83 (plausibilité que certains actes allégués par la requérante « puissent constituer des actes de discrimination raciale au sens de la convention »); CIJ, ordonnance du 18 mai 2017 (mesures conservatoires), *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, *Rec.* 2017, pp. 242-243, §45; CIJ, ordonnance du 3 octobre 2018 (mesures conservatoires), *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec.* 2018, pp. 641-644, §§64-70, spéc. 65 (« interprétation possible du traité de 1955 » et « établissement *prima facie* des faits pertinents »); CIJ, ordonnance du 23 janvier 2020 (mesures conservatoires), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, *Rec.* 2020, pp. 19-23, §§49-56 (interprétation de la convention de 1948 et examen de la résolution 73/264 de l'Assemblée générale ainsi que du rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar). Il est à noter que, contrairement

exercice de façon assez superficielle et en termes généraux, surtout lorsqu'elle a constaté que ces faits n'étaient pas contestés entre les parties²⁰⁶.

Il découle de la jurisprudence prise dans son ensemble que la démarche adoptée par la Cour, plutôt que de procéder d'une confusion entre « plausibilité des droits » et « plausibilité des demandes », participe d'une analyse en contexte de la plausibilité des droits (concrets) revendiqués, qui peut, selon les cas, exiger plus qu'une vérification de nature strictement juridique.

c. Le risque de préjudice irréparable et l'urgence

Par ailleurs, l'une des conditions les plus importantes pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires est la présence d'un risque de préjudice irréparable aux droits revendiqués au fond et d'une urgence.

La relation précise entre les deux éléments n'a, elle non plus, pas toujours été d'une totale clarté dans la jurisprudence de la Cour. Tantôt ces éléments ont été distingués l'un de l'autre (l'un ou l'autre étant parfois ignoré), tantôt ils sont apparus être considérés comme n'en formant qu'un seul²⁰⁷. Les deux composantes sont en tout cas fondamentales dans tous les systèmes de droit : elles constituent la raison d'être des mesures de protection. Si risque de préjudice irréparable et urgence sont à l'évidence en soi conceptuellement distinguables, ils sont aussi, dans la pratique, normalement associés. Dès lors qu'il y a un risque avéré et imminent de préjudice irréparable aux droits constituant l'objet de l'instance, il y a urgence pour le juge à agir; ce qui importe à cet égard est tant le risque d'un préjudice immédiat que celui d'un préjudice non immédiat mais inéluctable à terme, devant survenir avant la décision finale si l'on n'agit pas.

C'est dans l'affaire de *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* que la Cour a mis au point les deux formules générales afférentes au risque de préjudice irréparable et à l'urgence qui sont désormais systématiquement reproduites dans ses ordonnances et qui sont effectivement utilisées (expressément ou non) pour fonder ses décisions²⁰⁸.

à la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Ukraine c. Russie* s'agissant de la plausibilité des droits de la requérante au titre de la CIRFT, la Cour a expressément écarté, dans l'affaire *Gambie c. Myanmar*, la nécessité pour la requérante d'établir, au stade considéré, l'élément intentionnel conditionnant la disponibilité de ses droits conventionnels, eu égard à « l'ensemble des faits et circonstances mentionnés » antérieurement; de l'avis de la Cour, ceux-ci suffisaient en effet « pour conclure que les droits que la Gambie revendique et dont elle sollicite la protection (...) sont plausibles » (*id.*, p. 23, §56). La Cour aurait sans doute pu éviter ce qui constitue au moins une apparence de contradiction, peu propice à la prévisibilité de ses décisions et à la sécurité juridique, en inférant l'existence *prima facie* d'une intention génocidaire des mêmes « faits et circonstances ».

²⁰⁶ Voir par exemple CIJ, ordonnance du 3 mars 2014 (mesures conservatoires), *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, Rec. 2014, p. 153, §27 ; CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016 (mesures conservatoires), *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, Rec. 2016, p. 1167, §79.

²⁰⁷ Il a fallu attendre l'affaire du *Passage par le Grand Belt* pour que la Cour fasse expressément référence à « l'urgence » comme condition de l'indication de mesures conservatoires (Rec. 1991, p. 17, §23).

²⁰⁸ Rec. 2011, p. 21 : « La Cour tient de l'article 41 de son Statut le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires lorsqu'un préjudice irréparable risque d'être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire » (§63) et « Le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne sera

Ce sont celles qui réalisent, à notre sens, la meilleure synthèse des prononcés antérieurs et établissent l'articulation la plus heureuse entre ces deux conditions essentielles. On relèvera enfin que, comme en matière de compétence *prima facie* et de plausibilité des droits à protéger, la jurisprudence de la Cour a quelque peu varié, au fil du temps, et eu égard aux circonstances, quant au degré de certitude du risque de préjudice requis pour que des mesures de prévention soient indiquées. Ici encore, la nature des droits en cause apparaît à cet égard déterminante²⁰⁹.

3. Les demandes reconventionnelles

S'agissant des demandes reconventionnelles, il échet de relever que, depuis l'affaire de l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, la Cour n'attend plus l'examen du fond²¹⁰ pour se pencher sur la recevabilité de ces demandes comme telles, c'est-à-dire sur leur conformité avec les dispositions réglementaires qui en régissent la présentation dans l'instance pendante et la « jonction » aux demandes principales. Ces questions sont désormais examinées à un stade préliminaire, dès qu'elles sont soulevées par une partie ou proprio motu par la Cour elle-même²¹¹. Cette nouvelle pratique ne doit pas déplaire aux Etats, d'emblée fixés sur le sort des demandes reconventionnelles; il y va d'un élément important de sécurité juridique quant à la physionomie et au déroulement ultérieurs du procès, surtout dès lors que lesdites demandes participent d'une stratégie judiciaire de « contre-attaque »²¹². Dans la pratique, la Cour n'a jamais pris l'initiative de mettre en cause la recevabilité d'une demande reconventionnelle comme telle. Ici comme ailleurs, l'absence d'objection de l'autre partie à l'« élargissement » de l'affaire en cours à une telle demande, si elle ne dispense pas la Cour de toute vérification quant à la réunion des conditions énoncées à l'article 80 du Règlement, tend à simplifier cette opération et influe largement sur la décision d'assurer le traitement conjoint, dans la même instance, de l'ensemble des demandes²¹³.

Les questions de « recevabilité » des demandes reconventionnelles comme telles concernent exclusivement la nature desdites demandes (qui, pour pouvoir être présentées à ce titre, doivent constituer plus qu'une simple défense au fond), la compétence de la Cour pour en connaître ainsi que le lien de connexité qu'elles

exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive » (§64).

²⁰⁹ Comme il a déjà été relevé, la Cour s'est souvent montrée moins exigeante en ce qui est de la « réalité du risque » lorsqu'étaient directement en cause des droits fondamentaux tels ceux protégés par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ou la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIERD).

²¹⁰ Voir CIJ, arrêt du 20 novembre 1950, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Rec. 1950, pp. 279 et s.

²¹¹ Voir l'article 80 du Règlement, tel que révisé à la date du 1^{er} février 2001.

²¹² Voir par exemple CIJ, ordonnance du 17 décembre 1997, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles*, Rec. 1997, pp. 256-257, §§27-28. Cette caractéristique essentielle de la demande reconventionnelle a régulièrement été rappelée depuis par la Cour.

²¹³ Voir par exemple CIJ, arrêt du 3 février 2015, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Rec. 2015, pp. 59-60, §123.

entretiennent avec la demande principale. Ce dernier point peut parfois s'avérer difficile à trancher tant les critères retenus (connexité « directe » entre les faits à la base des demandes, dans le temps et dans l'espace; connexité « directe » entre les prétentions avancées dans les demandes et leurs bases juridiques) sont susceptibles de variations²¹⁴; la jurisprudence de la Cour en témoigne, surtout s'agissant de la connexité « juridique »²¹⁵. L'élément de connexité est à l'évidence essentiel afin de permettre à la Cour de connaître efficacement, en une seule instance, de demandes suffisamment liées entre elles pour se compléter mutuellement, tout en garantissant un équilibre dans la position des parties au procès, tant sur le plan procédural que psychologique. En même temps, cette exigence s'oppose à l'« arrimage artificiel » à une instance, pour des raisons de stricte opportunité, politique ou autre, de demandes dénuées de relation adéquate avec les demandes principales. Il s'agit d'une autre mesure de protection des intérêts des parties, qui devrait leur inspirer confiance, d'autant plus qu'elle est pleinement conforme aux impératifs d'une bonne administration de la justice.

Bien que « finales » et constituant l'expression de la « vérité légale », les décisions de la Cour sur la recevabilité des demandes reconventionnelles comme telles ont jusqu'ici pris la forme d'une ordonnance, même quand elles portaient sur la compétence de la Cour²¹⁶. S'il n'est pas concevable que la Cour revienne sur de telles décisions, en revanche il va de soi que celles-ci ne sauraient en rien préjuger de celles qu'elle pourrait être amenée à rendre ultérieurement sur d'autres points, tels la recevabilité de ces demandes autrement que « comme telles » (par exemple au motif que les voies de recours internes disponibles n'auraient pas été épuisées).

²¹⁴ La Cour de Cassation française, dont la jurisprudence en la matière n'a pas été sans influence sur les travaux de la CPJI et de la CIJ, a depuis longtemps soutenu « qu'en l'absence d'une définition légale de la connexité, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation » (Cass. 7 mars 1904, S. 1905, I, p. 287). Si la CPJI, dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, ne s'était intéressée qu'à la connexité « juridique » (Série A, n°17, p. 38), la connexité « en fait » est apparue, lors des discussions préalables à la révision du Règlement en 1936, comme constituant un élément tout aussi important à prendre en considération; la connexité « directe », notion née dans ce contexte, fut donc entendue comme devant s'apprécier tant en fait qu'en droit (voir *C.P.J.I., Série D, n°2, 3^{ème} add.*, not. pp. 110 et s.). Depuis son ordonnance du 17 décembre 1997 (voir note 212 ci-dessus), la CIJ recherche par principe systématiquement le lien de connexité, en fait et en droit, entre les demandes considérées.

²¹⁵ Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour, en s'écartant de sa jurisprudence antérieure, a jugé que les demandes de l'Ouganda, fondées sur la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961), étaient en connexion « directe », y compris « juridique », avec celles de la RDC, qui reposaient essentiellement sur le *jus ad bellum* et le *jus in bello* (ordonnance du 29 novembre 2001, *Rec.* 2001, p. 679, §40). Cette approche particulièrement « large » de la connexité « directe » « en droit » est à ce jour demeurée isolée dans la jurisprudence de la Cour.

²¹⁶ Voir CIJ, ordonnance du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle), *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, p. 310. Comme on le sait, le dispositif des ordonnances, pour obligatoire qu'il puisse être, n'est normalement pas revêtu de l'autorité de la chose jugée car, ne statuant pas de façon définitive sur les droits des parties, son contenu est *a priori* toujours susceptible d'être modifié par une décision subséquente. Toutefois, au-delà de l'instrument choisi pour donner forme à une décision, ce qui importe est la substance de celle-ci (cf. la distinction faite par G. Morelli entre « cosa giudicata in senso sostanziale » et « cosa giudicata in senso formale », in G. MORELLI, *La Sentenza internazionale*, Padova, CEDAM, 1931, pp. 213 et 220-221).

4. Les interventions

Les conditions subordonnant les interventions de tiers au procès tendent également à préserver des équilibres. D'une part, dans l'optique « bilatéraliste » traditionnelle, qui marque encore profondément aujourd'hui les procédures judiciaires internationales impliquant des Etats souverains, le procès « appartient » aux parties. Lorsque ces Etats entendent porter un différend devant une juridiction internationale en en définissant soigneusement l'objet et les contours, ils sont naturellement soucieux de contrôler autant qu'ils le peuvent le cours de « leur » procès et jaloux de préserver l'exclusivité des droits que leur confère leur statut de partie. Les « interférences » extérieures peuvent être source de jeux politiques susceptibles de mettre à mal le déroulement serein du procès, voire l'égalité des parties. D'autre part, il arrive qu'une affaire mette également en jeu des intérêts de nature juridique d'Etats tiers, qui devraient alors au moins pouvoir en informer la juridiction saisie, quitte à ce que les parties se voient offrir l'occasion de présenter leurs vues à ce sujet devant celle-ci; il peut s'agir d'intérêts individuels ou, comme ce sera sans doute plus souvent le cas dans le futur, d'intérêts de nature plus « communautaire », c'est-à-dire communs à des groupes d'Etats, voire « globaux »²¹⁷.

Les procédures d'intervention prévues aux articles 62 et 63 du Statut de la Cour, conçues il y a plus d'un siècle, tiennent tant bien que mal compte de ces impératifs, tels que perçus lors de la rédaction de ces dispositions, et la Cour s'est toujours montrée soucieuse, dans sa jurisprudence, de respecter les équilibres nécessaires entre ceux-ci, tout en ayant tendance à privilégier la protection de la position des parties à l'instance.

Lorsque l'interprétation d'un traité multilatéral est en cause dans une affaire, l'intérêt juridique de toutes les parties à ce traité est présumé (article 63 du Statut): l'intervention est alors « de droit » et ne soulève aucun problème particulier (sauf dans les cas rares où la qualité de partie au traité est problématique). Même si l'interprétation du traité proposée par l'intervenant peut venir au soutien de ses propres intérêts ou des thèses d'une partie plutôt que de l'autre, elle s'avère généralement utile à la Cour et au traité lui-même; la « sanction » d'une telle « intrusion » dans le procès est que l'interprétation finalement retenue par la Cour est « obligatoire » pour l'intervenant, sans que celui-ci soit partie à l'affaire et, partant, que la décision soit comme telle *res judicata* à son endroit.

Dans les autres cas (article 62 du Statut), il n'existe aucun droit à intervenir pour les Etats tiers : l'Etat requérant doit prouver qu'il possède un « intérêt de nature juridique susceptible d'être affecté » dans l'instance et la Cour, garante de l'intégrité du procès, est traditionnellement très exigeante à cet égard, d'autant plus que, comme il lui arrive de le rappeler, l'autorité relative de la chose jugée, réaffirmée à l'article 59 du Statut, est censée protéger le tiers²¹⁸. La protection que

²¹⁷ Par exemple lorsque sont en cause des obligations *erga omnes*, qu'elles aient trait à la protection de droits fondamentaux, de l'environnement, etc.

²¹⁸ La question est cependant de savoir si la protection de principe ainsi offerte au tiers est effectivement suffisante dans tous les cas. Certes, la Cour a constamment fait preuve d'une grande prudence au

la Cour entend offrir aux droits des parties dans le déroulement du procès se fait moins impérieuse lorsque celles-ci ne s'opposent pas à l'intervention sollicitée ; la Cour se montre alors plus flexible et, lorsqu'elle y voit de surcroît un avantage aux fins du règlement de l'affaire, elle autorise l'intervention²¹⁹. Le poids déterminant accordé aux intérêts des parties et à leur attitude au regard de l'ouverture de l'instance à l'intervention d'un tiers ne peut que susciter la confiance générale de celles-ci dans ces procédures; cette confiance doit, en revanche, être logiquement moindre dans le chef des tiers et, plus spécifiquement, des défenseurs des intérêts « communautaires ».

Les raisons exposées ci-dessus expliquent *a fortiori* que le Statut de la Cour n'autorise aucune forme de participation dans la procédure contentieuse à titre d'*amicus curiae*. La crainte d'interférences politiques et partisans est présente ici plus qu'ailleurs, dès lors que la participation envisagée dans un procès opposant des Etats souverains sur des points toujours hautement sensibles serait moins strictement encadrée; au demeurant, le risque qu'une telle participation complique singulièrement le cours de la procédure, la transformant en une manière de procédure mixte, avec des accents de procédure consultative, n'apparaît pas purement théorique. Il est intéressant de relever dans ce contexte que les organisations intergouvernementales qui, depuis 1945, jouissent de la faculté, en vertu de l'article 34§2 et 3 du Statut, de soumettre à la Cour, *proprio motu* ou à son invitation, des observations dans une procédure contentieuse, n'en ont fait usage qu'une seule fois²²⁰ : il est vrai que le recours à pareille faculté, organisé dans le détail à l'article 69 du Règlement, est souvent soumis, au sein de ces organisations, à un contrôle politique.

5. Le désistement

Il arrive qu'en cours d'instance, les deux parties conviennent de retirer l'affaire et notifient, conjointement ou séparément à la Cour, leur volonté de se désister²²¹. Le demandeur peut également décider unilatéralement de renoncer à poursuivre la

moment, par exemple, d'opérer une délimitation terrestre ou maritime dans des zones où des tiers sont susceptibles de détenir de tels intérêts; mais la possibilité que les intérêts juridiques des tiers se voient *de facto*, si pas *de jure*, affectés par des phénomènes tels que l'émergence de « régimes objectifs », ensuite d'une décision de la Cour, ne peut être *a priori* écartée. Il reste que, formellement, de tels régimes ne seraient pas « créés » comme tels par cette décision, dont l'autorité demeurerait « relative », mais se consolideraient dans son sillage sur une base autonome (cf., *mutatis mutandis*, l'application par la Cour de la règle *res inter alios acta* aux traités de délimitation conclus par la Colombie avec des tiers dans l'affaire du *Différend territorial et maritime [Nicaragua c. Colombie]*, Rec. 2012, p. 685, §162 et p. 707, §§227-228).

²¹⁹ Dans de tels cas de figure, la Cour, qui statue normalement sur les requêtes à fin d'intervention par voie d'arrêt, a pris sa décision par voie d'ordonnance (voir CIJ, ordonnance du 21 octobre 1999 (requête à fin d'intervention), *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, Rec. 1999, p. 1029 ; CIJ, ordonnance du 4 juillet 2011 (requête à fin d'intervention), *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, Rec. 2011, p. 494. Cf., s'agissant d'une déclaration d'intervention au titre de l'article 63 du Statut, CIJ, ordonnance du 6 février 2013 (déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande), *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, Rec. 2013, p. 3). Sur les effets juridiques des ordonnances en pareils cas, voir la note 216 ci-dessus.

²²⁰ Voir CIJ, ordonnance du 22 février 1996, *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 1996, p. 10.

²²¹ Voir l'article 88 du Règlement.

procédure²²², ce qui n'exclut nullement que cette décision puisse aussi être le fruit d'un accord préalable. Il n'est pas rare que les parties continuent de mener des négociations alors que leur différend a été porté devant la Cour; la « pression » exercée par la saisine de la Cour peut alors favoriser l'heureux aboutissement de ces négociations. Qu'il s'agisse de désistement convenu ou non, le Règlement de la Cour ne traite que de l'acte procédural que constitue le « désistement d'instance »²²³.

L'accord des parties aux fins de se désister d'une instance est à l'évidence nécessaire lorsque l'affaire a été soumise conjointement²²⁴. La volonté des parties ainsi exprimée ne laisse ici aucune marge de manœuvre à la Cour, qui ne peut qu'en prendre acte et ordonner la radiation de l'affaire du rôle; le cas échéant, il peut être fait mention de l'accord intervenu dans l'ordonnance de radiation du rôle, qui peut aussi en préciser les termes²²⁵.

Dans les cas où le demandeur entend informer seul la Cour qu'il renonce à poursuivre la procédure engagée par sa requête²²⁶, la Cour ne doit en prendre acte et radier l'affaire du rôle que si le défendeur n'a pas encore « fait acte de procédure »²²⁷; dans l'éventualité contraire, celui-ci doit être consulté et, s'il s'y oppose, l'instance se poursuit. Le respect de l'égalité des parties et la bonne

²²² Voir l'article 89 du Règlement.

²²³ Cet acte laisse comme tel les parties entièrement libres de saisir la Cour une nouvelle fois du même différend ultérieurement. Le « désistement d'action », ou renonciation définitive au droit de resoumettre le même litige à la même juridiction (voire à une autre), n'est pas en soi une question de procédure; la renonciation à l'action ne saurait découler du désistement d'instance ni être présumée, mais doit être dûment prouvée (voir CIJ, arrêt du 24 juillet 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Rec. 1964, pp. 20-22 et CIJ, ordonnance du 10 novembre 1998, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 1998, p. 427 : l'ordonnance, qui fait état de l'intention du Paraguay de se désister tant de l'instance que de l'action, ainsi que de l'acceptation des Etats-Unis, ne prend acte que du désistement d'instance, seul visé à l'article 89 du Règlement). Il y a lieu de relever qu'en revanche, dans les ordonnances de radiation du rôle des affaires relatives à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamarihiya arabe libyenne c. Royaume-Uni et Jamarihiya arabe libyenne c. Etats-Unis)*, la Cour a pris acte non seulement du désistement d'instance, par accord des Parties, conformément à l'article 88 du Règlement, mais aussi de leur désistement « de toute action en l'affaire », Rec. 2003, pp. 149 et 152 : le contexte juridique et politique particulier dans lequel s'inscrivaient ces affaires peut n'y pas être étranger.

²²⁴ Voir CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, communiqué de presse no 2017/31 en date du 21 juillet 2017. La Cour a pris acte du retrait par la Slovaquie, le 30 juin 2017, de sa demande de 1998 tendant au prononcé d'un arrêt supplémentaire en l'affaire, après que la Hongrie eut indiqué ne pas s'y opposer. Cette démarche unilatérale n'aurait pu emporter retrait de l'affaire elle-même, introduite par voie de notification de compromis, sans l'assentiment séparé de la Hongrie à ce sujet. Ladite affaire demeure donc, pour sa part, pendante devant la Cour.

²²⁵ Voir l'article 88 du Règlement.

²²⁶ La Cour doit, le cas échéant, s'assurer que la volonté de désistement du demandeur est réelle : voir CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Rec. 2007, pp. 52-53, §§18-21.

²²⁷ Voir l'article 89 du Règlement. Il est constant que le premier « acte de procédure » du défendeur dans une instance est normalement la nomination d'un agent. Même si l'article 89 du Règlement, au contraire de l'article 88, est muet à ce sujet, il va de soi que, lorsqu'un désistement unilatéral fait suite à la conclusion d'un accord entre les parties, l'ordonnance de radiation du rôle peut aussi faire état du contenu de celui-ci. Voir par exemple CIJ, ordonnance du 8 novembre 1995, *Délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, Rec. 1995, p. 425 ; CIJ, ordonnance du 13 septembre 2013, *Epanrages aériens d'herbicides (Equateur c. Colombie)*, Rec. 2013, p. 279.

administration de la justice requièrent, dans cette dernière hypothèse, qu'une limite soit mise à la liberté du demandeur de disposer de l'instance : le défendeur qui a commencé à participer à l'affaire doit pouvoir, s'il le souhaite, pleinement exposer ses vues sur les allégations du demandeur et obtenir une décision de la Cour à ce sujet.

Les procédures de désistement constituent un parfait exemple d'aménagement d'équilibres entre le respect de la liberté des Etats et les impératifs d'un procès équitable; à la liberté de saisir la Cour doit en principe correspondre celle de la dessaisir, mais sans porter atteinte aux droits procéduraux engendrés par la saisine. En tant que telles, elles doivent inspirer confiance aux parties.

D. Procédures consultatives

On a déjà eu l'occasion de rappeler que l'activité consultative de la CIJ avait été beaucoup moins intense que celle de la CPJI et d'une nature assez différente de celle-ci, ce qui n'a pas manqué d'influer sur l'effet des avis prononcés. Plus à vrai dire que d'une variation du degré de confiance dans cette procédure, il faut y voir la conséquence directe d'un contexte factuel et juridique particulier.

Le Conseil de la SdN, on l'a vu, a fréquemment sollicité des avis de la CPJI, qui n'était pas un organe de la Société, aux fins de résoudre des différends, comme le prévoyait expressément l'article 14 du Pacte; et ces avis, de par l'intervention du Conseil, ont généralement été suivis d'effets. L'Assemblée de la SdN n'a en revanche jamais demandé d'avis à la Cour permanente.

La pratique devant la CIJ, organe judiciaire principal de l'Organisation, est à l'exact opposé. La grande majorité des avis qui lui ont été demandés l'ont été par l'Assemblée générale²²⁸ et un seul l'a été par le Conseil de sécurité, conformément à l'article 96§1 de la Charte, sur une « question juridique » qui concernait les effets de ses propres décisions²²⁹. Plus soutenue au début de sa période de fonctions, l'activité consultative de la CIJ a ensuite décliné. Il a été observé que, pour l'essentiel, la première série d'avis donnés par celle-ci concernait des questions afférentes au fonctionnement de l'Organisation, qui ne se sont plus posées par la suite²³⁰. Ultérieurement, des avis d'une grande importance théorique, mais aussi

²²⁸ Les autres l'ont été par le Conseil économique et social ou des institutions spécialisées. Aucune requête adressée à la CIJ n'a directement eu pour objet un différend pendant, même si de tels différends ont pu, à diverses reprises, constituer la toile de fond des questions posées (voir par exemple CIJ, avis consultatif du 30 mars 1950 (première phase), *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Rec. 1950, p. 65 ; CIJ, avis consultatif du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 12 ; CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de la construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 136 ; CIJ, avis consultatif du 25 février 2019, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Rec. 2019, p. 95).

²²⁹ CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, *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*, Rec. 1971, p. 16.

²³⁰ Voir D. AKANDE, *loc. cit.*, p. 367 et réf. à R. HIGGINS, « A comment on the Current Health of Advisory Opinions », in V. LOWE & M. FITZMAURICE (eds), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge : Cambridge University Press, 1996, pp. 575-577.

pratique compte tenu des faits, potentiels ou réels, sous-jacents, ont été sollicités²³¹, à un rythme toutefois nettement plus lent, et avec des effets plus incertains, eu égard aux divisions de la communauté internationale sur les sujets en cause²³².

Ces éléments contextuels ne mettent nullement en doute l'intérêt des procédures consultatives en tant que telles, dont les vertus sont largement reconnues, ni la confiance qu'elles suscitent d'une manière générale, comme plates-formes de dialogue et instruments de clarification et de développement du droit international.

E. Rôle du Greffe

Enfin, on ne peut clore ces quelques réflexions sur la confiance dans la Cour internationale de Justice et ses procédures sans évoquer brièvement l'importance du rôle du Greffe de la Cour à cet égard.

Le Greffier, dont les fonctions sont décrites de façon très fragmentaires à l'article 26 du Règlement – sans guère de mise à jour depuis 1922 –, a un rôle fondamental à jouer dans la quête permanente des équilibres entre, d'une part, les aspirations des parties, et, de l'autre, les exigences d'une saine et efficace administration de la justice, sur lesquels, comme on l'a montré, repose pour une part non négligeable la confiance des Etats.

En tant qu'intermédiaire officiel entre la Cour et le monde extérieur, il lui incombe d'être en permanence et de façon proactive, mais toujours impartiale, à l'écoute des Etats, de leurs préoccupations et de leurs souhaits, et d'en être si nécessaire l'interprète objectif et avisé auprès de la Cour. Au-delà des règles et principes d'application, il est une multitude d'occasions avant, pendant et même à l'issue du procès, où le Greffier est appelé à agir, avec toute la discrétion voulue, pour informer, conseiller et, le cas échéant, assister les Etats.

Cette fonction peut-être moins connue, mais néanmoins essentielle du Greffier, est seule à même de dissiper les doutes, de prévenir les erreurs, parfois lourdes de conséquences, et d'épargner frustrations aux Etats et problèmes inutiles à la Cour. Elle requiert autant de disponibilité que d'abnégation. L'expérience montre à quel point cette interaction entre le Greffier, les Etats et la Cour, qui se doit d'être aussi constante que patiente, et aussi créative que rigoureuse, est indispensable aux fins d'assurer le déroulement harmonieux des procédures et, en définitive, leur succès. Seule la conviction des parties qu'elles ont été attentivement et également

²³¹ Voir par exemple CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, Rec. 1996, p. 66. Adde CIJ, *Sahara occidental, Conséquences juridiques de la construction d'un mur et Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos*, loc. cit., note 228.

²³² Ces divisions expliquent la difficulté de trouver les majorités politiques nécessaires à l'adoption de certaines requêtes. Ainsi, la proposition formulée le 22 septembre 2011 par le Président de la République des Palaos, tendant à requérir un avis consultatif de la Cour sur la responsabilité des Etats pour les activités menées sur leur territoire et entraînant l'émission de gaz à effet de serre, n'a pas connu de suite à ce jour. Et, lorsqu'un avis a finalement pu être demandé à la Cour, les mêmes divisions paralysent fréquemment l'organe requérant, destinataire de l'avis donné, au moment de prendre certaines décisions cruciales pour sa mise en œuvre.

PHILIPPE COUVREUR

écoutées, accompagnées avec bienveillance et en toutes circonstances respectées, peut les amener à pleinement accepter les décisions, même les plus adverses, de la Cour et à les exécuter promptement et intégralement, en toute bonne foi.

La contribution des conseils des parties au dialogue entre elles et avec le siège, par l'entremise du Greffier, ainsi qu'à la bonne compréhension et à la juste appréciation des décisions de la Cour, est également primordiale à cet égard.

CONCLUSIONS

La confiance dans la Cour internationale de Justice et son utilisation, comme c'est sans doute le cas pour la plupart des institutions internationales auquel le recours est facultatif, dépendent de facteurs multiples. L'histoire de la CIJ et de sa devancière – la CPJI – a montré à quel point le contexte général dans lequel une juridiction internationale opère est déterminant de ce point de vue. Mais la construction progressive d'une confiance solide dans une juridiction internationale repose aussi sur ses propres réalités statutaires et le parti qu'elle sait en tirer, sur tous les plans, dans l'exercice concret de ses fonctions.

La CPJI et la CIJ en sont d'excellents exemples. Leur composition à certains moments clefs, la qualité et la stabilité de leur jurisprudence, l'organisation de leurs procédures dans le respect de l'égalité et de la souveraineté des Etats, tout autant que de la sécurité juridique, de la transparence et de la bonne administration de la justice, ont à cet égard joué un rôle décisif. Les mérites propres des institutions judiciaires intéressées sont à leur tour susceptibles d'infléchir, au moins en ce qui les concerne, le climat général dans lequel elles ont à œuvrer.

CONFIDENTIALITY AS A BUILDING BLOCK OF CONFIDENCE IN WTO DISPUTE SETTLEMENT*

MÜSLÜM YILMAZ

Since its inception in 1995, the World Trade Organization (WTO) dispute settlement system has helped States settle hundreds of trade disputes, amicably through bilateral consultations, or through adjudication. This paper assumes basic knowledge of WTO dispute settlement, and avoids a lengthy description of it. To put it briefly, under the WTO Dispute Settlement Understanding (DSU) the process starts with consultations between the disputing parties. If the parties are unable to resolve the dispute during consultations, the complainant may seek the establishment of the panel. A panel report will be adopted automatically by the Dispute Settlement Body (DSB) if there is no appeal, or together with the Appellate Body (AB) report in case of an appeal. After adoption by the DSB, the respondent must bring any measures found to be WTO-inconsistent into conformity with the relevant WTO obligations. If the complainant is of the view that compliance has not been reached it may request the establishment of a compliance panel, which is also appealable, to say the final word in that regard. If the conclusion is that compliance has indeed not been achieved, the complainant may take retaliatory measures towards the respondent. In such a case, the respondent may have an arbitrator decide whether the proposed level of the retaliation is appropriate. The whole process is subject to procedural rules set out in the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU). However, in practice, panels also use the flexibility provided in the DSU in order to adapt to the specific requirements of their cases¹.

WTO dispute settlement as provided for under the DSU envisages a two-tiered system that consists of panel and appeal stages². Since December 2019, however, the appeal mechanism has not been operational because of the Dispute Settlement Body's (DSB) inability to agree to commence a selection process for

* The views expressed are those of the author and do not represent a position, official or unofficial, of the WTO Secretariat or WTO Members. The author thanks Graham Cook for useful comments on earlier drafts.

¹ The legal basis for such flexibility is found in Article 12.1 of the DSU, which provides that « 1. Panels shall follow the Working Procedures in Appendix 3 unless the panel decides otherwise after consulting the parties to the dispute ». Paragraph 11 of the Working Procedures in Appendix 3, in turn, allows panels to adopt « [a]ny additional procedures specific to the panel ».

² This characteristic of the system has been praised by many on the grounds that it would ensure security and predictability by ensuring consistent application of the law across various disputes. T. COTTIER, « Preparing for Structural Reform in the WTO », *Journal of International Economic Law*, Vol. 10(3), 2005, p. 498.

Version pour accord
29 aout 2022

new members to replace outgoing AB members. This lack of agreement in turn is derived from criticism and concerns voiced particularly from one WTO member over the years, about the functioning of the Appellate Body, including concerns, *inter alia*, that the AB had engaged in judicial activism by adding to the WTO Agreement obligations that the drafters did not agree on, by pronouncing views on issues that do not need to be addressed in order to resolve a dispute, and by failing to observe the three-month deadline to complete an appeal³. As of the time of writing, the AB has no members, although most panel reports are being appealed by respondents which in the absence of any functional AB effectively postpones their adoption and any compliance commitments, but WTO members continue bringing new cases before panels⁴.

Over the years, there have been efforts, initiated by the WTO Secretariat, to seek the views of stakeholders, notably WTO members and private practitioners, on how to improve the dispute settlement system. Such efforts also yielded results, *albeit* marginal at times⁵. Importantly, the Doha Round of Trade Negotiations also covers the DSU, the Agreement that contains the rules of procedure governing the settlement of disputes. However, although the negotiations on the DSU were meant to be separate from the rest of the negotiating mandate and the initial idea was to implement their results as soon as members agreed on the textual modifications⁶, members have been unable to bring these negotiations to a completion despite multiple extensions of the initial deadline.

While certain features of WTO dispute settlement have sometimes been criticized and the controversy over the functioning of the AB over recent years now sees the system not operating as envisaged in the DSU with an operational appeal arm, in earlier years most commentators tended to reflect an overall impression that the WTO dispute settlement system had been successful as far as the effectiveness of the system and its benefits for WTO members were concerned. In other words, at least up to the end of 2019, despite the alleged weaknesses in the system and potential areas of improvement, the stakeholders, notably WTO members, were prepared to see it continue to operate on the functional two-tier basis as envisaged in the DSU. It is also notable that even since the Appellate Body became non-operational at the end of 2019, Members have continued to have recourse to it in seeking consultations and establishing panels to deal with disputes

³ For detailed explanations in this regard, see the *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization* issued in February 2020 by the United States Trade Representative, available online at : https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf (last visited on 26.11.2021).

⁴ Certain members contend that the AB crisis weakens the confidence in the dispute settlement system and the WTO generally. See, for instance, minutes of the DSB meeting dated 30.8.2021, WT/DSB/M/455, paras. 7.3-7.4. However, this particular issue falls outside the scope of this paper.

⁵ See, for instance, the speech by Deputy Director-General Alejandro Jara at the Graduate Institute of International and Development Studies in Geneva on 13 March 2012, available online at : https://www.wto.org/english/news_e/news12_e/ddg_13mar12_e.htm (last accessed on 15.11.2021).

⁶ Ministerial Declaration launching the Doha Round of Trade Negotiations, para. 30, https://www.wto.org/english/thewto_e/minutes_e/min01_e/mindecl_e.htm#dispute (last accessed on 15.11.2021).

that are not only economically significant but also politically sensitive. It remains to be seen how Members will respond to the ongoing challenges faced in the functioning of the dispute settlement system in the years ahead. Many Members were looking to the postponed 12th WTO Ministerial Conference to provide some direction in this regard.

Different criteria may be used to examine whether a particular dispute settlement system inspires confidence in its users. Perhaps the most fundamental criteria are whether the system is biased towards a particular ideology, or whether it is independent from political influence, and renders its judgements based on the merits of each case, taking into account the applicable law and fundamental requirements of due process. Confidence may also be examined from the point of view of the procedural construct of the system, by asking questions such as whether the system provides for clear deadlines, whether it protects confidential information submitted by the parties, whether there are rules to avoid conflicts of interest on the part of the adjudicators etc.

This paper seeks to examine the WTO dispute settlement system from a purely procedural point of view, namely confidentiality, to ascertain the extent to which the rules and practice on confidentiality have thus far contributed to building confidence in the system. For each aspect of confidentiality, it first highlights the relevant provisions of the DSU, the practice that emerged from the implementation of such provisions and discuss to what extent that aspect contributed to building confidence in WTO dispute settlement.

As a frequently used mechanism, WTO dispute settlement has naturally attracted much attention from academia, which led to a considerable body of publications, addressing the system generally or its specific features, including confidentiality. This paper discusses the rules on confidentiality from a specific angle to discern the extent to which such rules have served to build/strengthen confidence of relevant stakeholders in the system. To this end, it sets out brief explanations about the legal provisions concerning confidentiality that apply in WTO dispute settlement. It then examines the specific aspects of such rules which appear to be relevant to the interests of specific stakeholders of the system, namely, WTO members, private companies, and the non-governmental organizations (NGOs)/general public. The paper ends with concluding remarks.

As explained in detail below, confidentiality rules govern the entire dispute settlement process, including panel, appeal, and implementation stages. Most of these rules apply to each stage in the same way. There are, however, some differences, particularly concerning appeal proceedings. For the sake of brevity, however, this paper focuses on panel proceedings, and mentions certain particularities of appeal and implementation proceedings in passing.

I. OVERVIEW OF CONFIDENTIALITY RULES IN WTO DISPUTE SETTLEMENT

In this section, the general framework of confidentiality rules that govern WTO dispute settlement is described. More detailed explanations about these rules and their implementation are provided, where appropriate, in the following sections.

The entire dispute settlement process is governed by confidentiality rules that aim to protect the integrity and reliability of the system, thereby building stakeholder confidence in it. The process starts with consultations between the disputing parties. As the obligatory initial phase of the process, consultations aim to allow the parties to gather correct and relevant information, and find a mutually satisfactory solution⁷. Article 4.6 of the DSU provides that « [c]onsultations shall be confidential, and without prejudice to the rights of any Member in any further proceedings ». Other members that have a substantial trade interest in consultations being held by disputing parties may seek to join the consultations. In such a case, the confidentiality rule in Article 4.6 also applies to third parties.

If consultations fail to settle the dispute, the complainant may request the establishment of a panel. WTO members other than the disputing parties may participate in the panel proceedings as third parties if they have a « substantial interest » in the matter. Confidentiality rules governing the panel process also apply to third parties⁸. Article 14 of the DSU, entitled « Confidentiality », contains rules on confidentiality concerning the internal work of panels. Thus, panel deliberations are confidential, panels draft their reports without the presence of the disputing parties, and opinions expressed in panel reports by individual panelists are anonymous. In case of appeal, Articles 17.10 and 17.11 of the DSU contain the same three principles for appeal proceedings.

Article 18 of the DSU contains important provisions about confidentiality which apply to both panel and appeal proceedings. First, there can be no *ex parte* communications with a panel or the Appellate Body concerning the matters under consideration in their disputes (art. 18.1). Written submissions to the panel or the Appellate Body shall be treated as confidential. However, a party is free to disclose statements of its own positions to the public. Information designated as confidential and submitted to a panel or the Appellate Body has to be treated as confidential by other parties participating in the proceedings. If another party so requests, the member designating the information as confidential has to provide a non-confidential summary thereof which could be disclosed to the public (art. 18.2)⁹.

⁷ Panel report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 10.23. Indeed, more than half of the disputes brought so far have been resolved at the consultations stage.

⁸ This has also been underlined in past disputes. See, for instance, Panel Report, *Mexico – Corn Syrup*, para. 7.41.

⁹ The contents of Article 18.2 of the DSU are also repeated in paragraph 3 of the Working Procedures found in Appendix 3 to the DSU.

Article 13 of the DSU provides that panels may seek information from sources that they deem appropriate. If the information thus obtained is confidential it « shall not be revealed without formal authorization from the individual, body, or authorities of the Member providing the information » (DSU, art. 13.1).

In addition to the DSU, working procedures for panel and appeal proceedings also contain rules on confidentiality. Working procedures for panels are found in Appendix 3 to the DSU. As far as confidentiality is concerned, these Working Procedures provide that panels shall meet in closed session (para. 2). They also repeat the provisions of Article 18.2 of the DSU (para. 3). The Working Procedures for Appellate Review (WPAR) have been drawn up by the Appellate Body pursuant to the power granted under Article 17.9 of the DSU. They do not contain a provision dealing with confidentiality. However, based on Rule 16(1), the Appellate Body adopted *ad hoc* procedures concerning confidentiality, in specific disputes¹⁰. The DSU contains no rules of procedure specific to arbitration proceedings under Article 22.6 of the DSU. In practice, arbitrators acting under this provision adopted working procedures that echoed the working procedures for panel proceedings, including on the issue of confidentiality¹¹.

Another layer of rules concerning confidentiality are found in the Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes¹² (Rules of Conduct). The Rules of Conduct, in their preamble, state that maintaining the confidentiality of dispute settlement proceedings would enhance confidence in the system¹³. They also stipulate that each covered person¹⁴ shall respect the confidentiality of dispute settlement proceedings and of the information identified by disputing parties as confidential (section VII.1)¹⁵. Further, for the Secretariat staff assisting panels, arbitrators and the Appellate Body, WTO Staff Regulations stipulate that staff « shall not communicate to any person any information known to them by reason of their official position which has not been made public, except where so authorized by the Director-General [...] » (Regulation 1.7)¹⁶.

¹⁰ Rule 16(1) reads as follows : « In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the division shall immediately notify the parties to the dispute, participants, third parties and third participants as well as the other Members of the Appellate Body ».

¹¹ Typically the working procedures adopted by DSU art. 22.6 arbitrators state that « [t]he Arbitrators will follow the normal working procedures of the DSU where relevant and as adapted to the circumstances of the present proceedings ». See, for instance, Decision by the Arbitrator, *Canada – Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 – Canada)*, Annex 2.

¹² WT/DSB/RC/1.

¹³ Third recital of the Preamble.

¹⁴ « Covered person » refers to panelists, Appellate Body members, arbitrators, experts, and secretariat staff assisting, among others, staff of the WTO Secretariat.

¹⁵ See also Sections II:1 and III:2 of the Rules of Conduct. In the negotiations leading to the adoption of the Rules of Conduct, « [m]any delegations emphasized the need to focus more on the obligation to respect the confidentiality of the proceedings ». G. MARCEAU, « Rules on Ethics for the New World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism », *Journal of World Trade*, Vol. 32(3), 2005, p. 69.

¹⁶ Regulation 1.7 also provides that Secretariat staff shall not use such information to private advantage, and that these obligations do not cease upon separation from the WTO Secretariat.

II. ANALYTICAL APPROACH FOLLOWED

In examining the confidentiality rules that apply in WTO dispute settlement from the point of view of confidence in the system, it may be useful to conduct our analysis around three groups of stakeholders, namely, WTO members, private companies, as well as NGOs/general public. WTO dispute settlement is a mechanism that is only available to governments that are its members. Only WTO members may be parties to disputes, be it as a party or a third party. They appear before adjudicating bodies¹⁷, share their views on disputed issues and hear the views of the other members participating in the same proceedings. This makes the members the primary stakeholders of the system.

While the system can only be used by governments, the latter use the system in order to protect the interest of their private companies¹⁸. Thus, a second group of stakeholders in WTO dispute settlement is private companies. While private companies do not participate in the dispute settlement process directly, they are the ones that trigger the process by bringing their problems to the attention of their governments and convincing them to pursue the matter through WTO dispute settlement. In reality, therefore, private companies are the entities that are directly affected by WTO-inconsistent measures adopted by other countries, and they have a very high stake in having a reliable dispute settlement system that inspires confidence, including with respect to the protection of confidential information. It is common knowledge that private companies also participate in the coordination of DS-related work, by submitting relevant evidence to their government and by explaining in detail the nature of the challenged measures and their effect on their business¹⁹. Evidence collected from private companies often includes sensitive information, which underlines the importance of protecting that information, for private companies.

A third group of stakeholders in WTO dispute settlement is civil society, namely NGOs and the general public. Although NGOs do not have any direct participatory right in WTO dispute settlement, they often tend to follow the proceedings in disputes that are of particular importance to their mandate, and to present their views to the adjudicating bodies of the WTO about specific issues raised in such disputes. This has happened in a number of disputes so far. The interest of the general public in WTO dispute settlement should also not be underestimated. In this context, general public may be defined as referring to particular countries or to the international community as a whole, depending on the dispute. A dispute involving agricultural policies of a WTO member may attract the attention of the

¹⁷ In order to avoid repetition, the term « adjudicating bodies » is used in reference to panels, Appellate Body and arbitrators in DSU art. 22.6 arbitration proceedings, together.

¹⁸ Zekos argues that « the possibility of private parties to be involved directly in the WTO dispute mechanism regarding WTO provisions affecting their interest will allow WTO to more effectively protect international trade and apply its provisions successfully... » (G. I. ZEKOS, « The Case for Giving to Private Parties Access to the WTO Dispute Settlement System », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8(3), 2005, p. 449).

¹⁹ O. PROST, « Confidentiality issues under the DSU : fact-finding process versus confidentiality », in R. YERXA, B. WILSON, *Key Issues in WTO Dispute Settlement the first ten years*, Cambridge University Press 2005, p. 199.

farmers in that country, whereas a dispute concerning the wellbeing of animals may resound in many corners of the world. Another aspect that should be underlined is that the public in a given member is always interested in knowing the positions taken by their governments, particularly in disputes involving sensitive issues for the country.

As far as confidentiality rules are concerned, the expectations of these three groups of stakeholders will naturally differ. For instance, for members, the prime concern will be keeping the proceedings confidential and ensuring that confidential information is protected whereas for the NGOs/general public it will be transparency and sharing of a maximum amount of information with the public about discussions in certain disputes. However, these are not necessarily clear-cut lines. Practice has shown, for instance, that some members advocate for more transparency in proceedings by regularly asking adjudicating bodies to open their meetings to the public. At the same time, not all members agree to holding public hearings in all disputes.

Despite these intricacies, however, it seems logical, for purposes of this paper, to start from the premise that these three groups of stakeholders generally have different expectations from the application of confidentiality rules in WTO dispute settlement. Thus, it could perhaps be assumed that the primary interest of disputing members lies in retaining their right to keep the proceedings confidential to the extent they consider this desirable and protect confidential information, that of private companies in providing adequate protection for business sensitive information, and that of NGOs/general public in providing transparency so that the public is informed of the discussions that take place in disputes that are of particular societal importance.

In line with this distinction among the three groups of stakeholders, for purposes of our analysis, we break the rules on confidentiality into three groups on the basis of the interests that they are predominantly designed to protect. In this context, we consider that the rules on the handling of written submissions and information designated as confidential serve primarily the interests of WTO members, those concerning special procedures adopted for the protection of sensitive business information the interests of private companies, and those regarding public hearings the interests of NGOs/general public. Below, we present our views based on this general grouping of stakeholders.

III. CONFIDENTIALITY RULES AND MEMBERS' CONFIDENCE IN WTO DISPUTE SETTLEMENT

Members are the main users of WTO dispute settlement. As parties or third parties participating in dispute settlement proceedings, on the one hand, they present arguments and confidential information as evidence to defend their positions in the proceedings. On the other hand, they hear the arguments of other members and receive their confidential information presented in the same proceedings. Thus, a member is not only the submitter of confidential information but also the guardian of confidential information submitted by other members

participating in the same proceedings. This dual role *vis-à-vis* confidentiality places members in a unique position. It underlines the systemic interest of the entire WTO membership in respecting the confidentiality of dispute settlement proceedings generally.

It is, however, wrong to assume that all members seek full confidentiality of dispute settlement proceedings. Practice has shown that some members advocate more transparency in dispute settlement. To this end, they post their written submissions on governmental websites, and consistently ask adjudicating bodies to use their discretion to ensure increased transparency by opening hearings to the public. This is the second aspect that renders the position of members peculiar regarding the issue of confidentiality.

The DSU contains provisions that accommodate these particularities about members' position regarding confidentiality, and the adjudicating bodies have used the discretion provided under the DSU in a manner that strengthened members' confidence in the system. Below, we provide an account of such legal provisions and practice from the beginning to the completion of a dispute settlement proceeding.

Pursuant to Article 4.6 of the DSU, consultations between disputing parties are confidential. The fact that consultations are confidential has certain consequences. First, if the dispute moves to the panel stage, the panel cannot inquire into the discussions that took place during consultations. Indeed, there is no public record of the discussions that take place during consultations²⁰. In principle, therefore, the only information available to the public, and to a panel in the ensuing proceedings if consultations fail to settle the dispute, is the contents of the complainant's request for consultations²¹. However, this rule has been refined in past cases and a clear line has emerged between the kinds of information about consultations that can be revealed and the kinds that cannot. In short, panel and AB reports make clear that consulting parties are in principle not barred, in the ensuing panel proceedings in the same dispute, from using confidential information obtained during the consultations phase²². This, however, is limited to factual information obtained, and not the arguments presented, or concessions made, by the parties during consultations²³.

The legal provisions and past decisions described above demonstrate that members should be able to engage in consultations with the full confidence that the arguments they present will not be shared with non-disputing parties, nor submitted to the panel in case the dispute persists. The opposite scenario would have limited the parties' manoeuvring space during consultations and diminished the chances of settling the dispute without adjudication. This is because, unlike

²⁰ Panel Report, *US – Poultry (China)*, para. 7.35.

²¹ A request for consultations is a written document that identifies the measures at issue and an indication of the legal basis for the complaint (DSU, art. 4.4).

²² See, for instance, Panel Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 10.23 ; Panel Report, *EC – Bed Linen*, paras. 6.32-6.35.

²³ Panel Report, *US – Lamb Safeguards*, paras. 5.40 ; Panel Report, *Indonesia – Chicken (Article 21.5 – Brazil)*, para. 6.13.

panel proceedings which are subject to clearly-defined procedural rules, consultations are informal and aim to give the parties to exchange information and views to better understand the dispute and therefore be able to find a mutually agreeable solution. In our view, the fact that information submitted during consultations can be presented to the panel established after unsuccessful consultations does not take away much from the confidential nature of consultations. The parties engage in panel proceedings with significantly more preparations than in consultations. Much of that preparation concerns the gathering of factual information that is submitted to the panel as exhibits. This fact-finding process normally allows parties to identify most of the facts about the case anyway.

If the parties cannot settle the dispute during consultations and the complaining party requests the establishment of a panel, a panel is established automatically by the DSB (DSU, art. 6.1). Compared to consultations, panel proceedings represent a formal process, regulated by several provisions in the DSU as well as decisions made by panels to deal with situations that are not directly addressed in the DSU. The confidentiality requirements stemming from procedural due process, followed by any court in democratic countries, as well as by international tribunals, also apply in WTO panel proceedings. Thus, panel deliberations are confidential, and the reports of panels are drafted without the presence of the disputing parties (DSU, art. 14). Similarly, there shall be no *ex parte* communications between a panel and the parties concerning matters under consideration by the panel (DSU, art. 18.1).

Article 18.2 of the DSU and the Working Procedures²⁴ in its Appendix 3 contain provisions regarding the protection of parties' submissions to the panel. Article 12.1 of the DSU states that « [p]anels shall follow the Working Procedures in Appendix 3 unless the panel decides otherwise after consulting the parties to the dispute ». This provision provides a panel with the flexibility needed to conduct the proceedings in such a way that enables the panel to inform itself of the relevant facts and legal norms needed to discharge the duty, set out in Article 11 of the DSU, to conduct an objective assessment of the matter²⁵. Indeed, it is by using this discretion that panels have modified their working procedures concerning the issue of confidentiality in order to accommodate requests made by parties, third parties or, in some cases, even by NGOs.

Article 18.2 is composed of four sentences, each addressing a particular aspect of the confidentiality of submissions made to panels/AB and the protection of information designated as confidential by the party submitting it. It reads :

« Written submissions to the panel or the Appellate Body shall be treated as confidential, but shall be made available to the parties to the dispute. Nothing in this Understanding shall preclude a party to a dispute from disclosing statements

²⁴ Paragraph 1 of the Working Procedures states that the panel shall follow the relevant provisions of the DSU and the Working Procedures. The Working Procedures mostly repeat the provisions of the DSU regarding confidentiality but also contain provisions that are not found in the DSU, such as its paragraph 2 indicating that the panel shall meet in closed session.

²⁵ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, para. 106.

of its own positions to the public. Members shall treat as confidential information submitted by another Member to the panel or the Appellate Body which that Member has designated as confidential. A party to a dispute shall also, upon request of a Member, provide a non-confidential summary of the information contained in its written submissions that could be disclosed to the public ».

The first sentence indicates that written submissions made to the panel/AB shall be treated as confidential but shall, naturally, be made available to the parties to the dispute. It is important to note that this rule is about « written submissions » generally, not about their particular contents such as evidence or arguments, positions. The second sentence provides that a party to a dispute may disclose statements of its own positions to the public. It does not prescribe a particular form for such disclosures. Thus, this disclosure can be made either in writing or orally²⁶. A disputing party is not required to obtain the agreement of other disputing parties, or the approval of the adjudicating body, in order to make this disclosure. It is a unilateral decision²⁷. Since Article 18.2 does not contain any time-limit in this regard, such disclosures can be made during panel proceedings or afterwards²⁸. The third sentence addresses the status of information designated as confidential by the member submitting it to a panel/AB, and stipulates that such information shall be treated as confidential by other members. The object of this obligation, i.e. « information designated as confidential », is clearly narrower than « written submissions » addressed in the first sentence. Finally, the fourth sentence complements the obligation in the third sentence by requiring the member that submits confidential information to provide a non-confidential summary of the information, upon request by another member. The provision contains no deadline for the submission of the non-confidential summary. In practice, some panels²⁹ left it to the parties to decide this bilaterally, whereas others³⁰ included a deadline in their Working Procedures³¹.

It could be argued that the text of Article 18.2 lacks clarity regarding members' rights and obligations concerning the confidentiality of written submissions and the scope of the right to disclose statements of their own positions to the public. Further clarity in this regard has been provided in panel and AB reports. The panel in *Russia – Traffic in Transit* underlined the integrated nature of the four sentences in Article 18.2, and reasoned that « it is necessary to read each sentence of Article 18.2 in the context of the other sentences of that provision, as well as in the context of the other provisions of the DSU »³². As far as the text of Article 18.2 is concerned, the central issue seems to be the relationship between its first and

²⁶ Appellate Body Report, *US – Continued Suspension*, Annex IV, para. 4.

²⁷ G. COOK, « Confidentiality and Transparency in the WTO's Party-Centric Dispute Settlement System » in J. HUERTA-GOLDMAN, M. MOLINA-TEJEDA (eds), *Practical Aspects of WTO Litigation*, Kluwer, 2019, p. 362.

²⁸ Panel Report, *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, para. 7.15.

²⁹ Panel Reports, *US – Steel Safeguards*, para. 5.3.

³⁰ Panel Report, *US – Washing Machines*, Annex A-1, para. 2.

³¹ Marceau/Pedersen argue that NGOs may pressure their governments to require a non-confidential summary of submissions pursuant to Article 18.2. G. MARCEAU, P. N. PEDERSEN, « Is the WTO Open and Transparent ? », *Journal of World Trade*, Vol. 33(1), 2005, p. 29.

³² Panel Report, *Russia – Traffic in Transit*, Annex B-2, para. 5.10.

second sentences. If members' written submissions to panels or the AB have to be treated as confidential, as indicated in the first sentence, how will members disclose statements of their own positions to the public, as indicated in the second sentence, insofar as their positions respond to, and thereby implicitly or explicitly disclose, the submissions of the other party ? This question has two aspects. First, what is the meaning of « statements » of a member's position ? Can a member disclose to the public the statements of its position by making public its own submissions to the panel or the AB ? If yes, this raises the second question : in such a case, given that in virtually all cases a member's submission makes references to the submissions of other members, should a submission somehow be scrutinized from a confidentiality point of view because it is made public, or does the second sentence of Article 18.2 give members an unlimited right to disclose their own statements ?

The Panel in *Russia – Traffic in Transit* pointed out that the obligation in the first sentence requires that access to the submissions of other members be limited to the persons who are similarly bound to treat such submissions as confidential³³. However, the Panel cautioned against an expansive reading of this obligation, noting that such a reading would render the third sentence of the provision *inutile*. In this regard, the panel distinguished « information » from legal arguments, positions and opinions contained in members' submissions, and stated that only « information » fell within the scope of the obligation in the third sentence. The implication of this is that a member may, in disclosing its own position to the public, refer to the positions, *i.e.* the arguments, of other parties. The only limit, according to the third sentence of Article 18.2, is information designated as confidential by the member submitting it, which other members cannot disclose as part of statements of their own positions. In this context, « information » that may be designated as confidential is limited to facts and other evidence submitted to the panel or the AB, and may not include information that is already in the public domain³⁴. In this regard, a statement made by the United States in *Thailand – H-Beams* underlines the internal tension in the scheme embodied in Article 18.2. The United States, a third party in the proceedings, stated that « the practice of claiming confidential treatment for submissions that did not contain confidential business information corroded public support for the WTO dispute settlement system and inhibited the ability of Members to represent fully the interests of their stakeholders »³⁵.

The text of Article 18.2, read in light of the relevant panel and AB reports, clearly demonstrates the balance that the DSU strikes between two important – and competing – objectives concerning the confidentiality of dispute settlement proceedings. On the one hand, disputing members are assured that the confidentiality of the information that they submit to the panel/AB will be respected. But on the other hand, members wishing to be transparent towards their constituencies are allowed to disclose their positions to the public. The

³³ Panel Report, *Russia – Traffic in Transit*, Annex B-2, para. 5.12.

³⁴ Panel Report, *Russia – Traffic in Transit*, Annex B-2, paras. 5.14-5.15.

³⁵ Appellate Body Report, *Thailand – H-Beams*, para. 73.

main limit to that right is the information designated as confidential by other members participating in the dispute. As noted above, confidence should take into consideration not only the interests of disputing WTO members to have their confidential information protected but also the interests of other stakeholders of the system, such as NGOs or the public at large, to be informed of what is discussed in a particular dispute. As such, Article 18.2 respects these two facets of the issue and contributes to confidence building in WTO dispute settlement.

There have been cases of violation of the obligation laid down in Article 18.2, *albeit* rare. In some of these cases, the violation occurred during panel proceedings, in others at the stage of issuance of interim or final reports of panels³⁶. In certain cases, disputing members brought the matter to the panels' or the AB's attention, but because there is no sanction for such violations in Article 18 or other provisions of the DSU, the panels or the AB simply expressed their concern about the breach of confidentiality³⁷. In one dispute, the panel reported the incident to the DSB³⁸.

With reference to an instance of the leaking of a panel's interim report, it has been argued that both the provisions of the DSU and the additional procedures adopted by WTO adjudicating bodies for the protection of sensitive business information « provide an unsatisfactory framework which could threaten the credibility of the WTO dispute settlement system »³⁹. Since these incidents appear to have been rare, however, the extent to which they have generally diminished the level of confidence in WTO dispute settlement may be subject to differing views. In addition, regardless of the strictness or effectiveness of the rules that aim to protect confidential information submitted to an adjudicating body, it all boils down to whether the parties involved in the dispute respect such rules⁴⁰.

³⁶ In *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, certain NGOs whose *amicus curiae* briefs were accepted by the Panel posted on their websites the contents of the Panel's interim report. The Panel expressed particular disapproval for this leak. Panel Report, *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, para. 6.196.

³⁷ See, for instance, Panel Report, *US – Upland Cotton*, para. 6.5. In *Thailand – H-Beams*, the violation occurred in the form of a business association submitting a brief to the AB which contained references to the appellant's written submissions. The AB noted the concern raised by the appellant and ultimately decided not to accept the association's brief. Appellate Body Report, *Thailand – H-Beams*, paras. 74-78.

³⁸ Panel Reports, *EC – Export Subsidies on Sugar*, para. 7.99.

³⁹ O. PROST, « Confidentiality issues under the DSU : fact-finding process versus confidentiality », in R. YERXA, B. WILSON, *Key Issues in WTO Dispute Settlement the first ten years*, Cambridge University Press, 2005, p. 197.

⁴⁰ That leakings panel reports are rare is also underlined by Cook. He also notes that, because parties to an appeal do not receive an advance copy of the report, no AB report has been leaked to the press. G. COOK, « Confidentiality and Transparency in the WTO's Party-Centric Dispute Settlement System », *op. cit.*, p. 379.

IV. CONFIDENTIALITY RULES AND PRIVATE COMPANIES' CONFIDENCE IN WTO DISPUTE SETTLEMENT

Before proceeding to the discussion of how WTO's confidentiality rules serve to strengthen the confidence of private companies in dispute settlement, it is useful to briefly refer to another, systemic, debate, namely, the participation of non-state entities in dispute settlement proceedings. As mentioned above, although WTO dispute is an inter-governmental system, in reality, it serves to protect the interests of private companies, through their governments, which makes them an important stakeholder of the system. Non-state entities do not have the right to participate in the dispute settlement process. However, there have been cases where private entities, including private companies or business associations, presented submissions, referred to as *amicus curiae* briefs, to the adjudicating bodies in order to make their views known on certain issues raised in the relevant dispute.

There being no provision on whether the adjudicating bodies may accept *amicus curiae* briefs, the initial hesitation on this matter was removed by the AB which ruled that both panels and the AB have the right to accept such submissions⁴¹. *Amicus curiae* briefs were submitted by a wide variety of entities, such as NGOs, workers unions, or even individuals⁴². Statistics also demonstrate *amicus curiae* briefs were submitted mostly in disputes involving broader policy concerns such as health or the environment⁴³. In some disputes, business associations operating in the industry at issue submitted *amicus* briefs⁴⁴. In *Australia – Apples*, a private company sent an unsolicited letter to the Panel⁴⁵. After consulting with the parties on how to deal with this communication, the Panel decided to accept it. In its communication to the company, however, the Panel added the disclaimer that the decision to accept the letter did not prejudice on the content of the letter⁴⁶.

In most cases, *amicus curiae* briefs were submitted as stand-alone documents⁴⁷ whereas in a few others they were submitted as appendices to a disputing party's submission⁴⁸. In most cases where *amicus curiae* briefs were submitted, they were accepted by the adjudicating body. However, there have also been cases where panels found *amicus curiae* briefs irrelevant to their dispute and declined to accept

⁴¹ Appellate Body Reports, *US – Shrimp*, para. 110 ; *US – Lead and Bismuth II*, para. 42.

⁴² See Panel Report, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, fn. 7.

⁴³ J. DURLING, D. HARDIN, « *Amicus curiae* participation in WTO dispute settlement : reflections on the past decade », in R. YERXA, B. WILSON, *Key Issues in WTO Dispute Settlement the first ten years*, Cambridge University Press, 2005, p. 226.

⁴⁴ See, for instance, Appellate Body Report, *US – Lead and Bismuth II*, para. 36 ; Panel Report, *EC – Export Subsidies on Sugar (Australia)*, para. 2.20.

⁴⁵ The name of the Company, Apple and Pear Australia Ltd., suggests that this was a company operating in the industry subject to the dispute. Panel Report, *Australia – Apples*, para. 1.17

⁴⁶ Panel Report, *Australia – Apples*, para. 1.17. It is also interesting to note that this submission was not called an *amicus curiae* brief, neither by the Company nor by the Panel.

⁴⁷ See, for instance, Panel Reports, *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, para. 7.10 ; Panel Report, *EC – Bed Linen*, fn. 10.

⁴⁸ In *US – Shrimp*, the United States decided to designate an *amicus curiae* brief submitted by two NGOs as an annex to its second written submission to the Panel. Panel Report, *US – Shrimp*, para. 7.8. Similarly, in *Brazil – Retreaded Tyres*, Brazil decided to include two *amicus* briefs, which had been submitted by NGOs, as part of its exhibits. Panel Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para. 1.8.

them⁴⁹. Although *amicus* briefs were accepted in a number of disputes to date, no WTO adjudicative body has relied on such briefs in their decisions. In many cases, the adjudicative body clearly stated that it did not find it necessary to rely on the *amicus curiae* briefs received⁵⁰. In *EC – Salmon (Norway)*, the Panel stated that « it would consider views expressed in the unsolicited submissions to the extent that parties decided to adopt the views expressed therein in their own submissions and arguments to the Panel »⁵¹.

Amicus curiae briefs have been criticized by some members for elevating the status of private actors to that of States, but praised by others because more transparency and participation enhances public support for the WTO⁵². Transparency and *amicus curiae* briefs is also one of the twelve issues under consideration in the ongoing DSU negotiations⁵³. Without prejudice to the outcome of these negotiations, it is safe to posit that the practice of accepting these briefs from private actors, including companies and business associations, has strengthened the confidence of these entities in WTO dispute settlement.

A further, important, issue concerning private companies' trust in WTO dispute settlement concerns the protection of their sensitive business information. Most, in not all, disputes involve evidence that contains sensitive business information obtained from private companies, which has to be protected in the process. For this reason, dispute settlement practice has evolved in such a way that provides flexibility and enhances confidence in the system by protecting such information submitted to panels. This approach is critical because companies are the « real players » in WTO disputes as they feel the direct impact of DSB recommendations and rulings in a dispute⁵⁴.

As explained above, Article 18.2, third sentence, stipulates that information designated as confidential by one disputing member shall be treated as confidential by other members participating in the same dispute. However, there have been disputes where members asked panels to adopt additional procedures to provide a higher level of protection for information that was considered to be particularly sensitive. Such information has often been called business confidential information (BCI) or highly sensitive business information (HSBI) when it pertained to companies, or strictly confidential information (SCI) when it pertained to governments⁵⁵. Thus, a dispute settlement proceeding may involve

⁴⁹ See, for instance, Panel Report, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, fn. 7.

⁵⁰ See, for instance, Appellate Body Reports, *US – Clove Cigarettes*, para. 10 ; *Brazil – Retreaded Tyres*, para. 7.

⁵¹ Panel Report, *EC – Salmon (Norway)*, para. 1.13.

⁵² J. DURLING, D. HARDIN, « *Amicus curiae* participation in WTO dispute settlement : reflections on the past decade », *op. cit.*, p. 221.

⁵³ See, Special Session of the Dispute Settlement Body Report by the Chairman, Ambassador Coly Seck, TN/DS/31, 17 June 2019, pp. 32-41.

⁵⁴ O. PROST, « Confidentiality issues under the DSU : fact-finding process versus confidentiality », *op. cit.*, p. 202.

⁵⁵ While BCI/HSBI procedures are generally used for company information SCI procedures for sensitive government information, this is a nominal distinction, and has not affected the substance of the additional procedures adopted by the panels. In some cases, parties also happened to apply

two layers of protection for confidential information: general layer of protection as foreseen in Articles 18.2 and 13.1 and additional layer of protection for sensitive business information that a panel may choose to adopt⁵⁶.

The information obtained from private companies plays a crucial role in the proceedings because it often constitutes factual evidence on which the claims and arguments of parties are based, and without which the panel may not be able to resolve these claims and make the findings necessary to resolve the dispute. BCI or HSBI often represents the most sensitive information of a company, such as the cost of production or selling prices of its goods or services. The nature of this information is such that, once leaked, the damage done may be impossible to undo. Therefore, the system has to adopt procedures for its effective protection in order to build confidence on the part of private companies whose trade interests are at stake. Additional procedures for the protection of this type of information have been adopted in many disputes.

As mentioned above, Working Procedures for panel proceedings are contained in Appendix 3 to the DSU. Paragraph 11 of those Procedures states that panels may adopt additional procedures. Based on this, as well as Article 12.1 of the DSU, panels have adopted additional procedures for the protection of BCI. The Appellate Body also adopted similar procedures on the basis of the discretion given in Rule 16(1) WPAR, and the DSU art. 22.6 arbitrators on the basis of the working procedures that they adopted in their proceedings. Typically, these additional procedures contain a definition of BCI, designate the persons allowed to access BCI, and explain how BCI will be redacted from the panel report. In one case, BCI was defined as « any information that has been designated as such by the party submitting the information and that is not available in the public domain and the release of which could reasonably be considered to cause or threaten to cause harm to an interest of the person or entity that supplied the business information to the party »⁵⁷. Typically, BCI is provided by private companies to WTO members for purposes of a particular dispute, and is submitted to the panel as an exhibit containing factual evidence. The additional BCI procedures normally stipulate that BCI may only be accessed « a member of the Secretariat or the Panel, a party's or third party's employee participating in the dispute, and a party's or third party's outside advisor for purposes of this dispute »⁵⁸.

For information that was considered to be more sensitive than the usual BCI by the entity to which the information pertained, panels have adopted more stringent procedures at the request of the disputing parties. A frequently used such information is HSBI which is typically defined as « any business information regardless of whether contained in a document provided by a public or private

BCI/HSBI procedures to sensitive government information. G. COOK, « Confidentiality and Transparency in the WTO's Party-Centric Dispute Settlement System », *op. cit.*, p. 356.

⁵⁶ Appellate Body Reports, *China – HP-SSST (Japan) / China – HP-SSST (EU)*, para. 5.315 ; *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico)*, para. 5.3.

⁵⁷ Panel Reports, *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*, Annex A-3, para. 2.

⁵⁸ Panel Reports, *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*, Annex A-3, para. 3.

body that a Party or Third Party has "Designated as HSBI" because it is not otherwise available in the public domain and its disclosure could, in the Party's or Third Party's view, cause exceptional harm to its originators »⁵⁹. The Panel in *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 – EU)* adopted both BCI and HSBI procedures, which demonstrated the difference in treatment between these two categories of information. For instance, while both procedures require the parties to keep the number of persons approved to access BCI and HSBI limited, it puts a cap on the number of persons who can access HSBI⁶⁰. All restrictions that apply to BCI also applied to HSBI, but the latter was subject to further restrictions, such as the room in the WTO building where the information would be kept, and the restricted ways to access the information electronically or as printed copies⁶¹.

In many disputes, private companies share their information with their governments, for the first time, in the context of a particular dispute, with the understanding that the government will submit the information as evidence supporting its claims in the proceedings. However, trade remedy disputes are different in that the responding member already happens to have all the company information in its possession because of the underlying investigation. Submission of such information to the WTO panel is vital since without it, the panel may not be able to make findings on the conduct of the investigation⁶². For this reason, BCI procedures adopted in such disputes typically require the submission of an authorization letter by those companies agreeing to the use of their confidential information in the context of the dispute⁶³.

In this regard, it is important to distinguish between confidentiality rules, under Article 6.5 of the Anti-Dumping Agreement, which apply in investigations, and confidentiality rules in the DSU, as well as BCI procedures adopted by WTO adjudicating bodies, which apply in dispute settlement proceedings. The provisions that apply in dispute settlement proceedings should not be conflated with those that apply in investigations. As a consequence, which information will be protected as confidential or as BCI will be decided by the WTO panel regardless of the treatment that such information received in the course of the underlying investigation⁶⁴.

It should also be noted that, because of the nature of confidentiality rules that apply in trade remedy investigations, WTO dispute settlement proceedings play a

⁵⁹ Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 – EU)*, Annex A-2, para. 7.

⁶⁰ Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 – EU)*, Annex A-2, para. 30.

⁶¹ Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 – EU)*, Annex A-2, paras. 48-52.

⁶² J. KREIER, « Contingent trade remedies and WTO Dispute Settlement : some particularities », in R. YERXA, B. WILSON, *Key Issues in WTO Dispute Settlement the first ten years*, Cambridge University Press, 2005, p. 55.

⁶³ See, for instance, Panel Report, *US – Anti-Dumping Methodologies (China)*, Annex A-2, para. 2.

The practice of requiring an authorization letter from the party submitting the confidential information is in line with Article 17.7 of the Anti-Dumping Agreement, which provides that « [c]onfidential information provided to the panel shall not be disclosed without formal authorization from the person, body or authority providing such information. Where such information is requested from the panel but release of such information by the panel is not authorized, a non-confidential summary of the information, authorized by the person, body or authority providing the information, shall be provided ».

⁶⁴ Appellate Body Report, *China – HP-SSST (Japan) / China – HP-SSST (EU)*, paras. 5.312-5.316.

particularly important role in providing transparency : in most countries⁶⁵, the investigating authority does not allow companies involved in investigations to see the confidential information provided by other companies. The WTO agreements on trade remedies require submission of a non-confidential summary of confidential information but in practice such non-confidential summaries do not always allow a proper understanding of the confidential information⁶⁶. The BCI procedures adopted by panels allow the complaining member to see this confidential information. Since BCI procedures prohibit the sharing of this information with others, companies involved in the investigation cannot see it, however the fact that the representatives of the complaining member can see it and present legal arguments on the basis of it is an important value added by BCI procedures.

For both BCI and HSBI, the additional procedures adopted by panels stated that the panel report shall not disclose BCI or HSBI, but that it could make statements or draw conclusions based on the information drawn from BCI or HSBI⁶⁷. Typically, the additional procedures provide the disputing parties with the right to see the panel report before its issuance to make sure that no BCI or HSBI is revealed inadvertently. However, it should also be recalled that other WTO members always have a systemic interest in knowing the claims raised in a particular dispute and the findings made by the panel in resolving such claims. Further, private companies other than those whose trade interests are at stake, and whose confidential information has been submitted as evidence, in a panel proceeding may have an interest to know the panel's approach on certain legal issues discussed in the case. For this reason, panel and AB reports also underline the importance of ensuring that the redacted versions of panel reports should be understandable. The panel in *Russia – Railway Equipment* pointed out that in drafting the public version of its report, it would « strike a balance between, on the one hand, the need for protection of BCI and, on the other hand, the rights of third parties and other WTO Members under the DSU and the need to prepare a public version of the Report that is understandable »⁶⁸. This is in line with the AB's earlier statement that additional procedures adopted by panels to protect sensitive business information should be proportionate to the determined risk of harm that could result from the disclosure of such information⁶⁹.

To date, WTO panels have taken this overall balance of interests into account in adopting additional procedures for the protection of particularly sensitive information. This careful approach seems to have allowed the system to maintain

⁶⁵ In a handful of countries, including the United States and Canada, the domestic rules require disclosure of confidential information submitted in an investigation, pursuant to a narrowly-drawn protective order. J. KREIER, « Contingent trade remedies and WTO Dispute Settlement : some particularities », *op. cit.*, p. 54, fn. 13.

⁶⁶ Anti-Dumping Agreement, art. 6.5.1, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, art. 12.4.1, Agreement on Safeguards, art. 3.2. Surprisingly, unlike the other two, the Agreement on Safeguards uses permissive language (may) here.

⁶⁷ See, for instance, Panel Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 21.5 – EU)*, Annex A-2, paras. 46 and 58 ; Panel Reports, *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*, Annex A-3, para. 7.

⁶⁸ Panel Report, *Russia – Railway Equipment*, para. 7.218.

⁶⁹ Appellate Body Report, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, Annex III, para. 9.

the confidence of all stakeholders such that private companies would not hesitate to submit their sensitive information to their governments for WTO dispute settlement purposes, knowing that the system would treat such information with particular attention. Finally, just to conclude by noting that the protection of BCI is one of the twelve issues under discussion in DSU negotiations⁷⁰.

V. CONFIDENTIALITY RULES AND NGOS/GENERAL PUBLIC'S CONFIDENCE IN WTO DISPUTE SETTLEMENT

With the advent of the WTO as an international organization in charge of the implementation of trade rules governing a wide range of issues, including services and intellectual property, civil society's interest in the WTO has naturally increased over time. This includes business lobbies, labour unions, farmers' organization, environmentalist groups, women's associations, and consumer unions. A number of such organizations have sought direct access to the WTO, including its dispute settlement system, in order to express their views independently from governments⁷¹.

It is logical to posit that the main interest of NGOs/general public is to have a dispute settlement system that is as transparent as possible so that NGOs that have a particular interest in specific issues raised in disputes, as well as the general public, are informed of the discussions taking place between disputing parties. As the famous *Sutherland Report* has also noted, « [i]t is important that the [WTO dispute settlement] system be better understood, not only by the diplomats, public officials and legislators that have to engage in it, but also by the general public who provide the constituencies that are being served by the system »⁷². The Report also suggests, rightly in our view, that the significant amount of literature about WTO dispute settlement demonstrates the level of the general public's interest in this system⁷³.

As far as transparency in WTO dispute settlement is concerned, it is important to note that the main source of information is the actual reports of the WTO adjudicating bodies, which are posted on the WTO website after circulation to all WTO members, and then adopted by the DSB. Thus, by the time of their adoption, the public can access the official texts of these reports⁷⁴. Hence, there is no difference between the nature and timing of the information shared with the WTO

⁷⁰ See, Special Session of the Dispute Settlement Body Report by the Chairman, Ambassador Coly Seck, TN/DS/31, 17 June 2019, pp. 19-22.

⁷¹ J. A. SCHOLTE, R. O'BRIEN, M. WILLIAMS, « The WTO and Civil Society », *Journal of World Trade*, Vol. 33(1), 2005, pp. 109.

⁷² P. SUTHERLAND et AL., *The Future of the WTO Addressing institutional challenges in the new millennium*, World Trade Organization, 2004, p. 58.

⁷³ P. SUTHERLAND et AL., *The Future of the WTO Addressing institutional challenges in the new millennium*, World Trade Organization, 2004, p. 58.

⁷⁴ This is considered to be an improvement compared to the GATT period. J. JACKSON, « The WTO as international organization: Institutional evolution, structure, and key problems », in *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, 2006, p. 119.

members and that shared with the general public⁷⁵. The degree of detail in these reports makes a significant contribution to transparency, and enhances confidence on the part of all stakeholders, in particular the NGOs/general public, in the dispute settlement system. WTO panels are required to make an objective assessment of the matter referred to them, including factual as well as legal issues raised in their disputes (DSU, art. 11). To this end, Article 12.7 of the DSU stipulates that « the report of a panel shall set out the findings of fact, the applicability of relevant provisions and the basic rationale behind any findings and recommendations that it makes ». Thus, panel reports provide ample information about arguments and positions of disputing parties as well as third parties, and an assessment of the evidence provided which forms the basis for the panel's findings and recommendations. The same applies to AB reports and the decisions of arbitrators in DSU article 22.6 arbitral proceedings. Such information is more than enough for the NGOs/general public to form an adequate understanding of the nature and contents of a dispute.

Another tool that has allowed WTO dispute settlement to be flexible and meet the expectations of NGOs and the general public has been the opening of panel and AB meetings to public viewing. As mentioned above, paragraph 2 of the Working Procedures in Appendix 3 to the DSU states that panels meet in closed session. It has long been suggested that the WTO should open its dispute settlement hearings to the public. For instance, in 2006, John H. Jackson noted the feeling of experienced trade diplomats that it would serve the WTO's image if these hearings were open to the public « so that the public could see the seriousness and the high degree of expertise that goes into the deliberations about these specific legal dispute cases »⁷⁶.

The default rule regarding closed meetings is also subject to the discretion provided in Article 12.1 of the DSU allowing panels to adopt procedures that differ from Appendix 3 after consulting the parties to the dispute⁷⁷. On this basis, panels have opened their meetings to the public in a number of cases. The Appellate Body also opened its own hearings to the public on the basis of the discretion given in Rule 27 WPAR, whereas the DSU art. 22.6 arbitrators did so on the basis of the working procedures that they adopted in specific cases. When a meeting is opened to the public, the viewing is open not only to officials of WTO members and WTO Secretariat, but also to accredited journalists and representatives of NGOs. Individuals wishing to view the meeting simply have to register with the WTO Secretariat.

⁷⁵ COOK Graham, « Confidentiality and Transparency in the WTO's Party-Centric Dispute Settlement System », in J. HUERTA-GOLDMAN, M. MOLINA-TEJEDA (eds), *Practical Aspects of WTO Litigation*, Kluwer, 2019, pp. 351-381.

⁷⁶ J. JACKSON, « The WTO as international organization: Institutional evolution, structure, and key problems », in *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, 2006, p. 119.

⁷⁷ See, for instance, Panel Reports, *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*, para. 7.22.

In practice, the opening of the meetings to the public has displayed different features in different contexts. With regard to the content of the public viewing, the limit that all panels have applied has been the protection of confidential information, as required under Article 18.2, third sentence. Additional procedures adopted for public hearings contained provisions aimed at precluding the disclosure of disputing parties' confidential information. In some disputes, the entirety of the hearing was opened to public whereas in others only parts⁷⁸ of it were rendered public. With regard to the manner in which the meetings have been opened to public viewing, the practice has also varied. In some cases, public viewing was conducted through simultaneous closed-circuit viewing⁷⁹, in others through delayed closed-circuit viewing⁸⁰.

Another aspect of the WTO practice regarding public hearings concerns full vs. partial opening of a meeting to the public. In all but one dispute, panels have opened their hearings to the public with the agreement of both parties, and in a way that covered both parties' statements. The only exception to this has been the implementation panel proceedings in *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*. In these proceedings, the United States requested the Panel to open the entirety of its meeting to the public, which Mexico rejected. The United States then asked the Panel to open to the public only the part of the meeting where the United States would make its statements. Following a lengthy analysis, the Panel concluded that it had the authority to conduct a partially open meeting. Importantly for purposes of this paper, in coming to this conclusion, the Panel relied, in addition to the relevant provisions of the DSU, on the subject matter of the dispute and its significance to the public. According to the Panel, in a dispute that concerns the protection of dolphins, « even a partially open meeting is apt to enhance understanding of, and confidence in, the WTO dispute settlement process »⁸¹. It should be noted, however, that, as far as open hearings are concerned, this Panel report remains somewhat unique in WTO dispute settlement practice. Indeed, several panels and DSU article 22.6 arbitrators disagreed with this Panel's reasoning and declined to hold partially open hearings⁸².

Unlike panel proceedings, the DSU is silent as regards oral hearings in appeal proceedings. The WPAR, however, do mention in Rule 27 that the Appellate Body shall hold oral hearings. The WPAR do not mention anything about whether such oral hearings will be closed to the public. In practice, the Appellate Body, like panels, has opened its hearings to the public in several appeals, and always by

⁷⁸ See, for instance, Panel Report, *US – Tax Incentives*, Annex A-3. In this panel proceeding, only opening oral statements of the parties and third parties were disclosed to the public.

⁷⁹ See, for instance, Panel Report, *US – Differential Pricing Methodology*, Annex A-3, para. 6 ; Panel Report, *US – Softwood Lumber VII*, Annex A-2, para. 6.

⁸⁰ See, for instance, Panel Report, *US – Tax Incentives*, Annex A-3, para. 1.2.

⁸¹ Panel Reports, *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*, para. 7.33 (underlining added). The DSU art. 22.6 arbitrator in this dispute also conducted a partially open public hearing, based on the same reasoning. Decision by the Arbitrator, *US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6 – US)*, pp. 15-20.

⁸² See, for instance, Panel Report, *China – Agricultural Producers*, para. 7.30 ; Decision by the Arbitrator, *US – Washing Machines (Article 22.6 – US)*, Annex D-1.

agreement of the disputing parties. Such decisions were taken by the AB based on the discretion provided in Rule 27⁸³.

Clearly, public hearings have served a critical role in fostering confidence in WTO dispute settlement by providing enhanced transparency about particular proceedings. Not all WTO disputes attract significant attention from the general public. However, disputes, such as *EC – Seal Products* or *US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – US)/US – Tuna II (Mexico) (Article 21.5 – Mexico II)*, which concern the wellbeing of animals, will necessarily be followed closely by civil society groups such as NGOs for the protection of animal rights. The same applies to disputes involving the protection of the environment or human health. In this regard, it is relevant to note the *Sutherland Report*'s finding that « the degree of confidentiality of the current dispute settlement proceedings can be seen as damaging to the WTO as an institution [...] » and that « open hearings should be the norm. However it is achieved, such additional transparency should serve to reinforce a positive public view of the dispute settlement system »⁸⁴. Seventeen years after its publication, this suggestion of the Report remains ever more valid. It has been suggested that confidentiality is essential for the disputing parties to reach a mutually agreed solution or for the WTO adjudicator to make a decision without the pressure of public opinion, and that the professional competence of panel and AB members would make sure that societal values at stake in a particular dispute will be taken into account⁸⁵. In today's modern society which demands more and more transparency not only from national governments but also from international organizations, this idea is subject to increased scrutiny. Indeed, as mentioned above, in line with this public demand, the WTO adjudicators continue to open their meetings to the public and this issue also remains high in the agenda of the Special Session of the DSB, the forum for the DSU negotiations⁸⁶.

In conclusion, it should also be acknowledged that NGOs and the general public are not necessarily the only beneficiaries of public hearings. Depending on the political sensitivities surrounding particular disputes, public hearings may also give a government the opportunity to demonstrate to their constituencies that the government did its best in defending their interests.

⁸³ Appellate Body Report, *US – Continued Suspension*, Annex IV, para. 7.

⁸⁴ P. SUTHERLAND ET AL., *The Future of the WTO Addressing institutional challenges in the new millennium*, World Trade Organization 2004, p. 58.

⁸⁵ O. F. VICUÑA, « The World Trade Organization integrated dispute settlement system: Innovation and transition », in *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, 2004, p. 95.

⁸⁶ See, Special Session of the Dispute Settlement Body Report by the Chairman, Ambassador Coly Seck, TN/DS/31, 17 June 2019, pp. 19-22.

MÜSLÜM YILMAZ

CONCLUSION

The WTO dispute settlement mechanism has helped members resolve a significant number of disputes, bilaterally or through adjudication, in a relatively efficient and effective manner since 1995. While the system has since 2019 continued to face significant challenges as a result of the non-functional AB, WTO Members continue to pursue dispute settlement proceedings at the panel stage. The legal texts contain basic confidentiality rules that apply in dispute settlement proceedings, including some that may be modified at the request of disputing members. Thus far, the adjudicating bodies have shown significant flexibility in response to such requests, by adopting rules that modified, or added to, the written rules. In doing that, however, they have been careful not to impair the interests of parties whose confidential information is submitted as evidence in the proceedings. By observing this careful balance between the protection of confidential information and enhancing transparency, the adjudicating bodies have, in our view, strengthened the confidence of various stakeholders in the system.

Certain aspects of the issue of confidentiality/transparency, such as BCI procedures, *amicus curiae* briefs and open hearings, are under discussion in the ongoing DSU negotiations. Chances of a successful conclusion of such negotiations any time soon, however, look slim, particularly until progress is made on the broader « second tier » functioning issues noted earlier. Until an eventual conclusion of these negotiations, and subject to any outcome on confidentiality-related issues, WTO adjudicating bodies are very likely to continue their well-established practice in providing adequate protection to various types of confidential information, and responding to disputing parties' requests to provide enhanced transparency through instruments such as public hearings. This will maintain, and perhaps further increase, stakeholders' confidence in the system until such time as the legal provisions may be modified by WTO members to codify this practice or parts thereof.

LA TRANSPARENCE AU SOUTIEN DE LA CONFIANCE :
LE CAS DU TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT (TAS)

DAVID PAVOT

ET

ANTOINE DA SILVA

*« Justice must not only be done,
but must also be seen to be done »
Haute Cour de Justice de Londres,
Rex v. Sussex Justices, [1924] 1 KB 256*

« Le TAS a fait ses preuves en tant que juridiction indépendante, acquis une certaine reconnaissance de la part des autorités, du tribunal fédéral et des gouvernements »¹.

Né de la volonté du Comité international olympique (CIO)² afin rationaliser le règlement des différends en matière de sport³, le TAS est considéré comme le juge suprême en droit du sport⁴. Situé en Suisse⁵, il bénéficie du libéralisme de sa *lex arbitri* qui vise à renforcer l'attractivité de la législation helvétique en matière d'arbitrage international⁶. Elle limite au strict minimum les motifs de recours⁷ qui peuvent être formés contre les sentences devant le Tribunal fédéral qui, pour sa part, revendique une certaine bienveillance à l'égard du TAS⁸.

¹ C. GUILLOU, « Le Tribunal arbitral du sport, un arbitre controversé », *Le Monde*, (8 juin 2020) citant Mathieu Reeb, *Secrétaire général du TAS*.

² K. M'BAYE, « Une nouvelle institution d'arbitrage, le Tribunal arbitral du Sport », *Annuaire fr. dr. inter.*, 1984, n°30, p. 409.

³ *Ibid.*, pp. 412, 424.

⁴ COUR EUR. DR. H., arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse* (req. n°40575/10 et 67474/10), §98 ; G. SIMON, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux arbitrages du TAS : réflexions sur le sens et la portée de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 2 octobre 2018 Mutu et Pechstein », *Bulletin TAS*, 2019, p. 522.

⁵ *Code de l'arbitrage en matière de sport*, art. R28.

⁶ COUR EUR. DR. H., arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein, supra*, §97. C'était d'ailleurs l'un des objectifs de l'une de ses dernières réformes. Voy. F. LATTY, « Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux : le cas du Tribunal arbitral du sport », in F. COUVEINHES, R. NOLLEZ-GOLDBACH, *Les Etats face aux juridictions internationales - Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux*, Paris : Pedone, 2019, p. 242.

⁷ *Loi fédérale sur le droit international privé*, arts. 190, 190a.

⁸ F. LATTY, *Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux, op. cit.*, note 47, p. 249 citant T.F.S., 13 février 2012, *X. Malisse et Y. Wickmayer c. AMA et Fédération flamande de tennis*, 4A_428/2011, § 3.2.3 : le Tribunal fédéral déclare analyser « avec "bienveillance" le caractère

Version pour accord
29 aout 2022

Le sport s'est structuré de façon autonome et a créé son propre système juridique en « quasi-autarcie »⁹. Le TAS est l'un des piliers de cette *lex sportiva*¹⁰ et son existence vise à développer une interprétation et une application uniforme des règles sportives transnationales par le TAS¹¹, ce qui représente un avantage indéniable dans un contexte de mondialisation du sport¹². Grâce à la structure pyramidale du mouvement sportif, rares sont les litiges sportifs internationaux de premier plan qui échappent à sa juridiction susceptible de couvrir tout litige en matière de sport¹³. Le plus souvent, les organisations sportives prévoient dans leurs statuts et règlements la compétence exclusive du TAS pour connaître des recours formés contre leurs décisions. Cette compétence y est posée comme une condition de participation des athlètes aux compétitions¹⁴ qui n'ont d'autre choix que de l'accepter ou de renoncer à participer, faisant du TAS une sorte de « Cour suprême du sport »¹⁵ et de son arbitrage, un arbitrage « indéniablement non consensuel »¹⁶. Pour ces raisons, il n'est pas surprenant de voir certains auteurs affirmer que le TAS « détone dans le paysage juridictionnel international »¹⁷.

consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive, dans le but de favoriser la liquidation rapide des litiges par des tribunaux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tel le TAS ». Voir aussi T. VASSINE, « La *Lex sportiva* en sursis : le droit sportif peut-il être autonome ? », *Revue internationale et stratégique* 2019, n° 114, p. 88. En outre, le Tribunal fédéral ne considère contraires à l'ordre public et ne sanctionne d'une annulation que les sentences par lesquelles la formation de jugement s'est rendue coupable d'une violation grave et manifeste des droits fondamentaux : T.F.S, 4 mars 2019, *Guerrero c. FIFA et AMA*, 4A_318/2018, §4.3.

⁹ T. VASSINE, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « La "*Lex sportiva*" rattrapée par la patrouille européenne ? », in RTD Civ., 2018, p. 850 : le TAS « est un des deux poumons de la *lex sportiva* » avec l'AMA ; T. VASSINE, *ibid.*, p. 88 : « pierre angulaire de son système de défense, le TAS est le meilleur gardien que le sport est connu ».

¹¹ COUR EUR. DR. H., arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein*, *supra*, §98 ; X. Malisse et Y. Wickmayer c. AMA et Fédération flamande de tennis, *supra* §3.1.1 ; A. PINNA, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport. Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires », *Gazette du Palais* 2004, n° 140-141, p. 31.

¹² M. MAISONNEUVE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Revue de l'arbitrage*, 2013, n°3, p. 916 : « Le caractère forcé de l'arbitrage TAS n'est pas un défaut qu'il faudrait à tout prix faire disparaître. Il est d'abord une condition nécessaire de sa principale raison d'être : assurer le respect du principe d'égalité des compétiteurs devant la justice. Pour que l'égalité qui s'impose sur le terrain se prolonge dans le prétoire, il importe que, pour les litiges internationaux au moins, les sportifs ne puissent pas, au gré de leurs nationalités, bénéficier de traitements juridiques variant en fonction des juridictions étatiques auxquelles ils sont susceptibles de pouvoir s'adresser et des droits différents qu'elles sont en mesure de leur appliquer, voire des applications différentes qu'elles pourraient faire des mêmes règles. Laisser les sportifs libres de choisir entre la voie arbitrale et les voies étatiques entraînerait la fin de la fonction de « Cour suprême du sport mondial ».

¹³ *Code de l'arbitrage en matière de sport*, arts. S12 et R27.

¹⁴ F. LATTY, *Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux*, *op. cit.*, p. 240 ; T. VASSINE, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵ F. LATTY, *ibid.*, p. 241 citant J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, 4^e éd., Dalloz, 2019, p. 132.

¹⁶ A. RIGOZZI, « L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux », *Rev. dr. Suisse*, 2013, n°132, pp. 313-314 : « le Tribunal fédéral a ainsi validé le recours à l'arbitrage en la matière, malgré le fait que l'adhésion à l'arbitrage du TAS est indéniablement non consensuelle et résulte plus d'une condition pour participer aux compétitions sportives que d'un choix librement exprimé ».

¹⁷ F. LATTY, *Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux*, *op. cit.*, p. 239.

En outre, l'indépendance du TAS vis-à-vis du CIO a fait l'objet de questionnements, au point qu'une décision du tribunal fédéral suisse¹⁸ l'a contraint à créer le Conseil international de l'arbitrage sportif (CIAS), organe indépendant chargé depuis 1994 de gérer son administration et financement¹⁹. Plusieurs réformes ont par la suite été mises en œuvre mais le TAS demeure critiqué pour ses liens, toujours étroits, avec les institutions sportives²⁰. Il est surprenant par exemple que l'Agence mondiale antidopage, dans le rapport de son groupe d'observateurs des Jeux de Tokyo, mentionne que les arbitres de la chambre spéciale du TAS avaient peu de connaissance sur le dopage, alors qu'elle peut être partie à ces litiges²¹.

Mais si son indépendance et son impartialité structurelles sont des « points faibles du système de défense de la *Lex Sportiva* »²², la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a estimé que le TAS offre des garanties suffisantes sur le plan institutionnel²³. En effet, dans son arrêt *Mutu et Pechstein* de 2018²⁴, bien que les juges de Strasbourg aient constaté que le CIAS exerce une réelle influence sur la nomination des arbitres inscrits sur la liste du TAS²⁵, ils ont toutefois considéré que cette dernière n'est pas suffisante pour que l'on puisse raisonnablement douter de l'indépendance et de l'impartialité de tous les arbitres vis-à-vis des organisations sportives qui déterminent la composition dudit CIAS²⁶.

Si elles reposent sur des règles procédurales clairement établies, l'indépendance et l'impartialité d'un organe juridictionnel reposent aussi sur les apparences, comme l'a rappelé la Cour²⁷ dans un *obiter dictum* relatif à « la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »²⁸.

¹⁸ T.F.S., 15 mars 1993, *Gundel c. Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, ATF 119 II 271, §3.b.

¹⁹ *Code de l'arbitrage sportif en matière de sport*, art. S2, S6.

²⁰ M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, *op. cit.*, p. 920 : « malgré les améliorations successives qui ont été apportées depuis l'importante réforme de 1994, comme, en plus de celles déjà citées, l'interdiction formelle depuis 2010 pour les arbitres du TAS d'intervenir en tant que conseil devant lui (art. S18 code TAS), l'adoption de directives sur l'assistance judiciaire entrées en vigueur le 1er septembre 2013, une liste d'arbitres portée à plus de 400 personnes, ou bien encore une ouverture du CIAS à des personnes n'ayant aucun lien avec les institutions sportives, les athlètes peuvent encore nourrir, à tort ou à raison, des doutes légitimes, qu'il serait bon de dissiper, afin d'augmenter la crédibilité de l'institution auprès des athlètes et de ne pas créer de frustrations inutiles ».

²¹ Agence mondiale antidopage, *Report of the independent observers – Olympic games Tokyo 2020*, 20 janvier 2022, p. 36 (librement accessible en ligne à l'adresse : https://wada-ama.org/sites/default/files/2022-01/IO%20Report_2020%20Tokyo%20Olympic%20Games_Final.pdf).

²² T. VASSINE, *op. cit.*, p. 91.

²³ T.F.S., 27 mai 2013, *L. Lazutina et D. Danilova c. CIO*, ATF 129 III 445, §3.3.3.2 ; B.G.H., 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU)*, KZR 6/15, §§23-39. Pour un récit et une analyse détaillée de cette épopée judiciaire, voir M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, *op. cit.*, pp. 908-922.

²⁴ COUR EUR. DR. H., arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein*, *supra*.

²⁵ Le TAS fonctionne selon un principe de liste fermée. Les parties à un litige lui étant soumis ne peuvent désigner que des arbitres inscrits sur ladite liste. *Code de l'arbitrage sportif en matière de sport*, arts. S3, S6, R33, R38, R39, R40.2, R48. Voir aussi A. RIGOZZI, *L'importance du droit suisse*, *op. cit.*, pp. 305-306.

²⁶ COUR EUR. DR. H., arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein*, *supra*, §157.

²⁷ *Ibid.*, §143.

²⁸ *Ibid.*

Or, l'opacité du monde du sport dont souffre parfois le TAS pourrait se résoudre par une meilleure transparence²⁹. Cela est d'autant plus justifié dès lors que son arbitrage est « forcé »³⁰ et porte sur des questions d'intérêt public comme l'équité des compétitions ou encore les droits fondamentaux³¹. Se voulant un « véritable tribunal arbitral »³², le TAS doit, dès lors, offrir des garanties procédurales adéquates. Cette question, centrale dans la décision *Mutu et Pechstein*, résonne comme un appel à davantage de transparence. Si le TAS ne s'engage pas dans cette voie, il risque en effet d'y être contraint par les critiques de plus en plus fortes qu'il reçoit, ou encore par une décision future de la Cour EDH (II).

I. LE TAS COMME JURIDICTION OU LA NÉCESSITÉ D'OFFRIR LES GARANTIES ÉLÉMENTAIRES DE PROCÉDURE

Selon une jurisprudence constante de la Cour EDH, il est possible de renoncer partiellement à certaines règles de justice fondamentales parmi lesquelles se trouve la publicité sur la base du consentement des parties à soumettre leur litige à la justice privée³³.

Or, lorsque l'arbitrage revêt des enjeux d'intérêt public et cette exception semble ne pas devoir s'appliquer, *a fortiori* lorsqu'il est imposé. Dès lors, le fait que les juges, dans *Mutu et Pechstein*, aient qualifié la procédure d'appel du TAS d'arbitrage forcé³⁴ (A) devrait conduire à l'imposition des exigences strictes de publicité telles qu'elles découlent de l'article 6(1) de la CEDH. La décision en question est un premier pas en ce sens (B).

A. Clarifications sur l'arbitrage forcé du TAS

Claudia Pechstein est une patineuse allemande de vitesse ayant décidé de contester une sanction pour fait de dopage, émise à son encontre par l'Union internationale de patinage (ISU)³⁵. En 2010, après plusieurs déboires, elle a tenté de faire annuler une sentence du TAS confirmant ladite suspension devant le Tribunal fédéral suisse³⁶. Poursuivant son combat, elle a tenté de démontrer que la décision violait l'article 6(1) de la CEDH³⁷. Parallèlement, elle a entamé une procédure contre l'ISU devant les tribunaux allemands qui a finalement abouti à

²⁹ *Ibid.*, §175.

³⁰ *Ibid.*, §95, 115.

³¹ C'est bien souvent le cas en matière sportive et tout particulièrement en matière de dopage. Sur le consensus des Etats quant à l'intérêt public de la lutte antidopage. Voir F. LATTY, *Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux*, *op. cit.*, pp. 255-256.

³² *Gundel c. Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, *supra*, §3.b ; *Claudia Pechstein c. ISU*, *supra*, §23.

³³ COUR EUR. DR. H., arrêt du 15 septembre 2009, *Eiffage S.A. et autres c. Suisse*, req. n°1742/05 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 28 octobre 2010, *Suda c. République tchèque*, req. n°1643/06, §48 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 16 décembre 2003, *Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal*, req. n°35943/02 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, req. n°41069/12, §27.

³⁴ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Peichstein*, *op.cit.*, §§113, 115.

³⁵ C.A.S., 25 novembre 2009, *Pechstein c. International Skating Union (ISU)*, CAS 2009/A/1912, §144.

³⁶ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, *supra*, §23.

³⁷ *Ibid.*, §1.

une décision défavorable³⁸ et à un recours (toujours pendant) devant la Cour constitutionnelle allemande, le Bundesverfassungsgericht³⁹.

Son argument résidait dans le fait que son droit à un procès équitable, découlant de l'article 6 CEDH, aurait été violé car elle n'aurait pas librement consenti à l'arbitrage. La Cour EDH constate sur ce point que « le seul choix offert à la requérante était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau »⁴⁰, et poursuit en affirmant qu'au vu de la restriction que la non-acceptation de la clause d'arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, « l'on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque »⁴¹. La Cour relève sans détour que l'arbitrage avait été imposé à la demanderesse⁴², confirmant ainsi des conclusions déjà développées en doctrine⁴³. Ainsi, il semble que les athlètes de haut niveau soient soumis à un arbitrage forcé par la simple signature de leurs licences⁴⁴.

Toutefois, la Cour a joué un rôle d'équilibriste afin de ne pas sanctionner le TAS et elle a eu recours pour ce faire à la théorie des apparences. Le TAS serait, pour les juges de Strasbourg, un « tribunal établi par la loi au sens de l'article 6§1 »⁴⁵. Dès lors, l'absence de consentement n'aurait pas pour effet d'invalider la procédure⁴⁶, tout en obligeant le TAS à respecter les garanties de l'article 6(1)⁴⁷. Avalidée par la doctrine⁴⁸, et permettant de préserver l'existence de l'ordre sportif, cette décision demeure toutefois discutable en ce que le raisonnement de la Cour manque de justifications, comme le mentionne par ailleurs certains juges de la Cour⁴⁹.

Cette solution bien que discutable, traduit la volonté des juges de ne pas anéantir un système, tout en faisant œuvre utile. Il s'agit à mots couverts d'un sérieux avertissement au TAS, et la décision est loin de lui offrir un satisfécit quant aux garanties offertes aux requérants.

³⁸ F. LATTY, *Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux*, op. cit., p. 252 ; F. LATTY, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, 2018, n° 192, p. 31 ; M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, op. cit., pp. 908-922.

³⁹ F. LATTY, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport* 2018, n° 192, p. 31.

⁴⁰ *Ibid.*, §113.

⁴¹ *Ibid.*, §114.

⁴² *Ibid.*, §115 : « La Cour en conclut que, bien qu'elle n'ait pas été imposée par la loi mais par la réglementation de l'ISU, l'acceptation de la juridiction du TAS par la requérante doit s'analyser comme un arbitrage "forcé" au sens de sa jurisprudence ».

⁴³ A. PINNA, op. cit., p. 38 ; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bruylant/LGDJ/Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 179 ; F. LATTY, *La 'Lex sportiva'. Recherche sur le droit transnational*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris X-Nanterre, 2005, pp. 531-539 [publiée chez Martinus Nijhoff Publishers, 2007] ; M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris : LGDJ, 2011, pp. 292 et s.

⁴⁴ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §§56-59 ; M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, n°119, pp. 695-696.

⁴⁵ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §149.

⁴⁶ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §§95, 115.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ M. MAISONNEUVE, *Le TAS et le droit au procès équitable*, op. cit., pp. 692-695.

⁴⁹ H. KELLER & G. SERGHIDES, *Opinion commune en partie dissidente, en partie concordante*, in COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §25.

B. L'arbitrage du TAS et le respect de l'article 6 § 1 de la CEDH

La Cour EDH considère de longue date que tout système d'arbitrage doit offrir les mêmes garanties de l'Article 6 qu'une juridiction étatique, et le sport ne fait pas exception⁵⁰. Claudia Pechstein questionnait l'indépendance et l'impartialité du TAS⁵¹, qualités auxquelles elle ne pouvait avoir renoncé même si la juridiction du TAS lui était imposée⁵².

Son argument était essentiellement fondé sur le modèle économique du TAS fondé sur un financement provenant en partie des fédérations sportives ainsi que sur leur influence sur la désignation des membres du CIAS⁵³. La Cour a rapidement écarté l'argument économique par une analogie avec la justice étatique financée par les gouvernements⁵⁴. Sur les aspects institutionnels, « si la Cour est prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres en vigueur à l'époque des faits, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations »⁵⁵. Il n'y avait « donc pas de motifs suffisants pour s'écarter de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, selon laquelle le système de la liste d'arbitres satisfait aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux et le TAS, lorsqu'il fonctionne comme instance d'appel extérieure aux fédérations

⁵⁰ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §95.

⁵¹ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §§124-126.

⁵² Si tant est que cela soit possible lorsque l'arbitrage est volontaire car non seulement le code de l'arbitrage en matière de sport dont la totalité s'impose aux parties (art. R27) et prévoit que les présidents de chambre et les arbitres doivent être indépendants et impartiaux (art. S18, S21, R33, R34) mais en plus, l'indépendance et l'impartialité font partie de l'ordre public suisse qui s'impose aux sentences du TAS (en ce sens, voir G. SIMON, *op. cit.*, p. 115). En outre, « si l'on peut légalement renoncer à la compétence des juridictions étatiques et à certaines des garanties de l'article 6§1 par une convention d'arbitrage, on ne peut pas pour autant renoncer à toutes. En particulier, il est douteux que cela puisse concerner le droit à un « tribunal indépendant et impartial » (M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, *op. cit.*, p. 922). Après avoir d'abord éludé la question dans le cadre d'une procédure judiciaire (COUR EUR. DR. H., arrêt du 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, req. n°10802/84, §35), la Cour EDH a certes ensuite accepté que l'on puisse renoncer à invoquer devant elle ce grief dans le cadre d'une procédure arbitrale (COUR EUR. DR. H., arrêt du 23 février 1999, *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande*, req. n°31737/96), mais dans une affaire où était en jeu l'indépendance personnelle d'un arbitre accepté par le requérant en connaissance de cause, non l'indépendance structurelle d'un tribunal arbitral « imposé » à l'une des parties. On est ici plus proche de l'essence du droit fondamental garanti par l'article 6§1 (C. CHAINAIS, « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Anthémis, 2016, pp. 310 et s.) ».

⁵³ *Ibid.*, §125.

⁵⁴ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §151 : « En ce qui concerne le financement du TAS par les instances sportives, comme le Gouvernement (...), la Cour relève que les juridictions étatiques sont toujours financées par le budget de l'Etat et considère qu'on ne peut pas déduire de cette circonstance un manque d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions dans les litiges opposant des justiciables à l'Etat. Par analogie, on ne saurait déduire un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS en raison exclusivement de son mode de financement ».

⁵⁵ *Ibid.*, §157.

internationales, s'apparente à une autorité judiciaire indépendante des parties »⁵⁶. Autrement dit, l'influence des fédérations sportives est bel et bien réelle mais n'est pas suffisante pour en conclure que tous les arbitres inscrits sur la liste et pris individuellement manqueraient *a priori* d'indépendance et d'impartialité du seul fait de leur inscription sur ladite liste. Tant la doctrine⁵⁷ que les juges dissidents ont critiqué ce raisonnement : « la structure du TAS ne satisfait pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6§1 de la Convention »⁵⁸. A vrai dire, on pourrait encore tenter une analogie avec la justice étatique. Il semble toutefois que la proximité entre le CIAS et les parties que sont les fédérations génère une relation incestueuse qu'il serait préférable, au moins pour protéger les apparences, de distendre.

Le TAS se fait toutefois sanctionner par la Cour en ce qui concerne la publicité de l'audience, ainsi que l'avait demandé la requérante⁵⁹. Pour les juges de Strasbourg, « les questions débattues dans le cadre de la procédure litigieuse – qui étaient relatives au point de savoir si c'était à juste titre que la requérante avait été sanctionnée pour dopage, et pour la résolution desquelles le TAS a été amené à entendre de nombreux experts – nécessitaient la tenue d'une audience sous le contrôle du public »⁶⁰ car « il y avait une controverse sur les faits et la sanction infligée à la requérante avait un caractère infamant, étant susceptible de porter préjudice à son honorabilité professionnelle et à son crédit »⁶¹. Par la suite, le Code de l'arbitrage dans le sport a été modifié – mais de manière insuffisante – sur le point de la publicité. Ceci pourrait ouvrir la voie à des recours futurs, engageant le TAS vers des réformes à marche forcée.

II. UNE MARCHÉ FORCÉE VERS DAVANTAGE DE TRANSPARENCE ?

Si le TAS a parfois été dépeint avantageusement comme une institution arbitrale relativement transparente, notamment par rapport à l'arbitrage commercial, il reste assez opaque par rapport aux standards de la justice étatique. Pourtant, le contentieux sportif porte sur le droit du travail, la liberté d'exercer une profession, des sanctions professionnelles ou encore des droits humains auxquels la publicité ne saurait nuire⁶². Ce manque de transparence se manifeste tant au niveau de la manière dont les arbitrages sont menés (A) que de l'accessibilité des décisions du TAS (B).

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 853 ; M. MAISONNEUVE, *Le TAS et le droit au procès équitable*, *op. cit.*, p. 699.

⁵⁸ H. KELLER & G. SERGHIDES, *op. cit.*, §5.

⁵⁹ *Ibid.*, §183 ; H. KELLER & G. SERGHIDES, *op. cit.*, §28.

⁶⁰ *Ibid.*, §182.

⁶¹ *Ibid.*, §183.

⁶² COUR EUR. DR. H., arrêt du 19 janvier 2018, *FNASS et autres c. France*, req. n°48151/11 et 77769/13, §§181-182. F. LATTY, *Les politiques des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux*, *op. cit.*, p. 255-256.

A. Le TAS face à son obligation d'ouvrir ses audiences au public

Dans la version en vigueur au moment des faits de l'affaire *Pechstein*, l'article R57 du code de l'arbitrage en matière de sport posait un principe de non-publicité des débats « quasi-absolu »⁶³ n'ayant pour seule dérogation que le consentement mutuel des parties⁶⁴. En l'absence d'accord entre ces dernières, il n'était point d'audience publique. Dès lors, les parties consentant à soumettre leur litige au TAS renonçaient à leur droit à ce que leur cause soit publiquement entendue dès lors que l'une d'elles souhaitait un huis clos.

A l'opposé des juges de Strasbourg dans l'arrêt *Mutu et Pechstein*, le Tribunal fédéral considérait que l'arbitrage du TAS était volontaire. La requérante ne pouvait donc invoquer un droit auquel elle avait renoncé en acceptant le règlement de procédure inscrit au code de l'arbitrage en matière de sport⁶⁵. Le Tribunal fédéral suisse appelait toutefois mollement à la possibilité de tenir une audience publique à la demande de l'athlète⁶⁶.

La Cour EDH a considéré pour sa part que si l'arbitrage avait été contraint, le droit à une audience publique ne devait pas être refusé à Madame Pechstein⁶⁷, d'autant plus qu'elle avait expressément demandé une audience publique⁶⁸. La Cour a toutefois rappelé qu'il était possible de consentir à une audience privée mais que ce renoncement devait être explicite et non équivoque⁶⁹. Le caractère forcé de l'arbitrage devant le TAS ne pouvait s'accompagner en outre d'un renoncement à la garantie procédurale fondamentale que représente la publicité des débats⁷⁰. Dans le cas de Mme Pechstein, les conséquences de la sanction imposée – de nature à l'empêcher de travailler – tout autant que le manque de revenus (notamment publicitaires) ainsi que l'atteinte à sa réputation auraient dû lui permettre d'obtenir une audience publique⁷¹.

Suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article R57 du code de l'arbitrage en matière de sport a été modifié pour ajouter qu'à « la demande d'une personne physique partie à la procédure, une audience publique devrait être accordée si l'affaire en question est de nature disciplinaire. Une telle demande peut toutefois être refusée dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, lorsque la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, lorsque la procédure ne porte que sur des questions de

⁶³ M. MAISONNEUVE, *Le TAS et le droit au procès équitable*, op. cit., p. 704.

⁶⁴ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §23 citant en français T.F.S., 10 février 2010, *Pechstein c. ISU*, 4A_612/2009 §4.1.

⁶⁵ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §23 citant en français *Pechstein c. ISU*, supra, §4.1.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ COUR EUR. DR. H., *Mutu et Pechstein*, supra, §178.

⁶⁸ *Ibid.*, §181.

⁶⁹ *Ibid.*, §180 citant COUR EUR. DR. H., arrêt du 21 février 1990, *Håkansson et Sturesson c. Suède*, §66.

⁷⁰ *Ibid.*, §177 citant COUR EUR. DR. H., arrêt du 27 juillet 2006, *Juriscic et Collegium Mehrerau c. Autriche*, req. n°62539/00, §65 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 28 février 2012, *Mehmet Emin Şimşek c. Turquie*, req. n°5488/05, §§30-31.

⁷¹ *Ibid.*, §183.

droit ou lorsqu'une audience publique a déjà eu lieu en première instance »⁷². Cette nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, soit à peine trois mois après l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Mutu et Pechstein*. Si certains ont salué la célérité du TAS⁷³, la révision apparaît néanmoins « marginale »⁷⁴, et il est possible de se demander si son aspect essentiellement cosmétique n'ouvrira pas la voie à de nouvelles contestations.

En effet, la plupart des affaires portées devant le TAS concernent la contestation de sanctions disciplinaires⁷⁵ et, il s'agit par essence d'un arbitrage forcé⁷⁶. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que « la dispense d'audience publique devrait être une mesure exceptionnelle et devrait être dûment justifiée à la lumière de la jurisprudence des institutions de la Convention »⁷⁷. Or le nouvel article R57 maintient le principe de non-publicité des débats, l'audience publique étant toujours conçue comme une exception. Ce changement n'en est pas moins un premier pas vers plus de transparence et une meilleure publicité. Cependant, des incertitudes subsistent quant à l'interprétation qui en sera faite, notamment des exceptions qu'elle reprend de l'article 6§1 de la CEDH.

Globalement, il n'est pas certain que des athlètes contestant des sanctions demandent systématiquement des audiences publiques en raison des risques pour leur image. Il n'en demeure pas moins probable que d'autres verront des avantages à forcer les organismes sportifs à discuter de leurs pratiques et politiques sous l'œil des médias et du public. Plus globalement, rien ne devrait, lorsque les affaires sont d'intérêt public comme dans les cas de dopage, de corruption ou de fraude, venir limiter la publicité des audiences.

Bien qu'elle ne soit pas naturelle dans le milieu du sport où règne une tradition de l'opacité, il nous semble que le TAS n'aurait pas grand-chose à perdre à jouer le jeu de la transparence. La publication de plus de sentences serait aussi un volet sur lequel le TAS doit travailler.

B. Publier ou périr : le temps de la publication systématique des sentences d'appel du TAS

Une auteur, bien avant la décision *Mutu et Pechstein*, relevait qu'« il existe des solutions permettant d'accroître encore l'indépendance du TAS, ou au moins son apparence d'indépendance, sans pour autant remettre en cause ce qui fait son intérêt »⁷⁸. Il plébiscitait notamment la publication d'un « bref curriculum vitae » de chaque arbitre inscrit sur la liste, accompagné de l'organe ayant indiqué sa

⁷² Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R57.

⁷³ G. SIMON, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁴ M. MAISONNEUVE, *Le TAS et le droit au procès équitable*, *op. cit.*, p. 690.

⁷⁵ PINNA, *Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires*, in *La gazette du palais*, 2004, p. 32.

⁷⁶ *Supra*.

⁷⁷ COUR EUR. DR. H., arrêt du 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, req. n°55391/13, 57728/13 et 74041/13, §§208-211.

⁷⁸ M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, *op. cit.*, p. 919.

personne ou l'ayant proposé au CIAS⁷⁹, relevant que le Tribunal fédéral l'avait lui-même proposé il y a presque 20 ans maintenant⁸⁰. Il serait en outre plus qu'opportun de procéder à une publication intégrale systématique de toute sentence rendue à l'issue d'un arbitrage sportif imposé⁸¹. Tout comme l'audience publique, le prononcé public du jugement participe de la publicité de la procédure qui protège les justiciables de l'arbitraire⁸² et est un moyen efficace pour préserver la confiance dans les cours et tribunaux⁸³. Or justement, « la non-publication des sentences TAS ne va guère dans le sens de la transparence qui sied à des arbitrages imposés à des parties dites faibles et portant sur des affaires d'intérêt public. N'est-ce pas trop exiger du TAS ? Par rapport à ce qui est demandé aux autres institutions d'arbitrage, c'est certain. Par rapport aux particularités de l'arbitrage TAS, ce n'est pas forcément le cas. Il n'est pas illogique de faire peser un devoir d'exemplarité sur un arbitrage forcé mettant en jeu des droits fondamentaux »⁸⁴.

De manière générale, le nombre de sentences confidentielles demeure problématique à plus d'un titre, d'autant plus que « les cas de non-publication sont fréquents »⁸⁵. Les parties dites « d'habitudes », comme les cabinets d'avocats spécialisés ou encore les fédérations, disposent d'une banque de données plus importante que d'autres parties en litige conduisant, dans les faits, à une inégalité des parties. Les esprits chagrins répondront que les pièces sont échangées entre les parties en litige mais il n'en demeure pas moins que des pans entiers de la jurisprudence sont méconnus du grand public, des chercheurs et de certaines parties.

Pourtant, le code de l'arbitrage en matière de sport pose un principe de publication des sentences : « La sentence, un résumé et/ou un communiqué de presse exposant les résultats de la procédure sont rendus publics par le TAS, sauf si les deux parties conviennent qu'ils doivent rester confidentiels »⁸⁶. Ainsi, les parties peuvent toujours refuser la publication. Or, l'absence d'opposition n'est pas pour autant synonyme de publication de la sentence dans son intégralité. Le TAS demeure libre de lui préférer un résumé et/ou un simple communiqué de presse n'exposant que les motifs. L'administration du TAS dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire important quant à l'accessibilité à l'information. Ces dernières années, le TAS a pris l'habitude de publier deux à trois fois par an un lot de sentences, y compris des décisions relativement anciennes qui, pour une raison ou une autre, n'avaient pas été publiées jusqu'alors. Les nombreuses sentences qui ne sont pas publiées sont encore plus troublantes. Il est d'ailleurs impossible de fournir une évaluation précise de la proportion de sentences d'appel publiées par le TAS dans sa base de données puisqu'il ne communique pas sur le nombre de sentences (y compris d'appel) rendues chaque année mais seulement sur celui d'affaires introduites.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *L. Lazutina et D. Danilova c. CIO*, supra, §3.3.3.2.

⁸¹ M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, op. cit., p. 920.

⁸² COUR EUR. DR. H., arrêt du 16 avril 2013, *Fazlyiski c. Bulgarie*, req. n°40908/05, §69.

⁸³ COUR EUR. DR. H., arrêt du 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. n°7984/77, §21.

⁸⁴ M. MAISONNEUVE, *Chronique de jurisprudence arbitrale*, op. cit., p. 920.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Code de l'arbitrage en matière de sport*, Art. R59.

CONCLUSION

Près de 35 ans après sa création, le TAS atteint l'âge de maturité et fait office de « Cour suprême du sport mondial ». Il n'en demeure pas moins que si la Cour EDH lui a reconnu ce rôle, l'assimilant même à des tribunaux étatiques, elle ne lui a pas délivré un blanc-seing. La conformité du Code à l'article 6 CEDH demeure discutée pour ce qui a trait à l'obligation de transparence, et tout particulièrement du point de vue de la publicité des débats et de la publication des sentences.

A l'heure actuelle, il ne semble pas que des évolutions en ce sens soient envisagées. Dès lors, le risque pour le TAS de voir ses pratiques contestées est bien réel. La transparence nécessaire à davantage de confiance ne nuirait nullement à l'institution, et à vrai dire, il est difficile de comprendre qu'elle ne soit pas déjà implantée.

Version pour accord
29 aout 2022

LA CONFIANCE ET LA PARTICIPATION DES VICTIMES
DEVANT LA CPI :
D'UNE SIMPLE QUESTION DE PERCEPTION À UN PRINCIPE
D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

HAYKEL BEN MAHFOUDH

Plus de vingt ans après sa création, les sentiments à l'égard de la CPI sont plus que mitigés. Après avoir nourri les espoirs des plus légitimes de voir les crimes « qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine »¹ poursuivis et réprimés par une Cour permanente et universelle servant l'intérêt des générations présentes et futures pour la paix, la sécurité et le « bien-être du monde »², la Cour est aujourd'hui au cœur de la tourmente. Tant son bilan que sa contribution à la mise en place d'un système universel efficace de lutte contre l'impunité pour les crimes d'atrocité (génocide, crimes contre l'humanité, crime de guerre et crime d'agression) sont contestés. La capacité de cette juridiction pénale internationale à surmonter ses propres doutes, autant que son aptitude à dépasser les déficiences juridiques et fonctionnelles qui plombent son rôle dans la consolidation l'architecture de la paix et de la sécurité internationales par la règle de droit lui valent des critiques, parfois justifiées. Le système de justice pénale internationale semble avoir perdu de son ardeur et de son « *justice-appeal* »³, au point que l'on doute de la capacité même de la CPI à administrer la justice de manière indépendante, efficace et équitable.

Des rappels et déclarations qui sonnent plus comme des cris de frustrations, que de simples malaises envers la juridiction internationale. Sans doute s'agit-il d'un défaut de conception dont le Etats africains se sont fait l'écho, en premier, depuis leur crise ouverte avec la CPI, alors que d'autres « commencent à reprendre confiance »⁴. Ce genre d'attitude n'est plus limité à une seule région, communauté de personnes ou organismes concernés par la lutte contre l'impunité face aux crimes internationaux. La tribune de l'Assemblée des Etats Parties (ASP), résonne quelquefois comme un véritable réquisitoire à l'encontre de la Cour et de ses organes. C'est ce qui ressort, du moins, de la déclaration du représentant du Royaume-Uni devant la 17^{ème} session de l'ASP (2018) en faisant le bilan de la Cour : « après 20 ans et 1,5 milliard d'euros de dépenses, nous n'avons que trois

¹ Statut de Rome, Préambule, 2^{ème} alinéa.

² Statut de Rome, Préambule, 9^{ème} alinéa.

³ Néologisme faisant référence à la qualité de la CPI d'être attractive.

⁴ Déclaration de M^e Fall, CPI, *Le Procureur c. Saif Al-Islam Qadhafi*, Compte-rendu d'audience du mardi 12 novembre 2019 (ICC-01/11-01/11), p. 78.

Version pour accord
29 aout 2022

"principales condamnations pour crime" »⁵. L'image est certes préoccupante, même si elle ne devait pas remettre en cause l'utilité et la légitimité de la Cour.

De nombreuses difficultés juridiques, pratiques, mais aussi politiques continuent à éroder la confiance du public dans le système de justice pénale internationale. Toutefois, parmi la large audience d'acteurs et de participants à la procédure auxquels la CPI s'adresse, ce sont sans doute les victimes qui perçoivent et vivent le plus la « déférence » de la Cour à leur égard. Présentés désormais comme un acteur principal du processus judiciaire, elles n'en cachent pas moins leur scepticisme vis-à-vis de l'efficacité du système de Rome et de sa sincérité. Elles ont leurs propres préoccupations mais également attentes à l'égard d'une Cour que l'on a conçue comme le système le plus avancé de justice pénale dans le monde, ayant pour rôle d'ouvrir aux victimes le plus large système de participation aux procédures. Mais après l'acquiescement de Jean-Pierre Bemba⁶, celles-ci ont fini par se lasser et indiquer être « déçues » et avoir « perdu confiance en la justice »⁷. Même la Cour ne se voile pas cette réalité quand elle indique que les victimes « estiment que le temps n'a pas joué en leur faveur, et elles préfèrent donc tourner la page de la Cour plutôt que de continuer à remuer le passé sans aucune garantie que justice leur sera rendue »⁸.

Si le déficit de confiance a un effet corrosif sur la légitimité de la Cour, est-il pour autant vrai et justifié ?

Certes les aléas et les déficiences politiques et institutionnelles sont réelles, elles servent à critiquer le bon fonctionnement de la Cour et nuisent à son image auprès du public, mais elles ne remettent pas en doute sa véritable raison d'être. Pour les victimes et les communautés touchées par les crimes les plus abjectes, il n'est pas question de faire confiance à des juridictions pénales nationales qui n'offrent aucune garantie d'indépendance et d'impartialité, qui sont incapables de poursuivre et réprimer les exactions, ou refusent tout simplement de le faire. Souvent les victimes n'ont d'autre choix que de s'adresser à la Cour, malgré tout ce qu'on peut lui reprocher. La CPI a pour raison d'être de les défendre contre des crimes très dangereux et graves, de préserver leur dignité et surtout de leur donner une raison de croire en la justice par le droit, en d'autres termes de « redonner aux victimes l'entière mesure de leurs droits »⁹.

Par conséquent, la confiance n'est pas une option ou une question de choix, mais une qualité intrinsèque au système qui désigne le sens et le fonctionnement de tout

⁵ A. MURDOCH, *UK Statement to ICC Assembly of States Parties 17th session*, 5 December 2018, accessible à l'adresse : www.gov.uk/government/speeches/uk-statement-to-icc-assembly-of-states-parties-17th-session.

⁶ ICC, Appeal Chamber, *Judgement on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"* (ICC-01/05-01/08-3636-Red), 8 June 2018. Eg. Separate opinion [of] Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (ICC-01/05-01/08-3636-Anx2) ; Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osui (ICC-01/05-01/08-3636-Anx3).

⁷ Observations conjointes des victimes (ICC-01/05-01/08-3647), paras. 2, 21, 23, 26, 29, 30 et 38.

⁸ CPI, Chambre de Première Instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Soumissions conjointes des Représentants légaux des victimes sur les conséquences de l'Arrêt de la Chambre d'appel du 8 juin 2018 sur la procédure en réparation (ICC-01/05-01/08), 6 juillet 2018, p. 12, para. 27.

⁹ *Ibid.*, p. 37, para. 68.

l'appareil judiciaire. Elle qualifie une exigence d'une certaine forme de justice qui ne peut être satisfaite que par le droit pour établir les faits et reconnaître la responsabilité des auteurs de l'acte répréhensible. Les tensions, doutes et appréhensions, quoique légitimes, ne sont que des indicateurs quantitatifs et parfois qualitatifs de la confiance dont le public crédite le pouvoir judiciaire. Ils ne constituent pas des éléments de validité de l'acte et encore moins des conditions préalables à l'exercice de la compétence de la Cour. Ils sont plutôt des marqueurs de performance et des paramètres d'évaluation du rapport victime – Cour, ils ne sauraient être des outils de gouvernance de la relation entre celle-ci et les justiciables.

Notre propos va dans le sens d'un questionnement général sur l'importance de la confiance des victimes dans la Cour pénale internationale. Le rapport au droit et à la vérité qu'entretiennent les victimes à travers la justice pénale internationale évoque la conviction que l'on peut compter sur les organes de la Cour pour agir avec autorité et compétence contre les formes les plus atroces des crimes de masse. La CPI devrait, en principe, être en mesure, quelles que soient les circonstances, d'agir pour rendre justice à travers l'ensemble du processus judiciaire, c'est-à-dire, l'enquête, le procès et la réparation. Il est par conséquent important que les personnes les plus affectées par ces crimes et celles qui sont les plus vulnérables aient la conscience et le droit de partager des valeurs morales et juridiques avec l'ensemble des acteurs judiciaires et qu'elles aient la capacité juridique et matérielle de les mettre en évidence dans la pratique.

En pratique, toutefois, les victimes éprouvent des difficultés à comprendre le processus judiciaire, dans son ensemble, et rencontrent des obstacles pour y prendre part. C'est pour cela que leur confiance dans la procédure est perçue comme un préalable essentiel à la participation des victimes dans la procédure pénale devant la CPI. Chaque victime a besoin de comprendre les crimes, son rôle dans la procédure, ses droits et de faire part de ses demandes et obtenir des réparations. C'est à partir des droits procéduraux des victimes que se construit, en principe, un rapport réciproque d'échange et d'organisation des rôles respectifs des acteurs de la procédure devant la Cour. La confiance se construit à travers des déterminants juridiques, mais aussi métajuridiques qui ont un impact sur les relations entre les acteurs judiciaires, qu'il s'agisse des organes judiciaires, de l'accusation, des témoins, ou, bien entendu, de la communauté des victimes. Reste à noter que la confiance n'est jamais statique, mais qu'elle traduit une dynamique qui évolue et change en fonction de variables (temps, contexte, culture, origine, genre, type du préjudice, etc.) qui peuvent interagir entre elles pour créer, maintenir ou réduire la confiance¹⁰.

Cet article n'a pas pour objet de conceptualiser la confiance, tant la notion est polysémique et tant ses acceptions diffèrent selon les matières et les niveaux d'analyse (organisationnel, interpersonnel, etc.). En revanche, il propose d'examiner, notamment à travers la jurisprudence de la Cour, deux éléments complémentaires. D'abord, déterminer les niveaux d'engagement des victimes

¹⁰ H. DELERUE, C. BÉRARD, « Les dynamiques de la confiance dans les relations inter-organisationnelles », *Revue française de gestion*, 2007, vol. 175, pp. 125-138.

comme acteurs du procès pénal international aux côtés des parties (Accusation et Défense). Il s'agit là d'une question fortement liée aux droits procéduraux qu'ont les victimes devant la CPI et aux limites de leur rôle dans la procédure. Ensuite, mesurer l'impact des réponses que propose le système pénal international de Rome sur la condition des victimes et leur acceptation des décisions de la Cour. La relation est, certes, complexe, car les victimes, tout en ayant un droit d'accès aux mécanismes judiciaires de la Cour, sont souvent confrontées à un cheminement éprouvant qui les fait douter de l'efficacité de la procédure, de sa fiabilité, de son ouverture et de son équité.

En même temps, elle met en évidence un ordre juridique aussi complexe qu'original qui se traduit par des règles imbriquées dans plusieurs phases du processus judiciaire et qui pose la double problématique de la gestion du processus (bonne administration de la justice) et du maintien de la confiance du public dans le processus (légitimité), sachant que l'un entraîne l'autre et inversement. La confiance et la légitimité sont deux phénomènes qui, bien que conceptuellement distincts, sont interdépendants. Le recours à la justice pour faire valoir ses droits est un acte de reconnaissance et de confiance dans la nécessité de faire régner l'ordre par le droit. Cependant, la corrélation entre confiance et participation est ambivalente car la participation ne conduit pas à reconnaître aux victimes un rôle individuel et une confiance assurée dans la procédure devant la CPI.

Ces aspects relatifs à la corrélation entre traitement des victime et confiance n'ont reçu d'attention par la Cour et la littérature juridique que de manière indirecte, et plus particulièrement à travers l'examen de l'effectivité et de l'efficacité de la procédure devant la Cour. Ces questions ont été, en outre, mises en exergue récemment par le Rapport des Experts Indépendants¹¹. Ce dernier aborde certains aspects relatifs à la confiance du public dans le processus judiciaire, notamment la confiance dans les décisions prises par le Bureau du Procureur (para. 101, p. 32), les risques d'érosion de la réputation et de la crédibilité de la Cour pour les Etats parties et la société civile (para. 230, p. 61) et la confiance dans les décisions de la Cour – certitude et prévisibilité des normes (para. 586, p. 142).

Cette démarche nous invite à comprendre, à travers le prisme du traitement des victimes, la conception qu'ont donnée les organes judiciaires de la Cour à leur statut et rôle tout au long du processus judiciaire et les déterminants conceptuels et juridiques de la confiance des victimes dans le système de Rome. De point de vue, la présence des victimes dans la procédure postule leur confiance dans la Cour pénale internationale. La corrélation entre confiance et participation est de ce fait double (I). La place des victimes dans les différentes phases de la procédure obéit à des règles spécifiques qui n'en font pas une partie, et dont l'étendue semble donner moins de satisfaction dans la durée par rapport à l'efficacité des organes et

¹¹ CPI, Assemblée des Etats parties, *Examen de la Cour pénale internationale et du Système du Statut de Rome par des experts indépendants. Rapport final* (ICC-ASP/19/16), 30 septembre 2020 [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-16-FRA-IER-Report-9nov20-1800.pdf]. Il faut noter que la question de confiance est abordée par le Rapport, mais elle concerne surtout les questions de la confiance interne (au sein des organes et personnel de la Cour) et de la culture de travail à la Cour.

décisions de la Cour. La pratique nous montre, en outre, que dans leur cheminement, les victimes font face à divers défis dont l'impact affecte systématiquement leur confiance dans la capacité de la Cour à transcender ses règles pour répondre aux besoins et attentes des communautés les plus affectées par les crimes les plus graves (II).

I. LA PARTICIPATION COMME INDICATEUR DE CONFIANCE DES VICTIMES DANS LA CPI

Le droit ne définit pas la confiance, même si, dans sa finalité, elle tend à donner un sens à la fonction judiciaire aux yeux du public. Avoir confiance dans la justice pénale s'impose visiblement comme une nécessité en vue d'assurer l'indépendance, l'impartialité, mais aussi l'efficacité de l'ensemble du système pénal international. Le public dans sa diversité a besoin de percevoir le système et le processus judiciaire pénal à travers ses perspectives personnelles, c'est-à-dire de voir la Cour garantir les droits d'accès à la justice et à un procès équitable ; de voir également la procédure rapide et inclusive, autrement-dit non sélective. Au-delà des considérations spécifiques à chacun des acteurs du processus judiciaires, ce sont les victimes qui manifestent une préoccupation commune : que l'action pénale aboutisse à établir la vérité¹², et par conséquent, à les protéger contre les crimes les plus odieux, c'est-à-dire à garantir la non-répétition. Le problème des crimes de masse est qu'ils provoquent un traumatisme de masse, entraînant des effets de psychose d'une portée différente selon les faits et circonstances de la victimisation. Aucun endroit n'est plus sûr pour les populations affectées par les exactions, ou frappées par les guerres et les conflits. Certaines victimes n'ont plus de raison de vivre : pourquoi alors faire confiance en aval à des institutions qui n'ont pas pu ou su les protéger en amont ?

Le lien entre les victimes et la Cour permet de vérifier la relation institutionnelle entre confiance et compétence, qui reste à la base de la participation volontaire des victimes au processus judiciaire (A.). Cela implique aussi l'examen de l'impact des règles de la procédure sur les communautés touchées par les crimes de masse, celles-ci devant être en mesure d'agir et de s'exprimer à chaque étape de la procédure. Bien que la confiance dans la compétence de la Cour constitue une condition *sine qua none* de légitimité du processus judiciaire, elle ne donne accès qu'à une partie de la procédure, où les victimes joueront un rôle, certes, mais qui sera strictement encadré (B.).

¹² Voy. en ce sens la déclaration de la victime a/07041/15 : « Lorsque je pense à la justice, je veux dire que je veux que la vérité soit connue s'agissant des événements que j'ai vécus. Et à l'instar d'autres personnes en Ouganda, nous voulons la vérité (...) Nous voulons que la vérité soit connue pour que nous puissions être satisfaits. Je veux que la Cour fonctionne bien et que cette affaire arrive à sa fin de manière juste. Je fais confiance à la Cour, je sais qu'elle rendra justice au nom des survivants que nous sommes ».

A. La confiance à la base de la participation volontaire des victimes dans la procédure

Depuis la création de la CPI, nous avons assisté à un phénomène double de judiciarisation et de légalisation du discours sur la participation des victimes. Cela s'est traduit par une tendance prononcée au renforcement des droits procéduraux des victimes en leur donnant accès au prétoire international. La victime est désormais devenue ce qu'il faut considérer comme un élément central pour la Cour et pour les parties prenantes au système universel de la lutte contre l'impunité. Elle incarne désormais cette transformation majeure puisqu'elle est la première juridiction pénale internationale à approuver la participation active des victimes dans le procès en leur donnant le statut de « participants » à la procédure. L'article 68§3, qui est la disposition-clef dans le Statut de Rome, prévoit la participation des victimes à la procédure lorsque leurs intérêts personnels sont concernés, d'une manière qui n'est pas incompatible avec le droit de l'accusé à un procès équitable et rapide. Leurs vues et préoccupations peuvent ainsi être présentées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour le juge approprié, selon la règle 90 du Règlement de procédure et de preuve (RPP).

Dans l'exercice de leurs droits, les personnes et communautés concernées ont d'abord besoin de bénéficier du statut de victimes. Cependant, la situation de victime d'avant le déclenchement de la procédure ne coïncide pas toujours avec celle de la victime admise à participer à la procédure. Au-delà des critères de définition fixés par la Règle 85 du RPP, le régime procédural de participation n'est pas toujours clair car il varie en fonction des étapes du processus judiciaire et d'une affaire à une autre (1).

Si le Statut de Rome ne prévoit pas un rôle actif des victimes, tel qu'un droit d'initiative de la procédure, il n'en établit pas moins une corrélation entre la participation institutionnalisée – où la Cour constitue un espace dans lequel les victimes ont la possibilité d'exprimer leurs préoccupations et points de vue – et l'idée selon laquelle la participation a pour objectif, non de créer un espace collectif de délibération (les victimes n'étant ni procureur, ni juge), mais plutôt de retrouver la confiance perdue de la justice et la paix par le droit. Il y aurait donc une vision « communautaire » de la procédure qui établit un rapport entre la justice pénale et les victimes, mais qui tend à être dominée par un formalisme par référence à des concepts procéduraux qui ne correspondent nécessairement pas à la conception que se font les victimes de la justice (2).

1. La victime participante : un régime procédural complexe

Nous n'allons pas revenir sur la définition de la victime¹³, mais seulement reprendre celle de la Règle 85 du RPP¹⁴, ainsi que les conditions d'admissibilité à

¹³ J.-M. SOREL, « Les victimes : victimes du droit international ? », in H. BEN MAHFOUDH (dir.), *Les victimes en droit international*, Actes du colloque international de Tunis, 4-5 décembre 2014, LR-DIERME, AUF-FHS, Tunis, 2019, pp. 9-21.

¹⁴ Au sens de la Règle 85 du RPP, la victime est soit une personne physique « qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour », soit une entité juridique, « une organisation ou une association dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital, ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct ».

ce statut, telles que fixées par la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga* pour identifier les victimes¹⁵. Cela dit, la CPI distingue plusieurs catégories de victimes, en tenant compte de critères objectifs et subjectifs pour identifier les victimes-ayant droit¹⁶. Ainsi, les victimes peuvent inclure des individus ayant souffert de violence sexuelle, des enfants, des personnes handicapées ou des personnes âgées. Une victime peut également être une personne qui subit un préjudice du fait d'un crime visant une autre personne, ce peut être un membre de la famille d'une personne qui a été tuée par exemple. Ces distinctions entre les différentes catégories de victimes sont importantes aux yeux des juges car les droits procéduraux de chaque type de victime varient en fonction de son rôle, du crime, du type de souffrance qu'elle a subie et du lien de causalité entre le crime présumé et le préjudice subi¹⁷. Ainsi, il existe une différence entre une « victime d'une situation »¹⁸ et une « victime d'une affaire »¹⁹.

En outre, une jurisprudence constante de la Cour considère que la notion de victime implique nécessairement l'existence d'un préjudice personnel²⁰, sans qu'il soit nécessairement un préjudice direct²¹. Ainsi dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, il semblait évident pour la Chambre d'appel que les parents d'un enfant soldat pouvaient se prétendre victimes indirectes du recrutement de leur enfant comme enfant soldat²². Cette définition, bien que non exhaustive, a le mérite de ne pas exclure certaines catégories de victimes qui n'étaient pas admises en tant que telles dans d'autres fora judiciaires internationaux. Il en est de même du *De cuius* (le défunt) qui s'est finalement vu reconnaître la qualité de victime par le juge unique dans l'affaire *Bemba* et qui a pu participer à la procédure par le biais de ses ayants

¹⁵ CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I (ICC-01/04-01/06-1432-tFRA), 11 juillet 2008 et traduction enregistrée le 27 août 2008, paras 61-65.

¹⁶ ICC, Pre-Trial Chamber III, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (ICC-01/19), 14 November 2019.

¹⁷ H. BEN MAHFOUDH, « Les victimes en droit international : essai de typologie », in M. A. MEKOUAR, M. PRIEUR (dir.), *Droit, humanité et environnement : mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, Bruxelles : Bruylant, 2020, p. 701.

¹⁸ Une « situation » décrit le cadre géographique et temporel général dans lequel des enquêtes et des affaires potentielles contre des personnes peuvent évoluer.

¹⁹ Une fois qu'un mandat d'arrêt (ou une citation à comparaître) a été délivré et exécuté à l'encontre d'un ou de plusieurs individus (ce qui signifie qu'ils ont été arrêtés ou qu'ils ont accepté de comparaître), une affaire spécifique se déroule en rapport avec ces individus. Elle comprendra une phase préliminaire (au cours de laquelle la Cour décidera quelles charges spécifiques feront l'objet d'un procès), un procès et éventuellement un appel.

²⁰ CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janv. 2008 par la Chambre de première instance I (ICC-01/04-01/06-1432-tFRA), 11 juillet 2008, para. 32.

²¹ *Ibid.*, para. 38.

²² CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janv. 2008 par la Chambre de première instance I (ICC-01/04-01/06-1423-tFRA), 11 juillet 2008, para. 32.

droit²³. La classification des personnes victimes en différentes catégories permet aussi de déterminer le régime procédural applicable à chacune d'entre elles, individuellement ou en groupe. Ainsi, les droits procéduraux peuvent varier selon que les victimes sont anonymes et non anonymes²⁴. Des droits participatifs supplémentaires peuvent être accordés, à la demande des victimes, au cas par cas²⁵.

Sur le plan procédural, la participation des victimes à la procédure est déterminée par l'article 68(3) du Statut de Rome, qui consacre le droit des victimes de participer aux affaires lorsque leurs intérêts personnels sont concernés. Mais il prévoit également que leur participation soit limitée à deux cas : (i) lorsque le Procureur veut ouvrir une enquête dans une situation de sa propre initiative ; (ii) lorsque la compétence de la CPI ou la recevabilité d'une affaire est contestée devant la CPI. Les victimes agissent donc dans ce cadre juridique et procédural où elles sont considérées comme des acteurs et non des parties dans les procédures. Comme l'a dit M. Jens Dieckmann, le représentant légal des victimes dans l'affaire *Banda*²⁶, « la participation des victimes est dans ce contexte le lien entre La Haye et le monde des victimes »²⁷. En effet, « [l]e fait de fournir aux victimes la possibilité de formuler leurs vues et préoccupations, de leur permettre de prendre part au processus de justice et de s'assurer que leurs souffrances sont prises en considération, laisse espérer qu'elles feront confiance au processus de justice et qu'elles le considéreront comme déterminant pour leur existence quotidienne et non pas comme lointain, technique et sans intérêt. Elles espèrent également que leur participation contribuera ainsi au processus de justice à la Cour »²⁸.

La manière dont la participation des victimes a été élaborée et interprétée dans la jurisprudence de la CPI a toutefois soulevé des questions importantes concernant leur rôle et l'impact qu'elles ont sur nombre de questions inhérentes à la conduite d'un procès, tels que la fonctionnalité des procédures judiciaires, le respect des droits des accusés, ou l'admission des victimes à participer à la procédure, notamment en phase préparatoire. Il y a, en effet, un décalage entre la pratique judiciaire et les principes inscrits dans les règles de la Cour.

D'abord, il revient aux juges de décider, à chaque étape de la procédure, quelles victimes parmi celles qui ont été identifiées ont le droit de participer aux débats et de transmettre, par voie de conséquence, leurs vues et préoccupations à la Cour. Il

²³ Voy. la quatrième décision relative à la participation des victimes dans l'affaire *Bemba*, par. 47 à 51 : « [B]ien qu'une personne décédée ne puisse exposer ses "vues et préoccupations" durant la procédure, le juge unique ne voit pas d'obstacle à ce que les droits des victimes décédées soient exercés par leurs successeurs, si ces successeurs se sont vus reconnaître la qualité de victimes participant à la procédure, comme dans le cas présent ».

²⁴ *Ibid.*, paras 101-110.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Cité dans J. RUDINA, « Victim Participation in International Criminal Justice at a Crossroads : A Promising Route Forward ? » 28 février 2018, librement accessible en ligne à l'adresse : <https://www.law.ox.ac.uk/centres-institutes/centre-criminology/blog/2018/02/victim-participation-international-criminal> (Consulté le 26 mai 2021).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red), 8 June 2018, para. 47.

s'agit entre autres de décider si les victimes qui ont déjà été considérées comme des victimes à un stade antérieur devant la CPI ont le droit de participer à la nouvelle étape. Ensuite, en ce qui concerne les deux domaines de la représentation juridique des victimes et du processus de réparation²⁹, le développement jurisprudentiel à la CPI a révélé une disparité considérable pour ce qui est du rôle et des droits accordés aux victimes, chaque chambre préliminaire et de première instance ayant défini les paramètres de la participation des victimes en fonction des exigences de chaque affaire et situation. Les procès à la CPI sont donc apparus davantage comme des laboratoires d'expérimentation que comme des processus guidés par des normes et une jurisprudence consistante et cohérente.

Cette dissociation des droits procéduraux en fonction des catégories des victimes a causé une grande insatisfaction et amalgame chez les communautés des victimes et leurs représentants. Souvent elles se plaignent d'être exclues de la procédure ou que leur rôle se résume à celui d'acteur passif ou de témoin. La participation ne conduit pas à reconnaître aux victimes un rôle individuel et une confiance assurée dans la procédure devant la CPI. La relation s'avère complexe et ambivalente, en raison du caractère sophistiqué de l'ordre juridique de la Cour et de la technicité des règles de preuve et de procédure qui dirigent tout le processus judiciaire.

2. Ambivalence du rapport confiance/participation

Le rapport entre confiance et participation apparaît, de surcroît, comme ambivalent, puisque l'admission des victimes à participer à la procédure devant la CPI, non comme partie au procès, mais comme acteur intervenant dans la procédure tient lieu de compromis entre deux visions opposées de l'organisation et la conduite des procès pénaux, l'un de tradition anglo-saxonne et l'autre d'essence romano-germanique ou de droit civil. Sauf que les victimes ne s'identifient pas à ces dichotomies, du fait qu'elles proviennent de traditions juridiques différentes, ou qu'elles ne possèdent plus d'identité juridique face aux affres qu'elles ont subies, soit tout simplement parce qu'elles refusent d'être traitées sur cette base.

Les conditions physique, psychologique et juridique des victimes les privent de clarté et souvent de possibilités de se diriger vers leurs juridictions nationales pour faire valoir leurs droits, aussi ont-elles besoin de s'orienter vers la Cour pour comprendre ce qui leur est arrivé et obtenir gain de cause. C'est pour cette raison que la confiance dans la Cour traduit un choix, sinon par défaut, du moins, par nécessité qui se construit davantage autour et tout au long de l'avancement du processus judiciaire que dans le partage d'une seule et unique identité juridique (celle de la victime). La confiance liée à la participation est, de ce fait, de court terme, alors que celle liée à la vérité et à la reconstruction de la paix est plutôt de long terme. Même si la procédure devant la Cour est longue et lente, qu'elle a ses propres limites (elle ne peut pas atteindre toutes les victimes), il ne faut pas que les victimes aient le sentiment qu'elles ont été exclues, à un moment ou un autre et de façon injuste (sélective ou arbitraire) de ce processus de construction de la vérité par le droit en raison de la place « secondaire » ou « aléatoire » qu'elles occupent dans le processus judiciaire. C'est là toute la complexité de la gouvernance de la confiance.

²⁹ *Ibid.*

L'autre facteur à prendre en compte dans cette relation confiance – participation, est le facteur psychologique, qui peut être inhibiteur pour les victimes. Avoir confiance dans l'ordre juridique de la Cour et le système pénal qu'elle représente est un sentiment légitime. Ce sentiment évoque, toutefois, la vulnérabilité des victimes devant le prétoire, tant il produit un effet mitigé entre, d'une part, le besoin de reconnaissance et de protection et, d'autre part, la crainte doublée de la réticence de se diriger vers la Cour par peur de représailles et défaut d'accès aux organes de la Cour. D'aucuns voudraient laisser les victimes à l'écart du processus judiciaire, sans leur présence, la procédure serait écrite avec la langue des accusés, comme cela fut par exemple le cas à Nuremberg.

Notre analyse montre que la bonne administration de la justice, bien qu'étant essentielle, reste un aspect plus déterminant aux yeux des parties prenantes (Etats parties, Accusation, Défense) au fonctionnement de la Cour que les questions de crédibilité, de certitude ou de transparence. Or, les communautés de victimes ne cessent d'exprimer ouvertement leur scepticisme quant à la capacité de la Cour de répondre à leurs besoins et attentes, allant même jusqu'à douter de son utilité pour des raisons qui sont à la fois objectives et subjectives. Examinons quelques aspects de ce problème, qui traduit un certain nombre d'incertitudes dans la confiance que le public place dans le système de Rome, qui reste pourtant à la base du rapport institutionnalisé entre la Cour et les justiciables.

C'est particulièrement le cas dans le déroulement de la procédure, en matière d'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires aux justiciables contre une justice secrète ou une procédure confidentielle échappant au contrôle du public et au principe de la transparence. Le principe de la publicité des débats qui est un droit fondamental de l'accusé³⁰, c'est également un élément nécessaire du procès équitable, en même temps qu'il constitue l'un des moyens de préserver la confiance des justiciables dans les cours et tribunaux³¹. La transparence de la procédure a cette vertu de préserver les valeurs fondamentales de tout l'ordre juridique de la Cour. Les atteintes à la publicité des débats doivent être exceptionnelles et justifiées, notamment en ce qui concerne la protection des témoins et des victimes³². En matière de divulgation et d'examen des preuves, l'absence (procédure *in absentia*) ou l'insuffisance de certains éléments dans la conduite du procès peut amener les victimes à douter de l'utilité de la procédure entière. Cause de frustration, son impact serait important sur « le moral et la participation des victimes et témoins » et la confiance du public dans la CPI³³.

³⁰ « Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement ».

³¹ COUR EUR. DR. H., arrêt du 8 décembre 1983, *Pretto Et Autres c. Italie* (req. n°7984/77), par. 21.

³² ICC, Appeals Chamber, *The Prosecutor vs. Thomas Lubango Dyilo*, Judgment against Trial Chamber II's Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable (ICC-01/04-01/06-T-113-FRA), 18 July 2019, pp. 21, para. 1. 4 et ss.

³³ ICC, Appeals Chamber, *The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Judgment against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled « Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial » (ICC-01/09-01/11-1066), 25 October 2013.

Il en est de même pour l'indépendance et l'impartialité de la Cour. L'impartialité judiciaire commande au juge de s'interroger sur ce qu'il convient de faire car cela est de nature à rassurer les justiciables sur le rôle de la Cour comme ultime bouclier contre les atteintes graves à la dignité et la vie humaine. En revanche, lorsque les jalons de confiance sont transgressés, il faut qu'il y ait des moyens juridiques pour empêcher que des abus ou comportements ne « déconsidèrent » encore plus la bonne administration de la justice³⁴. Une Cour doit être en mesure d'inspirer l'impartialité et d'exclure par conséquent tout doute légitime que d'aucuns peuvent nourrir quant à son respect. Par rapport à cela, ce qui compte c'est la perception, ce que souligne d'ailleurs la CEDH, car même l'apparence d'un doute met en jeu la confiance du public³⁵. Le double souci de transparence et de légitimité de la procédure n'a pas échappé aux rédacteurs du Statut de Rome, puisque la Cour a compétence pour connaître des atteintes à l'administration de la justice lorsqu'elles sont commises intentionnellement dans les cas prévus à l'article 70 de son Statut. Il va de soi que ces infractions ne sauraient être assimilées aux crimes mentionnés à l'article 5 du Statut³⁶. De même qu'aux fins de garantir l'impartialité des juges, les instruments juridiques de la Cour (Statut, RPP et Règlement de la Cour) proscrivent les conflits d'intérêts, en même temps qu'ils donnent aux justiciables – et pas uniquement l'accusé – la possibilité de demander la décharge ou la récusation des juges³⁷, si les apparences induisent des doutes sur l'impartialité.

Il découle de ce qui précède que la confiance apparaît bien comme un principe qui tend à transcender les controverses multiples que causent des visions souvent opposées des droits procéduraux des victimes et de leur rôle dans le déroulement de la procédure pénale, avec pour finalité de proposer un cadre plus à même de (re)définir les relations institutionnelles entre les différents acteurs du procès.

Le Statut de Rome prend en compte cette logique de dépassement des stigmatisations de l'un et de l'autre, en garantissant « durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre »³⁸. C'est en cela que l'action pénale se dirige vers différentes parties prenantes, en leur donnant les garanties nécessaires de croire en la capacité de la Cour (croire = confiance) de « mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de

³⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aime Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu et Narcisse Arido*, Requête de la Défense en vue de solliciter la récusation du Juge unique Cuno Tarfusser pour violation de la règle de l'impartialité (ICC-01/05-01/13), 7 mai 2014, p. 13, para. 37 et p. 14, para. 44.

³⁵ COUREUR. DR. H., arrêt du 12 avril 2005, *Whitfield et al c. Royaume Uni* (req. n°46387/99, 48906/99, 57410/00, 57419/00), para. 43 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 23 juin 1984, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Belgique* (req. n°6878/75, 7238/75), para. 78 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume Uni*, (req. n°7819/77, 7878/77), para. 78 ; COUR EUR. DR. H., arrêt du 16 décembre 2003, *Grievés c. Royaume Uni*, (req. n°57067/00), para. 69.

³⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Fidèle Babala Wandu contre la Décision relative à la requête urgente de la Défense aux fins de la mise en liberté provisoire de Fidèle Babala Wandu (ICC-01/05-01/13 OA 3), 11 juillet 2014, p. 38, para. 89.

³⁷ Article 41 du Statut.

³⁸ Statut de Rome, Préambule.

nouveaux crimes »³⁹. Cet objectif, s'il est important, c'est parce qu'il constitue la raison d'être de toute la procédure devant la Cour. Sa portée va au-delà des intérêts immédiats des parties et participants aux procédures pour atteindre l'humanité dans son ensemble ; c'est en cela qu'il a un effet *erga omnes*, en opposant une vision communautaire du processus judiciaire, à une démarche qui serait sélective et imprévisible pour les acteurs de justice.

B. Caractéristiques du rôle des victimes dans la procédure pénale internationale

La participation des victimes s'explique par des enjeux différents auxquels la juridiction pénale universelle doit porter une attention particulière. D'une manière générale, il est intéressant de constater qu'il n'existe pas encore une approche systémique de la participation mais plutôt casuistique. Différentes visions sont exprimées quant à la légitimité des procès devant la CPI. Si une vision met en avant l'opposition entre le procès équitable et le « procès spectacle », pour exprimer, pour ainsi dire, une vision empreinte de scepticisme à l'égard de la justice pénale internationale, d'autres, en revanche, appellent à l'ajustement et l'adaptation des règles de procédure (accusatoire c. inquisitoire) au contexte de la criminalité internationale afin de mieux répondre aux attentes des victimes. Toutefois, le principal enjeu de la participation des victimes est de leur permettre de franchir le seuil ou la porte de la procédure pénale dans le cadre de l'examen préliminaire et de la confirmation des charges (1). En revanche, l'obtention du « statut de participant » ne confère qu'un droit d'intervention dans la procédure, aussi bien dans la phase judiciaire que pendant les demandes en réparation (2).

1. Franchir la porte de l'examen préliminaire : l'absence d'une pratique judiciaire cohérente

Les examens préliminaires sont une étape importante de la procédure car c'est à ce moment-là que le Bureau du procureur décide si les conditions de poursuite sont remplies. Le Procureur doit, sur la base des renseignements qui lui ont été fournis, évaluer s'il y a une base raisonnable à ce qu'une enquête soit ouverte. Si les prérequis sont fixés par l'article 53 du Statut de Rome, cette étape du processus judiciaire de la CPI n'est pas suffisamment réglementée dans les instruments et règles de procédure de la Cour. Elle est perçue par les victimes et leurs représentants, comme une « porte de fer très difficile à franchir »⁴⁰, alors que certains observateurs n'ont pas manqué de la qualifier d'étape de procédure de type particulier laissée à la discrétion du Bureau du Procureur⁴¹.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Représentant de la société civile consulté par la FIDH dans le cadre d'une évaluation sur la performance de la Cour. FIDH/KHRC - *Le mandat de la Cour pénale internationale auprès des victimes : déceptions, préoccupations et solutions pour l'avenir. Observations et recommandations destinées à l'Examen d'experts indépendants*, juin 2020, n°752f, p. 10.

⁴¹ S. CARSTEN, « Damned if you do, damned if you don't: Challenges and Critiques of ICC Preliminary Examination », *Journal of International Criminal Law*, vol 15, n°3, 2017, p. 429.

Les Chambres préliminaires ont interprété la norme de preuve fondée sur l'existence d'une « base raisonnable pour croire » (sous-entendu « qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ») la plus basse dans le cadre statutaire de la Cour, comme « une justification raisonnable et rationnelle de la croyance qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en train d'être commis »⁴². Cela est « interprété et appliqué à l'encontre de l'objectif sous-jacent des dispositions de l'article 15(4) qui est d'éviter que la Cour procède à des enquêtes injustifiées, abusives ou répondant à des motivations politiques, et qui pourraient nuire à sa crédibilité »⁴³.

Jusqu'à l'affaire *Bemba*, les victimes avaient l'habitude de voir la CPI suivre la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* en se fondant sur la notion de « caractère raisonnable » lors de l'examen des constatations d'une chambre de première instance. Comme le souligne le Rapport des Experts Indépendants, « la décision de s'écarter de cette norme était inattendue, et aucune explication claire n'a été apportée. Cette décision engendre une grande incertitude quant à la norme d'examen applicable en matière d'erreurs de fait. Cette incertitude n'est pas souhaitable »⁴⁴. Les auteurs du rapport sur la Cour remis en 2020 estiment, dans leurs constatations « qu'il est désormais nécessaire et urgent d'apporter cette sécurité juridique et de rétablir la confiance du grand public dans le système du Statut de Rome »⁴⁵.

Pour les victimes, la décision d'ouverture d'une enquête est un mécanisme important qui leur permet de soumettre des informations qu'elles estiment importantes au Procureur. Si le Procureur a l'intention de demander une requête en vertu de l'article 15 (3) du Statut de la CPI, toutes les victimes connues du Procureur ou de l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins (UAVT) doivent être informées en vertu de la règle 50 (1) du RPP. Les victimes peuvent ensuite présenter des observations par écrit conformément à la règle 50 (2) et (3) du RPP. Les informations des victimes peuvent être portées à l'attention du Procureur en vertu de l'article 15 (1) et (2) du Statut de la CPI, et comme corollaire du rôle important des victimes dans les procédures *proprio motu*, leur participation est réglementée au début de la procédure. Dans la pratique, les victimes ont, par exemple, demandé à participer dans les situations au Kenya et en Côte d'Ivoire⁴⁶. De plus, à travers l'examen préliminaire, elles peuvent aussi présenter des observations à la Chambre préliminaire lorsqu'une demande est présentée en vertu de l'article 15 du Statut de la CPI.

⁴² CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, Décision en vertu de l'article 15 du Statut de Rome sur l'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya (ICC-01/09-19-Corr-tFRA), 31 mars 2010, para. 32.

⁴³ « [t]o be construed and applied against the underlying purpose of the procedure in article 15(4) which is to prevent the Court from proceeding with unwarranted, frivolous, or politically motivated investigations that could have a negative effect on its credibility », *ibid* (nous soulignons).

⁴⁴ CPI, Assemblée des Etats parties, *Examen de la Cour pénale internationale et du Système du Statut de Rome par des experts indépendants. Rapport final* (ICC-ASP/19/16), 30 septembre 2020, para. 586, p. 142.

⁴⁵ *Ibid*.

⁴⁶ ICC, Pre-Trial Chamber III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, Order to the Victims Participation and Reparations Section Concerning Victims' Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute (ICC-02/11-6), 6 July 2011, para. 10.

Néanmoins, la jurisprudence n'a pas encore trouvé de pratique commune en ce qui concerne les moyens de participation et les droits des victimes à un stade aussi précoce de la procédure. La Chambre Préliminaire dans la situation au Kenya a demandé à la Section de la Participation des Victimes et des Réparations (SPVR) de :

- (1) identifier, dans la mesure du possible, les chefs communautaires des groupes affectés pour agir au nom des victimes qui pourraient souhaiter faire des représentations (représentation collective) ;
- (2) recevoir les représentations des victimes (collectives et/ou individuelles) ;
- (3) évaluer, conformément au paragraphe 8 de l'ordonnance de la Chambre, si les conditions énoncées à la règle 85 du Règlement ont été remplies ; et
- (4) résumer les représentations des victimes dans un rapport consolidé auquel sont annexées les représentations originales.

La Chambre préliminaire III dans la situation en Côte d'Ivoire s'est écartée de cette approche et, par souci de célérité, a demandé à la SPVR de fournir « un rapport unique et consolidé sur les représentations collectives et individuelles »⁴⁷.

Cette phase cruciale est compliquée, car plus le processus avance vers l'autorisation de l'ouverture de l'enquête par la Chambre préliminaire et plus les standards de preuve et d'information sont élevés. Au fur et à mesure que l'on avance dans l'enquête, cette exigence se concentre sur les individus, y compris les victimes, plutôt que sur les faits ou événements. Un commentateur parle d'ailleurs de « la première marche d'un escalier qui devient plus strict à chaque pas vers le procès et exige des preuves plus approfondies à chaque niveau »⁴⁸.

2. Longueur des enquêtes préliminaires et absence de communication avec les victimes

Les victimes se plaignent souvent des retards dans l'avancement de l'enquête préliminaire, sans compter le coût élevé de la procédure qu'engendrent de tels retards. Cette phase durant laquelle le Bureau du Procureur filtre un nombre important de communications qui lui sont parvenues, relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire et de l'approche qu'il a choisie. Elle n'est soumise à aucun jalon temporel.

La longueur de l'examen préliminaire, qui dans certain cas dure depuis plus de dix ans (ex : Colombie, 2004 ou Guinée, 2009) et l'approche retenue par le Procureur de la complémentarité positive, sont des facteurs susceptibles de fragiliser la confiance envers l'Accusation, une longueur disproportionnée qui est susceptible de « contribuer à l'impunité et au déni de justice pour les victimes »⁴⁹. En effet, faire durer les examens préliminaires pendant plusieurs années est à la

⁴⁷ ICC, Pre-Trial Chamber III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, *ibid.*, para. 9.

⁴⁸ I. STEGMILLER, « The Pre-Investigation Stage of the ICTY and the ICC Compared », in T. KREUSSMANN (ed.), *ICTY: Towards a Fair Trial?* Wien-Graz : Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2008, p. 322 ; eg. I. STEGMILLER, *The Pre-Investigation Stage of the ICC, Criteria for Situation Selection*, Berlin : Duncker and Humblot, 2011, p. 253.

⁴⁹ FIDH/KHRC - *Le mandat de la Cour pénale internationale auprès des victimes: déceptions, préoccupations et solutions pour l'avenir*, p. 13.

fois intenable et préjudiciable aux preuves potentielles et aux autres possibilités d'enquête, mais aussi frustrant pour les victimes et la société civile, et peu satisfaisant pour les Etats parties. Pour les victimes, leur situation risque d'empirer lorsque les crimes s'aggravent et continuent à être commis, alors que le Bureau du Procureur évalue les informations qui lui sont communiquées aux fins de l'ouverture d'une enquête (dite « Phase 2 »). En attendant l'issue de cette phase, elles restent privées de justice, alors que les personnes détenues depuis des années (le cas de la Guinée, par exemple, est parlant) sont en attente d'un procès. Comme le souligne fort bien la juge Christine Van den Wyngaert dans son opinion minoritaire, « ce qui détermine la réussite ou l'échec, c'est avant tout la réponse à la question de savoir si la procédure est, tout entière, équitable et juste »⁵⁰.

Souvent, durant cette phase, les victimes ne sont pas informées de leurs droits, ce qui va à l'encontre de leur participation active dans le déroulement de la phase préliminaire. Outre le fait que les victimes ignorent donc presque tout sur le déroulement des affaires, il est important de reconnaître que des enquêtes qui s'étalent dans le temps, avec des accusés qui restent en fuite et des éléments de preuve soit insuffisants, soit qui risquent de s'estomper, constituent un problème majeur. Tous ces facteurs provoquent des frustrations générales laissant planer des doutes à propos du sérieux et de l'efficacité des enquêtes.

Le droit des victimes à l'information reste une exigence statutaire et une condition préalable à l'exercice de leurs droits en vertu du Statut de Rome. La Cour doit en tenir compte pour rendre justice. Sans cette condition préalable, les victimes ne peuvent se sentir concernées par l'enquête en cours et encore moins être convaincues quant à la capacité de la Cour de leur rendre justice. D'ailleurs, ce constat s'impose de plus en plus régulièrement, et pas uniquement lors de la phase préliminaire : le manque de sensibilisation et de communication adéquates, en particulier en ce qui concerne les décisions considérées comme négatives par les victimes (décisions d'acquittement telles que celles rendues dans les affaires contre *Gbagbo* et *Blé Goudé* par exemple, où le jugement écrit complet n'a été fourni qu'en anglais, et ce, six mois après l'acquittement), a provoqué aussi du ressentiment parmi les communautés affectées par les crimes en cause et induit des idées fausses sur la Cour et son travail⁵¹.

Une évolution plus favorable semble néanmoins s'esquisser dans le cas de la Palestine, où un examen préliminaire a été ouvert en 2015 et une enquête annoncée en décembre 2020 sur les crimes visés dans le Statut de Rome⁵². Les actes de violences contre les populations civiles dans les territoires occupés et l'expansion des colonies n'ont pas cessé durant cette période, ce qui, à terme, pourrait poser des problèmes de sensibilisation et de communication à l'intention des victimes ;

⁵⁰ CPI, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Opinion de la Minorité présentée par la juge Christine Van den Wyngaert (ICC-01/04-01/07-3436-AnXI-tFRA), 7 mars 2014, p. 179, para. 310.

⁵¹ FIDH/KHRC - *Le mandat de la Cour pénale internationale auprès des victimes: déceptions, préoccupations et solutions pour l'avenir*, p. 23.

⁵² Déclaration du Procureur de la CPI, Mme Fatou Bensouda, à propos d'une enquête sur la situation en Palestine : <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine&ln=fr>

la Chambre préliminaire a donc ordonné la mise en place d'un système de diffusion d'informations publiques ainsi que des activités de sensibilisation auprès des communautés touchées et des victimes de la situation en Palestine⁵³. Il n'en demeure pas moins que le mandat de sensibilisation et de communication du Greffe au stade de l'examen préliminaire n'est activé que par une décision judiciaire, remarquant les organisations de la société civile.

Aussi, la Cour est-elle appelée à communiquer avec les victimes et leurs représentants durant l'ensemble du processus judiciaire, à expliquer ses finalités, son déroulement et les façons dont les victimes peuvent communiquer avec les organes de la Cour. Il en va de la crédibilité du processus, de sa capacité à aider les victimes et les communautés à accéder aux renseignements sur les affaires devant la Cour et à leur permettre d'y participer lorsque leurs intérêts sont concernés. Pour ce faire, la phase préliminaire doit constituer un socle de départ solide pour induire un engagement total de tous les protagonistes du processus judiciaire et donner à la Cour les meilleures chances de pouvoir traiter chaque affaire avec rapidité, rigueur et précision. Ce n'est qu'après que les juges détermineront l'approche à observer en fonction de la nature des crimes, des intérêts des victimes et de ceux de la défense.

II. APPROCHES DE LA DÉTERMINATION DU RÔLE DES VICTIMES DANS LES PROCÉDURES RELATIVES AUX SITUATIONS ET AUX AFFAIRES

Avec l'aide de représentants légaux, les victimes peuvent présenter leurs points de vue et préoccupations à la Cour, interroger des témoins et des experts pendant le procès et, dans certaines circonstances, présenter des éléments de preuve (A.)⁵⁴. En outre, en vertu de l'article 75 du Statut, les victimes peuvent également demander réparation pour le préjudice qu'elles ont subi. En pratique, ces droits sont sujets à des règles spécifiques qui, tout en précisant leur contenu, en limitent néanmoins la portée sur la base des circonstances spécifiques à chaque situation et étape de la procédure. Les Chambres, elles-mêmes, ne semblent pas parvenir à une pratique cohérente en la matière, puisque l'approche varie en fonction des intérêts personnels spécifiques des personnes admises à participer à la procédure (B.).

A. Le droit des victimes d'adresser des représentations

A la suite d'une demande du Procureur de pouvoir commencer une enquête sur le fondement de l'article 15(3), les victimes ont la possibilité d'adresser des observations à la Chambre préliminaire. Les informations des victimes peuvent être portées à l'attention du Procureur en vertu de l'article 15(1) et (2) du Statut de la CPI, et comme corollaire du rôle important des victimes dans les procédures *proprio motu*, leur participation est réglemée au début de la procédure.

⁵³ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine*, Decision on Information and Outreach for the Victims of the Situation (ICC-01/18), 13 July 2018. Voy. également le compte-rendu d'audience : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_03690.PDF

⁵⁴ ICC, Trial Chamber IX, *The Prosecutor vs. Dominic Ongwen*, Decision on the Legal Representatives for Victims Requests to Present Evidence and Views and Concerns and related requests (ICC-02/04-01/15), 6 March 2018.

1. Le droit des victimes de présenter des observations, d'être entendues et de déposer des documents

Si le Procureur a l'intention de demander l'ouverture d'une enquête en vertu de l'article 15(3) du Statut de la CPI, toutes les victimes connues du Procureur ou de l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins doivent être informées en vertu de la règle 50(1) du RPP. Les victimes peuvent alors présenter des observations par écrit conformément à la règle 50(2) et (3) du Règlement de procédure et de preuve.

L'effet à donner au droit des victimes reste, toutefois, soumis à l'appréciation de la Cour et à des stades de la procédure « qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial »⁵⁵. La Chambre peut demander des informations supplémentaires aux victimes qui ont présenté des observations et, « si elle le juge approprié, peut tenir une audience » conformément à la Règle 50(4) du RPP.

Les victimes ont par ailleurs le droit de présenter des « observations » à la Cour dans les procédures portant sur la compétence ou la recevabilité en vertu de l'article 19(3) du Statut. A ce stade préliminaire de la procédure, la jurisprudence n'a pas encore trouvé de pratique commune. Le Greffier informe aussi les personnes visées à la règle 59(1)(b), à savoir « les victimes qui ont déjà communiqué avec la Cour au sujet de cette affaire ou leurs représentants légaux », de toute question ou contestation de compétence ou de recevabilité soulevée en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 19. En vertu de la règle 59(2), les victimes doivent être informées lorsqu'une exception d'irrecevabilité est soulevée et recevoir un résumé des motifs de l'exception. La règle 89(1) prévoit également que la Chambre précise la procédure et la manière dont la participation des victimes est jugée appropriée, ce qui peut inclure la présentation de déclarations d'ouverture et de clôture.

Sur la base de l'article 19(3) du Statut, les victimes ont pu présenter devant la Chambre préliminaire I leurs observations sur la demande du Procureur de se prononcer sur la compétence territoriale de la Cour en Palestine⁵⁶. Elles ont ainsi apporté des arguments pour étayer la compétence territoriale de la Cour en la situation⁵⁷, mais également apporté des éclairages sur des aspects relatifs à la protection des victimes par la IV Convention de Genève de 1949⁵⁸, ou au respect du droit à l'autodétermination⁵⁹.

⁵⁵ Article 68-3 du Statut de Rome.

⁵⁶ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine*, Victims' observations on the Prosecutor's request for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine (ICC-01/18), 16 March 2020.

⁵⁷ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine*, The Khan al-Ahmar victims observations (ICC-01/18-68), 12 March 2020.

⁵⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine*, Victims' observations on the Prosecutor's request for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine (ICC-01/18-99), 16 March 2020.

⁵⁹ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine*, Submission on behalf of child victims and their families pursuant to article 19-3 of the Statute (ICC-01/18-102), 16 March 2020.

Toutefois, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les Chambres de la CPI ne sont liées que par deux critères généraux : *premièrement*, les victimes ne sont autorisées à participer qu'aux « stades de la procédure jugés appropriés par la Cour » et lorsque leurs « intérêts personnels » sont concernés ; *deuxièmement*, elles ont seulement le droit de présenter « leurs vues et préoccupations » d'une manière qui n'est pas « préjudiciable ou incompatible » avec les droits de l'accusé, notamment celui d'avoir un procès équitable et impartial. Le droit de participer à un acte de procédure ou à la présentation d'un élément de preuve donné n'est donc garanti qu'après une deuxième analyse des intérêts personnels spécifiques des personnes ayant le « statut de participant » à la lumière de l'acte de procédure ou de l'élément de preuve en question. Cette approche est dite casuistique en opposition à celle systématique⁶⁰.

Le langage utilisé par les dispositions pertinentes du Statut de Rome, en l'occurrence les articles 15(3), 19(3), 68(3) et 75, et celles du RPP montrent clairement que l'approche de la détermination du rôle des victimes dans les procédures relatives aux situations et aux affaires est plutôt casuistique. D'ailleurs, la Chambre d'appel s'est prononcée sans ambiguïté en faveur de cette approche. Cette conclusion est suggérée par une lecture conjointe de ses décisions du 2 février 2009⁶¹, du 19 décembre 2008⁶² et du 13 juin 2007⁶³, lorsque la Chambre d'appel a confirmé la position de la Chambre de première instance selon laquelle la participation des victimes nécessite une « application discrète » supplémentaire, lorsqu'elle a débattu de la question de savoir si les victimes ont le droit de présenter des preuves⁶⁴. Le résultat ainsi obtenu est une définition des victimes basée sur les « preuves », en plus d'une analyse casuistique pour savoir si les intérêts personnels d'une victime particulière sont engagés, et les droits de l'accusé sont dûment pris en compte, dans chaque activité procédurale particulière⁶⁵.

Sur un autre plan, il semble étrange aussi que l'exigence de notification de la Règle 92 ne s'applique pas aux « procédures » prévues dans la partie 2 du Statut (compétence, recevabilité et droit applicable), qui comprend les procédures

⁶⁰ H. OLÁSULO, « Systematic and Casuistic Approaches to the Role of Victims in Criminal Proceedings Before the International Criminal Court », *New Criminal Law Review*, vol. 12, 2009, pp. 524-527.

⁶¹ CPI, Chambre d'appel, *Situation au Darfour*, Arrêt relatif à la participation des victimes au stade de l'enquête dans l'appel du BCPD contre la décision de la Chambre préliminaire I du 3 décembre 2007 et dans les appels du BCPD et du Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I du 6 décembre 2007 (ICC-01/05-177 OA OA2 OA3), 2 février 2009, para. 7.

⁶² CPI, Chambre d'appel, *Situation en RDC*, Arrêt relatif à la participation des victimes au stade de l'enquête dans le cadre de l'appel du Bureau du conseil public pour la Défense contre la décision de la Chambre préliminaire I du 7 décembre 2007 et dans le cadre des appels du Bureau du conseil public pour la Défense et du Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I du 24 décembre 2007 (ICC-01/04-556 OA4, OA5, OA6), 19 décembre 2008, paras. 45-59.

⁶³ CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la requête conjointe des victimes a/0001/06 à a/0003/06 et a/0105/06 concernant les "Instructions et la décision de la Chambre d'appel" du 2 février 2007 (ICC-01/04-01/06-925), 13 juin 2007.

⁶⁴ CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Arrêt sur les appels du Procureur et de la Défense contre la décision de la Chambre de première instance I sur la participation des victimes du 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1432), 7 juillet 2008, paras. 61 et 104 [ci-après dénommé « Arrêt de la Chambre d'appel du 7 juillet 2008 »].

⁶⁵ H. OLÁSULO, A. KISS, « The role of victims in criminal proceedings before the International Criminal Court », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 81, n°1-2, 2010, p. 144.

auxquelles l'article 19(3) s'applique, alors que cette règle ne concerne que la notification et ne limite pas la capacité des victimes à participer à la procédure. Cette ambivalence est décrite comme un exemple « d'ambiguïté constructive » ou « d'obscurité », puisqu'elle laisse une marge considérable pour l'expérimentation et la flexibilité judiciaire dans la quête d'un régime satisfaisant pour la participation des victimes.

Au stade de l'enquête, les victimes ont notamment le droit d'être entendues et de déposer des documents auprès du Bureau du Procureur. En règle générale, elles ont été autorisées à participer aux procédures ou actes menés par celui-ci lorsque cela a été jugé approprié par la Chambre⁶⁶. La Chambre d'appel a cependant estimé qu'étant donné que la phase d'enquête sur une situation est généralement menée par le Bureau du Procureur, et que ce n'est que dans des scénarios très limités que des procédures judiciaires ont lieu à ce stade, il n'y a pas de statut procédural pour les victimes au stade de l'enquête. Par conséquent, les victimes ne sont pas autorisées à faire des soumissions et à déposer des documents auprès de la Chambre de première instance en relation avec l'enquête de l'Accusation⁶⁷. Les victimes contestent ce rôle diminué et revendiquent, en revanche, une participation plus active.

Chaque Chambre de première instance devra décider si les victimes peuvent participer à ces procédures judiciaires spécifiques tenues devant elle pendant la phase d'enquête. La décision sera prise au cas par cas en fonction de l'impact de ces procédures sur les intérêts personnels des victimes. En conséquence, la Chambre d'appel a adopté une sorte de position intermédiaire entre les approches des chambres préliminaires I et II : elle a ainsi remis en cause la conclusion de la Chambre préliminaire I sur le droit général des victimes d'être entendues et de déposer des documents pendant l'enquête, sans pour autant aller aussi loin que la Chambre préliminaire II sur les procédures judiciaires spécifiques auxquelles les victimes de situations peuvent participer⁶⁸.

Malgré son aspect innovant et la reconnaissance d'un droit d'intervention une fois que le Procureur a déclenché l'action pénale (procédures conduisant à l'autorisation pour le Procureur d'exercer ses pouvoirs *proprio motu* conformément à l'article 15 ; ou liées à l'ouverture d'une enquête conformément à l'article 53), le régime procédural de participation continue à susciter des inquiétudes quant à l'intervention des victimes dans la procédure, non en tant qu'acteur mais en tant qu'accusateur privé ou comme potentiel « Procureur *bis* ». Si ce rôle, dénoncé par la défense, facilite l'interaction de la Cour avec un plus

⁶⁶ Dans sa décision du 10 août 2007, la Chambre préliminaire I a précisé qu'au stade de l'enquête sur une situation, les victimes de la situation pouvaient exercer leur participation aux procédures : (i) conduisant à l'autorisation pour le Procureur d'exercer ses pouvoirs *proprio motu* conformément à l'article 15 ; (ii) liées à l'ouverture d'une enquête conformément à l'article 53 ; (iii) liées à la protection de la sécurité et de la vie privée des victimes ; (iv) liées à la préservation des preuves. (ICC, Trial Chamber I, Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, paras. 82-102).

⁶⁷ CPI, Chambre d'appel, Décision du 19 décembre 2008, paras. 41-46. Voir également la décision de la Chambre d'appel du 2 février 2009 (mentionnée note 61 ci-dessus), para. 7.

⁶⁸ H. OLÁSULO, A. KISS, *op. cit.*, p. 146.

large nombre de victimes au tout début de la phase préliminaire, l'on notera qu'il paraît sans surprise en contradiction avec la logique du système de Rome, lequel n'ouvre pas la porte de l'enquête aux victimes pour le déclenchement des poursuites – ce qui au demeurant semble pleinement justifié car le contraire en aurait fait de véritables acteurs de l'action pénale.

2. L'engagement insuffisant de la Cour auprès des victimes et des communautés affectées

Indépendamment du débat sur la pertinence de la définition légale de la victime et de sa portée pratique, il existe une certaine inquiétude quant à l'uniformité des règles relatives à la reconnaissance des victimes devant la Cour. Il est bien connu qu'un processus efficace de demande et d'admission est un point de départ essentiel pour le développement ultérieur d'un système complet et efficace pour la reconnaissance des victimes et leur participation à la procédure. Sans cela les victimes risquent de rester en marge du procès. Ces enjeux sont d'autant plus importants lorsque les victimes résident, comme souvent, à mille lieux de la Cour, et/ou qu'elles n'ont pas la possibilité d'interagir avec ses organes. Deux séries d'obstacles sont à mentionner par rapport à la frustration des victimes quant au manque d'engagement des structures de la CPI.

Le premier problème est relatif à la sensibilisation des victimes au stade de l'enquête⁶⁹. Il s'agit d'une préoccupation réelle puisqu'apparemment les activités de soutien et de coopération aux victimes ne commencent que de façon tardive, alors qu'elles devraient intervenir au début de l'action pénale, du moins avant la demande d'autoriser l'ouverture d'une enquête devant la Chambre préliminaire suivant l'article 15(3) du Statut. Dans le cas de l'enquête préliminaire sur l'Afghanistan, il a été constaté que l'engagement avec les victimes n'a commencé que lorsque le Procureur a présenté à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation d'ouvrir une enquête. Cela a causé beaucoup de difficultés pour joindre les victimes, dont la majeure partie habite dans des contrées difficilement accessibles, ne dispose pas d'accès à internet, n'était pas informée des évolutions pertinentes de la situation devant la Cour et est surtout illettrée⁷⁰. Certaines victimes n'étaient pas même au courant qu'une enquête était en effet en cours concernant les crimes commis sur le territoire de l'Afghanistan ou par ses ressortissants à partir du 1er mai 2003.

Ces difficultés témoignent des obstacles pratiques et juridiques que la plupart des victimes et leurs représentants parmi la société civile ont rencontrés pour atteindre la Cour et y faire parvenir leurs voix, observations et demandes, d'où leur incapacité à peser dans les débats. D'ailleurs, le rapport des experts

⁶⁹ « La sensibilisation se distingue de la communication en ce qu'elle est plus ciblée et vise chaque communauté à titre individuel. L'objectif est d'obtenir la confiance, le soutien et la coopération de personnes et de communautés qui ont souvent été traumatisées et effrayées par les faits sur lesquels la Cour enquête ». *Rapport*, para. 366, p. 93.

⁷⁰ La question du langage utilisé pour communiquer avec les communautés affectées des pays dont les situations sont examinées par la Cour est pointée du doigt, du fait qu'elles ont des difficultés à consulter ou avoir accès aux documents que le Bureau du Procureur met sur le site web de la Cour ou présente dans les fora internationaux.

indépendants n'a pas manqué de relever ces insuffisances et leur impact sur la confiance des victimes dans le système de Rome, en soulignant : « Ces lacunes auraient empêché les enquêteurs de détecter et d'explorer certaines pistes de travail, et entamé la confiance accordée à la Cour par les communautés victimes des exactions »⁷¹.

Les victimes constituent un maillon important de la chaîne pénale et jouent, à ce titre, « un rôle important dans les affaires de la Cour ». Ce souci semble avoir bénéficié d'une attention particulière dans le cadre de la situation dans les territoires palestiniens occupés. En effet, la Chambre préliminaire a pris une décision qui souligne pour la première fois la volonté d'accroître la participation des victimes à un stade plus précoce de la procédure⁷², en soulignant clairement que leurs droits ne sont pas limités à la procédure judiciaire. La Chambre préliminaire a estimé que pour que les victimes puissent exercer leurs droits, elles doivent recevoir des informations suffisantes et précises. Elle a déterminé que les droits des victimes ne se limitent pas aux procédures judiciaires, mais comprennent également le droit de fournir des informations à la CPI et de recevoir des informations de celle-ci à d'autres stades et « indépendamment des procédures judiciaires »⁷³.

La Chambre a, en outre, déclaré que les victimes ont le droit de communiquer pendant la phase d'examen préliminaire⁷⁴, ce qui est, en soi, conforme à l'article 21(3) du Statut de Rome – lequel pose le principe de l'interprétation systémique des dispositions du Statut et exige une interprétation cohérente avec le droit international des droits de l'homme et les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'accès à la justice et le droit à un recours⁷⁵. Cependant, le Greffe ne semble avoir entrepris jusqu'à présent aucune activité spécifique de sensibilisation ou de communication à l'intention des victimes et des communautés affectées, invoquant le fait qu'« en attendant la finalisation de l'évaluation de la sécurité, le Greffe considère qu'il ne peut pas commencer à s'engager avec des acteurs extérieurs sans les exposer à des risques inutiles »⁷⁶.

Quant au deuxième problème, il est plutôt d'ordre matériel. Le seul lien entre La Haye et les victimes est la procédure : hormis cela, elles sont loin de la Cour. La distance est un facteur qui agit réellement de façon négative sur la capacité des personnes affectées par les crimes à joindre la Cour et ce, d'autant plus si elles sont pauvres et peu éduquées. Cela les prive régulièrement de la capacité à prendre contact en temps opportun avec les organes de la CPI et ultimement, les empêche donc d'exercer effectivement les droits qu'elles tirent du Statut de Rome. Sans

⁷¹ *Rapport*, para. 757, p. 184.

⁷² ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the State of Palestine*, Decision on Information and Outreach for the Victims of the Situation (ICC-01/18), 13 July 2018, paras. 14-16.

⁷³ *Ibid.* aux paras. 9-10.

⁷⁴ *Id.* au para. 10.

⁷⁵ *Id.* au para. 9.

⁷⁶ CPI, Chambre préliminaire I, *Situation dans l'Etat de Palestine*, version publique expurgée du « Rapport initial du Greffe sur les activités d'information et de sensibilisation concernant les victimes et les communautés affectées dans la situation » du 12 novembre 2018 (ICC-01/18-3-Conf), 19 novembre 2018, para. 12.

surprise, cela « s'avère frustrant pour ceux qui se sont tournés vers la Cour en tant qu'institution pour obtenir une certaine justice » et ne fait qu'accroître le sentiment que leurs préoccupations et besoins spécifiques ne sont pas pris en compte. La conséquence en est que les victimes n'ont pas le « sentiment d'appropriation et d'engagement dans le processus de la CPI »⁷⁷, ce qui induit chez elles une vision déformée ou distordue de la Cour.

Outre la distance, le facteur temps joue également contre les victimes, puisque celles-ci se trouvent souvent dans une véritable course contre la montre pour achever la procédure d'admission avant la date d'ouverture de la procédure. Le nombre de victimes et le volume de demandes d'admission accentuent cette difficulté matérielle. C'est entre autres raisons pour tenir compte de ce facteur que la proposition a été faite que les demandes d'admission soient considérées à partir du point de l'émission d'un mandat d'arrêt plutôt que de la date de la soumission du document de confirmation des charges. Ainsi, davantage de demandeurs peuvent être admis en tant que victimes participantes.

Qu'il résulte de la distance, du temps, ou de la situation personnelle des victimes, le manque d'implication de celles-ci prive la Cour de la possibilité de mieux connaître le contexte dans lequel les crimes ont été ou sont commis. Or, cet élément contextuel est très important, aussi bien pour la détermination des éléments des crimes que dans la prise en compte des besoins spécifiques des communautés affectées lors de l'établissement des faits et de la collecte des preuves. Il s'agit d'ailleurs là d'un facteur supplémentaire susceptible d'empêcher les victimes de s'adresser à la Cour : lorsqu'elles ont le sentiment que les enquêteurs, les juges ou le personnel en charge de leur apporter conseil et aide, méconnaissent le contexte et la culture locale, lorsque les actes de procédure sont accomplis de façon distante ou indirecte, les victimes préfèrent bien souvent renoncer à se présenter devant la Cour.

Or, de plus en plus des voix s'élèvent parmi les organisations de la société civile et au sein des communautés des victimes pour dénoncer précisément la tendance à déployer et à recruter du personnel qui n'a aucune connaissance des terrains et de la culture des pays concernés. Pis encore, leur approche du travail de collecte d'informations ou de communication n'indique généralement pas qu'ils ont fourni un effort particulier pour bien disséquer les situations et comprendre les besoins spécifiques des victimes. La prise en compte du contexte social est non seulement indispensable pour le succès et l'aboutissement de l'enquête, mais constitue aussi, dans le cas des crimes de masse notamment, un élément essentiel pour assurer la sécurité des victimes et des témoins dans des environnements qui leur sont généralement hostiles⁷⁸.

Enfin, les modalités de participation des victimes à travers les trois entités du Greffe que sont la Section de l'information publique et de la sensibilisation, la Section de la participation des victimes et des réparations et la Section des victimes et de témoins, ne fournissent pas un cadre cohérent dans lequel celles-ci pourraient

⁷⁷ FIDH/KHRC - Le mandat de la Cour pénale internationale auprès des victimes: déceptions, préoccupations et solutions pour l'avenir, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁸ *Rapport*, para. 369, p. 93.

jouer un rôle significatif dans les procédures. En effet, les mandats de ces trois structures se chevauchent et manquent de lisibilité, de sorte que les victimes ont du mal à s'y retrouver et n'ont le plus souvent au final qu'un impact limité sur le déroulement de la procédure. De plus, la plupart de ces mandats ne sont susceptibles d'être actionnés que sur décision de la Cour. Les victimes se sentent donc généralement démunies et elles peuvent perdre facilement leurs repères dans les dédales de la procédure.

B. Rôle limité des victimes lors de la phase judiciaire

Une fois admises dans le procès, les droits que les victimes peuvent exercer durant cette phase de la procédure doivent être définis d'une manière « qui ne soit pas préjudiciable ou incompatible avec les droits de l'accusé et avec un procès équitable et impartial ». Ainsi, l'obtention du « statut de participant » ne signifie pas que les victimes ont la faculté d'exercer tous les droits procéduraux dans le cadre du procès. Outre que le statut de victime ne leur confère qu'un droit d'intervention à travers leur conseil, leurs droits participatifs sont strictement encadrés par les Chambres de la Cour et leur rôle est réévalué à chaque moment de la procédure, en tenant compte de l'impératif de concilier entre l'intérêt des poursuites et ceux de la défense (1). Ce rôle est de plus en plus restreint au fur et à mesure que l'on s'approche de la phase du jugement et surtout de la réparation (2).

1. Participation des victimes dans la phase judiciaire : un rôle réévalué à chaque phase de la procédure

Avant toute activité procédurale, l'intérêt personnel des victimes est, en effet, réévalué afin de démontrer que leurs intérêts sont engagés par les questions discutées pendant le procès. Au stade de l'examen préliminaire, là aussi les approches entre les chambres préliminaires n'ont toujours pas été uniformes, malgré des rapprochements en termes de pratiques ces dernières années. D'abord, il y a eu la détermination du rôle des victimes en fonction de la distinction entre les victimes anonymes et non anonymes. L'approche retenue en la matière se veut casuistique et vise à garantir *a minima* les droits de participation reconnue par la Chambre de première instance I aux victimes anonymes. Le seul critère pour la détermination de ce rôle est qu'il ne doit pas être préjudiciable ou incompatible avec les droits de l'accusé et un procès équitable et impartial⁷⁹.

Ensuite, le droit des victimes d'accéder au dossier de l'affaire et de participer aux débats sur les preuves lors de l'audience de confirmation des charges devrait être limité aussi, pour des raisons liées, entre autres, à « la sécurité nationale, la protection des témoins et des victimes, et des enquêtes de l'Accusation »⁸⁰. Pour la Chambre préliminaire I, le cadre statutaire prévu par le Statut et le Règlement pour la phase préliminaire d'une affaire ne laisse aucune place : i) aux pouvoirs d'enquête

⁷⁹ ICC, Pre-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case (ICC-01/04-01/07), 13 May 2007, paras. 52-75.

⁸⁰ *Ibid.*, para. 149.

indépendants des victimes⁸¹ ; (ii) à l'accès des victimes à la situation et aux dossiers de l'Accusation⁸² ; (iii) à l'extension aux victimes des faits et des charges contenus dans le document d'accusation de l'Accusation⁸³ ; (iv) à la présentation d'éléments de preuve supplémentaires par les victimes⁸⁴ ; et (v) à la participation des victimes au processus de divulgation des preuves entre l'Accusation et la Défense⁸⁵. De plus, l'accès des victimes aux éléments de preuve sur lesquels l'Accusation et la Défense ont l'intention de s'appuyer lors de l'audience de confirmation des charges se fait de la même manière que pour la Chambre, c'est-à-dire par l'intermédiaire du Greffe, une fois que la partie concernée a déposé les éléments de preuve après les avoir divulgués à l'autre partie à la procédure⁸⁶.

Quant au rôle des victimes dans la phase de jugement, malgré le caractère relativement novateur du Statut de Rome, l'impression générale est que les victimes jouent un rôle moins actif lors du jugement que pendant la phase préliminaire. Le but de la phase judiciaire, à proprement parler, est de garantir à l'accusé un procès impartial et équitable, où les juges vont devoir décider de sa culpabilité ou de son innocence sur la base des éléments de preuve présentés par le Bureau du Procureur. C'est pour cette raison que les débats ont lieu essentiellement entre l'Accusation et la Défense. Il n'en demeure pas moins que les victimes ont des droits procéduraux qui ne doivent pas être préétablis avant le début du procès, comme c'est le cas en phase préliminaire, mais doivent être déterminés, au fur et à mesure de l'avancement de la procédure, au cas par cas (approche casuistique), en fonction du fait de savoir si les intérêts personnels des victimes sont affectés par l'activité procédurale ou l'élément de preuve pertinent, et d'une manière qui ne soit pas préjudiciable ou incompatible avec les droits de l'accusé et un procès équitable et rapide⁸⁷.

Cette position, bien qu'elle promeuve la participation des victimes, la limite de fait à des activités procédurales particulières engageant leurs intérêts personnels ; et sous réserve que ces interventions particulières ne sont pas préjudiciables ou incompatibles avec les droits de l'accusé et un procès équitable et impartial. Or, à ce stade de la procédure sont particulièrement pertinentes les questions relatives au droit des victimes de présenter des preuves relatives à la culpabilité ou à l'innocence, à leur droit d'interroger les témoins, de participer au processus de divulgation, de comparaître personnelle au procès, de témoigner sur les questions de réparations, et de leur rôle dans la requalification des faits.

Toutefois, force est de constater que la participation des victimes à la procédure se limite à la présentation de leurs points de vue et préoccupations, partant du principe que l'accusé ne peut avoir plus d'un accusateur et que ce dernier est celui à qui incombe la charge de prouver au-delà de tout doute raisonnable les charges

⁸¹ *Ibid.*, paras. 80-84.

⁸² *Ibid.*, paras. 85-89.

⁸³ *Ibid.*, paras. 115-123.

⁸⁴ *Ibid.*, paras. 90-114, en particulier les paras. 101 et s.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, para. 127.

⁸⁷ ICC, Trial Chamber I, *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Victims' Participation (ICC-01/04-01/06-1119), 21 January 2008, paras. 101 à 104.

alléguées. La pratique devant la Cour et la jurisprudence des Chambres de première instance témoignent de ce que les victimes ne sont pas autorisées à introduire des preuves relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé.

Les conditions préalables à l'exercice d'un rôle effectif pendant le procès provoquent la frustration des groupes de victimes, qui s'estiment égarées dans le labyrinthe des procédures à suivre avant de pouvoir interroger les témoins, ou d'apparaître personnellement devant la Cour. De plus, pour les victimes, la présence aux débats contradictoires constitue un facteur de crédibilité de la procédure de jugement. Une approche restrictive de la participation des victimes à la procédure est, par conséquent, vécue comme une punition par certaines communautés de victimes, qui sont soit en colère par rapport à l'issue du procès et plus particulièrement à l'égard de jugements d'acquiescement, soit du fait qu'elles n'aient pas la possibilité de s'exprimer sur le jugement et la peine à prononcer à l'encontre de l'accusé⁸⁸.

Enfin, l'autre élément de complication entravant la participation d'un plus grand nombre de victimes est la dissociation des affaires alors que la situation est la même. Le fait que des personnes ne sont pas admises à participer en tant que victimes dans un cas et le sont dans un autre concernant un autre suspect crée des inégalités entre les communautés affectées. D'ailleurs, la Cour n'a pas manqué de le relever en rappelant dans l'affaire *Bemba* que « la Chambre d'appel a reconnu que certains crimes ont eu lieu en RCA entre 2002 et 2003 et n'a donc pas remis en question le statut des victimes en tant que tel »⁸⁹. De ce fait, il serait plus judicieux de permettre automatiquement aux victimes déjà admises dans une procédure en cours de participer à une affaire ouverte dans la même situation contre un autre suspect pour le même événement. Cette dissociation aura une incidence surtout dans la phase consacrée à la réparation.

2. La nature « réparatrice » du système de participation des victimes de la CPI : un processus complexe et insatisfaisant

D'abord, les victimes estiment que le système de réparation est déficient dans son ensemble. Ensuite, la phase de réparation n'étant pas une étape du procès *stricto sensu*, elles ne semblent pas comprendre pourquoi leurs intérêts ne sont pas pris en compte comme critère déterminant dans le déclenchement de la procédure de réparation. Sur le plan strictement procédural, la reconnaissance des victimes aux fins de participer aux demandes de réparation se heurte à des obstacles « bureaucratiques ». La simplification de la procédure (formulaire de réparation) constitue une demande incessante de la part des victimes qui s'adressent à la Cour. C'est pour éviter de tels écueils que la Chambre de première instance a indiqué par rapport aux réparations collectives qu'elles devaient être « ciblées au bénéfice de chaque victime » et « devrai[en]t s'accompagner d'explications claires et suffisantes

⁸⁸ Ce « droit » existe dans certains systèmes juridiques, notamment ceux des pays de Common Law, à l'instar du Canada. Voir : E. JANZEN, « The Dangers of a Punitive Approach to Victim Participation in Sentencing : Victim Impact Statements after the Victims Bill of Rights Act », *Manitoba Law Journal*, 2020, vol. 43, n°4, pp. 85-106.

⁸⁹ CPI, Chambre préliminaire III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision finale relative à la procédure en réparation (ICC-01/05-01/08), 3 août 2018, p. 5, para. 6.

afin d'informer les victimes et de leur donner confiance en ces mesures »⁹⁰. Les réparations collectives « permettant ainsi un espace de réconciliation et de renouvellement de confiance, sont pour ces raisons largement souhaitées »⁹¹.

Enfin, le processus de réparation est aussi perçu comme lent par les victimes et leurs ayants droits, à cause d'importants retards dans le processus d'évaluation et de décision. Ainsi, dans l'affaire *Bemba*, la lenteur des procédures a fait que de nombreuses victimes se sont senties découragées et désespérées. En raison de l'acquiescement en appel de M. Bemba⁹², les victimes qui ont été reconnues comme telles tout au long du procès ont perdu leur droit de recevoir des réparations individuelles et directes, puisque la règle 98 du Règlement de Procédure et de Preuve de la CPI établit que ces types de réparations ne peuvent être accordées qu'en cas de condamnation. Cependant, cela ne signifie pas qu'elles ne peuvent pas recevoir une certaine forme d'aide du Fonds au profit des victimes⁹³. La question qui s'était posée alors était de savoir si les victimes qui avaient participé à la procédure pouvaient prétendre à une réparation par le biais du mandat d'assistance du Fonds au profit des victimes (FPV)⁹⁴.

Ne pouvant pas le faire individuellement à cause de la décision d'acquiescement, elle devait le faire, néanmoins, par l'intermédiaire d'un représentant légal des victimes auprès du FPV. Cette exigence de participation des représentants légaux des victimes procède du fait que le Fonds doit être en contact avec les représentants légaux et s'enquérir des besoins des victimes, afin de déterminer les mécanismes de réparation appropriés à chaque situation. Elle est également fondée sur la notion selon laquelle la représentation légale des victimes est considérée comme un droit particulièrement important des victimes. Cela a été le cas depuis les négociations sur la création du Statut de la CPI. En effet, le droit à une réparation a été considéré comme étroitement lié au droit de bénéficier d'une représentation légale⁹⁵. Enfin, les victimes se déclarent souvent déçues par la nature et le montant des réparations accordées par la Cour. Elles préféreraient ainsi poursuivre d'autres voies après s'être heurtées à ce qu'elles considèrent, de leur point de vue, comme « l'imperméabilité » de la justice.

⁹⁰ Ordonnance de réparation, par. 306.

⁹¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Observations relatives au régime de réparation (ICC-01/04-01/06-2877), 10 mai 2012, p. 16, para. 38.

⁹² CPI, Chambre d'appel, *Affaire Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de première instance III (ICC-01/05-01/08-3636), 8 juin 2018.

⁹³ Office for Public Counsel for Victims International Criminal Court, Legal Representatives of victim's joint submission on the consequences of the Appeals Chamber's Judgment, accessible en ligne à l'adresse : https://www.iccpi.int/CourtRecords/CR2018_03679.PDF (consulté le 15 mai 2021).

⁹⁴ Voy. notamment H. CORTÉS, C. ESPERANZA ET AL., *Reparations to victims in the Bemba case through the assistance mandate of the ICC Trust Fund for Victims*. Memorandum of the International Law Clinic, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), 2018, consulté le 15 mai 2021 et librement accessible en ligne à l'adresse : <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/20125/Reparations%20to%20Victims%20in%20Bemba%20Case%20through%20the%20Assistance%20Mandate%20of%20the%20TFV.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁹⁵ Assembly of States Parties of the ICC, Eleventh session, *Court's Revised strategy in relation to victims*, 2012, The Hague, Netherlands. Accessible en ligne à l'adresse : https://asp.iccpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf (consulté le 15 mai 2021).

CONCLUSION

La chaîne de la justice pénale internationale est complexe, lourde et lente. Des poursuites au jugement et à la punition des crimes, les acteurs qui rendent justice et ceux qui participent à la procédure cherchent à faire valoir des intérêts multiples et contradictoires. Chacun a un discours, autant qu'il détient une part de vérité. La prise en considération de la confiance des victimes dans la procédure présuppose une prise en compte de leurs « intérêts » souvent multiples, divers et parfois même divergents comme critère déterminant dans le déroulement de la procédure et l'administration de la justice. Or, les éléments qui entrent en jeu pour maintenir la confiance du public dans la justice pénale internationale sont complexes et mettent davantage l'accent sur les intérêts de la justice⁹⁶ (célérité, indépendance, impartialité) que sur ceux des victimes.

Dans cette confrontation entre les acteurs de la procédure pénale internationale, c'est la face politisée de la procédure devant la Cour qui se dévoile. Mais dans la relation victime/justice, la nécessité de maintenir la séparation des pouvoirs (accusation/défense/juges), est la caractéristique essentielle d'une cour fiable et intègre. La conciliation des intérêts est difficilement réalisable si, à la base, les victimes ne trouvent pas dans le droit et la procédure de la Cour un régime de participation satisfaisant qui reflète un sentiment de certitude, de sécurité et de compréhension.

C'est du moins l'impression que nous donne la Cour à l'occasion des récents épisodes judiciaires relatifs aux situations en Afghanistan et en Palestine. La controverse qu'a suscitée la décision de la Chambre préliminaire II sur la situation en Afghanistan⁹⁷ témoigne des appréhensions et doutes qui précèdent et accompagnent le processus chaque fois qu'une procédure est ouverte devant la Cour, ou qu'un jugement est prononcé. La décision de la Chambre a ainsi donné l'impression « que la Chambre a adopté un concept d'intérêts de justice qui est essentiellement synonyme d'intérêts politiques de la CPI, plutôt que de justice en général »⁹⁸. Sévèrement critiquée, elle a été revue par la Chambre d'appel, le 5 mars 2020⁹⁹, pour veiller à ce que les intérêts de la justice soient réalisés et préservés. Il s'agit d'un critère fondamental qui préside à l'impartialité, l'efficacité et l'indépendance de la Cour, mais qui n'est pas aussi strict ni aussi abstrait que celui des intérêts des victimes. Les crimes de masse sont des situations d'une

⁹⁶ L'article 53 (1) (c) du Statut de Rome se lit comme suit : « 1. Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le procureur examine : (...) c. S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ».

⁹⁷ ICC, Pre-Trial Chamber II, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-33), 12 April 2019.

⁹⁸ A. CARCANO, « On the exercise of the judicial function at the International Criminal Court: Issues of credibility and structural design », *QIL, Zoom-in*, 2020, vol. 67, p. 11.

⁹⁹ ICC, Appeals Chamber, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Judgment against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-138), 5 March 2020.

extrême complexité, où divers enjeux et intérêts juridiques, politiques, sécuritaires, humanitaires et économiques s'entremêlent, mais dont la somme n'est jamais égale à une valeur unique et absolue.

De ce fait, la notion de confiance, qui est fondatrice, ne saurait être réduite à des aspects purement techniques (règles de preuve et de procédure) ; elle ne saurait se maintenir qu'à la condition que la Cour, dans ses décisions, privilégie sagesse et prévisibilité dans plusieurs aspects de l'administration de la justice, de telle manière notamment :

- Qu'une procédure (ex. ouverture d'une enquête) ne devrait pas aggraver ou déstabiliser d'une autre manière une situation de conflit ;
- Qu'une enquête ne devrait pas compromettre gravement l'aboutissement d'un processus de réconciliation ou de paix ;
- Qu'une décision ne devrait pas jeter le discrédit sur le droit¹⁰⁰.

La forme de justice à fournir ou à réaliser est un autre élément déterminant dans l'approche que retient la juridiction pénale internationale de la lutte contre l'impunité. La conciliation entre des intérêts divers ou divergents a pour finalités ultimes de révéler la vérité sur les atrocités commises, de restaurer la paix et la sécurité, et de prémunir l'humanité contre l'impunité. Les victimes, qui doivent faire preuve de confiance et de patience, sont aussi en droit d'espérer une cohérence dans la jurisprudence de la Cour.

« On est frappé, quand même, par le fait que vingt ans après l'adoption du Statut de Rome, la même disposition peut encore susciter des interprétations aussi radicalement divergentes sur des questions d'importance fondamentale. L'arrêt d'appel [sur la situation en République islamique d'Afghanistan] peut être considéré comme un cas d'espèce qui nous alerte sur le fait qu'il existe un problème non seulement dans la conduite de certains jugements, mais aussi, plus profondément, dans la formulation du Statut de Rome lui-même, susceptible d'entraver l'exercice de la fonction judiciaire à la CPI »¹⁰¹.

Le maintien de la confiance des victimes dans la procédure devant la CPI est indissolublement lié à la bonne administration de la justice, qui doit se montrer sensible à des préoccupations et points de vue complexes, divergents et difficiles à porter, mais qui doit rester insensible aux fluctuations des humeurs et positions du public, des médias, ou même des Etats lorsqu'elle rend justice dans une situation particulière. Et comme le préconise la maxime, « la justice ne doit pas seulement être rendue, mais il doit être visible qu'elle est rendue »¹⁰².

¹⁰⁰ Draft ICC Regulations of the Office of the Prosecutor, June 3, 2003, FN 79, available at: http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/draft_regulations.pdf. Notons que Human Rights Watch estime qu'une définition des « intérêts de la justice » devrait être donnée, mais que ces trois critères proposés devraient être rejetés : *The Meaning of "the Interests of Justice" in Article 53 of the Rome Statute*, Human Rights Watch Policy Paper, June 2005, p. 22. (document disponible en ligne sur le site de Human Rights Watch à l'adresse : https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2005_ICC_Interests_%20of_Justice.pdf).

¹⁰¹ A. CARCANO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰² COUR EUR. DR. H., arrêt du 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, req. n°17056/06, para. 98, faisant référence à COUR EUR. DR. H., arrêt du 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n°9186/80, para. 26, renvoyant lui-même à Chambre des Lords, 1924, R. c/Sussex Justices : « *Justice must not only be done : it must be seen to be done* ».

Troisième partie

LA CONFIANCE ET LE FORMALISME

Version pour accord
29 août 2022

Version pour accord
29 aout 2022

LES EFFETS DU FORMALISME
DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE :
EXCÈS DE FORMALISME ÉVITÉ ET CONFIANCE PRÉSERVÉE

JEAN-MARC SOREL

Cette communication ne fut pas simple à envisager car il y a déjà, dans ce colloque, les interventions d'Yves Daudet et de Philippe Couvreur qui portent sur la Cour internationale de Justice¹. Le premier étant – outre Professeur émérite – juge *ad hoc* devant la CIJ, et le second, également juge *ad hoc*, mais aussi ancien greffier devant cette juridiction, autrement dit la personne la mieux informée au monde sur les procédures devant la CIJ, la tâche s'avère bien difficile car l'épuisement du sujet et l'effet de répétition sont des risques non négligeables. Nous n'y échappons effectivement pas tout à fait.

Dès lors, il n'est pas inutile de faire un détour par la sémantique, chaque mot ou chaque expression ayant son importance. Autrement dit, il faut jouer un peu sur les mots sans dénaturer le propos. Chaque session de ce colloque comprend le mot « confiance ». Il s'agit donc du maître mot du colloque. Néanmoins, le mot a une signification différente selon les sessions puisque la deuxième porte sur « La confiance et la bonne administration de la justice », alors que la troisième, dans laquelle nous nous trouvons, porte sur « La confiance et le formalisme dans les procédures des juridictions internationales ». Si nous traduisons ceci pour la CIJ, cela reviendrait à évoquer la confiance et le formalisme dans la bonne administration de la justice, ou encore : En quoi le formalisme dans la procédure devant la CIJ aboutit-il – ou non – à la confiance ? Il s'agit donc d'aller au-delà des procédures elles-mêmes – déjà envisagées dans la deuxième session – pour voir si leur « formalisme » aboutit à la confiance. Ceci signifie qu'on ne doit pas se limiter à une réflexion sur la description des procédures mais sur les effets que le formalisme induit sur la confiance pour les parties au procès. Il reste néanmoins difficile de l'envisager sans revenir sur la procédure elle-même. Notons au surplus que, dans le même panel, ce formalisme n'est pas envisagé de la même manière selon les types de juridictions puisqu'il est question de « contraintes », d'« enjeux », d'« exigences » ou de la « confiance » tout court, selon les juridictions. Pour notre part, nous considérerons que les contraintes, enjeux, ou exigences créent des « effets » qui peuvent mener les procédures vers un certain formalisme entendu comme une conséquence de l'application de ces procédures.

¹ Respectivement sur : « De l'héritage continental à la découverte de la Common Law : la confiance à l'épreuve de la montée en puissance de la tradition anglo-saxonne devant la Cour internationale de Justice », et sur : « Les procédures devant la Cour internationale de Justice et la confiance dans celles-ci ».

Version pour accord
29 août 2022

Il n'en reste pas moins que l'équation n'est pas simple pour savoir si ceci débouche sur la confiance envers la juridiction. L'appréhension du formalisme, et *a fortiori* la molécule de la confiance, ne sont pas simples à trouver car une part d'irrationnel se glisse forcément dans les strates d'une procédure, même si celle-ci est parfaitement établie. Les définitions de ces mots aiguillent, mais ne disent pas tout.

Ces subtilités paraissent bien complexes, même s'il faut partir d'une base simple : comme tout ensemble juridique, la procédure doit être appliquée dans un certain contexte et avec un certain discernement. La confiance résidera donc dans cet équilibre subtil, le maniement du formalisme représentant une variable d'ajustement. Dès lors, il faut laisser de la respiration dans la procédure pour l'adapter sans la renier ni la dénaturer. Les dangers apparaissent quand la procédure est une fin en soi, quand le procès équitable ou la surveillance de la bonne exécution de la procédure devient l'unique objectif.

Il y a derrière cette problématique l'idée que le formalisme serait un prolongement de la procédure, une conséquence de celle-ci ou une forme aggravée – comme une maladie dégénérative – de celle-ci, selon le point de vue que l'on adopte. Les procédures suffisent-elles ou faut-il en sus du formalisme pour que la confiance s'instaure ? Mais ce formalisme ne conduit-il pas le procès à n'être justement qu'une forme détachée d'un fond qui serait par ailleurs délaissé ? Aucune réponse univoque n'émerge, mais ces questions sont sous-jacentes.

Pour tenter de répondre à cette problématique, il nous a paru plus simple d'envisager dans un premier temps les vertus du formalisme sur la confiance, autrement dit le formalisme « formellement » utilisé à bon escient (I), avant de nous pencher sur les effets pervers du formalisme, autrement dit sur le formalisme « formellement » détourné dans son esprit, ou peu et mal utilisé (II). Comme toujours, une synthèse finale s'impose pour banalement constater que la CIJ agit avec prudence et discernement, et que la confiance passe par la canalisation des dangers du formalisme (III). Strictement rien d'original donc car l'impression s'imisce assez rapidement que la CIJ semble échapper aux principales critiques (même si pas à toutes) dans ce domaine.

I. LES VERTUS DU FORMALISME SUR LA CONFIANCE : LE FORMALISME UTILISÉ À BON ESCIENT

Il faut sans doute remonter à l'origine de la Cour mondiale (donc de la CPJI) pour comprendre la question du formalisme devant celle-ci. L'espoir originel était d'aboutir à une juridiction obligatoire via le mécanisme de l'article 36§2. Or, le succès d'un système de juridiction obligatoire dépend en grande partie de la conviction que le risque d'être attrait comme défendeur est compensé par l'avantage de pouvoir saisir unilatéralement la juridiction. L'arrière-pensée présidant à l'élaboration du système contenu dans l'article 36§2 était évidemment celle d'un cercle vertueux qui amènerait peu à peu les États à tous accepter cette juridiction qui, ainsi, se généraliserait². Ce ne fut pas le cas, et la Cour a dû depuis naviguer

² Voir notamment : H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL : Fascicules Juris-Classeur 2001, Organisation judiciaire internationale, Cour internationale de Justice, n°215, *Organe juridictionnel*. Des données de base sont reprises des quatre fascicules consacrés à la Cour internationale de Justice.

entre Charybde et Scylla. Son caractère finalement facultatif l'a donc amenée à être formellement prudente pour ne pas décourager les Etats. On peut certes aujourd'hui penser que ce caractère facultatif (qui devient presque une exception parmi les juridictions internationales) possède l'avantage de la souplesse et qu'il est un indice fort de confiance des Etats envers la CIJ, ces derniers ayant théoriquement le « choix »³, il n'empêche que la Cour – pour le moins la CPJI dans son élan initial – aurait aimé être une juridiction obligatoire par le mécanisme de la déclaration facultative universellement acceptée.

Pour parvenir à ne pas décourager les Etats, sa principale arme était sa procédure, et son maniement. Or, la procédure, c'est de la glaise qu'on formate selon ses souhaits. On peut en faire un personnage inquiétant et rêche comme les sculptures de Giacometti, ou un personnage rassurant et rond comme celles de Botero. La confiance découlera donc de la manière dont on façonne cette procédure, car on peut la vouloir rigide ou souple selon le message que l'on veut faire passer. C'est pourquoi nous choisissons ici d'en évoquer le socle et son utilisation dans certains domaines choisis. Il s'agit de *pick and choose*, sans pouvoir tout évoquer, ce qui reviendrait à une étude complète de la procédure devant la Cour ici hors de propos. Aucune vocation à l'exhaustivité donc⁴.

A. Le socle de la confiance : la stabilité dans la procédure

La confiance ne vient pas de nulle part. Pour s'immiscer, elle doit avoir un socle solide, même si ce dernier ne doit pas être – ou ne devrait pas être – immuable. La confiance découle forcément de la stabilité qui peut se traduire par la sécurité juridique que l'on ressent vis-à-vis de l'institution, et particulièrement de sa procédure.

Bien évidemment, pour la CIJ, ce socle est constitué par le Statut de la Cour dont on a fêté les cent ans le 16 décembre 2020 (si l'on inclut bien sûr celui de la CPJI mais l'on sait qu'il a peu varié lors du passage à la CIJ). Cet anniversaire a pu donner lieu à une envolée lyrique du Président Yusuf lors de son discours (à distance) devant l'Assemblée générale le 2 novembre 2020, puisqu'il a qualifié le statut de « meilleur texte que le génie du droit ait pu produire aux fins du règlement juridictionnel des différends internationaux », tout en notant également son influence sur les statuts des juridictions internationales qui apparaîtront par la suite⁵.

³ Les guillemets s'imposent car un développement plus conséquent de la question nous prouve que ce choix est parfois illusoire ou, pour le moins, fortement guidé quand l'Etat n'est pas tout simplement pris au piège.

⁴ Il aurait par exemple été possible de traiter des questions touchant l'élection des juges et la structure de la Cour, l'intervention, ou encore la plausibilité ou la force obligatoire des mesures conservatoires – entre autres – puisque toutes ces questions touchent également au formalisme et, par voie de conséquence, à la confiance. Le format restreint de cette communication nous oblige à un choix qui peut paraître arbitraire. La communication de Philippe Couvreur aborde certaines des questions non abordées ici, et réciproquement.

⁵ Discours disponible sur le site de la Cour : www.icj-cij.org. Voir également le commentaire de ce discours par Y. KERBRAT et G. LE FLOCH : « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de

Ce monument ainsi vénéré paraît pourtant presque modeste : 70 articles répartis en cinq chapitres consacrés successivement à l'organisation de la Cour, sa compétence, la procédure, les avis consultatifs et les amendements, qui sont la base du procès interétatique. Cette impression est néanmoins atténuée par la présence du Règlement comme principal guide de la procédure puisque l'article 30 du Statut indique que : « La Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle règle notamment sa procédure ». Et c'est bien le Règlement de la Cour qui sera son bréviaire en matière de procédure car les articles 39 à 64 du Statut qui y sont consacrés ne peuvent suffire. Si l'adjonction d'un tel Règlement est aujourd'hui chose courante pour les juridictions internationales – avec la panoplie classique constituée d'un texte fondateur à valeur conventionnelle, et d'un Règlement rédigé par la juridiction elle-même qui précise ses règles (complété par des textes internes permettant un fonctionnement plus harmonieux) – ce Règlement permet de faire évoluer la procédure judiciaire sans qu'il soit nécessaire de toucher au Statut, opération complexe et sans doute hors de portée politique puisqu'elle imposerait d'en passer par la même procédure de révision que pour la Charte des Nations Unies elle-même. Néanmoins, quelle que soit la liberté des juges pour aménager le Règlement, les modifications doivent s'effectuer avec prudence et parcimonie pour ne pas donner l'impression d'un ajustement continu, marqueur d'une certaine insécurité juridique pour les parties au procès.

Le Règlement de la Cour composé de quatre titres⁶, dont celui sur la procédure contentieuse, a évolué puisque constitué de 75 articles en 1922, il en compte désormais 109. Après une longue période de stabilité, de l'après-guerre jusqu'au très controversé arrêt de 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, le Règlement fut amendé à plusieurs reprises. La version actuelle est celle de 1978, même si plusieurs modifications partielles sont intervenues ultérieurement⁷. Globalement, il s'agit de rendre la procédure plus souple, plus rapide et moins onéreuse. Les procédures incidentes dont on connaît l'importance aujourd'hui devant le prétoire de la Cour méritaient également d'être précisées, alors que leur place n'avait sans doute pas été envisagée avec une telle ampleur à l'origine. Même si l'absolue stabilité est donc quelque peu en trompe l'œil (d'autant qu'une nouvelle réforme du Règlement semble en cours), il est significatif que l'essentiel n'ait pas été modifié depuis 1978. Un Règlement stable, c'est de la confiance engrangée.

Le Règlement est en réalité la soupape de respiration de la procédure face à un statut immuable, et permet de répondre à un exercice d'équilibrisme entre faire face plus rapidement aux demandes, alléger la procédure tout en garantissant les droits des parties, et tenter de remédier à certains abus d'utilisation de la Cour par les Etats ou les organisations internationales. Mais il existe également une autre forme de stabilité, cette fois-ci dans les objectifs poursuivis par les modifications

Justice (2019-2020) », *JDI* n°1/2021, p.259. Sauf précision contraire, tous les textes procéduraux indiqués ci-après, ainsi que les décisions de la Cour, sont disponibles sur le site de la Cour.

⁶ Organisation de la Cour (Juges, Présidence, Chambres et fonctionnement interne de la Cour), du Greffe, de la procédure contentieuse et de la procédure consultative.

⁷ On retiendra particulièrement celles touchant l'article 79, modifié en 2001 puis 2019, auquel on a adjoint un article 79bis puis ter en 2019 qui vient consacrer la pratique en précisant le sort des exceptions (acceptées, rejetées ou jointes au fond), mais aussi tenter d'en réduire la lourdeur.

du Règlement : lenteur, coût de la procédure, lourdeur de la procédure écrite, doublement pas toujours nécessaire de la procédure écrite par la procédure orale, etc... Sortes d'invariables où la Cour tente d'amoindrir les impératifs culturels différents en matière procédurale, tout en étant consciente de la difficulté d'amener les Etats devant son prétoire⁸. Les Etats ne peuvent donc être surpris : on leur demande de faire depuis de longues années un effort dans le même sens, ce qu'ils n'entendent que d'une oreille.

On le sait, face à la difficulté de faire bouger les lignes en matière de procédure, la Cour possède d'autres armes avec la possibilité d'adopter des résolutions – prévues à l'article 19 du Règlement et visant la pratique interne de la Cour – et des instructions de procédure. La résolution du 12 avril 1976 est le cœur de la « machinerie » en matière de délibération des juges⁹. Les instructions de procédure permettent à leur tour de préciser le Règlement et s'y ajoutent. Il s'agit cependant moins de procédure au sens strict que de méthodes de travail, même si les deux se confondent. Ces instructions ne sont formellement fondées sur aucune disposition textuelle mais on peut sans aucun doute les rattacher au pouvoir qu'a la Cour de régler sa propre procédure¹⁰. Au nombre de XIII (avec un article IX allant jusqu'au *quater*), fréquemment amendées, l'objectif est clair, et est de nouveau identique aux modifications du Règlement : inciter les parties à plus de concision, plus de célérité, en recentrant les débats sur les questions en cause, sans revenir à chaque phase sur l'intégralité de l'affaire. Chaque conseil et/ou avocat devant la Cour sait la difficulté qu'il y a à raisonner les Etats pour filtrer les arguments nécessaires à chaque phase. Il s'agit également de recentrer les moyens de preuve sur la phase écrite pour éviter d'ouvrir de nouveau de longs débats lors de la phase orale si jamais un Etat souhaite fournir durant cette phase de nouvelles preuves. En cela, la Cour veut faire prendre conscience du type de procédure à laquelle elle est le plus souvent confrontée : une procédure de type civil qui, contrairement au pénal, s'établit avant tout sur des preuves écrites, même si les témoignages ou expertises ne sont pas exclus (cf. *supra* II).

Avec un peu de recul, on semble s'éloigner progressivement du pur formalisme pour impulser le travail de la Cour vers plus de dynamisme en recourant à des procédés moins formalisés d'annonce des évolutions, mais avec prudence. Paradoxalement, si les procédés sont moins formalisés, ils tendent à renforcer la confiance envers la Cour par le moyen de conseils fortement suggérés, mais non imposés. C'est notamment ce qui retient parfois les juges de procéder à quelques aménagements salutaires et radicaux comme la réduction, voire la suppression, des plaidoiries orales ou la limitation du nombre ou de la taille des pièces écrites.

⁸ Il est symptomatique de constater que ces objectifs actuels sont déjà mentionnés dans des commentaires désormais anciens : v. G. GUYOMAR, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice (adopté le 14 avril 1978), Interprétation et pratique*, Pedone, Paris, 1983, p. XIX.

⁹ Ses 11 articles (un onzième a été ajouté le 21 décembre 2020 et vise spécifiquement la décision en matière de mesures conservatoires) décrivent la manière dont la Cour travaille en interne pour prendre une décision. On peut dès lors comprendre que ce texte a pour objet de rassurer les parties au procès en prenant connaissance du mode d'emploi des délibérations.

¹⁰ Elles ont juridiquement valeur de recommandations que la juridiction s'adresse à elle-même ou à ses justiciables pour l'organisation de son travail, la Cour estimant ne pas devoir aller jusqu'à les imposer par le biais d'une modification de son Règlement.

Les recommandations dans ce sens ne dépassent guère le cadre du souhait – même ferme – émis par la Cour. Reconnaissons que la Cour n'est cependant pas toujours écoutée.

Ce souci se comprend parfaitement, à condition de faire attention de laisser aux parties cette indispensable impression qu'elles se trouvent bien devant la plus haute juridiction mondiale avec toute la solennité qui s'impose en de telles circonstances. La confiance est aussi une affaire de ressenti, et c'est même l'essentiel.

B. Profils de l'instruction et du procès : lourdeurs contrôlées et souplesse maîtrisée

Comportant à la fois une phase écrite et une phase orale, imprégnées par le principe du contradictoire, mais ne négligeant pas quelques traces de la procédure inquisitoire (enquête, témoignage, expertise), l'instruction devant la Cour reste hybride tout en étant redevable de la contrainte majeure qui pèse sur cette juridiction : elle est volontaire et dépendante du bon vouloir des Etats. Par conséquent, il sera essentiel de ménager à l'Etat défendeur toutes les possibilités de prouver son éventuelle bonne foi lors d'un débat contradictoire. De même, les aspects inquisitoriaux resteront feutrés tant la susceptibilité des justiciables mérite d'être préservée. On peut suggérer, proposer mais difficilement imposer. Il faut doucement dompter l'Etat réticent, les brusques mouvements risquant de le cabrer et de le rendre rétif. La confiance découlera donc de la perception par les Etats de cette absence de rigidité.

En ce sens, et en ne prenant que quelques exemples parmi d'autres possibles, la Cour paraît contrôler les principales lourdeurs, mais sait aussi faire montre d'une souplesse maîtrisée.

1. Lourdeurs contrôlées

Sans qu'il soit nécessaire d'y revenir¹¹ le doublement des phases de l'instance, écrite et orale représente à n'en pas douter une lourdeur. En réalité, les deux phases constituent une garantie de la bonne administration de la justice, même si elles représentent une des causes de l'allongement des affaires. Comme nous l'avons constaté – avec certes un succès modéré – la Cour s'emploie d'une manière univoque et depuis longtemps – à réduire cette « lourdeur ». Il en va de même pour la question de la prolongation assez fréquente (pour ne pas dire presque systématique) des délais pour les pièces écrites. Ces demandes de prolongations constituent, la plupart du temps, un élément de la stratégie judiciaire des parties. Même si la Cour tente de les juguler, le succès n'est pas forcément au rendez-vous. Il faut aussi remarquer que, pour certaines affaires sensibles, la juridiction et les parties souhaitent parfois qu'elles se prolongent, voire s'achèvent par un désistement, bien sûr sans pouvoir l'avouer, du moins pour la Cour. Ce fut le cas des emblématiques affaires dites de *Lockerbie* où la prolongation des délais a amené un arrêt sur les exceptions préliminaires en 1998 pour une affaire introduite

¹¹ Voir à ce propos la communication d'Yves Daudet dans le présent colloque.

en 1992, avant qu'elle ne s'achève en 2003 par un désistement, et ceci au grand soulagement de toutes les parties au procès, Cour comprise. Il est vrai que ces affaires ont montré que la confiance peut vaciller au moment où la Cour était face à une question très sensible, celle du contrôle des résolutions du Conseil de sécurité. Elles constituent donc des exceptions (que nous retrouverons *supra* II) dans ce panorama du formalisme.

Les procédures incidentes devant la Cour pourraient à elles-seules remplir plusieurs communications tant leur importance et leur multiplication sont devenues des marqueurs de la jurisprudence de la Cour. Dans le cadre restreint de cette communication, il n'est guère possible d'en détailler les mécanismes, ou d'indiquer toutes leurs conséquences, mais il est certain que leur maniement tient une place de choix à la fois dans la stratégie des Etats, mais aussi dans la manière dont la Cour y répond pour conserver la confiance des Etats, tout en évitant leurs lourdeurs¹². Peu utilisées jusqu'à une période récente – en dehors des exceptions préliminaires – les Etats ont redécouvert les vertus de ces procédures intermédiaires, en usant et parfois en abusant.

Les procédures incidentes peuvent, a priori, être facilement circonscrites puisqu'elles sont décrites dans le Statut (pour certaines) et dans un titre particulier du Règlement qui énumère les possibilités ouvertes par six procédures incidentes¹³. Cette liste permet de connaître ces procédures et leur régime juridique, mais des précisions s'imposaient¹⁴. En effet, toutes les procédures ne bénéficient pas d'une présentation égale dans le Statut et le Règlement. Certaines sont mentionnées dans les deux textes, alors que les autres n'apparaissent que dans le Règlement. Si les mesures conservatoires (articles 41 du Statut et 73 à 78 du Règlement) et l'intervention (articles 62 et 63 du Statut et 81 à 86 du Règlement) bénéficient du double sceau, les autres ne sont expressément visées que par le Règlement. Dans ce dernier, certaines ne font l'objet que d'un article (les exceptions préliminaires – même si cet article a été subdivisé à plusieurs reprises – et les demandes reconventionnelles), alors que d'autres sont décrites plus minutieusement (les mesures conservatoires et l'intervention, notamment). Or, la portée et la fréquence de certaines procédures incidentes sont inversement proportionnelles à ce constat. Les exceptions préliminaires, par exemple, sont abondamment invoquées tout en étant ignorées du Statut et relativement peu précisées dans le Règlement, en dépit d'ajouts successifs. Certes, l'article 36§6 du Statut qui détermine « la compétence de la compétence » de la Cour induit ce processus, mais le régime juridique des exceptions n'en est pas pour autant précisé.

¹² Voir la communication de Philippe Couvreur dans le présent colloque, qui aborde également la question des procédures incidentes.

¹³ Dans le titre III, Section D du Règlement de la Cour : les mesures conservatoires (articles 73 à 78), les exceptions préliminaires (article 79), les demandes reconventionnelles (article 80), l'intervention (articles 81 à 86), le renvoi spécial devant la Cour (article 87) et le désistement (articles 88 et 89).

¹⁴ Depuis le 5 janvier 2001, une modification du Règlement est intervenue sur deux articles concernant des procédures incidentes : l'article 79 sur les exceptions préliminaires et l'article 80 sur la demande reconventionnelle.

Or, nous avons assisté à une prolifération des procédures incidentes au sens large. Non seulement, dans les hypothèses de saisine unilatérale, les défendeurs déposent des exceptions préliminaires d'incompétence et/ou d'irrecevabilité quasi systématiquement, mais on a constaté également la multiplication des demandes reconventionnelles ou d'interventions. Il s'y ajoute des demandes en indication de mesures conservatoires fréquentes émanant le plus souvent des demandeurs mais pas exclusivement. Ces procédures peuvent se cumuler sur une même affaire, celle opposant le Cameroun au Nigeria étant de ce point de vue exemplaire : demande en indication de mesures conservatoires, exceptions préliminaires (huit exceptions soulevées), demande d'interprétation de l'arrêt sur les exceptions préliminaires alors même que la procédure sur le fond était en cours, demande reconventionnelle, et demande d'intervention (certes provoquée par la Cour elle-même dans sa réponse aux exceptions préliminaires)¹⁵. Ces procédures sont devenues à ce point envahissantes que, certaines années, la Cour n'a statué que sur ce type de procédures.

Ceci a conduit à la multiplicité des points de droit soumis à la Cour dans le cadre des affaires dont elle est saisie du fait de la multiplication des procédures incidentes. Véritables objets de stratégie judiciaire, si l'existence de ces procédures n'est guère contestable comme garantie d'un système judiciaire stable, leur usage – parfois excessif – laisse entrevoir les failles d'une justice internationale qui fait la part belle à des Etats dont le consentement à la juridiction reste la pierre angulaire du système. Confrontée à cette situation, la Cour a non seulement pris des mesures pour rationaliser ses méthodes de travail mais a finalement décidé, début 2001, d'amender les articles 79 et 80 comme indiqué *infra*.

Il y a donc eu un double mouvement : canaliser les procédures dont les Etats parfois usaient et abusaient, mais aussi les prévoir plus précisément pour donner confiance aux Etats dans leur utilisation. En l'espèce, la Cour « navigue » mais s'en sort plutôt bien dans l'axe de la confiance que l'on met en elle. Elle sait éviter – notamment par la brièveté de sa réponse – le détournement des procédures introduites par des manœuvres parfois dilatoires, tout en argumentant et donnant gain de cause lorsque ceci s'impose.

2. Souplesse maîtrisée

Reconnaissons qu'entre les lourdeurs contrôlées et la souplesse maîtrisée, la différence est infime. Dans le premier cas, cela correspond à la manière dont la Cour répond aux freins posés par les parties, dans le second, cela correspond plus à la manière dont la Cour va volontairement impulser des éléments d'assouplissement, les deux aspects se rejoignant. Il ne s'agit d'ailleurs pas uniquement de procédure à proprement parler, mais d'éléments de ressenti vis-à-vis de la Cour qui renforcent à notre avis la confiance en celle-ci.

¹⁵ CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria; Guinée Equatoriale [intervenant])*, Rec. 2002, p. 312. Voir les §1 et suivants qui résument les différentes procédures utilisées durant cette longue affaire introduite en 1994 par le Cameroun.

Si le défaut de comparution des parties est un phénomène bien connu devant la Cour, celle-ci semble confrontée à une sorte de regain de cette attitude, parfois d'une manière radicale. C'est actuellement le cas du Venezuela qui refuse de comparaître dans l'affaire de la Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 qui l'oppose au Guyana¹⁶, ou des Etats-Unis dans l'affaire du *Transfert de l'ambassade des Etats-Unis à Jérusalem* (Palestine c. Etats-Unis d'Amérique). Pour cette dernière affaire, la Cour, par une ordonnance du 15 novembre 2018, a décidé de statuer d'abord sur sa compétence et la recevabilité de la requête. On le sait, en vertu de l'article 53 du Statut, la Cour peut adjuger les conclusions à une partie (et à sa demande) si l'autre partie ne comparaît pas. Cette solution radicale, même si elle est réclamée par un Etat¹⁷, n'a en fait jamais été utilisée car il ne faut pas oublier la nécessité pour la Cour d'avoir une attitude conciliatrice. Elle accepte même de prendre connaissance de communications (exposés, documents...) adressées à son greffier par la partie défaillante pour contester la demande sur la compétence ou sur le fond¹⁸. Encore une fois, le formalisme doit être relativisé¹⁹. La Cour reste de toute façon prudente sur la base de l'article 53§2 de son Statut qui lui enjoint de s'assurer de sa compétence (qu'elle peut donc soulever d'office – *proprio motu* – dans un tel cas) et que les conclusions sont fondées en fait et en droit²⁰. On peut considérer cette attitude comme un gage solide de confiance pour les Etats qui ne seront ainsi pas pris au piège.

Autre élément de confiance lors du procès avec la pratique des opinions jointes. Certes, cette pratique comporte des inconvénients mais elle est la preuve de la liberté d'expression des juges et de la bonne administration de la justice. Cela pousse les juges à envisager tous les arguments, ce qui enrichit le débat en droit international et accentue l'aspect pédagogique de la jurisprudence de la Cour. Cette pratique permet surtout à l'Etat qui a perdu – outre le fait de connaître l'état des votes – de ne pas se sentir totalement vaincu puisque des juges – par définition minoritaires – ont pris fait et cause pour lui en étayant leur argumentation. Certes, la Cour n'arrive pas toujours à maîtriser la profusion ou la longueur des opinions

¹⁶ La Cour s'est néanmoins reconnue compétente par un arrêt du 18 décembre 2020 (non encore publié au Recueil mais accessible sur le site de la Cour à l'adresse <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-00-FR.pdf>).

¹⁷ La Palestine en a fait la demande lors d'une réunion à la Cour le 5 novembre 2018, mais la Cour a décidé de statuer sur sa compétence en premier lieu (CIJ, ordonnance du 15 novembre 2018, *Transfert de l'Ambassade des Etats-Unis à Jérusalem*, Rec. 2018, p. 708).

¹⁸ La France eut par exemple cette attitude lors de l'affaire des *Essais nucléaires* en 1973-74 car, tout en refusant de se présenter, elle a fait parvenir de véritables pièces écrites d'une manière « extrajudiciaire ». Voir CIJ, correspondance du 16 mai 1973, *Rec. Mémoires, Plaidoiries et Documents* 1973, pp. 347 et s.

¹⁹ Comme l'a signalé la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée* qui opposait la Grèce et la Turquie en 1976-1978 (la Turquie était alors absente). Voir CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, p. 7, §14.

²⁰ La Cour a invoqué cette disposition dans l'affaire des *Pêcheries islandaises* avant de procéder à l'examen de sa compétence en raison de l'attitude islandaise ayant consisté à ne plus comparaître ni présenter de pièce écrite après avoir néanmoins soulevé une exception d'incompétence (CIJ, arrêt du 2 février 1973, *Rec.* 1973, p. 52). C'est également un examen *proprio motu* de la compétence qui a été mené par exemple dans les affaires des *Essais nucléaires*, du *Plateau continental de la mer Egée*, ou dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* (CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 253 ; arrêt du 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, p. 3 ; arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, p. 3).

mais ces dernières sont scrutées (au-delà de celle de l'éventuel juge ad hoc, le plus souvent acquis à la cause de l'Etat qui l'a nommé) et constituent – au sens large – un incontestable élément de souplesse, et un gage de confiance qui permet à un Etat d'avoir le sentiment de ne pas totalement perdre. On peut en effet perdre de différentes manières, mais il est important de comprendre cet échec (parfois anticipé), tout comme il faut expliquer à un étudiant le « pourquoi » de sa mauvaise note.

Un autre élément très général conforte incontestablement la confiance en la Cour : l'existence d'une jurisprudence stable. Certes, celle-ci est analysée de l'extérieur, mais il serait naïf de penser que la Cour elle-même n'y prend garde. Et ceci en dépit d'un double constat qui peut être simplement établi concernant la position de la jurisprudence dans le Statut de la Cour : elle y trouve une place comme source du droit²¹, mais elle est théoriquement limitée par l'autorité relative de la chose jugée qui s'attache à ses décisions. A l'époque de la rédaction initiale du Statut, il ne fait guère de doutes que « les décisions judiciaires » concernaient avant tout celles de la Cour, même si elles sont d'emblée classées comme un « moyen auxiliaire » créant ainsi un début de hiérarchisation – ou du moins, d'ordre de prise en compte – des sources du droit. Il en va différemment de nos jours puisque, d'une part, la Cour cite abondamment sa propre jurisprudence dans ses arrêts, mais cite également la jurisprudence d'autres juridictions internationales quand l'affaire l'impose, comme ce fut le cas de celle du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire dite du *génocide* entre la Bosnie et la Serbie. A l'inverse, les autres juridictions paient leur tribut à la jurisprudence de la Cour. D'autre part, même si les décisions de la Cour ne bénéficient que de l'autorité relative de la chose jugée, il n'en reste pas moins que l'accumulation des décisions dans le même sens forme bien une jurisprudence qui dépasse largement le cadre restreint de cette autorité « relative » de la chose jugée pour chaque décision.

Même si la Cour a pu avoir un temps des hésitations dans certains domaines (notamment celui alors en construction en matière de droit de la mer), ou a fait montre de quelques interprétations discutables de sa propre jurisprudence²², quand il ne s'agit pas de certaines obscurités qui rendent la démarche de la Cour difficile à suivre²³, personne n'en nie globalement sa stabilité. Or, qui le nierait, une jurisprudence stable est un gage de confiance envers la juridiction et, plus globalement, envers le droit international dont la Cour reste un gardien écouté.

²¹ Comme source du droit, il n'est que de rappeler les termes du célèbre article 38§1 de son Statut : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (...) d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

²² Notamment dans les affaires concernant les îles Marshall, voir notre commentaire : « Quelques remarques à propos des affaires des Îles Marshall concernant le désarmement nucléaire devant la CIJ : de l'infini au zéro », *AFDI* 2017, pp. 19 à 35.

²³ Parmi d'autres aspects, la question de l'intervention d'un Etat tiers reste sujette à variations, sauf lorsque la Cour incite par elle-même un Etat à intervenir (voir par exemple le cas de l'intervention de la Guinée-équatoriale dans l'affaire précitée entre le Cameroun et le Nigeria : CIJ, arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juin 1998, *Rec.* 1998, p. 324).

II. LES PERVERSIONS DU FORMALISME SUR LA CONFIANCE : LE FORMALISME DÉTOURNÉ, MAL OU PEU UTILISÉ

Il s'agit de nouveau de *pick and choose* mais d'une manière inversée puisqu'il sera question ici d'envisager un formalisme procédural qui aurait été sinon détourné, du moins utilisé d'une manière particulière sans que cette utilisation arrive à convaincre, ni à donner confiance aux Etats. Ceci étant, comme nous le verrons, nombre de ces imperfections ont donné lieu à des réactions de la Cour pour en atténuer les effets. *Work in progress* en quelque sorte.

A. Les moyens détournés : *Work in progress*

1. *Juges ad hoc et cause commune*

C'est à la Cour qu'il revient de contrôler la nomination du ou des juges *ad hoc* et notamment de vérifier si les conditions en sont réunies, ce qu'elle traite comme une question préliminaire à toute autre. Outre les conditions relatives à la capacité, la Cour doit s'assurer qu'il y a bien lieu à nomination, c'est-à-dire que l'Etat concerné ne fait pas cause commune avec un Etat qui bénéficie déjà de la présence d'un juge permanent ou *ad hoc*. Selon le critère dégagé par la jurisprudence, « les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent à la même conclusion, doivent être considérés comme faisant cause commune »²⁴. En d'autres termes, c'est l'identité ou la quasi-identité des conclusions qui est prise en compte, quelle que soit la diversité des moyens avancés à leur soutien. C'est à la Cour, et non aux parties concernées, qu'il appartient de se prononcer sur cette identité et elle peut très bien conclure à la cause commune même en cas de requêtes distinctes et non jointes. La Cour doit bien sûr vérifier au cas par cas la praticabilité d'une décision de cause commune et sans doute est-elle sensible à des impératifs d'équilibre, incluant la susceptibilité des Etats au regard de l'institution du juge *ad hoc*, en particulier lorsqu'ils sont en situation de défendeur.

La façon dont le problème a pu être résolu montre la sensibilité de la question pour les Etats. Si dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* opposant le Royaume-Uni et l'Allemagne à l'Islande, la Cour avait, au stade des exceptions préliminaires, refusé à l'Allemagne la possibilité de nommer un juge *ad hoc* en considérant qu'elle faisait cause commune avec le Royaume-Uni²⁵, elle ne s'est pas résolue à imposer la même solution au Royaume-Uni dans les affaires de *Lockerbie*. En effet, la nomination d'un juge *ad hoc* par le Royaume-Uni, en raison du déport du juge permanent britannique (qui avait conseillé le Royaume-Uni dans cette affaire alors qu'elle n'était pas encore juge de la Cour), ne pouvait se comprendre, aux termes du Statut de la Cour, que si le Royaume-

²⁴ CIJ, ordonnance du 21 mai 1961, *Sud-Ouest africain (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud)*, Rec. 1961, p. 14.

²⁵ Elle a, en revanche, considéré que l'Ethiopie et le Liberia faisaient bien cause commune dans l'*Affaire du Sud-Ouest Africain*, et elle a joint les instances (CIJ, ordonnance du 20 mai 1961, Rec. 1961, p. 13), tout comme elle avait joint les instances du Danemark et des Pays-Bas dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* (CIJ, ordonnance du 26 avril 1968, Rec. 1968, p. 9), ces deux Etats ayant décidé de faire cause commune.

Uni n'était pas considéré comme faisant cause commune avec les Etats-Unis, ceux-ci disposant déjà d'un juge de leur nationalité. Or, il aurait pu être aisé de considérer que le Royaume-Uni et les Etats-Unis faisaient cause commune²⁶. La majorité de la Cour a préféré une solution aboutissant à deux arrêts sensiblement identiques, prononcés par la juridiction dans deux compositions différentes, le juge *ad hoc* britannique ne siégeant que pour l'arrêt concernant le Royaume-Uni²⁷. Si l'on ajoute que le juge *ad hoc* britannique nommé en l'espèce se trouvait être un ancien juge et Président de la Cour, Sir Robert Jennings, on comprendra que cette manipulation ait pu faire grincer certaines dents car il ne s'agissait visiblement pas de rendre compte de la psychologie de l'Etat concerné²⁸.

Formellement, les règles furent respectées puisqu'il n'y avait pas officiellement cause commune mais, dans l'esprit, l'application de cette solution est un détournement assez caractéristique d'une forme de *Small World* de la Cour qui, en l'espèce, s'explique par la particulière sensibilité de l'affaire en cause et la crainte que la majorité ne bascule en faveur du demandeur²⁹. Ceci étant, comme pour l'affaire du *Sud-Ouest africain*, il s'agit sans doute de la seule décision très discutable en ce sens. Une fois n'est pas coutume donc, mais ceci démontre la place de juges de certains Etats (en clair, les membres permanents du Conseil de sécurité) auprès de la Cour. Peut-être l'éviction récente du juge britannique de la Cour va-t-elle conduire à une certaine prudence dans ce domaine ?

2. Incompatibilités de fonctions

L'exercice des fonctions de juge est normalement incompatible avec celui d'une autre activité professionnelle ou d'une fonction politique ou administrative (article 16 du Statut). Si l'article 17 exclut en outre explicitement l'exercice des fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat, l'incompatibilité statutaire ne semble en revanche pas exclure l'exercice de fonctions comme celle de membre d'une commission d'enquête ou de type juridictionnel comme la participation à des tribunaux arbitraux. Ainsi, par exemple, des juges en activité auprès de la Cour ont été membres du tribunal arbitral dans l'affaire du *Canal de Beagle* qui opposait l'Argentine et le Chili ou dans l'affaire du *Plateau continental de la mer d'Iroise* qui opposait la France et le Royaume-Uni. Certes, il a été décidé que les juges devaient s'abstenir de siéger si la décision était susceptible de faire par la suite l'objet d'un recours devant la CIJ³⁰, sinon ils tombent sous le coup de l'article 17§2 du Statut selon lequel un juge ne peut participer au règlement par la Cour

²⁶ Il suffisait d'observer, outre l'identité globale des conclusions, le fait que le juge britannique s'était déporté dans les deux affaires et que le Président américain avait renoncé à sa présidence dans les deux affaires, sans distinguer celle où leur Etat de nationalité était partie.

²⁷ V. J.-M. SOREL : « Les arrêts de la CIJ du 27 février 1998... », *RGDIP* 1998, p.685 ; H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL, Chronique de jurisprudence de la CIJ, année 1998, *J.D.I.* 1999, p. 851.

²⁸ V. la déclaration des juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva jointe à l'arrêt concernant le Royaume-Uni : CIJ, arrêt du 27 février 1998, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Royaume-Uni)*, *Rec.* 1998, p. 32.

²⁹ Dans un contexte différent mais également très sensible, les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* rendent compte d'un maniement subtil et contestable de cette question.

³⁰ CIJ, *Annuaire 1953-54*, p. 88.

d'une affaire dont il a eu à connaître dans des fonctions antérieures. Le juge concerné est donc amené à se déporter³¹. Dans tous les cas, s'il y a doute concernant une incompatibilité ou en cas de désaccord entre le juge concerné et le Président, c'est à la Cour qu'il revient de trancher la question. Après une réflexion sur la question générale des incompatibilités, la Cour a adopté des recommandations en la matière le 3 juillet 1968³² mais ne les a pas publiées, les destinant manifestement à un usage interne.

On peut aisément comprendre que la fonction d'arbitre est consubstantielle à celle de juge de la Cour en raison de la manière dont les juges sont choisis sur les listes d'arbitres établis par les Etats. Il n'empêche que cette question est restée pendant longtemps une zone d'ombre de la pratique de la Cour, ou plutôt de ses juges. Et c'est d'une manière tout aussi discrète que les choses ont récemment évolué avec la présidence du juge Yusuf (dont nous retrouverons d'autres initiatives *infra*). Dans son discours devant l'Assemblée générale des Nations Unies du 25 octobre 2018³³, il met presque un terme aux fonctions d'arbitre pour les juges de la CIJ durant leur mandat. Certes, il y a des exceptions mais le principe est là. L'interdiction est claire pour les arbitrages commerciaux ou en matière d'investissement. Interdiction également si un Etat qui pourrait solliciter un juge comme arbitre est partie dans une affaire devant la CIJ (même si les différends n'ont aucun rapport). Ni modification du Règlement, ni instruction de procédure, mais une simple règle déontologique rappelée au détour d'un discours. En revanche n'est pas abordée la question du juge de la CIJ qui serait aussi juge *ad hoc* par ailleurs comme ce fut le cas du juge Abraham dans l'affaire de la *Délimitation maritime* entre la Côte-d'Ivoire et le Ghana devant le Tribunal international du droit de la mer. A l'inverse, le juge Cot du Tribunal du droit de la mer fut juge *ad hoc* dans l'affaire de la *Demande en interprétation dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar*. Certes, on peut objecter que cette affaire n'interférerait pas avec le droit de la mer, mais le juge Cot fut sept fois juge *ad hoc*, et notamment dans l'affaire du *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombie) qui touchait bien au droit de la mer³⁴. Il n'est d'ailleurs pas rare – en regardant la liste des juges *ad hoc* sur le site de la Cour – d'y trouver nombre d'anciens juges à la Cour, voire devant d'autres juridictions internationales. Incontestablement, cela est à même de donner confiance aux Etats car la pratique est rodée, et les personnes désignées sont supposées très compétentes, mais ceci pose un problème

³¹ L'article 24 du Statut prévoit quant à lui qu'un membre de la Cour peut faire part au Président du fait que, pour une « raison spéciale » dont la nature n'est pas davantage précisée, il estime ne pas pouvoir participer au jugement d'une affaire déterminée. Ainsi, le Juge Basdevant avait-il demandé à ne pas participer à l'affaire de l'*Effet des jugements du TANU accordant indemnité*, comme le Juge Zafrulla Kahn renonça également à siéger dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, et les Juges Petren et Ignacio-Pinto dans l'affaire de la *Demande de réformation du jugement n° 158 du TANU*, le Juge Lauterpacht dans l'affaire *Nottebohm*, le Juge Jessup dans l'affaire du Temple de *Préah Vihéar*, ou la Juge Rosalyn Higgins dans les affaires de *Lockerbie* pour les raisons indiquées *supra*. On sait aussi que le Juge Zafrulla Kahn fut amené à se déporter, à la demande du Président de la Cour, dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*. Dans le cadre d'un avis consultatif (celui sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*), une question similaire s'est posée.

³² CIJ, *Annuaire 1967-68*, p. 91.

³³ Disponible sur le site de la Cour (www.icj-cij.org).

³⁴ CIJ, arrêt du 19 novembre 2012, *Rec.* 2012, p. 624.

déontologique. Le *Small World* invoqué *infra* pourrait être élargi sans que le facteur confiance s'en trouve amoindri.

Ce salutaire rappel du président Yusuf est donc incontestablement un progrès, mais ne met pas tout à fait fin à une forme d'endogamie judiciaire assez répandue à l'intérieur du monde des juridictions internationales. On peut certes y voir une garantie de compétences de la part de juges et/ou d'arbitres aguerris, ce qui est à même de conforter la confiance dans la Cour pour les Etats, mais on peut tout aussi bien y voir des formes de conflits d'intérêt et d'influences dans la jurisprudence.

B. Les moyens mal ou peu utilisés : *Work in progress* ^{bis}

Une nouvelle fois, les aspects choisis sont disparates car cette communication n'a pas vocation à être exhaustive. Il s'agit ici d'envisager quelques aspects où l'on peut avoir le sentiment que la Cour aurait pu être plus « formelle » pour éviter quelques ambiguïtés.

1. Jonction d'instances

La cause commune envisagée *infra* se distingue de la jonction d'instances qui permet à la Cour de prononcer un jugement unique en réponse à des requêtes distinctes, qu'il y ait ou non identité de parties. Elle peut être décidée en cas de cause commune mais la corrélation n'est pas automatique. En effet, pour la jonction d'instances, celle-ci est laissée à la discrétion des parties (à la différence de la cause commune) en dépit de la possibilité ouverte par l'article 47 du Règlement qui permet à la Cour « [d'] ordonner que les instances dans deux ou plusieurs affaires soient jointes ». Ainsi, comme indiqué, dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* entre le Royaume-Uni, la RFA d'une part, et l'Islande d'autre part, la jonction d'instances aurait pu sembler logique, tout comme pour l'Australie et la Nouvelle Zélande contre la France dans l'affaire des *Essais nucléaires* en 1973-1974. Les Etats en ont décidé autrement et deux arrêts furent, à chaque fois, nécessaires. Il en est de même pour les affaires de *Lockerbie* puisque, en dépit de très fortes similitudes les deux Etats ont souhaité garder des affaires distinctes, et ont même souhaité de pas faire cause commune pour les raisons indiquées.

L'acceptation de la jonction d'instances amène à un jugement unique, ce que certains Etats redoutent. La Cour en tient compte, même si d'évidence, des affaires pouvaient être jointes, et l'ont été pour certaines³⁵. Cependant, le 17 avril 2013, la CIJ s'est appuyée sur l'article 47 de son Règlement pour joindre par une ordonnance les deux instances introduites respectivement par le Costa Rica et le Nicaragua, l'un contre l'autre. Ce fut la première ordonnance rendue en vertu de cet article par laquelle la Cour a établi un précédent. La nouveauté de cette décision tient également au fait qu'elle est la première jonction d'instances prononcée par la CIJ en dehors de la situation de cause commune. On peut y voir

³⁵ Pour l'Ethiopie et le Libéria contre l'Afrique du Sud dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, ordonnance du 20 mai 1961, *Rec* 1961, p. 14, ou pour les Pays-Bas et le Danemark contre la RFA dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, ordonnance du 26 avril 1968, *Rec* 1968, p. 10. Dans ces affaires, les Etats concernés avaient fait cause commune.

un présage mais aussi remarquer que les parties étaient partagées³⁶, et que l'excès de requêtes croisées dans cette région du monde impliquant les mêmes Etats méritait sans doute d'être freiné. Sans doute est-ce dans le même sens qu'il faut comprendre la jonction des instances par une ordonnance du 2 février 2017 dans les affaires opposant des mêmes Etats (*Délimitation maritime dans la mer des caraïbes et l'océan pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua)).

On peut certes objecter que la Cour laissait libre les Etats mais – et alors qu'elle a pu se montrer plus péremptoire dans quelques domaines – elle semblait dans ce cadre « laisser filer ». Sans doute ne voulait-elle pas mettre en cause la confiance des Etats envers la Cour en imposant une solution non souhaitée, mais le regain de fermeté à travers les affaires centre-américaines est le bienvenu quand des abus semblent poindre. Il reste à savoir si des affaires impliquant des Etats membres permanents du Conseil de sécurité auraient abouti à la même solution ?

2. Moyens inquisitoriaux

Les moyens inquisitoriaux offerts à la Cour sont essentiellement au nombre de trois : l'expertise, l'enquête et le témoignage. Ces trois moyens ne constituent pas une panacée, mais permettent à la Cour de compléter, si elle l'estime nécessaire, des points restés obscurs ou litigieux lors de la phase écrite. Ces moyens ont été, jusqu'à il y a peu, utilisés avec parcimonie et prudence par la Cour qui ne souhaitait pas se voir entraîner dans des instances où le simple établissement des faits donne lieu à des polémiques. Mais là aussi les choses évoluent.

Brièvement prévu à l'article 50 du Statut, c'est le Règlement qui prévoit la manière dont la Cour peut utiliser des experts pour déterminer certains faits ou points de droit³⁷. Les parties ont la possibilité de proposer des expertises que la Cour peut retenir si la partie adverse ne s'y oppose pas, et la Cour elle-même peut décider une expertise pour l'établissement de moyens de preuve. En réalité, pendant longtemps, la Cour n'a que peu utilisé par elle-même la possibilité de faire comparaître des experts, et s'est le plus souvent contentée d'accéder aux demandes des parties³⁸. En revanche, elle n'a pas souhaité faire appel à des experts dans

³⁶ Comme le note Azari Hadi : « Toutefois, il se déduit de la jurisprudence de la Cour actuelle et de celle de sa devancière, que lorsque les parties s'accordent à son sujet, la Cour en prend acte. Autrement dit, elle n'en décide discrétionnairement que si les parties demeurent partagées en la matière. Qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire ou qu'elle prenne acte de l'accord des parties, sa décision sur la jonction doit toujours être fondée sur un lien suffisant rattachant les instances concernées. » ; A. HADI « La jonction d'instances devant la Cour internationale de Justice – A propos de l'ordonnance du 17 avril 2013 dans l'affaire relative à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) », *AFDI* 2013, pp. 85-99.

³⁷ Articles 58 à 68. Il y a néanmoins lieu de remarquer que les dispositions relatives à l'expertise souffrent d'une dispersion et d'un certain manque de clarté dans le Règlement.

³⁸ Jusqu'au tournant des années 2000, elle n'a exercé qu'en quatre occasions cette faculté que lui confère l'article 50 du Statut, mais plus récemment, elle a plus utilisé cette possibilité, notamment dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) – voy. ordonnance du 31 mai 2016, *Rec.* 2016, p. 235 – ou dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda) – voy. ordonnance du 8 septembre 2020, *Rec.* 2020, p. 264. Dans cette dernière ordonnance, la Cour décide que :

certaines affaires où cela aurait pu s'avérer judicieux pour trancher un point litigieux³⁹.

Cette volontaire timidité devenait de plus en plus en contradiction avec l'évolution des contentieux. Déjà, lors d'une Déclaration du président Owada devant l'Assemblée générale le 28 octobre 2010, ce dernier estimait que la Cour serait régulièrement appelée à trancher des litiges relatifs à l'environnement et qu'elle serait de plus en plus souvent confrontée à des éléments de preuve scientifiques complexes, ce qui la conduirait à avoir davantage recours à des experts. Le Président Yusuf a été plus loin dans son discours devant la Sixième Commission le 26 octobre 2018 en développant la problématique du recours aux experts désignés par la Cour en vertu de l'article 50, donc en dehors des experts désignés par les parties⁴⁰. Il reprend l'argument développé par le Président Owada en citant des exemples où la Cour devait répondre à des aspects scientifiques⁴¹, ou lorsque cela concerne des situations dans lesquelles les faits du différend porté devant la Cour doivent être établis conformément à des principes et méthodes scientifiques⁴². Il poursuit : « Or, si les experts désignés par les parties sont sans nul doute d'une aide précieuse pour la Cour, il existe au moins deux raisons pour lesquelles celle-ci peut néanmoins avoir besoin de désigner ses propres experts en vertu de l'article 50 de son Statut. » Ceci concerne la question des experts inclus dans des délégations et comparaisant comme conseils, alors que la Cour préférerait qu'ils soient simplement des témoins, mais aussi (et surtout) la question de la partialité inhérente à la désignation d'un expert par une partie. Il est en effet difficile d'imaginer que l'expertise contredira l'Etat qui a nommé l'expert. La Cour préfère donc se faire une opinion par elle-même.

On peut incontestablement y voir une progression vers un juge plus impliqué, plus inquisitorial, même si la Cour risque en revanche d'éloigner les Etats dont les prétentions scientifiques via leurs experts ne seront plus entendues, ou possiblement contredites. On peut aussi y voir la volonté de limiter la présence de ces « spécialistes de l'invérifiable »⁴³ à ceux strictement nécessaires. L'expertise

« S'agissant de certains d'entre eux [préjudices], à savoir les pertes en vies humaines, la perte de ressources naturelles et les dommages aux biens, la Cour estime néanmoins qu'il y a lieu de faire procéder à une expertise, conformément au paragraphe 1 de l'article 67 de son Règlement. »

³⁹ Ainsi, dans l'affaire de *L'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, certains juges (notamment le juge Oda dans son opinion individuelle) ont pensé qu'une expertise aurait pu être utile pour déterminer le principal chenal navigable du fleuve au cœur du litige (CIJ, arrêt du 13 décembre 1999, *Rec.* 1999, pp. 1116 et s).

⁴⁰ Disponible sur le site de la Cour (www.icj-cij.org).

⁴¹ Il cite notamment l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle Zélande [intervenant])*, où la Cour devait statuer sur la question de savoir si le Japon menait son programme de chasse à la baleine « en vue de recherches scientifiques », mais il cite également l'article 76 de la convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer qui définit le plateau continental au-delà de 200 milles marins en utilisant des paramètres scientifiques, ou des aspects techniques qui sont apparus dans l'affaire jugée en 2001 de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*.

⁴² Ainsi, en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, la Cour devait déterminer si le rejet de certaines substances dans le fleuve Uruguay polluerait ce cours d'eau.

⁴³ Selon l'expression de S. TESSON : *Sur les chemins noirs*, Gallimard, Paris, 2016, p.28. Voir aussi nos remarques dans : « Symposium – The Experts in the International Adjudicative Process : Concluding

est seulement un élément à prendre en compte dans un certain contexte. La confiance y gagnera si cette solution n'est pas appliquée à géométrie variable.

L'enquête, autre moyen inquisitorial, est également une possibilité ouverte par le Statut et le Règlement, d'ailleurs en liaison avec l'expertise⁴⁴. Les deux aspects, sans être similaires, sont liés car il s'agit pour la Cour d'exercer ses fonctions relatives à l'établissement des preuves sur les lieux auxquels l'affaire se rapporte. Ceci signifie que la Cour utilisera ce qu'on appelle « une descente sur les lieux », même si cette hypothèse n'est pas forcément unique dans ce cadre et n'est pas précisée de cette manière dans le Règlement. C'est pourtant un euphémisme que d'affirmer que la Cour n'abuse guère de cette possibilité. La CPJI a connu une expérience en ce sens, tout comme la Cour actuelle⁴⁵. Une telle « descente sur les lieux » aurait sans doute été souhaitable dans certaines affaires, comme celle des *Usines de pâte à papier* ou lors de la *Demande en interprétation dans l'affaire du Temple Préah Vihéar*. Certes, dans le cadre de l'interprétation, l'analyse de la Cour reste limitée au dispositif de l'arrêt, mais il s'agissait d'éclairer ce qu'il fallait entendre par « environs du temple », et la configuration du terrain permet d'en apprendre beaucoup. Pourtant, la Cour a essentiellement utilisé une expertise réalisée à l'époque de l'arrêt initial pour déterminer quels sont les « environs » de ce temple. Cette possibilité pourrait sans doute – si elle était plus utilisée – renforcer la confiance en la Cour car, comme pour l'expertise, certains aspects techniques, et notamment géographiques, sont d'une grande complexité et difficiles à expliciter, même avec l'aide des techniques modernes.

Le témoignage est également un moyen de preuve prévu et encadré par le Règlement, soit à la demande des parties, soit à la demande de la Cour⁴⁶. Dès le début, la CIJ sera confrontée à la volonté par les Parties de présenter des témoins⁴⁷. Dans l'affaire du *Génocide* entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie-Monténégro, ce dernier Etat avait menacé de demander l'audition de centaines de témoins. En revanche, la Cour n'a jamais utilisé la possibilité ouverte par l'article 62§2 de son Règlement de faire elle-même appel à des témoins. Il est vrai que cette situation peut paraître quelque peu délicate en pratique en raison du profil des affaires devant la Cour.

Observations », *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press, Vol 9, n°3, September 2018, pp. 473-476.

⁴⁴ Article 44 du Statut, articles 66 et 67 du Règlement.

⁴⁵ La CPJI avait eu l'occasion d'effectuer une « descente sur les lieux » lors de l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (CPJI, ordonnance du 13 mai 1937, *Rec. Série C*, n°81, pp. 553-554). La CIJ n'a, de son côté, connu que des enquêtes diligentées par des experts, notamment dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (CIJ, ordonnance du 17 décembre 1948, *Rec. 1948*, p. 124), mais elle a refusé de se rendre sur les lieux dans l'affaire précitée du *Sud-Ouest africain* (CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, *Rec. 1966*, p. 9) ou dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* (CIJ, arrêt du 11 septembre 1992, *Rec. 1992*, pp. 361-362) jusqu'à l'affaire du *Projet Gabčíkovo/Nagymaros* où elle est effectivement descendue sur les lieux en avril 1997 pour constater directement les problèmes posés par le projet de barrage hydro-électrique (CIJ, ordonnance du 5 février 1997, *Rec. 1997*, p. 3).

⁴⁶ Articles 57 à 68, avec un certain luxe de détails au regard d'autres aspects de la procédure.

⁴⁷ Dans de très nombreuses affaires, notamment celle du *Détroit de Corfou*, mais aussi du *Temple de Préah Vihéar*, du *Sud-Ouest africain*, du *Plateau continental Tunisie/Libye*, des *Activités armées au Nicaragua et contre celui-ci*, dans l'affaire *Elettronica Sicula* ou dans celle du *Différend frontalier terrestre insulaire et maritime*, etc.

Cette volontaire retenue globale démontre que la Cour considère, d'une part, qu'elle n'a pas à provoquer des moyens de preuve dont les Etats doivent se charger et, d'autre part, qu'elle est à même de faire la part des choses sans recours à des moyens externes. Ceci renforce bien sûr la confiance des Etats en la Cour, mais cette attitude semble avoir atteint certaines limites dont l'évolution de l'expertise rend compte. Sans doute le saut est-il plus psychologique que qualitatif, mais la Cour s'enhardit car la confiance pourrait aussi venir d'une Cour mondiale utilisant plus formellement ses procédures, et tournant la page d'une certaine retenue consécutive à son caractère facultatif.

3. La place incertaine des voies de recours

Sans double degré de juridiction, les Etats se montrent encore plus prudents, sachant qu'il n'y aura qu'un recours – illusoire – en révision possible, ou une demande en interprétation de l'arrêt initial. Le déroulement de la procédure contentieuse normale devrait, *a priori*, exclure toute forme de remise en cause d'un arrêt. Celle-ci est suffisamment détaillée, longue, épaulée par des conseillers avisés et nombreux, pour que rien ne soit laissé au hasard. Les juges ont souvent eu l'occasion de souligner ce « perfectionnisme » qui anime les parties au moment d'une affaire (notamment en dénonçant la consistance des pièces écrites et la longueur des audiences). Les arrêts eux-mêmes, nonobstant une tendance à l'économie de moyens (d'ailleurs variable), sont souvent pédagogiques et clairs de manière à ne laisser aucune ambiguïté. Il en résulte que le droit au recours doit exister, mais doit demeurer exceptionnel. C'est sans doute cette idée qui anime la Cour lorsqu'elle est saisie d'une telle demande. Mais la perfection formelle n'empêche pas le grain de sable de s'immiscer, ou le clair-obscur d'apparaître au détour d'un raisonnement tortueux.

Concernant la procédure en révision, nous savons que celle-ci est formellement prévue pour n'être jamais utilisable, sauf circonstances exceptionnelles assez peu probables. Cette conclusion pourrait paraître excessive, mais la pratique ne semble pas nous prouver le contraire puisqu'aucune demande en révision n'a jamais abouti. Le traitement des demandes en interprétation semblait suivre une voie similaire jusqu'à une période récente. Après la tentative sans succès dans l'affaire du *Droit d'asile*, laissant aux parties le soin d'ouvrir une nouvelle requête⁴⁸, la Cour a évité l'introduction d'une nouvelle affaire par le biais de l'interprétation, mais obligé les Etats à présenter une nouvelle requête : jeu à somme nulle en quelque sorte. Idem pour l'affaire du *Plateau continental Tunisie / Libye* dans laquelle la requête de la Tunisie comprenait plusieurs demandes superposées. Il était clair que cet Etat cherchait à obtenir, par tous les moyens à sa disposition, une modification d'un arrêt qui était resté largement incompris. En réalité, ce sera un échec complet puisque la demande en révision fut rejetée alors que les demandes en interprétation ont été acceptées mais les conclusions de la Tunisie rejetées. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* entre le Cameroun et le Nigéria, la Cour a sans doute été tentée d'éviter une forme de détournement de procédure (non sans fondements) lors de la demande en interprétation de l'arrêt sur

⁴⁸ Cette logique conduira la Colombie à porter de nouveau l'affaire devant la Cour (avec Cuba comme partie intervenante) dans l'affaire *Haya de la Torre*.

les exceptions préliminaires. La brièveté de l'arrêt du 25 mars 1999 semble indiquer aux Etats qu'il est préférable de ne pas multiplier les tentatives dans ce cadre. Les tentatives suivantes ne furent pas plus fructueuses. La demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* s'est soldée par une absence de réponse de la Cour, tout en sachant que cette demande était présentée à l'appui d'une requête dont l'essentiel résidait dans la demande de mesures conservatoires qui y était liée. Si l'on passe sur la demande en interprétation (déposée en 2017) de l'arrêt rendu par la Cour le 23 mai 2008 en l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* qui s'est conclue par un désistement des parties, il ne reste qu'une demande en interprétation ayant abouti avec l'arrêt du 11 novembre 2013 dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. Cette affaire rassure, non seulement sur le fond, mais aussi sur la procédure : une demande en interprétation peut aboutir et n'est pas vaine. Face à l'absence d'un double degré de juridiction devant la Cour, les possibilités sont minces. Que l'interprétation soit possible – même cinquante ans après un arrêt initial – n'est pas une donnée négligeable pour la confiance envers la Cour.

A cette exception près, les procédures en révision et en interprétation ne semblent pas encore avoir trouvé leur place au sein de la jurisprudence de la C.I.J alors qu'une évolution de ces questions se posera dans un univers où les risques de chevauchements sur des aspects similaires risquent de se multiplier avec la création de juridictions dans différents domaines. Il est évident que l'attitude des parties, leurs arrières pensées, leur stratégie ne sont pas étrangères à ces rejets. Les Etats se sont sans doute trop livrés à des parodies de demandes en révision ou interprétation sur des bases souvent fragiles, voire dilatoires, mais ces manœuvres parfois grossières sont aussi le signe qu'il manque sans doute une voie de recours moins fragile. Et la Cour elle-même n'a peut-être pas poussé aussi loin qu'on aurait pu le souhaiter une analyse de la remise en cause de ses arrêts, alors même qu'il n'existe pas de véritables voies de recours. Le faire ne nuirait pas à la confiance envers la Cour.

III. LES EFFETS DU FORMALISME SUR LA CONFIANCE DEVANT LA CIJ OU LA PRUDENCE CALCULÉE DE LA VIEILLE DAME

A. Le formalisme comme illustration de la procéduralisation

La bonne administration de la justice, versant du procès équitable pour la Cour internationale de Justice, semble parfois sujette à une surdétermination juridique, pour le moins de la part des commentateurs qui s'attachent à chaque détail, ou chaque petit revirement de procédure ou de jurisprudence, comme autant d'événements à commenter.

Dans ce cadre, nous connaissons le risque inhérent d'une procédure formelle qui devient le propre miroir de sa perfection⁴⁹. Elle ne sera plus sujette à débats si la

⁴⁹ Nous reprenons ici quelques réflexions de deux de nos contributions : « Procéduralisation et transformation de l'idée de justice », in H. RUIZ FABRI (dir) : *International Law and Litigation*, Nomos, Berlin – Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg, 2019, pp. 19-35 ; « Faut-il faire le procès du procès équitable ? » dans : *Fair Trial : Regional and International Perspectives : Procès équitable : perspectives régionales et internationales*, Liber Amicorum Lino-Alexandre Sicilianos, pp. 573-582.

complétude des caractéristiques du procès est réunie. Dès lors, la justice pourra être dite dans sa plénitude. Que serait une administration de la justice si elle n'était pas « bonne » ? Que serait un procès s'il n'était pas équitable ? Il ne serait tout simplement pas. Il faut donc rendre compte du formalisme, aspect parmi d'autres de l'*accountability*.

Ceci est bien sûr lié à une expansion de la procédure qui est dans l'air du temps, avec la progression des éléments formels à l'intérieur d'un procès ou d'une juridiction en général, progression qui permet le constat d'une forme de domination de l'utilisation du cadre procédural au regard du traitement du fond de l'affaire. La transparence, les audiences publiques, la place de l'indépendance et de l'impartialité, le rôle des experts, le rôle de la preuve, le contradictoire, les droits de la défense, sont autant d'exemples de l'importance de cette procéduralisation. Il doit être clair que cette progression n'est pas *a priori* négative car elle participe de l'évolution, de la maturation, d'une juridiction et des éléments qui permettent de la faire entrer dans le cadre d'un état de droit. Cela ne signifie pas qu'ils sont uniques, ni même prédominants, mais qu'une inquiétude est légitime quand la substantialisation de la procédure, son perfectionnement, conditionne parfois le fond.

La procéduralisation est bien sûr la rencontre entre les souhaits des parties et ceux du juge car elle est ressentie comme un facteur de sécurité. Ceci signifie que le juge se protège par la procédure autant qu'il pense protéger les parties en s'inscrivant dans une procédure rigoureusement établie. Mais, si on se méfie du juge, le juge se méfie désormais de la manière dont on pourrait le juger quand il juge, ce qui peut aboutir à une forme de crispation paralysante.

B. Qu'est-ce que la confiance ?

Paradoxalement, la procéduralisation marque aussi une perte de confiance envers la justice. Il en ressort cette impression que la légitimation passe par le respect des formes, alors qu'elle devrait justement passer par la confiance faite en la juridiction. S'il est bien difficile de circonscrire la confiance, élément psychologique qui échappe à la rationalité du droit⁵⁰, on peut estimer qu'elle suppose aussi le risque et le doute, ce qui n'est pas simple face à une société qui est de plus en plus intolérante au risque et qui croit à la dystopie du zéro-danger, tout en cultivant de mieux en mieux le culte de l'apparence. Comme indiqué, c'est aussi une affaire de ressenti. A cet égard, nous sommes plus dans l'irrationalité que dans le pragmatisme. On peut mettre les éléments procéduraux en place, mais si c'est une base, elle n'est pas suffisante. La confiance est dictée par une pratique et un « climat », et il n'y a pas de mécanique de la confiance. Le tout n'est pas égal à la somme des parties⁵¹.

Pour un Etat partie à une affaire devant la Cour, la confiance ce n'est pas la certitude qu'il *va* gagner, mais la croyance qu'il *peut* gagner car tous les éléments sont réunis pour lui donner ce sentiment.

⁵⁰ Voir à ce propos les remarques pertinentes dans le rapport introductif de Julie Tribolo-Ferrand.

⁵¹ Parmi beaucoup d'autres, une comparaison est possible avec la confiance en une monnaie. Tous les ingrédients d'une économie solide peuvent être réunis sans que cette confiance s'instaure ou, si elle existe, ne soit bousculée par des éléments externes, parfois infinitésimaux ou étrangers à la solidité de la monnaie.

C. Cour mondiale, formalisme et confiance : quel bilan ?

La Cour internationale est désormais une « vieille dame » puisque centenaire, ce qui n'a rien de péjoratif mais constitue à l'inverse un élément rassurant, et donc favorable à une certaine confiance. Elle est néanmoins en permanence confrontée à l'impératif de concilier sa liberté théoriquement très grande et la préservation de son autorité. Pour cela, on sent qu'elle souhaite ne pas trop bousculer ses « clients », les Etats, tout en essayant d'infléchir leur comportement.

La voie est parfois étroite puisqu'à la politisation des différends s'ajoute souvent une utilisation politique de la Cour. Le formalisme sera donc un jeu de miroirs entre ces deux constats. La longueur de la décision et la précision des motifs constituent par exemple des moyens pour la Cour de signifier sa position vis-à-vis de certaines procédures ou attitudes des parties. La Cour tente ainsi de cantonner par des moyens procéduraux cette instrumentalisation politique de son prétoire. En ce sens, un certain formalisme adroitement utilisé permettra à la Cour d'éviter qu'on l'accuse de céder à son utilisation politique et, consécutivement, renforcera la confiance qu'on met en elle. Son formalisme étant tempéré et sa procédure conforme à ce que les Etats peuvent attendre de la Cour mondiale, la confiance, comme le prouve l'éclatement géographique des affaires qui lui sont soumises, semble donc au rendez-vous.

Il reste qu'il lui est parfois difficile d'éviter certains écueils. Le principal résulte sans doute de sa structuration originelle et de ses fonts baptismaux. Dans sa structure actuelle, c'est une enfant de la guerre et de la division alors opérée avec la naissance des Nations Unies. Quoi qu'on en dise, il existe un regard particulier sur les juges issus des Etats membres permanents au Conseil de sécurité. Dans ce cadre, le rapport de puissance semble incontestablement joué, surtout lorsque le « petit monde » de la Cour s'accorde pour neutraliser certains effets indésirables.

En dépit de cet écueil, sans doute son « grand âge » la protège-t-elle d'une obligation de s'affirmer sur la scène internationale, mais son expérience la conduit aussi à une attitude pondérée. La procédure sert surtout à s'affirmer pour les autres juridictions, plus récentes et non exemptes de critiques mais, pour la Cour, elle sert à se préserver, ou à préserver son image.

* * *

Le formalisme est donc un jeu de miroirs mais la confiance résulte surtout d'un processus où la rationalité de la procédure rencontre l'irrationalité du ressenti des Etats qui, dans leur psychologie, ne sont pas à l'abri de certains fantasmes. Il s'agit par conséquent d'un jeu d'équilibre, et dans le contexte contraint d'une juridiction qui reste facultative, la CIJ est un bon funambule : son adresse donne confiance.

Version pour accord
29 aout 2022

LES ENJEUX DU FORMALISME DANS LE CONTENTIEUX DU DROIT DE LA MER

TULLIO TREVES

Je vais envisager comme « contentieux du droit de la mer » le contentieux portant sur l'interprétation ou l'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, « la Convention » ou « la CNUDM ») et soumis à adjudication sur la base des règles de celle-ci. Ainsi, je ne vais pas me borner au contentieux porté devant le Tribunal international du droit de la mer. Je vais considérer aussi les procédures portées devant des tribunaux arbitraux en vertu de l'Annexe VII de la Convention. En effet, il est bien connu que le mécanisme prévu par la Convention pour déterminer quelle est l'entité qui a titre pour exercer la compétence obligatoire sur les affaires contentieuses fait de celle des tribunaux arbitraux de l'Annexe VII une procédure par défaut. Comme le confirme la pratique depuis l'entrée en vigueur de la Convention, parmi les affaires soumises à adjudication sur la base de la Convention, celles où la procédure a été mise en marche par la notification d'une requête de constitution d'un tribunal arbitral aux termes de l'Annexe VII sont les plus nombreuses. Ce déséquilibre quantitatif entre les affaires soumises à arbitrage et celles soumises au Tribunal de Hambourg n'est pas moins atténué par le fait que – avec des techniques différentes – les parties se sont plusieurs fois mises d'accord, dès le début d'une affaire, pour la transférer du tribunal arbitral non encore établi au Tribunal du droit de la mer ou à une chambre de celui-ci¹. C'est ce qui s'est passé encore dernièrement à l'égard du différend portant sur le navire *San Padre Pio* entre la Suisse et le Nigéria².

L'idée de « formalisme » évoque une approche où la forme prévaut sur la substance. Cette approche peut s'appliquer à des aspects de fond d'une affaire, quand, par exemple, l'on privilégie l'interprétation littérale d'une clause d'un traité en laissant de côté une interprétation donnant importance à l'objet et au but ou aux circonstances de la conclusion du traité. Cette idée peut aussi s'appliquer aux aspects de procédure. Dans cette optique, l'idée de formalisme évoque une importance décisive des règles de procédure – même au prix d'un renoncement à entrer dans le fond.

¹ T. TREVES, « The Intertwining of the Will of the Parties and Compulsory Jurisdiction under the Law of the Sea Convention », in *Unité et diversité du droit international, Etudes en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston : Brill Nijhoff, 2014, pp. 661-667.

² Voir le compromis du 17 décembre 2019, disponible sur le site du Tribunal (www.itlos.org).

Version pour accord
29 août 2022

Le formalisme comme prévalence de la forme sur le fond a sans doute quelque chose de négatif, d'excessif voire de dérogoire. Dans le langage courant, ce qui compte est le fond. L'on ne saurait pourtant pas nier que dans le domaine de la procédure, et notamment de la procédure des cours et tribunaux internationaux, la forme – entendue comme respect des règles de procédure et notamment de celles portant sur la compétence – s'érige en protectrice de valeurs de fond que les Etats considèrent comme essentielles – et en premier lieu, celle de la nécessité du consentement des parties à la soumission des différends à un juge ou à un arbitre. Ce principe, il me semble utile de le souligner au vu du titre de ce colloque, est à la base de la confiance des Etats dans les procédures devant les juges et arbitres internationaux.

Dans la présente intervention, je ne vais pas m'engager dans un examen systématique de la jurisprudence du Tribunal du droit de la mer et des tribunaux arbitraux de l'Annexe VII à la Convention, ni des questions qui pourraient surgir quand des affaires seront portées devant la Cour internationale de Justice (CIJ) en vertu des dispositions de la Convention.

Je vais ainsi me borner à l'examen de trois exemples que me semblent significatifs. Le premier exemple porte sur une discussion au sein du Tribunal du droit de la mer concernant certaines conséquences du caractère obligatoire de mesures conservatoires (I.). Le deuxième exemple porte sur le rôle des règles de procédure dans les tribunaux arbitraux de l'Annexe VII au vu de celles de la CIJ et du Tribunal du droit de la mer (II.). Le troisième exemple porte sur la jurisprudence concernant la notion d'« Etat côtier » dans l'optique de la juxtaposition entre forme et fond (III.).

I. DOIT-ON TOUJOURS PRESCRIRE LES MESURES CONSERVATOIRES OU PEUT-ON SIMPLEMENT LES RECOMMANDER ?

Il est bien connu que, en vertu de l'article 290 de la Convention, les mesures conservatoires adoptées dans le cadre d'une procédure contentieuse aux termes de la Convention sont obligatoires. Elles sont « prescrites » et non « indiquées » comme le prévoit l'article 41 du Statut de la CIJ. De plus, le paragraphe 6 de l'article 290 spécifie que « les parties au différend se conforment sans retard à toutes mesures conservatoires prescrites en vertu du présent article ». La Convention tranche ainsi une discussion qui, au temps de la négociation de l'article 290 et de l'adoption de la Convention, n'avait pas encore trouvé de solution au sein de la CIJ. Sans doute, elle a contribué à encourager la CIJ à prendre position en affirmant, dans le jugement *LaGrand*, que les mesures conservatoires qu'elle indique sont obligatoires³.

³ CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 2001, p. 466. Voir en outre le discours tenu le 29 Octobre 2002 devant l'Assemblée Générale des Nations Unies par le président de la CIJ, Gilbert Guillaume (accessible sur le site de la Cour : www.icj-cij.org), ainsi que T. TREVES, « Judicial Lawmaking in an Era of "Proliferation" of International Courts and Tribunals : Development or Fragmentation of International Law ? » in R. WOLFRUM, V. ROEBEN (eds), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin/Heidelberg : Springer-Verlag, 2005, pp. 587 et s., et pp. 613 et s.

Au début de ses activités, le Tribunal du droit de la mer s'est trouvé à considérer une question ayant trait à la portée du caractère obligatoire des mesures conservatoires qu'il peut prescrire. Dans le dispositif de sa première ordonnance adoptée à la suite d'une demande en prescription de mesures conservatoires, à savoir, celle soumise par Saint-Vincent-et-les-Grenadines dans *l'Affaire du navire Saïga n°2*, le Tribunal, après avoir *prescrit* à la Guinée au titre des mesures conservatoires certaines obligations, *recommande* aux parties de parvenir à des arrangements faisant en sorte « que leurs autorités respectives ou les navires battant leur pavillon n'entreprennent aucune action de nature à aggraver ou à étendre le différend soumis au Tribunal »⁴.

Néanmoins, dans sa déclaration le Juge Vukas conteste la possibilité que le Tribunal fasse des recommandations (au lieu de prescriptions) dans une affaire portant sur des mesures conservatoires. Il affirme notamment :

*« A mon avis, l'obligation de faire en sorte que "leurs autorités respectives ou les navires battant leur pavillon n'entreprennent aucune action de nature à aggraver ou à étendre le différend soumis au Tribunal" devait être prescrite par le Tribunal à titre de mesure conservatoire. Toutefois, au cours des délibérations, il a été décidé que la seule mesure conservatoire à prendre par le Tribunal serait celle énoncée à l'alinéa 1, et que le contenu de l'alinéa 2 serait rédigé et adopté sous forme de recommandation »*⁵.

Au nombre des raisons pour lesquelles le Juge Vukas se trouvait en désaccord sur la présentation de l'alinéa 2 du dispositif sous forme de recommandation, il y avait la raison suivante :

*« Selon toutes les dispositions relatives aux mesures conservatoires que comportent la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (article 290), le Statut du Tribunal international du droit de la mer (article 25) et le Règlement du Tribunal (articles 89 à 95), le Tribunal n'est pas habilité à prendre quelque autre décision que ce soit, à formuler des suggestions, des recommandations ou à exprimer un quelconque souhait, etc. : tout ce qu'il est appelé et est habilité à faire est de "prescrire les mesures conservatoires" qu'il juge appropriées dans les circonstances du différend »*⁶.

L'année suivante, les mêmes thèmes réapparurent dans les discussions du Tribunal. Dans *l'Affaire du thon à nageoire bleue* (mesures conservatoires), le Tribunal prescrit, entre autres, une mesure aux termes de laquelle les Etats parties au différend devaient « chacun en ce qui le concerne, veiller à ne prendre aucune mesure qui pourrait aggraver ou prolonger les différends soumis au tribunal arbitral »⁷. Le Tribunal semble ainsi suivre l'orientation du Juge Vukas dans *l'Affaire du Navire Saïga n°2*.

⁴ TIDM, ordonnance du 11 mars 1998 (mesures conservatoires), *Affaire du Navire Saïga n°2 (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, Rec. 1998, p. 24, §52.1 et 5.

⁵ Déclaration du Juge Vukas, Rec. 1998, p. 41, §3.

⁶ Déclaration du Juge Vukas, Rec. 1998, p. 41, §3.

⁷ TIDM, ordonnance du 27 août 1999 (mesures conservatoires), *Affaire du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, Rec. 1999, p. 280, §89.1a.

Toutefois, le juge Eiriksson vota contre ce paragraphe du dispositif de l'ordonnance du Tribunal pour des raisons opposées à celles qu'avait soutenues le juge Vukas dans l'*Affaire du Navire Saïga n°2*. Dans son opinion dissidente, il affirme ainsi :

« Je suis opposé à toute idée de prescrire une mesure, ayant un caractère obligatoire en droit international, de ce fait sujette aux conséquences de sa violation et qui soit de nature si générale qu'une partie ne peut savoir de manière tout à fait claire si telle action qu'elle envisage d'entreprendre entre ou non dans ce cadre »⁸.

A ma connaissance, la question n'a pas ultérieurement fait l'objet de discussions écrites dans des décisions du Tribunal ou dans des opinions séparées des juges. Il n'en reste pas moins que le Tribunal a voulu éviter de prendre position dans les affaires portant sur des requêtes de mesures conservatoires. Quand il a voulu que les parties évitent d'étendre ou de prolonger le différend, le Tribunal, sans explication mais consciemment, a décidé de ne pas prescrire ou recommander la non-extension et le non-prolongement du différend dans le dispositif, mais d'envisager ces « non-extension » et « non-prolongement » seulement dans les motifs de l'ordonnance.

Cette approche a été suivie dans les ordonnances en prescription de mesures conservatoires adoptées par la suite par le Tribunal dans les affaires de l'*Usine Mox* (2001)⁹, des *travaux de poldérisation dans le Détroit de Johor* (2003)¹⁰, de l'*Ara Libertad* (2012)¹¹, de l'*Arctic Sunrise* (2013)¹², jusqu'à celle datant du 6 mars 2015 dans l'affaire de la *délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire*¹³. Néanmoins, la non-extension et le non-prolongement sont réapparus dans les dispositifs des ordonnances concernant les mesures conservatoires plus récentes : l'on renverra par exemple aux affaires de l'*Enrica Lexie* (2015)¹⁴, de l'*immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)* (2019)¹⁵ ou encore du *navire San Padre Pio* (2019)¹⁶. A noter que dans les deux premières ordonnances citées, la non-extension et le non-prolongement du différend sont des mesures provisoires prescrites, tandis que la troisième ordonnance les *décide* dans un point séparé du dispositif sans aucune explication sur le point de savoir en quoi cette « décision » se différencie de la « prescription ».

⁸ Opinion dissidente du Juge Eiriksson, *Rec.* 1999, pp. 280 et 336.

⁹ TIDM, ordonnance du 3 décembre 2001 (mesures conservatoires), *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, *Rec.* 2001, p. 95, §85.

¹⁰ TIDM, ordonnance du 8 octobre 2003 (mesures conservatoires), *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, *Rec.* 2003, p. 10, §102.

¹¹ TIDM, ordonnance du 20 novembre 2012 (mesures conservatoires), *Affaire de l'ARA Libertad (Argentine c. Ghana)*, *Rec.* 2012, p. 326, §101.

¹² TIDM, ordonnance du 22 novembre 2013 (mesures conservatoires), *Affaire de l'Arctic Sunrise (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie)*, *Rec.* 2013, p. 230, §98.

¹³ TIDM, ordonnance du 25 avril 2015 (mesures conservatoires), *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, *Rec.* 2015, p. 146, §103.

¹⁴ TIDM, ordonnance du 24 août 2015 (mesures conservatoires), *Affaire de l'Enrica Lexie (Italie c. Inde)*, *Rec.* 2015, p. 182, §141.1.

¹⁵ TIDM, ordonnance du 15 mai 2019 (mesures conservatoires), *Immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)*, §124.1c

¹⁶ TIDM, ordonnance du 6 juillet 2019 (mesures conservatoires), *Affaire du navire San Padre Pio (Suisse c. Nigéria)*, §145.2.

S'agit-il d'un retour à la position soutenue par le juge Vukas avec une possible correction dans l'ordonnance rendue en l'affaire du *San Padre Pio* ? Ou s'agit-il du fait que les changements survenus dans la composition du tribunal ont fait perdre la mémoire collective des anciennes discussions portant sur ce qu'il est possible de prescrire et ce qu'il est préférable de recommander ou de confiner dans un considérant dans les ordonnances statuant sur une requête de mesures conservatoires ?

La discussion doctrinale reste en tout cas ouverte sur le point de savoir si doit prévaloir l'approche formaliste (le Tribunal ne peut que prescrire des mesures au vu de la lettre de l'article 290) ou celle en vertu de laquelle « qui peut le plus peut le moins », dont il s'ensuivrait que quand le Tribunal peut prescrire il peut aussi recommander ou faire référence dans les motifs de l'ordonnance à une obligation des parties.

II. HYPOTHÈSES DE BIFURCATION, DEMANDES RECONVENTIONNELLES, ET DEMANDES D'INTERVENTION (DEVANT LA CIJ, LE TIDM ET LES TRIBUNAUX ARBITRAUX DE L'ANNEXE VII)

Les Statuts et les Règlements de la CIJ comme du Tribunal du droit de la mer prévoient des règles portant sur des questions de procédure, dont certaines ne sont envisagées ni par la CNUDM ni par son Annexe VII. Ces questions portent, notamment, sur la bifurcation de la procédure pour examiner et décider séparément des objections préliminaires de juridiction et de recevabilité, sur les demandes reconventionnelles et sur l'intervention des tiers à l'instance.

Les Tribunaux arbitraux de l'Annexe VII adoptent, en consultation avec les parties, les règles de procédure concernant les affaires qui leur sont soumises. Ce faisant, ils se penchent souvent sur les questions susmentionnées, que ni la Partie XV ni l'Annexe VII de la CNUDM ne réglementent. Des discussions concernant ces questions, il peut sortir l'adoption de dispositions spécifiques dans le Règlement de la procédure arbitrale ou la non-adoption de telles dispositions. Il arrive que quand les parties ont des vues divergentes quant aux dispositions à adopter – vues souvent élaborées dans des pièces écrites et parfois des plaidoiries orales – les Tribunaux adoptent des solutions de compromis qui reflètent ces divergences. Toutefois, il arrive aussi que la réglementation de la question controversée soit omise dans les règles de procédure adoptées par le Tribunal, et qu'elle ne soit décidée par celui-ci que si et quand la question se présente au cours de la procédure. Dans ce cas, la base de la décision est le pouvoir du tribunal d'arrêter sa procédure en s'appuyant, le cas échéant, sur le droit international général. La pratique des tribunaux arbitraux de l'Annexe VII nous montre des exemples intéressants.

Au sujet des règles portant sur la *bifurcation*, les parties à certains de ces arbitrages se sont trouvées divisées sur le point de savoir si les Règles de procédure devaient suivre les Règlements de la CIJ et du Tribunal du droit de la mer, d'après lesquels la simple présentation d'une objection préliminaire porte à

une procédure incidente concernant l'objection préliminaire¹⁷. Dans deux affaires qui sont maintenant pendantes devant deux tribunaux arbitraux de l'Annexe VII et qui opposent l'Ukraine à la Russie, l'opposition entre la préférence de la Russie pour une règle favorable à la bifurcation et celle de l'Ukraine pour une règle moins favorable, porta à l'adoption de règles qui, tout en favorisant dans un certaine mesure la bifurcation, lui enlevaient tout automatisme. Quand la Russie présenta ses requêtes de bifurcation, les deux Tribunaux arbitraux, après avoir considéré les arguments écrits et oraux des parties, prirent des décisions motivées en faveur de la bifurcation¹⁸. Par contre, dans l'affaire *Chagos*, le Tribunal avait adopté dans les règles de procédure une disposition laissant pleine discrétion au Tribunal pour décider d'accepter ou non la demande de bifurcation¹⁹. Quand la demande de bifurcation lui fut en effet soumise par le Royaume-Uni, le Tribunal, après avoir lu et écouté les arguments de parties, décida, sans motiver son ordonnance, de rejeter la requête²⁰.

Pour ce qui est des *demandes reconventionnelles*²¹, aucune règle n'était prévue dans les règles de procédure adoptées pour l'affaire de l'*Enrica Lexie*. Quand l'Inde soumit une demande reconventionnelle, bien que l'Italie n'en contestât pas la recevabilité, le Tribunal considéra qu'il devait se satisfaire de ce que ces demandes étaient couvertes par la compétence du tribunal et qu'elles étaient recevables²². Le Tribunal affirma qu'il n'avait « aucun doute que les tribunaux arbitraux établis en vertu de l'Annexe VII à la Convention ont le pouvoir inhérent de considérer des demandes reconventionnelles »²³. Il se référa au pouvoir que l'article 5 de l'Annexe VII lui donnait de déterminer sa procédure, souligna que les Règlements des fors alternatifs prévus par la Convention (la CIJ et le Tribunal du droit de la mer) comportent des dispositions sur ce sujet et « qu'il n'y a aucune raison pour que les Etats défendeurs doivent se trouver dans une situation différente dans les arbitrages de l'Annexe VII »²⁴. Ayant souligné que les règles de procédure arbitrale les plus importantes, y compris celles de la CPA, traitent

¹⁷ Règlement de la CIJ, art. 79. Règlement du TIDM, art. 97. La différence entre les deux réside dans les paragraphes 2 et 3 de l'art. 79 du Règlement de la Cour, qui ont été ajoutés par un amendement entré en vigueur le 1^{er} Avril 2001.

¹⁸ Ordonnance de procédure n°3 du 20 août 2018, *Différend concernant les droits de l'Etat côtier dans la mer noire, la mer d'Azov et le Déroit de Kerch (Ukraine c. Russie)*, disponible en ligne : www.pca-cpa.org ; et ordonnance de procédure n°2 du 27 octobre 2020, *Différend concernant la détention de navires de la marine ukrainienne et de militaires ukrainiens (Ukraine c. Russie)*, disponible en ligne : www.pca-cpa.org.

¹⁹ Voyez l'article 11 du Règlement de procédure du Tribunal établi dans l'affaire du *Différend concernant l'aire marine protégée des Chagos (Maurice/Royaume-Uni)*, *RSA* vol. 31, pp. 377-378.

²⁰ Ordonnance de procédure n°2 du 15 janvier 2013, *Différend concernant l'aire marine protégée des Chagos (Maurice/Royaume-Uni)*, *RSA* vol. 31, pp. 378 et s.

²¹ V. I. STRIBIS, « Counter-claims before the International Tribunal for the Law of the Sea », in *Liber Amicorum Haritini Dipla. Enjeux et Perspectives, Droit international, Droit de la mer, Droits de l'Homme*, Paris : Pedone, 2020, pp. 167-194.

²² Sentence arbitrale du 21 mai 2020, *Affaire de l'Enrica Lexie (Italie c. Inde)*, §249 (disponible en ligne : www.pca-cpa.org). Un texte imprimé partiel se trouve à la *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 1123. La version française des passages qui suivent est du présent auteur.

²³ *Ibid.*, §254.

²⁴ *Ibid.*, §255.

des demandes reconventionnelles²⁵, la sentence affirme que « [c]’est un principe général du droit procédural constamment appliqué par les cours et tribunaux internationaux qu’une demande reconventionnelle ne peut être admise que si elle relève de la compétence de la cour ou tribunal et est en connexité directe avec l’objet de la demande de la partie adverse »²⁶.

Cet épisode me semble montrer qu’au cas où une question de procédure comme celle des demandes reconventionnelles n’est pas prévue dans les Règlement adopté pour l’arbitrage, les tribunaux de l’Annexe VII n’hésitent pas, même lorsque ce n’est pas strictement nécessaire, à faire appel à des « principes généraux du droit procédural », voire à s’engager dans la démonstration de leur existence et de leur contenu.

Pour ce qui est de *l’intervention de tierces parties*, bien que prévue dans le Statut du Tribunal de Hambourg (art. 31), elle ne l’est pas à l’Annexe VII et l’on a parfois soutenu que cela aurait pour conséquence que, faute d’être insérée dans le Règlement adopté pour un arbitrage précis ou faute d’assentiment des parties principales, l’intervention ne serait pas admise dans les arbitrages de l’Annexe VII²⁷. La question n’en fit pas moins l’objet de discussions dans *l’Affaire de la mer de Chine méridionale* entre les Philippines et la Chine dès lors que – en l’absence de disposition dans le Règlement de procédure adopté pour l’affaire – le Viêt Nam, dans une déclaration soumise au Tribunal, réserva « son droit de demander d’intervenir si cela paraît approprié et conforme aux principes et règles du droit international, y compris les dispositions pertinentes de la CNUDM »²⁸.

Invités par le Tribunal à donner leur avis, les parties (y compris la Chine, qui ne participait pas à la procédure) s’exprimèrent de façon opposée. Les Philippines soulignèrent que l’ample pouvoir discrétionnaire du Tribunal de déterminer sa procédure incluait le pouvoir de permettre l’intervention. La Chine, par contre, exprima sa préoccupation et fit valoir qu’une procédure d’ « intervention par d’autres Etats » aurait été « incompatible avec la pratique générale de l’arbitrage international »²⁹. Le Tribunal ne prit pas position en informant le Viêt Nam qu’il ne trancherait « la question de savoir si l’intervention était permise qu’au cas où le Viêt Nam aurait en fait soumis une requête pour une telle intervention », en notant, dans la sentence, qu’une telle requête n’avait pas été effectivement soumise³⁰.

Ici, face à des attitudes en conflit des parties et à la non-nécessité de se prononcer, le Tribunal arbitral résiste à la tentation de s’aventurer sur le terrain des pouvoirs inhérents ou des principes généraux.

²⁵ *Ibid.*, §255.

²⁶ *Ibid.*, §256.

²⁷ A. CALIGIURI, *L’arbitrato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Napoli : Editoriale Scientifica, 2018, pp. 114-115.

²⁸ Sentence sur la compétence et la recevabilité du 29 octobre 2015, *Arbitrage entre la République des Philippines et la République populaire de Chine concernant la mer de Chine méridionale*, RSA vol. 33, p. 76, §184.

²⁹ Sentence de 2015 préc., §185 (notre traduction).

³⁰ Sentence de 2015 préc., §186.

III. AFFAIRES « MIXTES » SOUVERAINETÉ/DROIT DE LA MER
ET COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* DES COURS ET TRIBUNAUX
SAISIS EN VERTU DE LA CNUDM

Comme il résulte de la plupart des articles de la partie XV de la CNUDM, la compétence *ratione materiae* des juges et arbitres saisis en vertu de la Convention du droit de la mer se trouve limitée par la condition que, pour être soumis à une cour ou tribunal en vertu de la Convention, un différend doit porter sur l'interprétation ou l'application de celle-ci. Il arrive ainsi que des affaires dites « mixtes » où se posent des questions de souveraineté territoriale comme prémisses à des questions de délimitation de zones maritimes, présentent des difficultés dès lors qu'elles sont soumises à adjudication sur la base de la Convention du droit de la mer.

Ces affaires « mixtes » peuvent facilement être soumises à la compétence de la CIJ par effet de la clause facultative de l'article 36§2 du Statut, ou à celle de la Cour ou d'un tribunal arbitral par effet d'un compromis ou d'une clause compromissoire. Des exemples clairs résultent, entre autres, des affaires *Cameroun c. Nigéria*³¹ et *Erythrée/Yémen*³², ainsi que, plus récemment, *Nicaragua c. Colombie*³³, où le tribunal arbitral et la Cour prirent leur décision sur la délimitation des zones maritimes sur la base d'une décision préalablement prise sur la souveraineté sur des portions de territoire. Mais il n'en est pas ainsi quand la base de compétence invoquée est la Convention du droit de la mer. Dans ce cas – inévitablement – la demande rencontre l'objection que la question de délimitation ne peut trouver une solution sans régler la question de souveraineté, et que sur cette dernière la cour ou le tribunal saisi n'est pas compétent ne s'agissant pas d'une question d'interprétation ou d'application de la Convention car celle-ci ne s'occupe pas des questions de souveraineté territoriale.

Dans l'affaire *Chagos*, cette objection amena le Tribunal arbitral constitué au titre de l'Annexe VII à affirmer ne pas pouvoir considérer que le Royaume-Uni était l'Etat côtier ayant titre, en vertu de la CNUDM, pour établir une zone de protection environnementale, parce que l'objet réel du différend était la souveraineté sur l'archipel de Chagos et que cette question n'était pas couverte par la Convention³⁴. Le Tribunal ajoute dans un *obiter dictum* qu'il « ne pouvait pas exclure catégoriquement que, dans quelques situations, une question mineure de souveraineté territoriale puisse en fait être ancillaire à un différend portant sur l'interprétation de la Convention », mais ce n'était pas le cas dans l'affaire *Chagos*³⁵.

³¹ CIJ, arrêt du 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale [intervenant])*, Rec. 2002, p. 303.

³² Sentences arbitrales du 9 octobre 1998 et du 17 décembre 1999, *Souveraineté et délimitation maritime dans la mer rouge (Erythrée/Yémen)*, RSA vol. XXII, pp. 209-332 et pp. 451-542.

³³ CIJ, arrêt du 19 novembre 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Rec. 2012, p. 624.

³⁴ Sentence du 18 mars 2015, *Différend concernant l'aire marine protégée des Chagos (Maurice/Royaume-Uni)*, RSA vol. 31, pp. 458-460, §§213-221.

³⁵ Sentence 18 mars 2015 préc., §221.

La nécessité d'éviter une situation comparable à celle de l'affaire *Chagos* a conduit les Philippines, dans l'*Affaire de la mer de Chine méridionale*, à formuler ses demandes de façon à éviter toute nécessité d'établir à quel Etat appartenait la souveraineté sur des îles ou hauts fonds découvrants, et le Tribunal à suivre cette approche en affirmant ainsi sa compétence en vertu de la Convention.

Dans l'affaire du *Différend concernant les droits de l'Etat côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le Détroit de Kerch*, le Tribunal établi en vertu de l'Annexe VII a suivi, dans la sentence de 2020 sur les questions préliminaires, le raisonnement de la sentence *Chagos*. Le Tribunal arbitral décida ainsi qu'il n'avait pas compétence pour juger des demandes de l'Ukraine portant sur des alléguées violations de la CNUDM qui supposaient « nécessairement de décider, directement ou implicitement, sur la souveraineté de l'une ou de l'autre partie sur la Crimée »³⁶.

Il faut noter que la sentence rejette les arguments que présentait l'Ukraine selon lesquels la question de la souveraineté sur la Crimée serait, au vu de plusieurs résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, déjà réglée en sa faveur – avec cette conséquence que le Tribunal serait donc bien compétent pour juger des violations de la CNUDM qu'elle lui soumettait, même celles nécessitant de déterminer lequel des deux Etats exerçait sa souveraineté sur la Crimée.

Par contre, dans l'arrêt de 2021 d'une Chambre spéciale du TIDM portant sur les questions préliminaires soulevées dans l'affaire de *délimitation entre Maurice et les Maldives*, la Chambre rejeta l'argument selon lequel le Tribunal n'avait pas de compétence parce que la délimitation aurait présupposé que Maurice fut l'Etat côtier de l'archipel des Chagos, ce qui était controversé et ne pouvait être décidé par un tribunal devant résoudre une question d'interprétation de la CNUDM. La Chambre du TIDM accepta les arguments de Maurice affirmant que la question de la souveraineté sur l'archipel de Chagos était réglée notamment par l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice daté du 25 février 2019³⁷. L'arrêt souligne que la situation était différente de celle de l'affaire des *droits de l'Etat côtier*, parce que « le tribunal arbitral de l'Annexe VII ne pouvait pas se fonder sur une décision préalable d'un quelconque organe judiciaire faisant autorité ayant tranché les principales questions suscitées par les revendications de souveraineté sur la Crimée »³⁸.

Il semblerait ainsi que, d'après la Chambre spéciale du TIDM, pour surmonter le manque de compétence d'une cour ou un tribunal saisi, sur la base de la CNUDM, d'un différend dont la solution présuppose la décision d'une question de souveraineté, il est nécessaire qu'il existe une décision d'un « quelconque organe judiciaire faisant autorité » qui se soit prononcé sur la question, même s'il

³⁶ Sentence du 21 février 2020, *Différend concernant les droits de l'Etat côtier dans la mer Noire, la mer d'Azov et le Détroit de Kerch (Ukraine c. Russie)*, §197 (notre traduction), disponible en ligne : www.pca-cpa.org.

³⁷ TIDM, arrêt du 18 mars 2015 (exceptions préliminaires), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'Océan Indien (Maurice c. Maldives)*, Rec. 2015, §§242-251.

³⁸ TIDM, arrêt 18 mars 2021 préc., §244.

s'agit d'un avis consultatif ne possédant pas l'autorité de la chose jugée. Ici le formalisme des décisions des affaires *Chagos, mer de Chine et droits de l'Etat côtier* cède la place à des considérations qui, me semble-t-il, sont, du moins en partie, politiquement motivées.

L'on pourrait enfin voir une autre indication d'un affaiblissement de la jurisprudence *Chagos* dans la sentence d'un tribunal arbitral de l'Annexe VII datée du 21 mai 2020 portant sur *l'Affaire de l'Enrica Lexie* entre l'Italie et l'Inde. S'agissant de savoir si l'Italie ou l'Inde était compétente à exercer sa juridiction sur des violations alléguées de la CNUDM par des fusiliers marins italiens, le Tribunal décida que « la juridiction s'étend à la détermination de la question de l'immunité des fusiliers marins, qui surgit nécessairement comme question incidente dans l'application de la Convention »³⁹.

Il reste à voir si cette approche sera suivie dans des affaires « mixtes » de souveraineté territoriale et de droit de la mer, notamment de délimitation, qui pourront surgir à l'avenir. A mon avis, cela pourrait se révéler dangereux puisqu'il pourrait s'ensuivre une extension indue de la compétence des cours et tribunaux internationaux saisis en vertu de la CNUDM à des sujets non traités par la Convention.

³⁹ Sentence arbitrale du 21 mai 2020, *Affaire de l'Enrica Lexie (Italie c. Inde)*, §809 (notre traduction), disponible en ligne : www.pca-cpa.org. Voir également L. MAROTTI, « A satisfactory answer ? The *Enrica Lexie* Award and Incidental Jurisdiction », *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2020 (à paraître).

LA CONFIANCE ET LE FORMALISME
DEVANT
LE TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE

KRYSTYNA KOWALIK-BAŃCZYK

La confiance est un phénomène éphémère et fragile. Il faut plusieurs années pour obtenir cette confiance mais beaucoup moins de temps pour la perdre. Elle constitue ainsi le résultat de la qualité et du temps. Dans l'activité juridictionnelle, la confiance ressort de l'application directe de solutions procédurales parfois très techniques qui ne découlent pas seulement du texte mais également d'une certaine pratique d'interprétation des règles en place qui se veulent stables. Au sein d'une juridiction, la confiance s'acquiert avec l'expérience mais surtout avec le respect des formes et des formalités. La procédure devant une juridiction internationale doit donc être prévisible, stable, mais surtout flexible dans l'application de certaines règles, et ceci, afin d'instaurer un climat de confiance pour les participants. Nous pouvons, dans ce cas, affirmer que le formalisme devient un élément indispensable de la confiance puisqu'il va permettre de garantir aux participants une prévisibilité de leur traitement.

Dans ce contexte, la présente étude vise à déterminer certains chevauchements entre la confiance et le formalisme devant une juridiction internationale particulière, à savoir le Tribunal de l'Union européenne. Le Tribunal de l'Union européenne (ci-après, le Tribunal) existe depuis 32 ans. Il a été créé en 1989 dans un objectif de décharger la Cour de justice de l'Union européenne de certains éléments de son contentieux, et a permis de traiter, en première instance, les recours directs introduits par les individus¹. La composition actuelle du Tribunal est à ce jour la plus importante sur le plan international avec 54 juges – bien qu'il n'en compte que 48 pour le moment, dont 15 juges femmes. Les juges du Tribunal siègent dans dix chambres à trois ou à cinq selon la complexité juridique ou l'importance de l'affaire. Selon l'article 256 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE)², le Tribunal est compétent pour connaître en première instance les recours visés aux articles 263, 265, 268, 270 et 272 TFUE, à l'exception de ceux que le

¹ S. PAPASSAVAS, K. KOWALIK-BAŃCZYK (dir.), *Le Tribunal de l'Union européenne à l'ère du numérique. Actes de colloques organisés à l'occasion des célébrations du 30^e anniversaire de l'installation du Tribunal de l'Union européenne*, Luxembourg : Cour de Justice de l'Union européenne, 2019, p. 11 ; M. RASMUSSEN, « The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice », *Journal of European Integration History*, 2008, n°2, p. 77.

² JO C202 du 07.06.2016.

Version pour accord
29 août 2022

Statut réserve à la Cour de justice³. Le Tribunal agit parfois comme une juridiction administrative (en charge des contentieux de la légalité), une juridiction civile (en charge des contentieux ayant trait à la réparation des préjudices ou des clauses compromissaires) ou une juridiction du travail (en charge des contentieux de la fonction publique), si les recours sont introduits par des requérants privés. Il convient de souligner surtout une forte influence de la part de la tradition française du contentieux administratif dans tous les litiges portant sur le contentieux de la légalité. Le Statut, qui fait partie du droit primaire⁴, peut prévoir que le Tribunal est compétent pour d'autres catégories de recours⁵. Toutefois, les décisions rendues par le Tribunal peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice, limité aux questions de droit, dans les conditions et limites prévues par le Statut⁶.

La notion de confiance est importante pour les personnes physiques ou morales introduisant des recours contre des actes des institutions, des organes et des organismes de l'Union européenne⁷ susceptibles, notamment, de les concerner directement ou individuellement. Par ailleurs, il est important de noter que, bien que la procédure devant le Tribunal soit exempte de frais, les parties devront prendre à leur charge leurs propres frais de représentation et surtout être conscientes qu'en cas d'échec du recours, elles risquent d'être condamnées à supporter les dépens de l'autre partie. Il paraît donc évident que, sans cette

³ P.-E. PIGNARRE, « L'étendue du contrôle de légalité opéré par la Cour de justice et le Tribunal sur les actes des institutions », *Cahiers de droit européen*, 2020/1, pp. 211-242 ; R. BARENTS, « EU Procedural Law and Effective Legal Protection », *Common Market Law Review*, 2014/5, pp. 1437-1461 ; J. WILDEMEERSCH, *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne : Le mythe du droit à un recours effectif*, Bruxelles : Bruylant, 2019, 666 p.

⁴ Article 281 TFUE : « Le statut de la Cour de justice de l'Union européenne est fixé par un protocole séparé. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent modifier les dispositions du statut, à l'exception de son titre I [Statut des juges et des avocats généraux] et de son article 64 [les règles relatives au régime linguistique applicable à la Cour de justice de l'Union européenne sont fixées par un règlement du Conseil statuant à l'unanimité]. Le Parlement européen et le Conseil statuent soit sur demande de la Cour de justice et après consultation de la Commission, soit sur proposition de la Commission et après consultation de la Cour de justice ».

⁵ Pour l'instant, bien que l'article 256§3 prévoit une possibilité de confier les questions préjudicielles au Tribunal, cette compétence n'a pas été activée. Le Tribunal est compétent pour connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 267, dans des matières spécifiques déterminées par le statut. Lorsque le Tribunal estime que l'affaire appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit de l'Union, il peut renvoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue. Les décisions rendues par le Tribunal sur des questions préjudicielles peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de justice, dans les conditions et limites prévues par le Statut, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union.

⁶ Article 58 du Statut : « Le pourvoi devant la Cour de justice est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du droit de l'Union par le Tribunal. Un pourvoi ne peut porter uniquement sur la charge et le montant des dépens ».

⁷ Selon l'article 256 TFUE, le Tribunal est compétent pour connaître en première instance des recours visés aux articles 263, 265, 268, 270 et 272, à l'exception de ceux que le statut réserve à la Cour de justice. Le statut, qui fait partie du droit primaire (article 281 TFUE : « Le Statut de la Cour de justice de l'Union européenne est fixé par un protocole séparé »), peut prévoir que le Tribunal est compétent pour d'autres catégories de recours. Les décisions rendues par le Tribunal peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice, limité aux questions de droit, dans les conditions et limites prévues par le statut (pour l'instant, malgré le fait que le paragraphe 3 de l'article 256 prévoit une possibilité de poser les questions préjudicielles au Tribunal, cette compétence n'a pas été activée).

confiance envers le Tribunal, un nombre bien inférieur de recours seraient introduits, eu égard aux durées et à leurs coûts en cas d'échec. Cependant, en plus de 30 années d'existence, le Tribunal a observé une croissance constante du nombre de recours qui lui ont été soumis, ainsi qu'une augmentation des matières couvertes par sa jurisprudence⁸. Une partie de son succès dépend également des solutions procédurales. Une partie introduisant un recours doit être convaincue que son litige sera traité de façon rapide (dans un délai raisonnable), de préférence dans sa langue (si elle fait partie des 24 langues officielles de l'Union européenne), et surtout en toute confidentialité (si une demande d'anonymat ou de protection des données confidentielles a été demandée). Afin d'expliquer l'importance de cette confiance dans une procédure devant le Tribunal, il y a lieu de scinder cette intervention en deux grandes parties, traitant, d'une part, des sources de confiance et, d'autre part, de la notion de formalisme devant ledit Tribunal. Dans la première partie seront exposés les éléments de stabilité de la procédure et de la communication du public avec le Tribunal. En deuxième partie, nous aborderons les éléments clés du formalisme qui permettent de gagner cette confiance envers l'institution, tels que les règles d'accès à la justice lors de l'introduction d'un recours devant le Tribunal (les phases écrite et orale de la procédure ainsi que le régime linguistique particulier) et surtout la question de la numérisation de la justice, faisant partie des solutions incontournables préconisées depuis l'apparition de la pandémie de COVID-19.

I. LA CONFIANCE DANS LA PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL

Une condition *sine qua non* de la confiance dans une procédure est sa stabilité. La procédure devant le Tribunal est régie par le Protocole (n°3) du Statut de la Cour de justice⁹ et, surtout, par le règlement de procédure¹⁰ du Tribunal. Ainsi, il y a lieu d'analyser comment les dispositions régissant la procédure devant le Tribunal peuvent être modifiées par voie législative.

Le Statut, bien que faisant partie d'un protocole séparé annexé aux traités, peut être modifié d'une façon relativement simple¹¹. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent

⁸ A présent, plus de 40 domaines du droit l'Union sont traités par le Tribunal.

⁹ Protocole (n°3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexé aux traités, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n°741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (JO L 228 du 23 août 2012, p. 1), par l'article 9 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO L 112 du 24 avril 2012, p. 21), par le règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (JO L 341 du 24 décembre 2015, p. 14), par le règlement (UE, Euratom) 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents (JO L 200 du 26 juillet 2016, p. 137), ainsi que par le règlement (UE, Euratom) 2019/629 du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019 (JO L 111 du 25 avril 2019, p. 1).

¹⁰ Règlement de procédure du Tribunal du 4 mars 2015 (JO 2015, L 105, p. 1 avec les modifications postérieures).

¹¹ Article 281 TFUE : « Le statut de la Cour de justice de l'Union européenne est fixé par un protocole séparé ».

modifier les dispositions du Statut, à l'exception de son titre I (portant sur le statut de juges) et de la disposition sur le régime linguistique (article 64 du Statut). Ce type de modification peut avoir lieu soit sur demande de la Cour de justice et après consultation de la Commission, soit sur proposition de la Commission et après consultation de la Cour de justice. Les exemples récents de modification portent sur la réforme de la structure des juridictions de l'Union européenne¹² ou sur la question des compétences pour introduire un pourvoi plus limité pour les affaires qui ont été traitées par deux instances administratives (article 58 *bis* du Statut)¹³.

Selon l'article 254 TFUE, le Tribunal établit son règlement de procédure en accord avec la Cour de justice. Ce règlement est soumis à l'approbation du Conseil, ce qui permet un contrôle dit « extérieur » de ses modifications. L'approbation du Conseil est exigée, laissant ainsi une forte influence aux Etats membres pour agir sur les règles de procédure devant le Tribunal, surtout pour ce qui concerne les questions d'accès à la justice ou le régime non-discriminatoire du traitement des parties. Bien que les recours des Etats membres soient plutôt de la compétence de la Cour de justice, le Tribunal est parfois amené à traiter certaines affaires telles que par exemple celles en matière d'aides d'Etat, de politique agricole commune, de questions institutionnelles et d'initiatives législatives citoyennes, dans lesquelles les Etats membres apparaissent comme requérants ou comme intervenants. Depuis la création du Tribunal, celui-ci a connu deux règlements de procédure adoptés en 1991 et en 2015¹⁴, ce qui démontre, en soi, une certaine stabilité de son fonctionnement. La première refonte du règlement de procédure susmentionné a donc eu lieu après 26 ans de fonctionnement. Peu après, en 2016, le règlement de procédure de 2015 a été modifié et adapté suite à la réforme de la structure des juridictions de l'Union européenne, ce qui paraissait indispensable¹⁵. C'est par ailleurs de sa propre initiative que le Tribunal, en suivant

¹² Règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (JO L 341 du 24 décembre 2015, p. 14), par le règlement (UE, Euratom) 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents (JO L 200 du 26 juillet 2016, p. 137). Cf. : A. ALEMANNI, L. PECH, « Thinking Justice Outside the Dock: A Critical Assessment of the Reform of the EU's Court System », *Common Market Law Review*, 2017/1, p. 1 ; L. COUTRON, « The Changes to the General Court » in E. GUINCHARD, M.-P. GRANGER (eds), *The New EU Judiciary. An Analysis of Current Judicial Reforms*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2018, pp. 143 et s. ; D. SARMIENTO, « The Reform of the General Court: An Exercise in Minimalist (but Radical) Institutional Reform », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 236-251 ; M. VAN DER WOUDE, « The reform of the General Court for a better and faster judicial review », *Concurrences*, 2020/2, p. 16 ; L. TRUCHOT, « Le Tribunal de l'Union européenne sur sa lancée », *Concurrences*, 2021/2, pp. 2-4.

¹³ Règlement (UE, Euratom) 2019/629 du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019 (JO L 111 du 25 avril 2019, p. 1). Cf. également M.-A. GAUDISSERT, « L'admission préalable des pourvois: une nouvelle procédure pour la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2020/1, pp. 177-209 ; M. KRAJEWSKI, « The Many-Faced Court: The Value of Participation in Annulment Proceedings », *European Constitutional Law Review*, 2019/2, p. 240.

¹⁴ Voir le règlement du 4 mars 2015, (JO 2015, L 105, p. 1) modifié en juillet 2016 (JO 2016, L 217, pp. 71-73) puis en juillet 2018 (JO 2018, L 240, pp. 67-68).

¹⁵ P. BIAVATI, « The General Court's New Rules of Procedure » in E. GUINCHARD, M.-P. GRANGER, *The New EU Judiciary. An Analysis of Current Judicial Reforms*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2018, pp. 293 et s.

les travaux d'une entité interne au Tribunal nommée « Comité "règlement de procédure" », décide de modifier son règlement de procédure à deux reprises tel que rappelé précédemment. Les changements apportés l'ont été de façon transparente et visible. Il est également important de souligner que le règlement de procédure prévoit effectivement que certaines informations sur le fonctionnement du Tribunal¹⁶ ou certaines de ses décisions doivent être communiquées au Journal officiel de l'Union européenne¹⁷. Le règlement de procédure du Tribunal est complété par des « dispositions pratiques d'exécution », adoptées par le Tribunal¹⁸.

¹⁶ Article 4 du règlement de procédure du Tribunal (les articles suivants se réfèrent au même acte) - Début de la période de mandat des juges ; article 13 - Constitution des chambres ; article 32 - Annonce sur la vacance du poste de greffier ; article 41 - Les dates des vacances judiciaires publiées annuellement ; article 58 - La liste des jours fériés légaux établie par la Cour de justice (pour le calcul de délais) ; article 59 - Recours contre un acte d'une institution publié au Journal officiel de l'Union européenne (lorsqu'un délai pour l'introduction d'un recours contre un acte d'une institution commence à courir à partir de la publication de cet acte au Journal officiel de l'Union européenne, le délai est à compter, au sens de l'article 58§1a), à partir de la fin du quatorzième jour suivant la date de cette publication) ; article 79 - Communication au Journal officiel de l'Union européenne Un avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne indiquant la date du dépôt de la requête introductive d'instance, le nom des parties principales, les conclusions de la requête ainsi que l'indication des moyens et des principaux arguments invoqués. ; article 122 - Publication au Journal officiel de l'Union européenne Un avis contenant la date et le dispositif des arrêts et ordonnances du Tribunal mettant fin à l'instance est publié au Journal officiel de l'Union européenne, sauf dans le cas des décisions adoptées avant la signification de la requête au défendeur. ; article 147 (3) (5) Demande d'aide juridictionnelle, paragraphe 2 - La demande d'aide juridictionnelle doit être rédigée sur un formulaire qui est publié au Journal officiel de l'Union européenne et disponible sur le site Internet de la Cour de justice de l'Union européenne. Une demande d'aide juridictionnelle présentée sans le formulaire n'est pas prise en considération ; article 227 - Le présent règlement, authentique dans les langues visées à l'article 44, est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

¹⁷ Article 9 du règlement de procédure du Tribunal (les articles suivants se réfèrent au même acte) - Election du président et du vice-président du Tribunal ; article 11§3 : « Le Tribunal, par décision, précise les conditions dans lesquelles le vice-président du Tribunal remplace le président du Tribunal dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles » ; article 15§2 - Mode de désignation des juges composant la grande chambre ; article 17§2 - La décision comportant les critères décidés par le Tribunal comment, en cas d'empêchement, rétablir le nombre prévu de juges dans une formation ; article 18 - Election des présidents de chambre ; article 25 - Critères d'attribution des affaires aux chambres (JO 2019, C 372, p. 2) ; Elections des présidents des chambres (JO 2019, C 363, p. 2) ; article 32§8 - Nomination du Greffier (JO 2017, C 006) ; article 56 *bis* - Les conditions de dépôt et de signification d'un acte de procédure par *e-Curia* sont précisées dans une décision arrêtée par le Tribunal (décision du Tribunal du 11 juillet 2018 relative au dépôt et à la signification d'actes de procédure par la voie de l'application *e-Curia*) ; article 105§11 - Décision (UE) 2016/2387 du Tribunal du 14 septembre 2016 concernant les règles de sécurité applicables aux renseignements ou pièces produits au titre de l'article 105§1 ou 2 du règlement de procédure ; article 79 - Communication au Journal officiel de l'Union européenne - Un avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne indiquant la date du dépôt de la requête introductive d'instance, le nom des parties principales, les conclusions de la requête ainsi que l'indication des moyens et des principaux arguments invoqués.

¹⁸ La dernière version du 1.12.2018. La présente version coordonne les dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal adoptées par le Tribunal le 20 mai 2015 (JO 2015, L 152, p. 1) et les modifications adoptées le 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 78) et le 17 octobre 2018 (JO 2018, L294, p. 23, rect. JO 2018, L 296, p. 40). Les dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal de 2015 (JO 2015, L 152, p.1) ont abrogé et remplacé deux documents : les instructions au greffier du Tribunal et les instructions pratiques aux parties. Respectivement dans le temps les instructions ont fait objet de modifications : Instructions au greffier du Tribunal de première instance du 3 mars 1994 (JO 1994, L 78, p. 32) ; Modifications des

Pour ce qui concerne la communication des parties avec le Tribunal, celle-ci est possible grâce au travail du greffe du Tribunal. Le greffier est nommé par le Tribunal et ses fonctions, selon l'article 35 du règlement de procédure, consistent, entre autres, à réceptionner, à transmettre et à conserver tous les documents et autres significations, en application avec celui-ci. Il vérifie la recevabilité des pièces réceptionnées, leurs dates d'introduction, la longueur et la présentation des écritures. Il assure les contacts avec le monde extérieur. L'application informatique *e-Curia*, par le biais de laquelle le recours a été introduit, lui permet de suivre la procédure et de pouvoir ainsi informer les parties des différentes étapes de l'affaire. Par ailleurs, le greffier tient un registre, sur lequel sont inscrits à la suite et dans l'ordre de leur présentation, tous les actes de procédure (article 36 du règlement de procédure). Toute personne peut consulter le registre au greffe et en obtenir des copies ou des extraits selon le tarif du greffe établi par le Tribunal sur proposition du greffier (article 37 du règlement de procédure). Toute partie à l'instance peut accéder au dossier de l'affaire et obtenir, selon le tarif du greffe, visé à l'article 37, des copies des actes de procédure ainsi que des expéditions des ordonnances et arrêts (article 38 du règlement de procédure)¹⁹. Par contre, aucune tierce personne, privée ou publique, ne peut accéder au dossier d'une affaire sans autorisation expresse du président du Tribunal et des parties entendues. Cette autorisation ne peut être accordée que sur demande écrite, laquelle doit être accompagnée d'une justification détaillée de l'intérêt légitime à accéder audit dossier (article 39§2 du Règlement de procédure). En plus de ses autres fonctions, le greffier assiste les Membres du Tribunal dans tous les actes de leur ministère (article 35§2 du règlement de procédure), il a la garde des sceaux et la responsabilité des archives. Il prend également soin des publications du Tribunal, notamment du recueil de la jurisprudence et de la diffusion sur Internet des documents concernant le Tribunal (article 35§3 du règlement de procédure). Il participe également aux séances du Tribunal (article 35§5 du règlement de procédure).

Un autre aspect de la stabilité, en plus de la stabilité de la procédure, est la stabilité de la jurisprudence. Parfois, certaines dispositions ne sont compréhensibles qu'après lecture de la jurisprudence l'interprétant. Idéalement, si le Tribunal souhaitait changer sa jurisprudence une fois la solution procédurale retenue, il ne devrait, en principe, le faire qu'en prenant certaines précautions. Premièrement siéger dans une formation de jugement élargie (en passant d'une

instructions au greffier du Tribunal de première instance du 29 mars 2001 (JO 2001, L 119, p. 2) ; Modifications des instructions au greffier du Tribunal de première instance du 5 juin 2002 (JO 2002, L 160, p. 1) ; Instructions au greffier du Tribunal de première instance des Communautés européennes, du 5 juillet 2007 (JO 2007, L 232, p. 1) ; Modifications des instructions au greffier du Tribunal (JO 2010 L 170, p. 53) ; Modifications des instructions au greffier du Tribunal (JO 2012 L 68, p. 20). Instructions pratiques aux parties (JO 2002, L 87, p. 48). Pour les modifications respectives d'instructions pratiques aux parties : Instructions pratiques aux parties (JO 2007, L 232, p. 7) ; Modifications des Instructions pratiques aux parties (JO 2009, L 184, p. 8) ; Modifications des Instructions pratiques aux parties (JO 2010 L 170, p. 49) ; Modifications des Instructions pratiques aux parties (JO 2011 L 180, p. 52) ; Instructions pratiques aux parties devant le Tribunal (JO 2012, L 68, p. 23).

¹⁹ Sous réserve des dispositions de l'article 68§4, des articles 103 à 105 ainsi que de l'article 144§7 du règlement de procédure du Tribunal.

chambre à trois juges à une formation à cinq juges ou même à une grande chambre à quinze juges) et, deuxièmement, ne décider qu'après avoir informé les parties. La stabilité est également assurée par l'absence d'opinions dissidentes au sein des formations du Tribunal. Avant l'audience, les parties prennent connaissance du rapport d'audience préparé par le juge rapporteur, lequel contient un résumé synthétique et neutre des moyens et arguments des parties. Le Tribunal ne peut pas agir *ultra petita*²⁰. Il doit, en principe, prévenir les parties à l'avance et leur assurer le droit d'être entendues sur les arguments qui apparaîtront dans l'arrêt. Avec les dix chambres au sein d'une seule juridiction, l'uniformité de la jurisprudence doit être assurée par le contrôle ou l'arbitrage d'instances supérieures. Une application fidèle des solutions jurisprudentielles est ainsi assurée par le contrôle exercé par la Cour de justice, dans le cadre des pourvois introduits par les parties au litige. D'autant plus, l'organe interne qui veille à une plus grande cohérence en effectuant des analyses internes de la jurisprudence du Tribunal est le vice-président du Tribunal.

II. LE FORMALISME DEVANT LE TRIBUNAL

Un certain degré de formalisme dans la procédure devant le Tribunal ressort déjà de la solution prévoyant qui peut représenter les parties devant cette juridiction. L'article 19 du Statut de la Cour (qui couvre aussi la situation du Tribunal) prévoit que les parties autres que les Etats membres, les Etats parties à l'accord EEE, les institutions de l'Union ainsi que l'Autorité de surveillance AELE doivent être représentées par un avocat, habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE et pouvant représenter ou assister une partie devant la Cour. Il peut aussi s'agir des professeurs ressortissants des Etats membres « dont la législation leur reconnaît un droit de plaider et qui jouissent devant la Cour des mêmes droits reconnus aux avocats ». Cette disposition est complétée par l'article 51 du règlement de procédure qui prévoit que « les parties doivent être représentées par un agent ou un avocat dans les conditions prévues à l'article 19 du Statut ». L'avocat représentant ou assistant une partie est tenu de déposer au greffe un document de légitimation certifiant qu'il est habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE. Ainsi, une personne ne peut représenter une partie que si elle remplit deux conditions cumulatives : premièrement, avoir la qualité d'avocat et deuxièmement, être habilitée à exercer devant une juridiction d'un Etat

²⁰ F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2018, p. 407. Voir également CJUE, arrêt du 10 avril 2014, *Commission/Siemens AG Österreich*, C-231/11 P ; CJUE, arrêt du 8 février 2007, *Groupe Danone/Commission*, C-3/06 P, points 61-62 ; CJUE, arrêt du 8 décembre 2011, *KME Germany AG/Commission*, C-389/10 P, point 130 ; CJUE, arrêt du 10 juillet 2014, *Telefónica SA and Telefónica de España SAU/Commission*, C-295/12 P, point 198 ; CJUE, arrêt du 18 décembre 2014, *Commission/Parker ITR Srl and Parker-Hannifin Corporation*, C-434/13 P, point 74 ; CJUE, arrêt du 21 janvier 2016, *Galp Energía España SA/Commission*, C-603/13 P, point 88 ; CJUE, arrêt du 18 décembre 2014, *Commission/Parker ITR Srl et Parker-Hannifin Corporation*, C-434/13 P, point 76 ; CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch Austria GmbH/Commission*, C-626/13 P, point 83 ; CJUE, arrêt du 26 septembre 2018, *Infineon Technologies AG/Commission*, C-99/17 P, point 194.

membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE²¹. Ainsi, les représentants qui apparaissent devant le Tribunal sont tenus à une discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général par les institutions habilitées à cette fin²². L'avocat doit être habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE²³, après avoir été inscrit au barreau et pouvant apparaître devant un tribunal national²⁴ d'un Etat membre²⁵. La Cour a aussi précisé que « la conception du rôle de l'avocat dans l'ordre juridique de l'Union émane des traditions juridiques communes aux Etats membres et sa mise en œuvre est indépendante des ordres juridiques nationaux »²⁶, toute en précisant qu'un avocat doit être soumis à la discipline professionnelle et ne pas rester dans un rapport d'emploi avec son client, puisqu'il existe un risque que son environnement professionnel influence l'opinion professionnelle²⁷.

Le Tribunal applique des règles strictes dans le traitement des affaires introduites à son attention²⁸. En effet, une application informatique interne *e-Curia*, commune aux deux juridictions, avait déjà été créée en 2011 permettant ainsi le dépôt et la signification des actes de procédure par voie électronique. Ce n'est que depuis le 1er décembre 2018 où cette application est devenue obligatoire, soit sept années après son ouverture aux représentants des parties, que nous pouvons constater une évolution importante du nombre de titulaires de comptes d'accès à *e-Curia* et surtout du nombre croissant d'actes de procédure déposés et signifiés par le biais de cette application²⁹ qui est devenue un moyen d'échange et de communication

²¹ CJUE, arrêt du 20 février 2008, *Comunidad Autónoma de Valencia – Generalidad Valenciana/Commission*, C-363/06 P, point 21.

²² CJUE, arrêt du 18 mai 1982, *AM & S Europe Limited/Commission*, 155/79, point 24.

²³ Par exemple pour un avocat suisse : CJUE, ordonnance du 26 mars 2012, *Cañas/Commission*, T-508/09.

²⁴ CJUE, ordonnance du 17 juillet 2014, *Brown Brothers Harriman & Co./OHMI*, C-101/14 P ; CJUE, ordonnance du 11 mai 2017, *Neonart/EUIPO*, C-22/17 P.

²⁵ CJUE, ordonnance du 20 juin 2013, *Holding kompanija Interspeed a.d./Commission*, C-471/12 P.

²⁶ CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et Pologne/Commission*, C-422/11 P et C-423/11 P, points 30 à 34.

²⁷ CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et Pologne/Commission*, C-422/11 P et C-423/11 P, points 22-25 ; CJUE, ordonnance du 14 novembre 2016, *Dimos Athinaion/Commission*, T-360/16, points 9-13 ; CJUE, ordonnance du 13 juin 2017, *Uniwersytet Wrocławski/Agence exécutive pour la recherche (REA)*, T-137/16, points 10 à 20 ; CJUE, ordonnance du 29 septembre 2010, *European Renewable Energies Federation ASBL/Commission*, C-74/10 P et C-75/10 P, points 49 à 51 ; CJUE, ordonnance du 5 septembre 2013, *ClientEarth/Conseil*, C-573/11 P, points 13 à 17 ; CJUE, ordonnance du 4 décembre 2014, *ADR Center Srl/Commission*, C-259/14 P, points 23 à 27.

²⁸ Voir T. ASTOLA, « *Intervention for the 30 years of the General Court* », in S. PAPASSAVAS, K. KOWALIK-BAŃCZYK (dir.), *Le Tribunal de l'Union européenne à l'ère du numérique. Actes de colloques organisés à l'occasion des célébrations du 30^e anniversaire de l'installation du Tribunal de l'Union européenne*, Luxembourg : Cour de Justice de l'Union européenne, 2019, pp. 51-52 ; cf. aussi : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale et au Comité des régions, *Numérisation de la justice au sein de l'Union européenne : Une panoplie de possibilités*, Bruxelles, 2 décembre 2020 (COM(2020) 710 final ; SWD [2020] 540 final).

²⁹ Article 56 bis (5) du règlement de procédure. Pour les détails, voir TPIUE, décision du 11 juillet 2018 relative au dépôt et à la signification d'actes de procédure par la voie de l'application *e-Curia*. Voir en outre E. COULON, « Numérisation du processus judiciaire : un pas de plus avec *e-Curia* obligatoire devant le Tribunal de l'Union européenne », *L'observateur de Bruxelles*, 2019/117, pp. 42-

incontournable. En 2018, 85% des dépôts des actes de procédure ont été introduits par voie électronique. Ce mouvement de numérisation de la justice devient progressivement une réalité confirmée et pas seulement un besoin ponctuel dû à la pandémie de COVID-19³⁰. Ce basculement vers la dématérialisation complète des échanges représente une évolution dont les bénéfices sont incontestables aussi bien pour le greffe que pour l'ensemble des juges qui travaillent dans ces affaires et des chambres auxquelles ils sont rattachés. Cette transformation numérique, déjà initiée en 2011, a été, surtout depuis 2018, favorablement accueillie par les Etats membres et par les représentants des parties en raison de la simplicité du système, de sa modernité, de sa gratuité, de son accessibilité permanente, et, *last but not least*, de sa dimension écologique. Il existe cependant trois exceptions ne permettant pas le dépôt des actes de procédure par *e-Curia* consignées à l'article 56bis §1, rappelées à l'article 72§1, qui concernent d'une part, les documents extrêmement sensibles (article 105§1 et 2 du règlement de procédure) ; d'autre part, les cas dans lesquels une personne non représentée par un avocat a présenté une demande d'aide juridictionnelle (article 147§6 du règlement de procédure) ; enfin, le cas des annexes qui, par nature, ne peuvent pas être déposées par *e-Curia* (article 72§4 et 5 du règlement de procédure³¹). Il existe en outre quatre exceptions à la signification par *e-Curia* prévues à l'article 56 bis §1, rappelées à l'article 57 : la première concerne l'acte dont la nature empêche la signification par *e-Curia* (article 57§2) ; la seconde est relative au cas du défendeur qui ne dispose pas d'un compte d'accès à *e-Curia* (article 80§1) ; la troisième envisage le cas du demandeur d'aide juridictionnelle qui n'est pas représenté par un avocat (article 148§9) et la dernière le cas du défendeur ou de l'autre partie à la procédure devant la chambre de recours de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) qui ne dispose pas d'un compte d'accès à *e-Curia* (article 178§2 et 3).

Il est donc indéniable que le recours exclusif à *e-Curia* a renforcé l'efficacité et la qualité de la justice en rationalisant le traitement des actes de procédure et qu'il a contribué à une réduction importante des coûts grâce notamment à la simplification des règles de présentation de ces actes. Ce dispositif a permis une fluidité des échanges internes et externes très fiable.

46 ; F. CONTINI, « *e-Curia* or how technology changed the Court of Justice of the European Union », *The New EU Judiciary*, 2018, pp. 325-340.

³⁰ Ce développement est aussi visible au niveau national et des Etats membres: Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale et au Comité des régions, *Numérisation de la justice au sein de l'Union européenne : Une panoplie de possibilités*, Bruxelles, 2 décembre 2020 (COM(2020) 710 final ; SWD [2020] 540 final); cf. aussi : T. ASTOLA, « *Intervention for the 30 years of the General Court* », in S. PAPASSAVAS, K. KOWALIK-BANČZYK (dir.), *Le Tribunal de l'Union européenne à l'ère du numérique. Actes de colloques organisés à l'occasion des célébrations du 30^e anniversaire de l'installation du Tribunal de l'Union européenne*, Luxembourg : Cour de Justice de l'Union européenne, 2019, p. 51.

³¹ Lorsqu'une annexe à un acte de procédure ne peut pas être déposée par *e-Curia* à cause de sa nature, l'annexe en cause est transmise séparément par la voie postale ou est remise au greffe. Cette annexe est présentée avec un exemplaire pour le Tribunal et autant d'exemplaires qu'il y a de parties en cause. Ces exemplaires sont certifiés identiques par la partie qui les dépose. Si, en raison du volume d'une pièce, il n'en est annexé à l'acte de procédure que des extraits, la pièce entière ou une copie complète est déposée au greffe.

Il s'agit en réalité aujourd'hui d'une solution « *digital by default* » pour le Tribunal. Si des problèmes existent, ils ne sont pas de nature technique. Il s'agit en réalité d'un canal de communication fiable, mettant à disposition une infrastructure numérique de haut niveau. Toutefois, il convient de comprendre que, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle comprenant généralement plusieurs acteurs, pratiquement tous à l'étranger, c'est-à-dire hors de l'Etat du Luxembourg qui est le siège du Tribunal, les dossiers puissent être volumineux en nombre de pages et d'annexes.

Les phases écrite et orale de la procédure, ainsi que le régime multilingue du Tribunal, démontrent aussi un degré de formalisme accentué qui a pour but de gagner la confiance des parties à la procédure. 39% des affaires introduites sont traitées uniquement par la procédure écrite. Pour les contentieux de propriété intellectuelle, cette proportion atteint plus de 50%. Une fois la phase écrite de la procédure terminée, il n'est, en principe, plus possible d'ajouter quoi que ce soit au dossier de l'affaire, sauf s'il s'agit de nouvelles pièces qui n'existaient pas dans le dossier d'origine ou qui n'avaient pas été portées à la connaissance des parties. Quant au régime linguistique, celui-ci garantit une égalité parfaite entre les langues de l'Union européenne dans la mesure où un recours devant la Cour ou le Tribunal peut être déposé dans l'une des 24 langues officielles de l'Union. En effet, tout requérant – personne privée – peut déposer une requête dans sa langue, sous réserve qu'elle fasse partie de l'une des 24 langues autorisées, il en est de même pour tout Etat membre tandis que les institutions doivent suivre le choix du requérant lorsqu'un recours est dirigé contre l'une d'elles³². En cas d'audience dans son affaire, celle-ci se tiendra dans la langue de procédure choisie, avec une interprétation instantanée vers d'autres langues pour les juges et les participants qui y assistent. Afin de garantir une communication efficace au sein de la formation statuant sur la demande, toutes les écritures sont traduites en langue française (langue de travail utilisée par le Tribunal) mais pas systématiquement toutes les annexes. Quant aux arrêts ou ordonnances mettant fin à l'instance, ils sont toujours accessibles dans la langue de procédure et dans la langue de travail (le français). En cas de décision de publication, ils paraîtront dans toutes les langues de l'Union européenne.

³² Article 45 du règlement de procédure du Tribunal : Détermination de la langue de procédure « 1. Dans les recours directs au sens de l'article 1er, la langue de procédure est choisie par le requérant, sous réserve des dispositions ci-après : a) si le défendeur est un Etat membre ou une personne physique ou morale ressortissant d'un Etat membre, la langue de procédure est la langue officielle de cet Etat ; dans le cas où il existe plusieurs langues officielles, le requérant a la faculté de choisir celle qui lui convient ; b) à la demande conjointe des parties principales, l'emploi total ou partiel d'une autre des langues mentionnées à l'article 44 peut être autorisé ; à la demande d'une partie, les autres parties entendues, l'emploi total ou partiel comme langue de procédure d'une autre des langues mentionnées à l'article 44 peut être autorisé par dérogation aux dispositions sous b) ; cette demande ne peut être introduite par l'une des institutions. 2. La décision sur les demandes ci-dessus mentionnées est prise par le président ; celui-ci, lorsqu'il veut y faire droit sans l'accord de toutes les parties, doit déférer la demande au Tribunal. 3. Sans préjudice des dispositions prévues au paragraphe 1, sous b) et c) : a) dans le cas du pourvoi contre les décisions du Tribunal de la fonction publique, visé aux articles 9 et 10 de l'annexe I du statut, la langue de procédure est celle de la décision du Tribunal de la fonction publique qui fait l'objet du pourvoi ; b) dans le cas de demandes de rectification, de demandes visant à remédier à une omission de statuer, d'opposition à un arrêt rendu par défaut, de tierce opposition ainsi que de demandes en interprétation et en révision ou dans le cas de contestations sur les dépens récupérables, la langue de procédure est celle de la décision à laquelle ces demandes ou contestations se rapportent ».

La survenue de la pandémie de COVID-19 a relancé le débat sur la possibilité d'une utilisation accrue de la tenue des audiences en visioconférence, ce qui pourrait conduire à une importante réduction des coûts pour les parties par rapport aux audiences en présentiel. La première discussion sur la possibilité d'organiser une audience par visioconférence a eu lieu en 2015, lors de la modification du règlement de procédure du Tribunal. L'ajout d'un nouvel article 225 intitulé « Visioconférence » a été discuté mais n'a pas été retenu. Cette disposition aurait habilité le Tribunal à définir lui-même par une décision, dans quelles conditions il est possible d'avoir recours à la visioconférence : « Le Tribunal peut, par décision, déterminer les conditions dans lesquelles il peut avoir recours à une vidéoconférence ». Plusieurs Etats membres se sont opposés à cette proposition de laisser cette décision au Tribunal, sans informations plus précises des motifs, de la portée et des modalités de son utilisation. Cette opposition n'est peut-être pas surprenante et, à l'heure actuelle, une nouvelle discussion sur la manière d'introduire une base juridique pour les audiences en visioconférence est pendante. Lors de la reprise de cette discussion en pleine pandémie, il a été convenu que les audiences en visioconférence, si elles devaient avoir lieu, nécessiteraient un accord des parties et la participation du public, peut-être grâce à l'utilisation du streaming. Cette position a évolué. Dans le contexte de la pandémie de COVID-19, l'organisation d'une audience en visioconférence a été soumise à deux conditions : la première, obtenir l'accord des parties et, la seconde, apporter la preuve (en fait souvent limitée à une déclaration) que les parties sont dans l'impossibilité de se déplacer au Luxembourg. Initialement, il était possible d'organiser une telle audition alors qu'une seule partie était absente. Depuis le 11 juin 2020, le Tribunal tient des audiences en visioconférence à partir du Luxembourg avec une seule partie en ligne. Par la suite d'autres audiences ont été tenues avec plusieurs parties en visioconférence. Par contre, la formation de jugement du Tribunal a, quant à elle, toujours été physiquement présente dans la salle d'audience et, de fait, la question du caractère public de l'audience a ainsi pu être préservée en permettant au public d'y assister, bien entendu dans le respect des règles sanitaires imposées par l'institution. Pour le moment, le recours au streaming n'est pas prévu. Cette solution, dont le débat sur la base juridique de ces audiences en visioconférence reste ouvert, nécessite probablement une adaptation du règlement de procédure du Tribunal. Par ailleurs, en tenant compte de l'article 47 du TFUE, lu ensemble avec les articles 20§4³³ et §31³⁴ du statut de la Cour de justice, applicable au Tribunal en vertu de l'article 53§1³⁵, il semblerait que ces dispositions ne s'opposent pas à l'organisation d'audiences en visioconférence dans des circonstances exceptionnelles. Pour le moment, il reste à définir si les audiences en visioconférence pourront perdurer après la pandémie et dans ce cas,

³³ Voir l'article 20§4, qui prévoit que « [l]a procédure orale consiste en l'audience de la Cour des agents, conseils et avocats, ainsi que des observations de l'avocat général, ainsi que, le cas échéant, de l'audience de témoins et d'experts. Lorsqu'elle estime que l'affaire ne soulève pas de question de droit nouvelle, la Cour peut, l'avocat général entendu, décider que l'affaire est tranchée sans conclusions de l'avocat général ».

³⁴ Cet article se lit comme suit : « L'audience est publique, sauf si la Cour de justice, d'office ou à la demande des parties, en décide autrement pour des motifs graves ».

³⁵ La procédure devant le Tribunal est régie par le titre III.

une modification du règlement de procédure du Tribunal s'imposerait, comme déjà indiqué précédemment. Si nous nous référons à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'utilisation de la visioconférence lors d'une audience, ne constitue pas une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en tant que telle³⁶. Toutefois, si la participation du défendeur à la procédure par visioconférence n'est pas contraire à la convention, il incombe à la Cour de veiller à ce que le recours à cette mesure, dans un cas donné, réponde à un but légitime et que les modalités de l'administration de la preuve soient compatibles avec les exigences du respect de la régularité de cette procédure, telles que prévues à l'article 6 de ladite Convention. Cet article prévoit également que l'utilisation de la visioconférence doit impérativement être compatible avec les droits de la défense qu'il garantit³⁷. Le caractère public de l'audience, exigé par l'article 31 du Statut de la Cour de justice, serait quant à lui assuré par la participation en présentiel des juges du Tribunal et du public autorisé à y assister. En cas de recours à l'audience en visioconférence, les parties doivent disposer des mêmes droits procéduraux qu'elles soient physiquement présentes ou qu'elles y participent à distance. Cela exigerait des solutions techniques fiables et de très haute qualité. De manière générale, la solution du recours aux audiences en visioconférence devrait être plébiscitée par les 27 Etats membres en raison, d'une part, de l'économie non négligeable liée aux coûts des déplacements et à leurs durées, et, d'autre part en raison de l'impact écologique lui-même étroitement lié à ces déplacements. La Commission, dans sa communication sur la numérisation de la justice en décembre 2020, a invité les Etats membres à avoir recours, autant que possible, à l'utilisation des visioconférences. Le plan d'action E-justice cite quant à lui le recours à la visioconférence comme prioritaire dans le cadre des procédures transfrontalières.

Pour revenir à la notion de formalisme au sein du Tribunal, il existe une procédure qui permet aux personnes physiques de demander l'anonymat et aux personnes morales de demander l'omission de certaines données. Cette demande doit être motivée et présentée au Tribunal par la ou les partie(s), par un acte séparé. L'anonymat ou l'omission des données peut également être accordé d'office par le Tribunal. L'anonymat ou l'omission peut concerner le nom d'une partie au litige, celui d'autres personnes mentionnées dans le cadre de la procédure ou de données dans les documents annexés à l'affaire. L'anonymat est souvent accordé d'office dans les affaires de fonction publique. Dans le but d'en garantir son efficacité et de ne pas compromettre l'effet utile de l'anonymisation, il est fortement conseillé de présenter les demandes d'anonymat dès le début de la procédure, avant la publication ou la diffusion sur Internet des informations concernant l'affaire concernée. En raison du développement des moteurs de recherche sur Internet, le greffier du Tribunal est amené à rappeler systématiquement aux représentants des parties³⁸ les dispositions concernant la publication et la diffusion sur Internet de documents relatifs aux affaires

³⁶ COUR EDH, arrêt du 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie* (requête no 45106/04), point 67.

³⁷ *Marcello Viola c. Italie*, *ibid*, points 68-76.

³⁸ Cf. les points 71 à 73 des dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal, qui précisent la portée de l'article 66 du règlement de procédure en ce qui concerne l'anonymat.

introduites ainsi que les possibilités d'anonymisation, de « pseudonymisation » et d'omission des données. Il est évident que les textes relatifs à la protection des données à caractère personnel s'appliquent également à l'activité juridictionnelle³⁹, même si le délégué à la protection des données n'est pas compétent pour superviser cette activité. Le contrôle de cette application devrait être sous la responsabilité d'une autorité indépendante. Pour les affaires pendantes, c'est la chambre en charge de l'affaire concernée qui prend la décision d'anonymiser (*ex ante*) les données à caractère personnel qu'elle contient (article 66 du règlement de procédure). Pour les affaires clôturées, l'anonymisation (*ex post*) relève de la responsabilité du greffier du Tribunal. Les algorithmes d'apprentissage des machines pourraient bientôt contribuer à améliorer l'anonymisation ou la « pseudonymisation » des données à caractère personnel dans les décisions judiciaires⁴⁰. Dans ce contexte, l'activité législative croissante de l'Union européenne en matière d'intelligence artificielle, conjointement à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union (procédure 2021/0106/COD), pourront apporter d'importants changements⁴¹ sur l'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins telles que l'anonymisation des décisions de justice, la conversion et la transcription du texte ou encore la traduction automatique.

Dans le cadre de la discussion sur le formalisme, visant à protéger les parties à la procédure devant le Tribunal, la protection des informations confidentielles reste très importante. Selon l'article 103 du règlement de procédure, si une partie invoque que les renseignements ou les pièces confidentiels devraient rester confidentiels à l'égard de l'autre partie principale, ces renseignements ou pièces ne sont pas communiqués à cette autre partie au stade de cet examen, sauf s'ils sont pertinents pour statuer sur le litige. Dans ce cas, le Tribunal est censé mettre en balance⁴² ce caractère confidentiel et peut décider de porter à la connaissance de l'autre partie principale les renseignements ou pièces confidentiels, le cas échéant en subordonnant leur divulgation à la souscription d'engagements spécifiques, ou de ne pas les communiquer. Si au cours du litige, le Tribunal demande des documents dont l'accès lui a été refusé par une institution, le Tribunal peut, par les moyens d'une mesure d'instruction (visée à l'article 91c) du

³⁹ Règlement 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2018, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n°45/2001 et la décision n°1247/2002/CE (JO 2018, L 295, p. 39).

⁴⁰ T. ASTOLA, « *Intervention for the 30 years of the General Court* », in S. PAPASSAVAS, K. KOWALIK-BAŃCZYK (dir.), *Le Tribunal de l'Union européenne à l'ère du numérique. Actes de colloques organisés à l'occasion des célébrations du 30^e anniversaire de l'installation du Tribunal de l'Union européenne*, Luxembourg : Cour de Justice de l'Union européenne, 2019, p. 55.

⁴¹ Voyez notamment à cet égard : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence> ; Bruxelles, 21.4.2021 2021/0106 (Procédure 2021/0106/COD).

⁴² Il procède à une mise en balance des exigences liées au droit à une protection juridictionnelle effective, en particulier au respect du principe du contradictoire, et de celles découlant de la sûreté de l'Union ou d'un ou de plusieurs de ses États membres ou de la conduite de leurs relations internationales.

règlement de procédure), forcer cette institution à produire ces documents dans le cadre d'un recours portant sur la légalité de ce refus. Ce type de document n'est pas communiqué aux autres parties. De plus, depuis 2016, le règlement de procédure prévoit la possibilité pour le Tribunal d'avoir accès à certains documents ou à certaines pièces, sans pour autant en donner l'accès aux autres parties de l'affaire. Selon l'article 105 du règlement de procédure, les renseignements ou pièces touchant à la sûreté de l'Union ou à celle d'un ou de plusieurs de ses Etats membres ou à la conduite de leurs relations internationales, le Tribunal peut se dispenser d'appliquer le principe du contradictoire⁴³.

CONCLUSION

Les juridictions ne peuvent fonctionner sans confiance. C'est une condition *sine qua non* d'une bonne administration de la justice. Afin de gagner et de garder cette confiance, il faut surtout veiller à la qualité et à la stabilité du comportement du Tribunal dans ses relations avec les parties et le monde extérieur. Comme démontré dans le texte, la technologie numérique est un bon outil d'évolution du système judiciaire. Elle a principalement comme objectif de faciliter certaines solutions procédurales. Elle exige cependant une évaluation permanente de son impact sur les droits fondamentaux et sur la protection des données. La pandémie de COVID-19 aura contraint le Tribunal à élargir l'utilisation de ses moyens de communication électroniques. Cette évolution donne lieu à une discussion sur la question de l'accès au juge, sur le caractère public de l'audience et sur la question de savoir s'il y a lieu de retenir une base juridique spécifique pour de telles situations. Les circonstances exceptionnelles liées à la pandémie de COVID-19 justifient pleinement le choix du recours à ces nouveaux moyens de communication. Cette décision prise dans un contexte particulier soulève la question de savoir si ces solutions perdureront dans le temps sans pour autant limiter l'accès physique au juge. Ce recours à la voie électronique représente le meilleur outil pour garantir une administration de la justice efficace et rapide. Par contre il semblerait qu'elle prive la procédure devant les juridictions internationales de certains facteurs de sérénité.

⁴³ Selon l'article 105 (2) du règlement de procédure du Tribunal : « Lorsque, contrairement au principe du contradictoire énoncé à l'article 64 – dont il ressort que l'ensemble des renseignements et pièces sont intégralement communiqués entre les parties, une partie principale entend fonder ses prétentions sur certains renseignements ou pièces tout en faisant valoir que leur communication porterait atteinte à la sûreté de l'Union ou à celle d'un ou de plusieurs de ses Etats membres ou à la conduite de leurs relations internationales, elle produit ces renseignements ou pièces par acte séparé. Cette production est accompagnée d'une demande de traitement confidentiel de ces renseignements ou pièces comportant les raisons impérieuses qui, dans la stricte mesure où la situation l'exige, justifient la préservation de leur caractère confidentiel et qui s'opposent à leur communication à l'autre partie principale. La demande de traitement confidentiel est également présentée par acte séparé et ne contient aucun élément confidentiel. Lorsque des renseignements ou pièces dont le traitement confidentiel est sollicité ont été transmis à la partie principale par un ou plusieurs Etats membres, les raisons impérieuses avancées par la partie principale pour justifier leur traitement confidentiel peuvent inclure celles fournies par le ou les Etats membres en question ».

Dans son ouvrage *21 Lessons for the 21st Century*, Yuval Noah Harari a dit : « Power is unfortunately not about wisdom. Power is about changing the world ». A mon avis, une juridiction internationale qui se veut non seulement sage, mais également influente, doit, tout en gardant sa stabilité, se moderniser en réadaptant ses procédures et permettre ainsi aux parties un accès plus rapide et plus fiable à la justice. Ainsi, même si le formalisme est intimement lié à la confiance, la juridiction, pour conserver cette confiance du monde extérieur, doit s'adapter et tenir compte, suite aux mesures prises pendant la pandémie de COVID-19, de l'importance des moyens et des développements technologiques existants. Ces moyens, mis en place dans l'urgence à cause de la pandémie de COVID-19, ont fait leurs preuves et nous ont permis de poursuivre notre activité avec rigueur et professionnalisme. Le formalisme et la modernisation ne sont pas incompatibles.

Version pour accord
29 aout 2022

LES EXIGENCES DU FORMALISME DANS LES CONTENTIEUX RELATIFS AUX PARTICULIERS

EMMANUEL DECAUX

C'est avec un plaisir évident et une confiance naturelle, que j'ai accepté de participer à ce colloque, jusqu'à ce que je découvre le thème de cette troisième table-ronde, « la confiance et le formalisme » ! J'aurais dû écouter le philosophe grec : « Souviens-toi de te méfier » ! Les difficultés pour cerner le sujet s'ajoutent les unes aux autres :

A. D'abord la définition même des « contentieux relatifs aux particuliers »

Le contentieux interétatique a ou peut avoir une dimension individuelle ou collective, ne serait-ce que par le biais de la protection diplomatique. Mais la pratique de la Cour internationale de Justice a déjà été largement traitée, par des juristes plus compétents que moi. De même, on pourrait penser que par définition la justice pénale internationale concerne au premier chef les particuliers, les accusés comme les victimes, mais là aussi la question a déjà été abordée à deux reprises. J'avoue avoir fait l'impasse sur le contentieux de la fonction publique internationale, pour lequel j'aurais besoin d'une sérieuse mise à jour. Le sujet se réduit comme une peau de chagrin, si l'on entend le mot « particulier » comme visant les individus, au sens du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'exclusion des personnes morales¹.

Il se concentre, me semble-t-il, sur le contentieux des droits de l'homme, dans le cadre de juridictions régionales, comme la Cour européenne des droits de l'homme, ouvertes aux requêtes individuelles, mais aussi dans celui des organes des traités des Nations Unies en matière de droits de l'homme, ouverts à des procédures quasi-juridictionnelles de plaintes de particuliers, avec les « communications individuelles », voire d'autres procédures de plaintes moins connues comme la procédure confidentielle dite 1503 créée par l'ECOSOC en 1970 et qui a survécu à la réforme de 2006. On pourrait en dire autant *mutatis mutandis* de certaines procédures devant des organes composés d'experts indépendants comme le Groupe de travail sur la détention arbitraire, créé à l'origine par la Commission des droits de l'homme qui a été la première instance onusienne à se pencher sur les cas individuels de détenus de Guantanamo Bay, avec son « opinion » 5/2003 du 8 mai 2003 et qui plus récemment a rendu le

¹ Cf. la belle thèse de T. STRAVINAKI, *Le régime des procédures de communications individuelles dans le système des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Paris : Pedone, 2016, 618 p.

Version pour accord
29 août 2022

4 décembre 2015 une « opinion » 54/2015 concernant l'affaire Julian Assange qui a suscité une réaction indignée du Royaume-Uni et de la Suède².

Je suis conscient de l'hétérogénéité de nature entre ces procédures, mais c'est peut-être l'intérêt d'une approche comparative de mettre en lumière leurs ressemblances et leurs différences, avec un effet de mimétisme indéniable.

Un autre niveau de comparaison viserait à distinguer au sein de ces mêmes instances, les procédures étatiques et les procédures individuelles, y compris dans les contentieux de masse, s'agissant de violations systémiques, comme dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, avec des règles propres en matière d'épuisement des voies de recours interne, par exemple. Bien plus des procédures étatiques et des requêtes individuelles peuvent concerner les mêmes situations et les mêmes violations, comme c'est le cas du contentieux chypriote depuis 1974, tandis que des requêtes collectives croisées provenant de milliers de requérants peuvent se substituer à un contentieux interétatique direct, comme dans la crise en cours entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan³...

B. La deuxième difficulté est la dissymétrie structurelle entre les parties au contentieux

L'égalité des armes ne se pose pas dans les mêmes termes entre deux Etats, même entre un Etat fort et un Etat faible, comme entre un Etat et un individu. Certes, ces procédures sont souvent « pro victima » – *victim-oriented* – selon la formule de la résolution 5/1 adoptée en 2007 par le Conseil des droits de l'homme qui institue une « procédure de plainte », dans le fil de la procédure 1503 de l'ECOSOC. Cela n'empêchait pas un de mes collègues du groupe de travail sur les communications de dire qu'on ne pouvait mettre en doute la parole d'un Etat ! Mais le rapport au temps n'est pas le même pour les requérants, qui doivent faire preuve d'une grande résilience, et pour les Etats qui ont la mémoire longue. Et même avec l'assistance judiciaire, le poids d'un interminable contentieux peut être dissuasif pour les particuliers, alors que les chances de succès restent incertaines et lointaines. Parfois certains préfèrent un règlement amiable, quitte à renoncer à faire prévaloir leurs droits. Autrement dit, lorsqu'on parle de « confiance », le mot n'a pas le même sens pour toutes les parties, pour les Etats et pour les particuliers⁴.

² Pour les origines du GTDA, cf. notamment L. ZERROUGUI, « L'apport des premiers membres du groupe de travail sur la détention arbitraire dans l'établissement d'un contrôle international universel de la détention », in E. DECAUX, A. DIENG, M. SOW (dir.), *Des droits de l'homme au droit international pénal, études en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laity Kama*, Leiden/Boston : Martinus Nijhoff, 2007, pp. 711 et s.

³ A côté des milliers de requêtes individuelles mettant en cause les deux Etats, un contentieux interétatique triangulaire s'est développé, avec la requête *Arménie c. Azerbaïdjan* du 27 septembre 2021 et la requête *Arménie c. Turquie* du 4 octobre 2021, suivies de la requête *Azerbaïdjan c. Arménie* du 27 novembre 2021.

⁴ Le CRDH de l'Université Paris II a consacré un colloque à ce défi : S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme, une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Paris : Pedone, 2016, 248 p.

Bien plus il y a d'autres parties prenantes qui entrent en ligne de compte, la société civile, les ONG, l'opinion publique, les juridictions nationales comme les acteurs politiques. La confiance n'est pas seulement procédurale, elle est diffuse, dans un marché du droit de plus en plus concurrentiel, favorable au *forum shopping*. Elle se pose tout autant en termes de « défiance » et d'acceptabilité, alors que les procès d'intention se multiplient. Y compris de la part de juges minoritaires qui n'hésitent pas à remettre en cause la légitimité morale de leur propre juridiction, comme on l'a vu avec les opinions dissidentes dans l'affaire *Lambert c. France*, où les juges minoritaires n'ont pas hésité à dénier à la Cour de pouvoir désormais se targuer d'être la « conscience de l'Europe »⁵.

C. Enfin, les impératifs de la confiance vont bien au-delà des « exigences du formalisme »

A cet égard, l'approche managériale du rapport final de l'International Law Association (ILA) sur *La procédure des cours et tribunaux internationaux* peut sembler très réductrice, en parlant de « l'administration des affaires » en termes quantitatifs⁶, plus que de la « bonne administration de la justice » en termes qualitatifs, comme le faisait par exemple le groupe de travail de la Sous-Commission des droits de l'homme, avec le mandat de la Commission des droits de l'homme. Cette tendance comptable se retrouve dans les réformes récentes du système des traités des Nations Unies, avec la résolution 68/168 adoptée en avril 2014 par l'Assemblée générale au sujet du « renforcement et de l'amélioration du fonctionnement de l'ensemble des organes conventionnels des droits de l'homme ». On pourrait en dire autant – dans le fil du rapport de Lord Woolf multipliant les obstacles pratiques à l'enregistrement des requêtes individuelles – de la réforme introduite par le Protocole n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui est entré en vigueur le 1^{er} août 2021. Le risque est évidemment une marchandisation de la justice, ouverte à de riches requérants, assistés de gros cabinets, mais fermée aux victimes doublement démunies, face à la violence des violations subies et à l'indifférence des instances compétentes. Le pire serait de mettre en place une justice d'algorithmes, aussi rapide et efficace, qu'anonyme et injuste.

⁵ OD sous l'arrêt de Grande Chambre du 5 juin 2015, §11 : « En 2010, pour célébrer son 50^e anniversaire, la Cour a accepté le titre de *Conscience de l'Europe* en publiant un ouvrage ainsi intitulé. A supposer, aux fins du débat, qu'une institution, par opposition aux personnes composant cette institution, puisse avoir une conscience, pareille conscience doit non seulement être bien informée mais doit également se fonder sur de hautes valeurs morales ou éthiques. Ces valeurs devraient toujours être le phare qui nous guide, quelle que soit « l'ivraie juridique » pouvant être produite au cours du processus d'analyse d'une affaire. Il ne suffit pas de reconnaître, comme la Cour le fait au paragraphe 181 de l'arrêt, qu'une affaire « touche à des questions médicales, juridiques et éthiques de la plus grande complexité » ; il est de l'essence même d'une conscience, fondée sur la *recta ratio*, de permettre que les questions éthiques façonnent et guident le raisonnement juridique jusqu'à sa conclusion finale. C'est précisément cela, avoir une conscience. Nous regrettons que la Cour, avec cet arrêt, ait perdu le droit de porter le titre ci-dessus ».

⁶ *La procédure des cours et tribunaux internationaux*, Rapport ILA du 1^{er} mai 2020, pp. 6 et s.

A mon sens, le formalisme de la procédure n'est pas seulement une variable d'ajustement, fondée sur un rapport coût/efficacité, il doit être une garantie de l'équilibre du procès et de l'équité de la solution. Force est de constater que la confiance ne va plus de soi, elle doit être méritée, elle constitue elle aussi, pour paraphraser la formule d'Ernest Renan « un plébiscite quotidien ». Mais au-delà de la confiance accordée aux procédures de chaque instance particulière, prise en soi, c'est aussi la confiance dans la justice internationale qui est en cause. Cela passe par la convergence des jurisprudences. Il faut citer une nouvelle fois l'arrêt *Diallo* du 30 novembre 2010 : « Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles »⁷ (§66). Force est de constater que cette confiance s'érode quand des solutions différentes, ou même contradictoires, sont rendues : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». Dans son arrêt concernant *l'Application de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. EAU)*, la Cour est revenue sur son affirmation de principe de 2010 pour prendre le contrepied d'une interprétation constante de la convention par le CERD : « La Cour rappelle que, dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond en l'affaire *Diallo*, (...), elle a indiqué qu'elle devait "accorder une grande considération" à l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qu'elle était appelée à appliquer en ladite affaire) telle qu'adoptée par le Comité des droits de l'homme (...). A cet égard, elle a également affirmé qu'elle n'était "aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité" (*ibid.*). En la présente espèce, qui concerne l'interprétation de la CIEDR, la Cour a examiné attentivement la position du Comité de la CIEDR, (...), s'agissant de la discrimination fondée sur la nationalité. En se fondant, comme elle doit le faire (...), sur les règles coutumières pertinentes en matière d'interprétation des traités, elle est parvenue »⁸ à sa propre conclusion (§101). Reste à voir comment le CERD prendra en compte la jurisprudence de la CIJ en la matière⁹. Mais on pourrait multiplier les exemples de contradictions volontaires, comme lorsque le Comité des droits de l'homme prend le contrepied de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰.

La forme de la procédure est inséparable de l'esprit du droit. C'est pourquoi, je voudrais élargir la focale et évoquer la dialectique entre « la confiance et le formalisme » suivant plusieurs étapes, en distinguant l'accès aux instances juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles (I), et le déroulement des contentieux (II).

⁷ CIJ, arrêt du 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. RDC)*, Rec. 2010, p. 639.

⁸ CIJ, arrêt du 4 février 2021, *Application de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. EAU)*, non encore publié au recueil.

⁹ Le CERD ne s'est pas gêné non plus pour créer des discordances en négligeant la position du bureau des affaires juridiques dans l'affaire interétatique opposant la Palestine et Israël, cf. notre critique de « La décision du CERD du 12 décembre 2019... », in *RTDH*, n°126, déc. 2020, pp. 215 et s.

¹⁰ E. DECAUX, « Qui jugera les juges ? Recours internes, recours européens et recours internationaux », in *Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Procès équitable : perspectives régionales et internationales*, Bruxelles : Anthémis, 2020, pp. 119 et s.

I. LES EXIGENCES DU FORMALISME DANS L'ACCÈS À LA JUSTICE

Il existe un double barrage, avec des obstacles structurels et des limites conjoncturelles.

A. L'acceptation préalable des procédures par les Etats

Une question préalable se pose. On l'oublie trop, mais l'accès des particuliers à la justice internationale ne va pas de soi. Il a longtemps été facultatif, il reste précaire. Les Etats doivent accepter les procédures de plaintes individuelles.

1. C'était le cas de la Convention européenne des droits de l'homme en 1950, lorsqu'il fallait gagner la confiance des Etats, avec un double système de déclarations facultatives, limitées dans la durée, permettant d'articuler de manière souple et progressive les compétences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme. Le protocole n°11, entré en vigueur en 1998, a transformé ce régime à géométrie variable en rendant obligatoire l'accès des particuliers à une Cour unique mais le volontarisme des Etats reste prégnant. La Convention reste un traité qui peut être dénoncé en tout ou partie, si j'ose dire, selon la nature de ses différents protocoles, avec des « formalités » classiques précisées par l'article 58, notamment un préavis de 6 mois. L'hypothèse n'est pas seulement théorique : c'était un cheval de bataille de Mrs Theresa May, lorsqu'elle était au *Home Office*, avant que les conservateurs britanniques ne donnent la priorité au Brexit. D'autres Etats peuvent être tentés d'aller jusqu'à la rupture complète avec le Conseil de l'Europe, mais un autre scénario viserait une sorte d'aller-et-retour, la dénonciation de la Convention ouvrant la voie à une nouvelle ratification assortie de réserves substantielles, traduisant la défiance de l'Etat à l'égard de certains types de contentieux. A défaut de départ, certains Etats, comme la Russie ou la Turquie, rechignent à verser leurs contributions. Il a fallu toute l'habileté de la diplomatie française lors de la présidence semestrielle du Conseil de l'Europe pour obtenir une solution très provisoire à cette impasse¹¹.

Dans les autres systèmes régionaux, la cristallisation des engagements facultatifs n'a pas encore atteint un point de non-retour : les déclarations donnant compétence à la Cour interaméricaine sont formulées sur la base de l'article 62 de la Convention américaine des droits de l'homme, mais une crise politique latente est apparue récemment, marquée par la dénonciation du Venezuela en 2013 ; de même alors que la compétence facultative de la Cour africaine, prévue par l'article 34§6 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, n'a été acceptée que par 8 Etats, le retrait du Rwanda est venu marquer un retour en arrière en 2016. Sans parler de l'exemple sous-régional trop peu connu du Tribunal de la SADC, la Communauté de développement d'Afrique australe, qui a été « liquidé » en 2012, après sept ans d'expérience, au grand dam de son président, Justice Pillay, un haut-magistrat mauricien.

¹¹ J.-B. MATTEI, « Les priorités de la présidence française du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (27 mai-27 novembre 2019) », *RTDH*, oct. 2019, vol. 120, pp. 767 et s.

2. Le système des organes de traité des Nations Unies reste quant à lui marqué par les procédures facultatives, qu'il s'agisse de déclarations unilatérales ou de protocoles additionnels. A ce stade, la défiance ou la méfiance se traduisent par une mise à distance, avec l'abstention de faire les démarches nécessaires pour accepter les plaintes des particuliers. En outre, même si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques fait partie de la « Charte internationale des droits de l'homme », comme l'a affirmé le Comité des droits de l'homme dans son observation générale sur la continuité des engagements des Etats, le Protocole facultatif quant à lui peut faire l'objet d'une dénonciation avec une notification de trois mois (art.12), ce qui renvoie l'Etat à la case départ. Cela a été le cas pour plusieurs pays des Caraïbes, mis en cause en raison de leur législation relative à la peine de mort : la Jamaïque a été le premier Etat à dénoncer le Protocole en 1997, suivie par Trinité-et-Tobago qui a dénoncé le Protocole en 1998 pour revenir avec une réserve suscitant plusieurs objections d'Etats parties, avant de dénoncer de nouveau le Protocole en 2000.

Il serait fastidieux d'énumérer les chiffres d'acceptation des plaintes individuelles devant les organes de traités, alors que la Déclaration et programme d'action de la Conférence mondiale de Vienne de 1993 encourageait la généralisation de ces procédures dans tous les traités de base. Mais pour s'en tenir à deux exemples, la compétence du Comité des droits de l'homme a été acceptée par 116 Etats, sur la base du protocole facultatif de 1966, celle du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, sur la base du protocole facultatif de 2008, par 23 Etats... Le choix politique des Etats peut répondre à une méfiance systématique devant l'intrusion d'organes supranationaux dans la sphère interne, comme dans le cas des Etats-Unis – même si par ailleurs ils répondent très scrupuleusement aux « communications » transmises par le groupe de travail de la procédure de plainte créée par la résolution 5/1 du Conseil des droits de l'homme – mais aussi à la préférence donnée à d'autres systèmes de supervision, comme dans le cas du Royaume-Uni, en considérant initialement que le système juridictionnel européen était plus satisfaisant, ce qui faisait du Protocole un doublon inutile¹².

Autrement dit, la première formalité qui traduit la confiance des Etats dans le système mis en place est la reconnaissance de la compétence obligatoire des instances de contrôle par l'acceptation des procédures facultatives. Et on reste loin du compte...

B. La multiplication des causes d'irrecevabilité

Alors que dans le contentieux interétatique, les exceptions d'irrecevabilité dépendent de la position de l'Etat comme demandeur ou défendeur, dans le contentieux individuel, c'est toujours le particulier qui est demandeur.

¹² Pour une vue d'ensemble, les récents colloques du CRDH sur l'évolution du « système » onusien : E. DECAUX, O. DE FROUVILLE (dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Paris : Pedone, 2015, 210 p. ; O. DE FROUVILLE (dir.), *Le système de protection des droits de l'homme, présent et avenir*, Paris : Pedone, 2018, 284 p.

1. Dans le système initial de la Convention européenne des droits de l'homme, le requérant est d'ailleurs doublement dans une situation défavorable, puisque la recevabilité admise par la Commission pouvait être remise en cause devant la Cour, alors que l'irrecevabilité décidée par la Commission était définitive. Dans un système unifié, menacé par l'afflux des requêtes individuelles, les conditions de recevabilité sont examinées de manière de plus en plus stricte, alors que le Secrétariat de la Commission n'hésitait pas à transformer une requête contre l'Algérie sur la base de l'article 3 – par définition irrecevable s'agissant d'un Etat tiers – en requête contre la France au regard de l'article 8 afin de prévenir une expulsion...

Le formalisme a désormais une grande place, avec des mesures « formatées » d'enregistrement des requêtes, issues du rapport de Lord Woolf, qui peuvent sembler très dissuasives pour des victimes sans bénéfice d'un avocat. En contraste, le Groupe de travail sur les communications accepte des requêtes manuscrites, écrites sur du papier d'écolier, et envoyées comme des « bouteilles à la mer ». C'est une situation limite, mais la distorsion entre les exigences de la Cour européenne et celle des organes de traité entraîne des problèmes sérieux.

Face au flux des requêtes qui risquent de saturer le système, la tendance des Etats est de réduire l'accès à la Cour européenne. Cela passe par des modifications ponctuelles :

- Le Protocole n°14 avait introduit un premier frein avec l'article 35 §3b) pour écarter la recevabilité de requêtes considérées d'un intérêt mineur. Le Protocole n°15 renforce le caractère discrétionnaire de la formulation de ce *De minimis non curat praetor*. Sans revenir sur ce débat, il suffit de rappeler que pour le requérant, son affaire n'est pas mineure...

- Le Protocole n°15 va plus loin en réduisant le délai de 6 mois après une décision interne définitive pour présenter une requête. Ce délai est réduit, un peu arbitrairement, à 4 mois, sans qu'on puisse en évaluer toutes les conséquences sur la qualité du dossier.

Mais surtout le Protocole n°15 consacre expressément le principe de subsidiarité en modifiant le Préambule de la Convention européenne, plus de 70 ans après son adoption. Sans changer la lettre des conditions de recevabilité, cela éclaire leur interprétation.

- Cela concerne l'épuisement des voies de recours internes, entendues de plus en plus strictement, avec une exigence d'effectivité, comme on le voit avec la jurisprudence récente sur les limites du référé-liberté. Dans le même temps, la Cour n'hésite pas à reprocher à un Etat comme la France de n'avoir pas soulevé une exception d'irrecevabilité, dans l'arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020 qui concerne la GPA, alors qu'« un pourvoi en cassation paraissait essentiel en l'espèce », en se réclamant du dialogue des juges au nom de la « responsabilité partagée » au cœur de la Déclaration de Copenhague de 2018 : « tant les requérants que les gouvernements défendeurs doivent assumer leurs propres responsabilités » (§22).

- Cela concerne également l'articulation entre les voies de recours internationales. L'article 35 prévoit d'écarter une requête individuelle qui « est essentiellement la même qu'une requête déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement », consacrant le principe de la *via electa*.

2. En contraste, le système onusien n'a jamais mis en avant le principe de subsidiarité, au nom même de l'universalité des droits de l'homme. C'est seulement avec la nouvelle procédure de requête mise en place par la résolution 5/1 de 2007, qu'est écartée une communication visant une situation « déjà traitée dans le cadre d'une procédure spéciale d'un organe conventionnel ou d'autres procédures de requêtes relatives aux droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies ou de procédures régionales similaires » (nous soulignons).

Le Protocole au Pacte sur les droits civils et politiques se borne à viser les cas de litispendance, en s'assurant que « la même question n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement ». Les Etats européens avaient pris les devants en formulant une réserve type lors de leur ratification du Protocole pour préciser « que le Comité des droits de l'homme ne sera pas compétent pour examiner une communication émanant d'un particulier si la même question est en cours d'examen ou a déjà été examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement ». L'objectif était d'éviter de faire du Comité des droits de l'homme une instance d'appel contre la Cour européenne des droits de l'homme.

Mais la faille est apparue très vite : comment interpréter les termes « examiner », alors que les procédures de recevabilité sont de plus en plus expéditives, notamment avec les décisions standardisées des juges uniques de la Cour européenne. Sans examen du fond, la requête n'a pas été « traitée » à proprement parler. Allant plus loin, le 23 octobre 2018, le Comité des droits de l'homme a pris le contrepied d'une jurisprudence bien établie sur le plan interne et confirmée par la Cour de Strasbourg, en créant une opposition frontale sur des questions de principe mettant en jeu la loi de 2010, au risque de multiplier les incompréhensions. On pourrait en dire autant des mesures provisoires demandées systématiquement par un organe de traité, d'autant que son rôle est encombré, quitte à ne pas être prises en compte par l'Etat, comme avec les demandes formulées par le Comité des droits des personnes handicapées au sujet de l'affaire Lambert, qui avait déjà été jugée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme.

Les règles de recevabilité ne peuvent que régler des causes particulières, elles ne permettent pas de résoudre les divergences de jurisprudence, lorsqu'une même législation est contestée par une forme de *class action* ou de *forum shopping* devant toutes les instances compétentes. Cette multiplication des recours traduit sans doute la confiance des particuliers et de leurs avocats, mais elle suscite la défiance des Etats, au prix de la sécurité juridique. C'est en ce sens que le principe de subsidiarité va au-delà des règles de recevabilité en intégrant la notion de « marge nationale d'appréciation » qui est propre à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

II. LES EXIGENCES DU FORMALISME DANS LE CONTENTIEUX INDIVIDUEL

Cela concerne aussi bien l'organisation de la justice que le déroulement du procès.

A. La bonne administration de la justice

1/ La première exigence concerne l'indépendance, l'impartialité et la compétence des membres des instances de contrôle. Ce n'est pas le lieu de revenir sur les modalités de sélection et d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, mais force est de constater que les critères de désignation des experts siégeant dans les organes quasi-juridictionnels sont encore plus aléatoires. Les organes de traité ont codifié des principes directeurs adoptés à Addis-Abeba sur l'indépendance et l'impartialité des experts qui visent à écarter le membre ressortissant d'un Etat de toute affaire concernant son pays, au risque de se priver d'une connaissance de première main sur la législation applicable et sur le « système juridique » de l'Etat en cause. Par contraste le juge national occupe une position clef dans le fonctionnement de la Cour européenne, même si nombre d'arrêts de chambre sont rendus à l'unanimité. Lorsqu'un juge se récuse, pour éviter tout conflit d'intérêt, il est remplacé par un autre juge national *ad hoc*¹³.

Les deux systèmes ont des avantages et des limites évidents. S'agissant de contentieux complexes, aux ramifications internes, il est bon qu'un juge national puisse éclairer ses pairs sur les points de droit qui se posent. En écartant par principe l'expert d'un pays les Comités assurent une forme d'égalité entre tous les Etats parties, en évitant la nomination d'un membre *ad hoc* qui créerait un risque d'influence indue et serait ingérable sur le plan pratique. Mais en même temps, les Comités qui ne peuvent se reposer que sur le dossier écrit qui leur est soumis, auront tendance à appliquer de manière automatique leur jurisprudence bien établie, sans en mesurer nécessairement toutes les conséquences juridiques et politiques.

2. Ce fonctionnement en silo est accentué par les méthodes de travail rigides des Comités, qui contrastent avec la flexibilité des formations de jugement de la Cour européenne des droits de l'homme. L'articulation empirique entre les chambres de 7 juges et la Grande chambre de 17 juges assure une hiérarchie implicite dans la jurisprudence. Le Protocole n°15 va supprimer la possibilité pour une des Parties de s'opposer au dessaisissement d'une chambre en faveur de la Grande chambre prévu à l'article 30, ce qui ne peut que contribuer à la rationalisation du fonctionnement interne de la Cour. Autrement dit, la collégialité est là pour encadrer le juge national que son mandat de 9 ans place sous le contrôle de ses pairs, s'il veut conserver son intégrité morale et son autorité juridique.

La phase de délibération de la Cour européenne, pour confidentielle qu'elle soit, obéit à une certaine transparence, dans la mesure où tous les votes du dispositif d'un arrêt sont explicités, même s'ils ne sont pas nominatifs, contrairement à la

¹³ M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : Pedone, 2005, 564 p. Cf. aussi le témoignage de J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté*, Paris : Dalloz, 2^e éd., 2017, 282 p.

Cour internationale de Justice. Et la pratique des opinions séparées, même si elle favorise certaines dérives académiques, donne un éclairage très précieux sur le mode de raisonnement d'un organe collégial et les rapports de force en son sein. Seules les décisions de la Cour en matière d'irrecevabilité échappent à cette transparence, ce qu'on peut regretter lorsque des questions de principe sont en jeu, comme avec l'affaire *Bankovic*¹⁴. La situation des Comités est beaucoup plus incertaine. En l'absence de tout formalisme dans la fabrication des décisions, seules les opinions séparées permettent de voir se dessiner certains clivages, derrière une unanimité de façade. La machine à fabriquer des décisions reste une « boîte magique », ce qui n'est un gage de confiance ni pour l'Etat, ni pour le requérant. Et le site du Haut-Commissariat ne fait rien pour renforcer la transparence, l'accessibilité et la lisibilité à l'égard du grand public, ou même des simples juristes désireux de suivre les activités des organes et de comprendre leur « jurisprudence ».

Enfin, alors que depuis le Protocole n°11 la Cour européenne est devenue une juridiction permanente, assistée par un Greffe structuré dont le rôle est fixé par le règlement intérieur de la Cour, et qui est distinct du personnel du secrétariat général du Conseil de l'Europe, il ne faut pas oublier que les organes de traités ne se réunissent que quelques semaines, ce qui renforce en pratique l'importance de la *Petition Unit* qui assure la continuité, avec une mémoire institutionnelle que tous les membres n'ont pas, et la transversalité, avec une vue d'ensemble de tous les organes de traité. Mais la *Petition Unit* malgré sa qualité n'a pas d'identité propre, elle est soumise aux règles de gestion du Haut-Commissariat, y compris aux impératifs de mobilité sur le terrain, ce qui peut sembler contre-productif. Bien plus le Haut-Commissariat préfère gérer la pénurie au détriment du secrétariat des traités pour grossir les effectifs de ses bureaux régionaux. Une piste pour remédier à cette dérive et donner tout son sens à l'obligation qui pèse sur le Secrétaire général de « mettre à la disposition » des comités, « le personnel et les moyens matériels qui [leur] sont nécessaires pour s'acquitter efficacement de [leurs] fonctions », comme le précise *mutatis mutandis* l'article 36 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, serait de transformer la *Petition Unit* en un véritable greffe, au service exclusif du contentieux.

B. Le déroulement du contentieux

1/ Le caractère quasi-juridictionnel des procédures devant les organes de traités est accentué par un certain formalisme dont la *Petition Unit* est la gardienne, assurant une certaine homogénéité entre la pratique de tous ces organes, même si les débats sur l'harmonisation du système n'ont jamais cessé. Ce formalisme a entraîné la mise en place d'une procédure confidentielle, écrite et contradictoire. Il ne s'agit pas de protéger les requérants, puisque l'Etat concerné est le premier informé du dépôt d'une plainte avec des risques d'intimidation et de représailles qui seront pris en compte, non sans difficultés politiques, avec les principes directeurs de San José adoptés par les présidents d'organes de traités en 2015¹⁵.

¹⁴ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 12 décembre 2001, *Bankovic et al c. Belgique et al.* (req. n°52207/99).

¹⁵ HRI/MC/2015/6. Cf. aussi A/70/302, §41.

La confidentialité est surtout là pour protéger l'Etat mis en cause et la lenteur de la procédure, accentuée par les retards accumulés, laisse trop souvent les requérants dans l'incertitude sur le traitement de leur plainte. Ce tête-à-tête exclusif entre le demandeur et le défendeur est de plus en plus remis en cause. Ainsi, le Comité publie le résumé des affaires enregistrées, en favorisant ainsi l'intervention *d'amicus curiae*, soit de manière spontanée, soit à la demande du Comité. Cela peut permettre une intervention des Institutions nationales des droits de l'homme, mais aussi d'organes des Nations Unies, à commencer par le bureau des affaires juridiques, voire des rapporteurs spéciaux, même s'il est toujours délicat de consulter un titulaire de mandat indépendant sans se lier à l'avance par son interprétation. En tout cas, cet appel d'air ne peut que nourrir le dossier écrit, en apportant de nouveaux éclairages.

Une autre réforme récemment introduite par le Comité des droits de l'homme a été de prévoir la possibilité d'une phase orale, sur la base d'un accord entre les deux parties, et dans le respect d'une stricte confidentialité. On peut regretter cette demi-mesure, en se référant à la pratique des audiences filmées de la Cour européenne des droits de l'homme dans certaines affaires, sans parler de l'exemplarité de la Cour internationale de Justice en la matière. En tout cas, il est bon que les plaideurs puissent avoir l'impression d'être écoutés, sinon entendus, par les experts et puissent avoir l'opportunité de répondre à leurs questions, soit des questions adressées un mois à l'avance, soit de manière plus spontanée au fil des échanges. Le Comité des droits de l'homme semble se rallier à son tour à la théorie des apparences, tirant sans doute la conséquence de dysfonctionnements récents.

2. Mais la question cruciale reste, me semble-t-il, celle qui concerne la nature et la portée des décisions prises.

Le point fort de la Cour européenne est de voir ses décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée. Bien loin de se contenter d'un constat de violation et d'une chiche indemnisation, la Cour n'hésite pas à préciser les conséquences individuelles et les mesures générales qui découlent de son arrêt. Parfois le formalisme atteint ses limites comme avec la pratique des arrêts pilotes où tous les requérants relevant d'un contentieux de masse, voient leurs recours mis sur une voie de garage en laissant aux Etats un ou deux ans pour adopter les réformes nécessaires. Avec le risque de rendre des arrêts pilotes sur les arrêts pilotes, lorsque l'Etat tergiverse au lieu d'utiliser le sursis accordé pour s'attaquer au problème.

Le suivi de l'exécution est confié par la Convention au Comité des ministres, ce qui renforce l'approche systémique, à travers des plans d'action régulièrement évalués jusqu'à un classement définitif de l'affaire. La tentative d'un renvoi devant la Cour européenne pour défaut d'exécution, en vertu de la nouvelle rédaction de l'article 46, entraîne un jeu de ping-pong qui ne me semble pas très probant, comme l'illustre la première procédure lancée dans une affaire mettant en cause l'Azerbaïdjan¹⁶.

¹⁶ COUR EUR. DR. H., GC, arrêt du 29 mai 2019, *Ilga Mammadov c. Azerbaïdjan* (req. n°15172/13). Cf. notre commentaire de l'arrêt, « Coup d'arrêt à Bakou », *RTDH*, 2019, vol. 120, pp. 997 et s.

La sagesse de la Cour me semble être d'avoir su concilier la priorité donnée aux victimes et le souci de conserver la confiance des Etats. A cet égard la marge nationale d'interprétation est un moyen de renvoyer aux juridictions nationales le soin de veiller à la garantie des droits, en tenant compte de la diversité des traditions juridiques.

Les organes de traités, peut-être parce qu'ils sont spécialisés et cloisonnés, n'ont pas encore pu trouver un tel équilibre d'autant plus nécessaire que l'exécution des décisions et des recommandations relève de la bonne volonté des Etats parties. Les procédures de suivi mises en place restent très bureaucratiques, sans vue d'ensemble par un organe politique comme le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Paradoxalement, les constatations des Comités qui n'ont pas l'autorité de la chose jugée ne peuvent être remises en cause, par une procédure d'appel, de révision ou de réformation. Ce serait un moyen utile de renforcer le formalisme de prévoir une instance collégiale de recours, assurant une coordination entre les jurisprudences des différents comités – en amont, au stade de l'interprétation des critères de recevabilité, comme en aval, sur les formes de réparation. Au-delà, un saut qualitatif me semble s'imposer pour renforcer la cohérence du système, ce qui ne peut que passer par un protocole additionnel commun à l'ensemble des différents traités de base, pour créer une instance de supervision, qui pourrait être une véritable juridiction.

Une dernière question pour conclure : est-ce que le formalisme est un garant de la confiance ou au contraire un signe de défiance, avec la volonté d'un micro-management étroit, qui nuit à l'efficacité des garanties et à l'effectivité des droits ? Les formes, et plus encore les formalités, ne doivent pas éclipser le fond. J'ai beaucoup parlé du bon déroulement des procédures, mais ne faut-il pas penser aux procès qui ne peuvent avoir lieu ?

Face au non-recours aux instances de supervision, on ne peut raisonner seulement en termes théoriques, en évoquant le renoncement aux droits et l'autonomie de la volonté, il faut faire toute sa place à la sociologie juridique, en s'interrogeant sur le « droit au droit » des groupes les plus vulnérables, les mesures d'intimidation à l'encontre des victimes allant de pair avec la lassitude et la déception à l'égard d'une justice trop souvent hermétique, lointaine et indifférente. Le courage et la dignité des victimes qui luttent contre l'impunité est d'autant plus remarquable. L'accès au droit est le premier gage de la confiance.

A cet égard, la notion de « recours effectifs » intègre l'ensemble des principes de la bonne administration de la justice, comme en témoignent les observations générales et les constatations du Comité des droits de l'homme relevant des violations combinées de l'article 9 et de l'article 14¹⁷. La justice, à travers l'articulation des recours nationaux, régionaux et internationaux, est un *continuum*. Là aussi, la confiance se mérite...

¹⁷ Cf. notamment, l'Observation générale n°32 de 2007 sur l'article 14, CCPR/C/GC/32 ; et l'Observation générale n°35 sur l'article 9 de 2014, CCPR/C/GC/35.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Version pour accord
29 aout 2022

Version pour accord
29 aout 2022

CONCLUSIONS*

ALAIN PELLET

Bien que n'étant pas un enragé du plan à la française je présenterai quelques réflexions sur ce qui a été dit au cours de cette journée et demie de colloque en deux parties. Dans la première, je vais essayer de résumer les raisons de la confiance ou de la défiance que l'on place dans les procédures arbitrales ou juridictionnelles internationales. J'élargirai ensuite brièvement mon propos pour me demander ce que tout ceci signifie, plus largement, quant à l'état actuel de la justice internationale, et au-delà, car son faible indice de confiance est assez révélateur du triste état de notre droit international.

Le principal fil d'Ariane de ce beau colloque a été de se demander quels sont les facteurs de confiance ou de défiance vis-à-vis des procédures devant les juridictions internationales (au sens large, puisqu'on a traité aussi bien des procédures juridictionnelles [ou faudrait-il dire « judiciaires » en moins bon français ?] au sens étroit que des procédures arbitrales). Le programme a été conçu de telle manière que nous avons eu un très vaste panorama de l'ensemble des principales juridictions internationales, dont j'ai déduit – comme nombre de participants – qu'au fond, ces facteurs de confiance ne varient pas fondamentalement d'un type de juridiction (ou de tribunal) à un autre. Certes, il n'est pas évident *a priori* de comparer la Cour internationale de Justice à un tribunal CIRDI, à un tribunal arbitral *ad hoc* ou à un panel de l'OMC, mais les facteurs de la confiance – ce que Vasily Lukashevish a désigné comme étant « *the power of persuasion* » – ne sont pas si différents que cela. Ce sont, au fond, les facteurs de la confiance dans la justice en général ; ils ne sont pas propres à la justice *internationale* : ils s'appliquent à la justice « tout court », qu'elle soit internationale ou interne.

J'ai essayé de regrouper les facteurs qui ont un rôle dans la confiance ou la défiance en catégories :

Le premier de ces facteurs – cela a été très prégnant dans les débats – **tient à la composition de l'organe saisi**. Et plusieurs sous-facteurs interviennent – dont l'un qui n'a pas beaucoup retenu l'attention alors qu'il me paraît très important : il s'agit de *la taille de la juridiction*, étant entendu que ce qui importe, c'est moins la juridiction elle-même que la formation de jugement. En ce qui me concerne, une grande juridiction comme le TIDM (21 juges permanents) ou la CIJ (de 15 à 17 membres sur le siège) m'inspire plus confiance qu'une petite formation de jugement – je ne parle pas du Tribunal de l'UE, où ils sont 50 ou 54 mais ce sont les formations de jugement qui importent et, sauf exception, elles sont réduites à

* La forme orale de l'intervention a ici été volontairement conservée.

Version pour accord
29 août 2022

3 ou 5. En tant qu'avocat, lorsque j'ai en face de moi un tribunal ou une chambre de trois juges ou trois arbitres, j'ai tendance à m'adresser à chacun ; lorsque je plaide devant la CIJ ou le TIDM, je parle à l'ensemble de la Cour ou du Tribunal sans individualiser les juges en me disant : « Au fond, tous ces gens-là vont se neutraliser les uns les autres ». Cette neutralisation globalisante me paraît être un gage d'objectivité. Dans les tribunaux à composition restreinte, le président joue un rôle très excessif – il peut s'agir de quelqu'un de très bien et de parfaitement objectif, mais il est tout seul et on se trompe facilement quand on est seul. Lorsque l'on délibère à 21 ou 23, il y a infiniment moins de risque de s'égarer.

Un autre facteur mais qui, lui, me paraît trompeur, est la liberté de choix des membres de la juridiction. Prétendument, l'arbitrage aurait l'avantage sur la juridiction permanente de permettre de choisir ses juges. Mais ce raisonnement est absurde ! On ne choisit pas ses arbitres : on en choisit un, éventuellement deux – l'autre partie aussi ; après il faut trouver un président, c'est-à-dire quelqu'un qui fasse consensus qui est désigné dans le cadre d'un compromis entre les parties. En tant que conseil, je n'ai jamais réussi à nommer un président complètement selon mon cœur, je prends le moins mauvais, celui qui me paraît le moins risqué pour la partie que je représente. Il n'est donc tout simplement pas exact de dire que l'on choisit ses arbitres ; il faut tordre le cou à cette légende et c'est pourquoi j'encourage toujours mes clients (des Etats à 90%) à aller devant une juridiction où l'on a affaire à un panel le plus large possible.

Cela étant, les modalités de désignation de la juridiction sont importantes, elles jouent forcément un rôle dans la confiance ; et il faut dire que la politisation croissante des procédures de nomination n'est pas de nature à la renforcer. On voit mal comment les marchandages, totalement insupportables à mes yeux, en vue de l'élection des juges à la CIJ – mais c'est vrai aussi pour la CPI par exemple – seraient susceptibles de garantir le choix des meilleurs ; et si je suis moins choqué par la procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, les européenistes la critiquent tout autant. A cet égard, je ne vois pas très bien comment on peut vraiment améliorer les choses mais force est de constater que l'extrême politisation de la désignation des juges internationaux est un problème et n'est assurément pas un gage de neutralité, d'objectivité et d'indépendance de la justice.

Dans le même ordre d'idée, M. Yilmaz a évoqué le lamentable épisode de la paralysie ou de l'inexistence de fait de l'organe d'appel de l'ORD à l'OMC. Il est évidemment difficile de parler de confiance dans une juridiction qui n'existe plus et dont il est clair qu'elle est paralysée par une volonté politique ; même si les Etats-Unis revenaient enfin à de meilleurs sentiments en ne s'opposant pas à la nomination des membres de cette instance, il est à craindre que son crédit en soit durablement affecté. Au demeurant, personnellement, je suis convaincu que cette situation résulte d'un manque de courage politique de la part des membres de l'OMC, on pouvait (et l'on peut) parfaitement juridiquement passer outre le veto (qui n'est pas consacré formellement à l'OMC) des Etats-Unis – mais le vrai problème est sans doute qu'ils ne sont pas isolés dans leur politique d'obstruction car je suis convaincu que l'Inde, et nombre de moindres seigneurs, ne sont pas beaucoup plus désireux de perpétuer l'Organe d'appel que ne le sont les Etats-Unis.

Lié à ces questions de composition des organes juridictionnels ou arbitraux, se pose un gros problème d'éthique dont, malgré son importance, il a été peu question durant nos débats : il tient à la *petitesse du « monde du droit international »*, que feu Sir Ian Brownlie appelait « la mafia » du droit international public ou, plus restreinte encore « de la CIJ » (même si l'on y inclut l'ensemble des instances judiciaires ou arbitrales interétatiques). C'est une petite « mafia » ; chacun y connaît à peu près tout le monde : il n'y a pas beaucoup de spécialistes du droit international public d'un niveau suffisant (ou en tout cas réputés tels), et bien moins encore d'habitues de la juridiction internationale. Pourquoi ? Pour une raison souvent oubliée : parce qu'il n'y a pas beaucoup d'affaires – au moins en ce qui concerne le contentieux interétatique. La « mafia » du droit de l'investissement existe aussi mais elle est moins restreinte ; mais pour ce qui est du droit international public *stricto sensu*, il n'y a pas beaucoup de « mafiosi » car il n'y a pas beaucoup d'affaires ; je crois que c'est aussi simple que cela et, dans l'immédiat au moins, assez irrémédiable.

Je reconnais que je suis « à tu et à toi » avec au moins 10 des 15 juges à la Cour ; ils ne peuvent pas se récuser sous prétexte qu'on a diné ensemble, qu'on a été se baigner à la mer en marge d'un colloque, voire que nous avons été en vacances ensemble, ou que nous avons siégé ensemble à la CDI durant de nombreuses années... Dix juges devraient se retirer si un Etat me demande de le représenter devant la Cour ? (les Etats pouvant choisir leurs avocats, ce serait la seule solution possible à un tel prétendu « conflit »). Ce n'est pas réaliste. Et je ne pense pas qu'il y ait une solution miracle à ce problème, dont je conçois qu'il puisse faire planer un doute sur l'objectivité des juges. La seule parade résulte dans l'éthique que nous nous imposons et je peux dire en toute sincérité que jamais je n'ai parlé d'une affaire dans laquelle j'étais conseil avec un juge de la CIJ, et que, à une exception près, lointaine, jamais un juge ne m'a parlé d'une affaire avant le rendu de l'arrêt, aussi amis que nous puissions être. Cela dit, on n'en peut pas moins souhaiter vivement qu'arrive du sang nouveau dans ce petit monde. Quoique l'on en dise, les « mafiosi », moi le premier, n'y sont en général pas opposés et les Etats ne le sont pas forcément mais, en général, à condition qu'à côté de nouveaux venus, de vieux habitués les rassurent – et rassurent leurs opinions publiques.

Pour en finir avec la composition de la juridiction et la désignation des juges, on ne peut manquer d'évoquer le problème de la *qualité des juges* appelés à siéger dans les formations de jugement. A-t-on toujours besoin de très bons juges ? Bien sûr, il est préférable d'avoir à faire à des juges ou à des arbitres qui savent un peu de droit que de soumettre une affaire (souvent « de souveraineté » voire « de guerre ou de paix ») à des juges qui n'en savent pas. Cependant, la confiance peut se placer à plusieurs niveaux : il y a le macro niveau – la confiance dans la justice internationale en général, dans telle ou telle juridiction ; mais il y a aussi la confiance du client, du justiciable, à l'égard d'une formation de jugement particulière. Je ne donnerai pas d'exemple précis mais je peux vous dire que dans deux ou trois affaires où l'on pouvait choisir certains juges et en récuser d'autres, j'ai plutôt poussé à ce que nous choissions des juges pas trop bons ; j'avais le sentiment que notre affaire, techniquement, n'était pas très bien partie mais que si on avait des juges un peu sensibles à d'autres considérations, cela pourrait peut-

d'être face à des juges

être nous aider – mais c’est de préférence intéressée plutôt que de confiance qu’il faut parler alors. C’est compliqué la confiance ! elle ne relève pas de la foi ; elle est quelque chose de raisonné et l’on raisonne en fonction d’une affaire particulière, pas en fonction de grandes idées...

Deuxième série de facteurs de la confiance : la compétence de la juridiction.

A l’exception de Tullio Treves qui a abordé la question, elle n’a guère été débattue. Pourtant, il est normal et légitime d’avoir plus confiance en une juridiction choisie que dans une juridiction imposée. Je fais partie de ceux qui, très minoritaires parmi les universitaires, ne portent pas aux nues la juridiction obligatoire de la CIJ et je ne suis pas favorable à l’acceptation par la France de la clause facultative de l’article 36§2 du Statut de la Cour.

Mieux vaut, à mes yeux, accepter de se présenter devant la Haute Juridiction le plus souvent possible, mais au cas par cas. Ceci me paraît constituer un gage d’effectivité et être beaucoup plus responsable et sérieux que de se lancer à dire « J’accepte » puis chaque fois que la Cour est saisie, de soulever des exceptions préliminaires en se mordant les doigts d’avoir accepté le règlement juridictionnel de différends à venir et indéterminés. A un degré moindre les clauses compromissaires conventionnelles appellent les mêmes réserves.

Pour des Etats souverains, le consentement à la juridiction est un principe fondamental de l’ordre juridique international. Il convient certainement de les encourager à le donner mais je suis convaincu que le consentement au cas par cas est beaucoup plus efficace – et finalement plus digne – que l’attitude du Royaume-Uni ou de l’Inde qui acceptent soi-disant la juridiction obligatoire de la Cour mais avec tellement de réserves que, finalement, ils ne l’acceptent pas.

Jean-Marc Sorel a conseillé d’apprivoiser les Etats et il vaut mieux, en effet, les apprivoiser que de leur imposer quelque chose qui est, comme l’a relevé Julie Tribolo en introduisant notre rencontre, assez antinaturel. Le droit international n’est pas fondé sur des procédures juridiquement obligatoires. Comme l’a dit la Cour dans son célèbre *dictum* de 1966, le recours à des procédures « juridiques » (elle aurait dû dire « juridictionnelles ») est plutôt l’exception que la règle en droit international ; il y a d’autres moyens de régler les différends entre Etats et je pense que les universitaires doivent se débarrasser de l’idée que la juridiction c’est bien, et la négociation, c’est mal. Ce qui est bien, c’est d’arriver à un résultat, d’éviter que les différends s’enveniment. La juridiction, c’est bien si on y adhère ; cela est moins sûr si on n’y adhère pas.

Soit dit en passant, l’extension de l’offre d’instances de règlement des différends constitue, selon l’heureuse formule du Juge Mohamed Bedjaoui, « la bonne fortune du droit des gens » en ce qu’elle facilite l’acceptation confiante d’un forum jugé adapté. Le *forum shopping* est sans aucun doute un « accélérateur de confiance ».

La troisième grande série de facteurs de la confiance, la plus directement visée par la feuille de route du colloque, **ce sont les aspects procéduraux à plus strictement parler** (quoique l’on se soit beaucoup éloigné de la procédure *stricto sensu*). Les débats ont été foisonnants et il n’est pas facile d’en rendre compte de façon synthétique. En simplifiant, on peut sans doute les regrouper en quatre

rubriques, éléments clés de la confiance procédurale : le contradictoire, le formalisme, la transparence et la stabilité.

La stabilité porte à la fois sur le *cadre réglementaire* et sur la *jurisprudence*. Jean-Marc Sorel et la juge Krystyna Kowalik-Bańczyk ont attiré l'attention sur l'importance de *la stabilité réglementaire*. Et je ne suis pas sûr que les trop nombreuses modifications des règlements des juridictions (par exemple, de feu les TPI), ou la multiplication des protocoles de la Cour EDH soient toujours de nature à accroître la confiance – pour ne rien dire des très hypocrites « Instructions de procédure » de la CIJ, ou des directives *sui generis* comme celle concernant les activités annexes des juges dont a parlé Julien Cazala. Je trouve ces procédés scandaleux – pas forcément sur le fond, mais la CIJ doit prendre ses responsabilités : les juges peuvent modifier le Règlement de la Cour, qu'ils le modifient ! Mais qu'ils ne viennent pas hypocritement dire en revanche : « La Cour s'attend à ce que... » alors qu'il est difficile pour les Parties de défier la Cour. Ce détournement du pouvoir réglementaire me paraît être de nature à miner la confiance.

La stabilité de la jurisprudence est un autre facteur, plus important encore, de renforcement de la confiance. On le sait, le droit international ne connaît pas la règle du précédent, le principe du *stare decisis*. Il convient donc de trouver l'équilibre souhaitable entre rigidité et sécurité.

Qu'il faille faire évoluer la jurisprudence et adapter les réponses juridictionnelles ou arbitrales en fonction des faits et des circonstances de l'espèce, oui ; mais ce n'est pas une raison pour la faire évoluer dans n'importe quel sens selon des appréciations au cas par cas purement opportunistes. Prenons la jurisprudence de la CIJ sur l'intervention dont ont parlé Philippe Couvreur et Jean-Marc Sorel. Elle est regrettamment instable (pour dire poliment que c'est n'importe quoi), si bien que les Etats sont dans l'incapacité de savoir s'ils peuvent intervenir ou non faute de jurisprudence constante. Cela dit, cette jurisprudence capricieuse de la CIJ en matière d'intervention constitue, heureusement, plutôt une exception et, dans l'ensemble, la jurisprudence des juridictions interétatiques est raisonnablement stable et, dans certains cas, elle contribue, très utilement, à clarifier et compléter des règles – conventionnelles ou coutumières – floues ou inexistantes. On ne peut, par exemple, que rendre hommage à la CIJ, pour avoir fait évoluer les règles indigentes de la CNUDM relatives à la délimitation des frontières maritimes. De son côté, le TIDM, qui a suivi, pour l'essentiel, la jurisprudence de la CIJ, a eu le bon goût de ne pas vouloir à tout prix imposer une vision originale en la matière, tout en y mettant sa patte.

Malgré l'optimisme mesuré de Julien Cazala, je n'en dirais pas autant de la jurisprudence des tribunaux arbitraux en matière d'investissement qui, trop souvent, font fi des précédents au prix d'un embrouillamini jurisprudentiel qui n'incite pas à la confiance dans les mécanismes de protection de l'investissement étranger.

Autre facteur de confiance : *le contradictoire* sans lequel il n'y a pas de juridiction crédible. La tendance actuelle des Etats, évoquée à plusieurs reprises durant ces deux jours, est d'être présents tout en n'étant pas présents, d'affirmer

leur opposition à la compétence et en même temps de forcer le for de la Cour en imposant leurs vues de manière extérieure. C'est ce qu'ont fait la Chine dans l'affaire de la *Mer de Chine méridionale*, le Venezuela dans l'affaire pendante devant la CIJ avec le Guyana, ou (de façon parfaitement scandaleuse) le Kenya dans celle également *sub judice* contre la Somalie. Ce sont des détournements de procédure... Et l'on ne peut que partager le très probable embarras de la juridiction saisie dans de telles circonstances. Que faire ? Faut-il se priver des vues de ces Etats qui ne jouent pas le jeu, qui trichent, au risque de donner encore plus prise à la critique, et de favoriser une probable défiance face au résultat ? Il faut reconnaître que la réponse n'a rien d'évident. Il me semble qu'il est très difficile pour les juridictions de ne pas tenir compte de ces positions et que, en même temps, elles doivent rassurer la partie participante sur son objectivité en résistant à la tentation de « couper la poire en deux » pour apaiser la partie absente dans l'espoir d'une application effective de l'arrêt ou de la sentence. Rien au demeurant ne les empêche de fustiger ce genre d'attitude, ce qu'elles ne font qu'avec une prudence excessive.

Le formalisme, peut aussi jouer un grand rôle pour créer ou renforcer la confiance. On en a souvent eu une conception très large et « matérielle » en l'assimilant au respect scrupuleux de la règle de droit – telle a été la conception de Jean-Marc Sorel ; sous cette forme, ce facteur ne joue pas différemment de la stabilité de la jurisprudence.

Mais on peut en avoir une conception plus étroite et l'assimiler surtout à *la solennité*, qui me paraît particulièrement nécessaire dans les contentieux interétatiques. Il est de bon ton de tenir pour suranné le cérémonial qui entoure les audiences tenues dans le grand hall de justice du Palais de la Paix à La Haye – largement imité à Hambourg. Il n'est pas dénué de mérites et constitue au contraire un facteur très positif. Toutes les plaidoiries devant la CIJ sont diffusées en direct et nombre de ces affaires sont extraordinairement sensibles politiquement, même lorsque leur enjeu concret peut sembler limité (on pense par exemple à la nouvelle affaire du *Temple de Préah Vihéar* ou à *Pérou c. Chili*) ; dans ces cas-là, en plaidant devant la Cour, on ne s'adresse pas seulement aux 15 ou 17 juges qui y siègent, mais aussi, au-delà, aux opinions publiques. Elles ont l'impression grâce à cette solennité (celle des belles robes rouges des Français ou des horribles perruques vieillottes des Britanniques) que l'affaire est prise au sérieux et bien défendue ; et je sais d'expérience que ce sentiment permet parfois d'apaiser la déception engendrée par un arrêt rejetant tout ou partie d'une requête. Ce n'est pas de la confiance des Etats qu'il s'agit ici, mais de celle des opinions publiques dans la juridiction internationale – qui peut néanmoins enhardir les gouvernements à s'adresser à la juridiction internationale.

Autre facteur de confiance souvent cité – et qui rejoint en partie la solennité : *la transparence*. Assurément, dans toute la mesure du possible, le débat doit être public mais peut-être plus pour des raisons de principe que pour inspirer confiance sinon aux opinions publiques, du moins aux Etats. Pour ceux-ci, la confiance peut plutôt résulter de la discrétion.

En réalité la question est de savoir de la confiance de qui l'on parle ici. On peut se le demander notamment à la lecture des communications de Bill Schabas et de Haykel Ben Mafoudh. La confiance des victimes ? Elle a évidemment d'autres ressorts que celle des Etats. La confiance de l'opinion publique ? celle des Etats ? de la communauté des Etats dans son ensemble ? On ne peut pas mettre tout cela dans le même panier et tout particulièrement lorsqu'il s'agit de transparence. Du point de vue de la communauté internationale dans son ensemble, oui la transparence est absolument indispensable : la publicité des pièces de procédure et des débats s'impose et il serait bon de mettre complètement fin à la pratique des « experts fantômes » consultés par la CIJ sans que les Parties en aient connaissance – et moins encore de leurs conclusions. Il en va ainsi *a fortiori* en matière pénale internationale.

Mais on peut avoir des vues un peu différentes au niveau de ce que l'on pourrait appeler la « micro-confiance », celle de chaque partie dans une affaire donnée : dans cette perspective, il est parfaitement concevable qu'elles placent (ou que l'une d'elles place) leur ou sa confiance dans une procédure discrète et confidentielle et l'on peut comprendre (sans forcément l'approuver) que, dans certains cas, l'on préfère « laver son linge sale en famille ». Emmanuel Decaux et Krystyna Kowalik-Bańczyk ont présenté de fort intéressantes remarques à cet égard s'agissant de contentieux plus spécialisés. Et l'on voit dans les arbitrages d'investissement à quel point les parties sont attachées à la confidentialité et s'affrontent à ce sujet (il s'agit plus souvent des investisseurs privés que des Etats, même si ceux-ci ont parfois les mêmes préoccupations).

Quatrième et dernière série de facteurs de la confiance, mais, assurément, pas la moindre : **la décision**. Elle doit être prévisible, compréhensible, acceptable. Il n'est pas utile de revenir sur la prévisibilité qui rejoint la question de la stabilité de la jurisprudence dont j'ai déjà parlé.

S'agissant de *la compréhensibilité*, les décisions des juridictions internationales me paraissent dans l'ensemble plutôt plus compréhensibles que celles des cours et tribunaux nationaux – au prix, trop souvent, d'une longueur excessive.

Durant la première demi-journée de notre rencontre, l'accent a été mis sur le problème de la langue. A mon regret, je ne partage pas la position de mon ami Yves Daudet qui a plaidé vent debout pour la francophonie. Le français est une belle langue et, dans le contentieux international, elle est extrêmement précieuse en tant que « *checking langage* » (c'est-à-dire pour s'assurer que ce qui est dit dans une langue est traduisible dans l'autre), mais, que cela nous plaise ou non, la langue internationale, c'est l'anglais. Ce qui me paraît plus important que la langue elle-même, c'est que les cours et tribunaux ne s'enferment pas dans l'un des deux grands systèmes juridiques dont le droit international est le creuset, pour ne pas dire le *melting-pot*... Assurément, il faut éviter que le contentieux international soit complètement dominé par la culture anglo-saxonne et par le *common law* – ce qui est de plus en plus le cas en matière commerciale ou d'investissement. Mais ce n'est pas un problème de langue, c'est un problème de culture juridique. Si on peut faire prévaloir la nôtre, la culture romano germanique, y compris par l'utilisation de l'anglais, c'est tant mieux ! Cela est préférable que de jouer les Astérix.

Version pour accord²⁴⁵
29 août 2022

Voici qui nous amène à l'*acceptabilité*. Il n'est pas douteux qu'il y a de bonnes et de mauvaises décisions. Les bonnes sont, bien sûr, celles qui sont rigoureusement argumentées, écrites dans un style compréhensible, et qui répondent à l'ensemble des thèses des parties. Mais pour qu'elles soient acceptables, il est aussi capital qu'elles n'humilient pas les parties.

En tant qu'avocat fréquent, je suis particulièrement sensible à cela et il me paraît indispensable que, lorsqu'ils rédigent leurs décisions, les juges et les arbitres s'assurent que rien dans leur motivation ne vienne choquer les parties ou leur faire perdre la face, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un motif indispensable ou que les choses peuvent être dites autrement. J'ai en tête quelques arrêts de la CIJ dont je me suis demandé en les lisant : « Pourquoi les juges ont-ils dit ceci ou l'ont-ils dit ainsi ? Mon Etat va le prendre horriblement mal et se raidir, alors qu'ils auraient pu arriver au même résultat en étant un peu moins brutaux... ». Philippe Couvreur a dit que la Cour était prudente ; oui, elle l'est en général, mais il y a des dérapages qui, parfois, déçoivent l'admirateur de la jurisprudence de la CIJ que je suis dans l'ensemble. Mais il y a quelques fois des mots qui ne passent pas... Evidemment, les avocats ne peuvent pas aller expliquer aux juges au moment du délibéré : « Bon d'accord, on va perdre, mais essayez qu'on le fasse de manière acceptable » ; toutefois, nous essayons souvent de faire passer ce genre de messages durant les plaidoiries, surtout orales.

Pour conclure, il faut peut-être élargir la focale. Chaque intervenant s'est efforcé de s'interroger sur la confiance que l'on peut avoir dans les procédures, sur les raisons de cette confiance, sur son absence, sur ses limites... Mais je me demande si, au-delà de cette problématique qui a été posée avec talent par Julie Tribolo-Ferrand, ne s'est pas profilée une autre question, plus vaste encore, peut-être encore plus intéressante, à laquelle l'ensemble des contributions aide à répondre et qui concerne non pas seulement la confiance dans les procédures devant les juridictions internationales, mais la confiance dans ces juridictions elles-mêmes et, au-delà, dans le droit international.

A cet égard, selon le tempérament de chacun et l'humeur du moment, on peut voir le verre à moitié plein – c'est le cas de Mme Kowalik-Bańczyk, pour ce qui est du Tribunal de l'UE, – ou à moitié vide. Mais je dois dire que, dans l'ensemble, on a pu déceler chez nombre de participants une sourde inquiétude, qu'illustre bien la fresque chronologique qu'a tracée Philippe Couvreur au début de son intervention. Dans le baromètre de la confiance dans la Cour mondiale, il y a eu des hauts et des bas, mais il me semble très clair que nous sommes plutôt aujourd'hui, malgré le soi-disant encombrement du rôle de la Cour – qui est une fable – à une période d'étiage et que les perspectives de remontée des eaux ne sont pas très encourageantes. Comme l'a noté Julien Cazala, le capital de légitimité peut varier dans le temps, et l'on peut espérer qu'il va remonter mais pour l'instant, la défiance, la perte relative de confiance dans la justice internationale, qu'elle soit juridictionnelle ou arbitrale, paraît très marquée.

Il y a peut-être là le reflet d'un phénomène plus général car je ne suis pas sûr que ce soit un problème propre au droit international, et ce n'est pas une coïncidence si le garde des Sceaux français se démenait pour faire voter une loi pour la

confiance dans la justice au moment où se tenait le colloque de Nice. Ce projet illustre bien une perte de confiance dans la justice « tout court » – pas dans la justice internationale mais dans la justice en général. Les opinions publiques, pas plus que les Etats, ne maintiennent leur confiance dans la justice internationale de même que les particuliers n'ont pas une confiance très affirmée dans la justice nationale (même si le degré de confiance peut varier d'un Etat un autre ; il semble nettement plus élevé en Allemagne où la justice reste très mythique, ou au Royaume-Uni). Il n'en reste pas moins que la perte de confiance paraît être un phénomène assez général.

Au demeurant, au risque de choquer, il me semble, tout bien réfléchi, que cette désaffection est peut-être moins grave au plan international qu'au plan interne. La raison en est que la justice internationale est quelque chose d'exceptionnel et, finalement, d'assez secondaire, dans la société internationale. Dans l'Etat, où le recours au juge constitue la norme en vue du règlement des différends, la justice est sans aucun doute irremplaçable ; il n'y a guère d'alternative à part une petite dose de médiation ou de conciliation. Ainsi que cela résulte de l'article 33 de la Charte des Nations Unies, l'intervention du juge ou de l'arbitre n'est que l'un des modes possibles de règlement des différends au plan international ; la négociation y est toujours la règle générale.

Cela dit, la fréquence statistique du recours au règlement juridictionnel ou arbitral est une mesure très imparfaite de « l'indice de confiance » dans celui-ci – pour reprendre une expression de Philippe Couvreur. Il est relativement fiable lorsque la justice est facultative ; il l'est infiniment moins lorsqu'elle est contrainte. David Pavot l'a bien montré dans sa très intéressante présentation du TAS lorsqu'il a mis l'accent sur l'absence de consentement des sportifs à la juridiction du Tribunal de Lausanne : apparemment, ils ne lui font guère confiance mais ils n'ont guère d'autre choix que de s'y soumettre.

Un autre indice de confiance, sans doute plus convaincant et généralisable, applicable à toutes les juridictions judiciaires ou arbitrales, est l'efficacité de la décision, « *the effective implementation* ». L'inexécution peut avoir des causes diverses, certes, mais elle peut difficilement passer pour une marque de confiance. Si le phénomène demeure relativement marginal, il faut bien constater qu'il se répand dans l'ordre international : les refus d'exécution ne sont pas seulement le fait de la Chine, ou de la Russie et de la Turquie qui n'exécutent pas ou très mal les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. On peut aussi citer, parmi les perdants récalcitrants dans des affaires récentes, la Croatie suite à l'arbitrage perdu contre la Slovaquie ou la Colombie à la suite de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire l'opposant au Nicaragua qui, toutes deux proclament qu'elles n'appliqueront pas les décisions rejetant leur argumentation, qu'elles jugent mauvaises. Mais on peut citer aussi l'Italie concernant l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, et même le Royaume-Uni (ce parangon de vertu démocratique) qui n'exécute pas les arrêts de la Cour de Strasbourg concernant le droit de vote des prisonniers...

Tout cela est extrêmement préoccupant et pour le coup, témoigne carrément de défiance. En revanche, je suis d'accord avec Philippe Couvreur pour considérer que la non-comparution n'est pas forcément une marque de défiance à l'encontre de la juridiction : elle est plutôt une marque de modestie et de conviction que l'affaire n'est pas très bonne, alors autant ne pas se présenter, ce qui permettra d'expliquer à l'opinion publique, une fois l'arrêt rendu qu'il n'est pas fondé. Mais ce sont des problèmes tactiques qui ne se rattachent pas directement à la question de la confiance.

Sans être fixé sur l'avis de tempête, le baromètre de la confiance dans la justice internationale n'est sûrement pas au beau fixe aujourd'hui, comme on a pu espérer qu'il y resterait fixé au début des années 1990 (une grande période de confiance dans la justice internationale). Mais je me demande s'il ne faut pas aller encore plus loin et si cette baisse de la confiance ne traduirait pas un autre phénomène encore, qui lui est extraordinairement préoccupant : c'est la baisse de la confiance dans le droit international lui-même. Il a été moqué et humilié pendant quatre ans par la plus grande puissance mondiale et le renouveau n'est pas très spectaculaire – malgré le fait que M. Joe Biden soit sûrement quelqu'un à la fois de plus respectable et de plus respectueux du droit, que son prédécesseur. La deuxième puissance mondiale a essayé de récupérer ce mépris pour le droit mais finalement, d'une manière parfaitement égoïste et à des fins purement souverainistes. Le droit continue à être foulé aux pieds par tous les dictateurs et tous les dirigeants illibéraux de la Terre et il me semble que le sujet, en apparence limité, de notre colloque nous alerte sur une réalité qui est bien plus préoccupante que les doutes que l'on peut nourrir sur la confiance dans la procédure des juridictions internationales.

Pour ne pas en rester à cette note pessimiste, on peut tenter de se replacer dans le long terme : comme l'a noté Julien Cazala, le capital de légitimité peut varier dans le temps et on peut espérer que la confiance, et dans la justice internationale et dans le droit international, aussi malmenée qu'elle soit aujourd'hui, trouvera une nouvelle vigueur. Pour cela, peut-être faudrait-il commencer en ayant des ambitions limitées et multiplier les forums juridictionnels dans des domaines techniques. Après tout, la construction européenne a commencé avec le charbon et l'acier.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Liste des contributeurs</i>	3
<i>Avant-Propos</i>	5

RAPPORT INTRODUCTIF

Julie TRIBOLO-FERRAND	11
-----------------------------	----

PREMIÈRE PARTIE

LA CONFIANCE ET LE DOUBLE-HÉRITAGE PROCÉDURAL DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

De l'héritage continental à la découverte de la <i>Common Law</i> : La confiance à l'épreuve de la montée en puissance de la tradition anglo-saxonne devant la Cour internationale de Justice Yves DAUDET	19
La confiance et les exemples de conciliation entre traditions continentale et de <i>common law</i> dans les arbitrages internationaux d'investissement Julien CAZALA.....	27
La recherche d'un syncrétisme entre tradition continentale et tradition de <i>Common Law</i> devant les juridictions pénales internationales, source de confiance ou cause d'une nouvelle défiance entre les acteurs de l'instance ? William SCHABAS.....	47

DEUXIÈME PARTIE

LA CONFIANCE ET LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

La confiance dans la Cour internationale de Justice et ses procédures Philippe COUVREUR	59
Confidentiality as a Building Block of Confidence in WTO Dispute Settlement Müslüm YILMAZ.....	113
La transparence au soutien de la confiance : Le cas du Tribunal arbitral du sport (TAS) David PAVOT et Antoine DA SILVA.....	135
La confiance et la participation des victimes devant la CPI : d'une simple question de perception à un principe d'administration de la justice pénale internationale Haykel BEN MAHFOUDH	147

Version pour accord
29 août 2022

TABLE DES MATIÈRES

TROISIÈME PARTIE
LA CONFIANCE ET LE FORMALISME

Les effets du formalisme devant la Cour internationale de Justice : Excès de formalisme évité et confiance préservée Jean-Marc SOREL	177
Les enjeux du formalisme dans le contentieux du droit de la mer Tullio TREVES	199
La confiance et le formalisme devant le Tribunal de l'Union européenne Krystyna KOWALIK-BAŃCZYK	209
Les exigences du formalisme dans les contentieux relatifs aux particuliers Emmanuel DECAUX.....	225
CONCLUSION GÉNÉRALE	
Alain PELLET	239