LE TIERS IMPARTIAL ET INDÉPENDANT EN DROIT INTERNATIONAL

Juge, arbitre, médiateur, conciliateur

Cours général de droit international

par

CATHERINE KESSEDJIAN

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. KESSEDJIAN

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale 63

Chapitre 1. La place du tiers impartial et indépendant dans un système ou un ordre juridique donné 98

Introduction 98
A. La société internationale, berceau du tiers impartial et indépendant . 101
B. Le tiers impartial et indépendant, partie prenante de l'Etat de droit . 109
C. Le recours au tiers – droit fondamental de la victime et lutte contre l'impunité 122
D. Les critiques de la justice internationale 125
Conclusion 131

Chapitre 2. La permanence de la justice internationale 133

Introduction 133
A. L'arbitrage comme mode habituel de règlement des différends . . . 139
B. Le déclin de l'arbitrage au XVIII^e siècle et le renouveau du XIX^e siècle 145
C. L'époque contemporaine débute en 1922 160
D. Les conséquences de la permanence 165
Conclusion 168

Chapitre 3. Le médiateur ou conciliateur 169

Introduction 169
A. La médiation par l'Algérie de la crise des otages entre les Etats-Unis et l'Iran 183
B. La personnalité du médiateur 191
C. L'organisation du processus de médiation 197
Conclusion 206

Chapitre 4. Le juge national, juge naturel du droit international 208

Introduction 208
A. Le procès Tehlirian, Berlin, 1921 219
B. Le procès Eichmann, Jérusalem, 1961 227
C. Le procès Pinochet, Londres, 1998 236
D. Le procès Kiobel, Cour suprême des Etats-Unis, 2012-2013 241
Conclusion 245

Chapitre 5. Le juge international en son palais 249

Introduction 249
A. L'emprunt de bâtiments qui n'ont pas été construits pour rendre la justice 256
B. Les bâtiments construits pour la justice internationale 259
C. L'agencement intérieur des palais de justice et leurs salles d'audience 268
Conclusion 273

Chapitre 6. Quelle allégorie pour la justice internationale ? 274

Introduction 274
A. La symbolique traditionnelle de la justice 276
B. La justice internationale peut-elle s'approprier les attributs traditionnels de la justice ? 289

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. Les œuvres d'art données au Palais de la Paix, à la CIJ et à la CPI . 294
D. La caméra dans le prétoire 296
E. La justice dans les arts vivants de fiction ou documentaires 299
Conclusion 303

Chapitre 7. Qui est le tiers impartial et indépendant international ? 306

Introduction 306
A. Les qualités requises pour devenir juge international 312
a) Les textes 312
b) Au-delà des textes 318
B. La diversité 330
C. Les modes de nomination 340
D. Durée du mandat 346
Conclusion 347

Chapitre 8. Indépendance, neutralité et impartialité 349

Introduction 349
A. Pourquoi trois concepts ? 356
B. L'indépendance 359
C. La neutralité. 371
D. L'impartialité 375
E. Le tiers doit rendre compte 381
Conclusion 387
Annexe. Liste des serments ou déclarations de certaines juridictions internationales. 389

Chapitre 9. La légitimité du juge international par la compétence 401

Introduction 401
A. Les juridictions internationales. 406
B. Les tribunaux arbitraux 413
C. Les tribunaux nationaux 419
D. La litispendance et le *forum non conveniens* 427
E. Le déni de justice 437
F. La compétence universelle 442
Conclusion 446

Chapitre 10. Le juge international ouvert sur le monde – l'*amicus curiae* . 448

Introduction 448
A. Qui est *amicus curiae* ? 457
B. Pour quels objectifs l'*amicus* intervient-il ? 462
C. Selon quelles modalités ? 464
Conclusion 469
Annexe. Lignes directrices relatives à l'admission et à la participation d'*amici curiae*. 471

Chapitre 11. La fabrique de la décision 474

Introduction 474
A. Les différents types de personnalité des juges 477
B. Le secret du délibéré 483
C. L'organisation du délibéré et de l'écriture de la décision 490
D. La motivation des décisions 501
E. Les opinions séparées. 510
Conclusion 527

Chapitre 12. Le dialogue des juges. 529

Introduction 529

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

A. Le dialogue appliqué à la compétence juridictionnelle 535
B. Le dialogue à propos des injonctions des ordres juridiques 540
C. Les réseaux de juges nationaux 544
D. Le dialogue entre juges nationaux et juges internationaux 548
E. La mise en œuvre du dialogue 553
Conclusion 557
Annexe 1. Le séminaire pour juges sur la protection internationale des enfants, de Ruwemberg, 22-25 juin 1998 560
Annexe 2. Un exemple de résultat des travaux d'un réseau de juges . . 562

Chapitre 13. L'influence de l'intervention du tiers sur la norme internationale 566

Introduction 566
A. Le tiers impartial et indépendant, créateur de droit 568
B. Le tiers et le législateur – comparaison des méthodes 575
C. L'exécution des décisions ou accords de règlement 586
Conclusion 599

Chapitre 14. Quand le juge devient un algorithme 600

Introduction 600
A. La justice algorithmique 604
B. La justice internationale réfractaire à l'algorithme 608
Conclusion 613

Bibliographie 614

Index 635

Liste des images 644

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

NOTICE BIOGRAPHIQUE

Catherine Kessedjian, née à Valence (Drôme), de nationalité française.

Maîtrise de droit comparé (Paris I, 1976), DEA de droit international public (Paris I, 1977), DEA de droit international privé et de droit du commerce international (Paris I, 1979), LLM University of Pennsylvania Law School, (1981). Thèse : *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans le droit des Etats-Unis d'Amérique* (direction Paul Lagarde, Paris I, 1986).

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas. *Hauser Global Professor, New York University School of Law* (2004-2011). Professeure invitée dans de nombreuses universités étrangères, dont Vienne (2020) ; *McGill University Faculty of Law* (2017) ; Padoue (2015 et 2016) ; *Yale Law School* (2010) ; Sao Paolo (2010).

Présidente de la branche française de l'*International Law Association* (depuis 2014) et *Vice Chair* de l'ILA mondial (depuis 2016). Présidente du Groupe européen de droit international privé (2018) dont elle est membre fondateur (depuis 1991). Vice-Présidente du Comité français de droit international privé (depuis 2013). Membre du Conseil d'administration de la Société française pour le droit international (depuis 2012). Membre associée de l'Institut de droit international (depuis 2017) et Rapporteur de la Commission 1 sur Investissement et corruption. Membre à vie de l'*American Law Institute* (depuis 2015). Membre de l'Académie internationale de droit comparé (depuis 2011). Membre du Conseil consultatif de l'Académie de droit européen de Trêves (2008-2018).

Membre de nombreux conseils scientifiques ou éditoriaux dont : Comité éditorial de la *European Review on Investment Law and Arbitration* (depuis 2016) ; Conseil du Comité éditorial du *Journal of World Investment and Trade* (depuis 2013) ; Comité éditorial pour *Oxford University Press*, Collection arbitrage (depuis 2006).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

PRINCIPALES PUBLICATIONS

Ouvrages

La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis d'Amérique, Paris, Economica, 1987.
L'illicite dans le commerce international (co-directrice), Paris, Litec, 1996.
Droit européen des affaires (co-auteur), Paris, PUF, Que sais-je, 1997.
Internet : Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?, (co-directrice), La Haye, Kluwer Law International, 1998.
La mondialisation du droit (co-directrice), Paris, Litec, 2000.
Codification du droit commercial international et droit international privé – De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales, Recueil des cours, tome 300 (2002), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, p. 83-308.
Le droit européen et l'investissement (co-directrice), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2009.
Le droit européen et l'arbitrage d'investissement, (directrice), Paris Editions Panthéon-Assas, 2011.
Le financement du contentieux par un tiers, (directrice), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2012.
Droit du commerce international, Paris, PUF, collection Thémis, 2013, 2e éd. 2020.
Autonomie en droit européen – Stratégies des citoyens, des entreprises et des Etats, (directrice) Paris, Editions Panthéon-Assas, 2013.
Le droit international collaboratif, Paris, Pedone, 2016.
40 ans des Lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales, (co-directrice), Pedone, 2018.

Articles

« Le Restatement of the Foreign Relations Law of the United States – Un nouveau Traité de Droit international ? », *JDI*, 1990, p. 35 ss.
« L'application du droit étranger par les juridictions françaises », *RJDA*, 1991, p. 483 ss.
« Les conséquences du défaut de transposition ou de la mauvaise transposition en droit interne des directives communautaires », *RJDA*, 1991, p. 831 ss.
« Les immunités des Etats étrangers », *RGDI Pub*, 1992, p. 299 (co-auteur).
« Les activités commerciales dans l'espace et le droit de la concurrence », dans *L'exploitation commerciale de l'Espace – Droit positif, Droit prospectif –*, Paris, Litec, 1992, p. 133.
« Continuation et succession en matière contractuelle », dans *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 316 ss.
« Un fondement international au droit des déchéances de nationalité ? », *Le genre humain*, 1995, nº 29 p. 149 ss.
« Les structures de coopération interentreprises : Joint venture et GEIE », dans *L'entreprise dans le marché unique européen*, Paris, La documentation française, 1995, p. 315 ss.
« Les dangers liés à un mauvais choix d'un droit applicable (analyse de la jurisprudence française et des sentences arbitrales) », *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 373 ss.
« Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 381 ss.
« Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : Les principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 641 ss.
« La codification privée », dans *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz,* Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, p. 135 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

«Le juif déchu de sa nationalité française», dans *Le droit antisémite de Vichy, Le genre humain*, Paris, 1996, p. 231 ss.
«International Jurisdictional Principles in Competition Matters», dans *Transnational Tort Litigation*, sous la direction de C. McLachlan et P. Nygh, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 171 ss.
«Judicial Regulation of Improper Forum Selection», dans *International Dispute Resolution – The Regulation of Forum Selection, Fourteenth Sokol Colloquium*, sous la direction de J. L. Goldsmith, New York, Transnational Publisher, 1997, p. 273 ss.
«Les actions de groupe – Questions de droit international privé», *Rivista di Diritto internazionale privado e processuale,* 1997, p. 281 ss.
«Vers une convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers», *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, 1997, p. 675 ss.
«Dispute Resolution On-Line» (co-auteur), *The International Lawyer*, volume 32, nº 4, 1998, p. 977 ss.
«La codification en droit international privé», *in* Société française pour le droit international, *La codification du droit international*, Colloque d'Aix-en-Provence, Paris, Pedone, 1999, p. 101 ss.
«The Legal Relationship between the Proposed Unidroit Convention and its Equipment-Specific Protocols» (co-auteur), *Uniform Law Review/Revue de Droit uniforme*, 1999, p. 323 ss.
«Jurisdiction and Foreign Judgments in civil and commercial matters: the Draft Convention proposed by the Hague Conference on Private international law», *Forum international*, nº 26, juillet 2000.
«La modélisation procédurale», dans *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 237 ss.
«Internet et le règlement des différends», dans F. W. Grosheide et K. Boele-Woelki (dir. publ.), *Molengrafica 1999-2000*, Koninklije Vermande, 2000, p. 69-96.
«La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après», dans *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, T. M. C. Asser Press, 2000, p. 329-340.
«La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en France – hors les Conventions de Bruxelles et de Lugano», dans G. Walter et S. P. Baumgartner (dir. publ.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano,* Kluwer Law International, 2000, p. 185-216.
«La norme juridique est-elle apte à lutter contre la corruption?», dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn,* Paris, Litec, 2000, p. 601-612.
«Arbitral Tribunal or State Court – Who Must Defer to Whom?», *ASA Special Series nº 15*, janvier 2001, p. 101-124.
«Aspects juridiques du e-trading: règlement des différends et droit applicable», dans L. Thévenoz et Ch. Bovet, *Journées de droit bancaire et financier*, Berne, Stämpfli, 2001, p. 65-97.
«Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards», *Journal of International Arbitration*, volume 18, 2001, p. 1-11.
«Global Unification of Procedural Law», dans *International Conflict of Laws for the Millennium – Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 227-232.
«The Hague Global Jurisdiction and Judgments Preliminary Draft Convention», dans *Foundations and Perspectives of International Trade Law,* London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 233-236.
«The Conflict of Laws Principles in French Law with Respect to Security Interests in Movable Assets» dans *Cross-Border Security and Insolvency*, Oxford, Oxford Press University, 2001, p. 159-185.
«Les modes alternatifs de traitement des conflits de l'Internet – Rapport général», dans G. Chatillon (dir. publ.), *Le droit international de l'Internet,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 647-653.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

«La loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire – Le projet de convention de La Haye de décembre 2002, *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 49-81 (co-auteur).
«Le droit international privé et l'intégration juridique européenne», dans T.Einhorn et K.Siehr (dir. publ.) *Intercontinental Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter Nygh*, La Haye, TMC Asser Press, 2003, p. 161-170.
«Les règles de conflit de lois dans les textes de la CNUDCI», dans *La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité, Les petites affiches*, 18 décembre 2003, nº 252, p. 80-87.
«L'unification internationale du droit privé», dans Habib Gherari et Sandra Szurek, *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003, p. 75-83.
«La mondialisation du droit : Défi pour la codification», dans *1804-2004 Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 917-927.
«La nécessité de généraliser l'institution de *l'amicus curiae* dans le contentieux privé international», dans *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, 2004, p. 403-408.
«La réparation des crimes de l'histoire vue sous l'angle du droit international privé», dans Boisson de Chazournes *et al*. (dir. publ.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 85-96.
«Le principe de proximité vingt ans après», dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde,* Paris, Dalloz, 2005, p. 507-521.
«L'élection de for – Vers une nouvelle convention de La Haye», dans *Grenzüberschreitungen – Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit – Festschrift für Peter Schlosser*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 367-381.
«Les actions civiles pour violation des droits de l'homme – Aspects de droit international privé», *in Travaux du Comité français de droit international privé – Années 2002-2004*, Paris, Pedone, 2005, p. 151-194.
«Le temps du droit au XXIe siècle – Compatibilité avec la codification ?», dans *Codes et codification, Les Cahiers de Droit,* Laval, Québec, 2005, p. 547-560.
«Competing approaches to force majeure and hardship», *International Review of Law and Economics*, 2005, pp 415-433, disponible en ligne : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/kessedjian.html.
«Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules», dans Loukas A. Mistelis et D. M. Julian Lew (dir. publ.), *Pervasive Problems in International Arbitration,* Kluwer Law International, 2006, p. 71-88.
«La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for», *JDI*, 2006, p. 813-850.
«Le droit international privé au secours de la lutte contre la contrefaçon», dans Société de législation comparée, *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée,* SLC, Paris, 2006, p. 25-38.
«L'éthique dans les relations économiques internationales – Tentative de vade mecum de la prise en compte de l'éthique dans le processus décisionnel», dans *L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe Fouchard,* Paris, Pedone, 2006, p. 229-264.
«De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des *amici curiae*», *in Keynote Adresses IACL Congres, European Journal of Law Reform*, volume 8, 2006, p. 93-111.
«Le règlement des différends entre professionnels : Entre justice publique et justice privée», dans *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Paris, Dalloz, 2007, p. 601-623.
«Public Order in European Law», *Erasmus Law Review*, 2007, revue disponible en ligne seulement à http://www.erasmuslawreview.nl/files/02-PUBLIC_ORDER_IN_EUROPEAN_LAW.pdf.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

«Les normes a-nationales et le futur règlement Rome I – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre?)», *Revue des contrats*, 2007/4, p. 1470-1476.
«Définitions et conditions de l'octroi de mesures provisoires», dans J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir. publ.) *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 2007, p. 73-90.
«Transnational Public Policy», dans A. J. van den Berg (dir. publ.), ICCA Congress, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, La Haye, Kluwer Law International, 2007, p. 857-870.
«Culture et droit – L'influence de la culture sur le droit international et ses développements», dans Paul Meerts (dir. publ.), *Culture and International Law*, La Haye, Hague Academic Press, 2008, p. 23-41.
«Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal», dans J. Basedow, H. Baum et Y. Nishitani (dir. publ.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 105-125.
«Le droit entre concurrence et coopération», dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber Amicorum* Hélène *Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 119-132.
«En revenant de Dublin – L'éventuelle réforme de la Convention de New York», *ASA Bulletin*, 2008, p. 644-650.
«Transnational Group Actions», (co-auteur) rapport et résolution adoptés par l'International Law Association à Rio de Janeiro, août 2008.
«Uniformity v. Diversity in Law in a Global World – The example of commercial and procedural law», *Revue hellénique de droit international*, 2008, p. 319-333.
«Les actions collectives en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de la concurrence et le droit international privé», dans *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar,* Milan, Giuffrè Editore, 2009, p. 533-547.
«Mondialisation, gouvernance, régulation – Doit-on penser le droit international économique différemment au XXI^{e} siècle?», dans J. M. Sorel (dir. publ.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^{e} siècle – En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard,* Paris, Pedone, 2009, p. 263-268.
«Arbitrage et droit européen: une désunion irrémédiable?», Commentaire de l'arrêt West Tankers, Dalloz, 2009, p. 981-.985.
«To give or not to give precedential value to investment arbitration awards?», dans Catherine A. Rogers et Roger P. Alford (dir. publ.), *The Future of Investment Arbitration,* Oxford University Press, 2009, p. 43-68.
«L'impact de l'harmonisation internationale sur la distinction entre Etats membres et Etats tiers», dans Sandrine Sana-Chaillé de Néré (dir), *Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers*, Paris, Litec, 2009, p. 81-91.
«Quo Vadis Arbitration?» (co-présidence), *ICCA Congress Series n°14, 50 Years of the New York Convention*, Wolters Kluwer, 2009, p. 635-645.
«L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen?», dans *Le droit européen et l'investissement,* Paris, Editions Panthéon-Assas, 2009, p. 107-121.
«Les effets pervers du caractère savant du droit international privé», dans *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit,* Paris, Litec, 2009, p. 379-393.
«Le règlement 44/2001 et l'arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 699-729.
«Entre acceptation servile et refus catégorique – Un droit régulatoire?», dans E. Loquin & A. Martin (dir. publ.), *Droit et marchandisation*, Paris, Litec, 2010, p. 443-458.
«Is arbitration a Service to Business or to the Legal Profession?», dans A. Rovine (dir. publ.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2009, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 311-320.
«Commentaire de la refonte du règlement n°44/2001», *RTD eur.*, 2011, p. 117-130.
«Un code européen au regard des objectifs du droit international privé», dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir. publ.), *Quelle architecture pour*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

un code européen de droit international privé ?, P. I. Peter Lang éditions, 2011, p. 107-132.

« European Developments – French Rules on Arbitration and European Commission Proposal », *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer,* Fall 2011, volume 4, nº 3, p. 37-39.

« Entrave et disparité de législations », dans L. Azoulai (dir. publ.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 25-46.

« La composition des tribunaux arbitraux : heurs et malheurs », dans S. Guillemard (dir. publ.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner*, Editions Yvon Blais, 2012, p. 235-248.

« The ILA Rio Resolution on Transnational Group Actions », dans D. Fairgrieve et E. Lein (dir. publ.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, OUP, 2012, p. 233-243.

« The proposed Arbitration Provisions in the Recast of Regulation », dans A. W. Rovine (dir. publ.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2011, Martinus Nijhoff Pub., 2012, p. 202-211.

« Le règlement « Bruxelles I révisé » : *Much ado about . . . what* ? », *Europe*, 2013, étude nº 3, p. 5-9.

« La pratique arbitrale », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet,* Lexis-Nexis, 2013, p. 121-127.

« Morrison et l'effet extraterritorial de la loi américaine sur les valeurs mobilières », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi,* Dalloz, 2013, p. 719-728.

« L'espace judiciaire civil et commercial européen : Le règlement « Bruxelles I » refondu », *RGDIP*, 2013.3, p. 545-554.

« Reconnaissance et *Common Law* », dans P. Lagarde, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 97-104.

« La refonte du règlement Bruxelles I », *RTDeur.*, 2013, p. 435-454 (co-auteur).

« Le dialogue des juges dans le contentieux privé international », dans *Un engagement au service du droit international privé – Mélanges en l'honneur de Hans van Loon,* Intersentia, 2013, p. 253-258.

« L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », Table ronde, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2013 nº 5.

« Eloge du foisonnement (du désordre) fructueux », dans SFDI et OCDE, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Pedone, 2013, p. 143-148.

« L'interférence des sanctions à l'égard de la Russie sur les contrats de droit privé », *JDI*, 2014, p. 809-811.

« Quel juge est compétent pour décider de la validité et de l'applicabilité d'une convention d'arbitrage ? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 477-483.

« L'avenir de la coopération judiciaire transfrontière », dans S. Menétrey et B. Hess (dir. publ.), *Les dialogues des juges en Europe,* Larcier, 2014, p. 349-357.

« L'arbitrage et les déséquilibres économiques », dans L. Boy (dir. publ.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Larcier, 2015, p. 109-119.

« La lutte contre la corruption porte-t-elle enfin ses fruits ? », dans B. Cortese (dir. publ.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, G. Giappichelli Editore, 2015, p. 433-437.

« Where Public meets Private: a Few Thoughts on Investment Law and Arbitration », dans M. Bungenberg *et al.* (dir. publ.), *International Investment Law – A handbook,* C.H.BECK, Hart, Nomos, 2015, p. 1879-1883.

« Entreprises et droits de l'homme – Vers une convention internationale ? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 413-421.

« Les instruments optionnels en droit privé international », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso Editions, 2015, p. 365-376.

« L'arbitre, « juge naturel » du commerce international », dans P. Cecchi-Dimeglio et B. Brenneur (dir. publ.), *Manuel interdisciplinaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, Larcier, 2015, p. 985-996.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

«La place laissée à la souveraineté de l'Etat par l'arbitrage international», dans Conseil d'Etat – droits et débats, *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?*, *Colloque du 10 avril 2015*, La documentation française, 2016, p. 45-50.

«Commentaire de l'avis de la CNCDH sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations Unies», dans Ch. Lazerges (dir. publ.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. 309-324.

«Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques», dans B. Bonnet (dir. publ.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, 2016, p. 1183-1192.

«Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent», dans *Le précédent en droit international*, Société française pour le droit international, Colloque de Strasbourg, Pedone, 2016, p. 135-147.

«Implementing the UN Principles on Business and Human Rights in Private International Law : European Perpsectives», dans F. J. Zamora Cabot, L. Heckendorn Urscheler et S. de Dycker (dir. publ.), *Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – Private International Law Perspectives*, Schulthess Ed. Romanes, 2017, p. 141-152.

Verbo «Immunités», dans *Encyclopégie Dalloz de droit international,* octobre 2017.

«Médiations internationales : Un nouvel instrument d'exécution de la CNUDCI», *Entretien, Dalloz*, 2017, 30 novembre 2017, p. 2416.

«Le droit tendre *(soft law)* est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l'homme ?», dans *Réciprocité et universalité, Sources et régimes du droit international des droits de l'homme – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, 2017, p. 1323-1336.

«La société civile internationale – quelle adresse ?», dans *Dictionnaire des idées reçues en droit international,* Pedone, 2017, p. 535-539.

«La justice française mise en concurrence», *Revue Justice Actualités,* nº 19, juin 2018, p. 142-146.

«Le droit international collaboratif – Un exemple de méthode «soft», dans F. Osman *et al.* (dir. publ.), Soft Law *et droit du commerce international – Contribution à l'étude du renouvellement des sources du droit,* LexisNexis, 2018, pp.43-50.

«Diversité, pertinence et efficacité des mécanismes internationaux de règlement des différends en matière économique», dans N. Etcheverry Estrazulas et D. P. Fernandez Arroyo (dir. publ.), *Enforcement and Effectiveness of the Law – La mise en œuvre et l'effectivité du droit,* Springer, 2018, p. 75-86.

«Les obligations de vigilance *(due diligence)* des entreprises, dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 407-418.

«Une nouvelle dynamique arbitrale grâce à des méthodes hybrides», dans *Droit sans frontières – Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin,* LexisNexis, Credimi, volume 51, 2018, p. 169-178.

«La supposée méfiance vis-à-vis de l'arbitrage (Editorial)», *Journal du droit européen*, novembre 2018, nº 253, p. 333.

«La médiation au service de la prévention dans les chaînes de valeur et de la mise en œuvre de la vigilance», *RDAI*, 2018/6, p. 537-542.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet qu'on ne laisse rien à faire au lecteur »

Montesquieu, *L'esprit des lois*,
Livre XII, chapitre XX.

1. L'intitulé de ce cours nous a été inspiré par les travaux d'Alexandre Kojève qui, dans *Esquisse d'une phénoménologie du droit* [1], affirme que la norme juridique ne peut répondre à la définition de ce qu'est le droit, s'il n'existe pas un tiers « indépendant et désintéressé » dont le rôle est d'être l'arbitre de l'application et de l'interprétation de la norme [2]. Alexandre Kojève, de son vrai nom Aleksandr Vladimirovitch Kojevnikov [3], est né à Moscou en 1902 [4]. A dix-huit ans il part faire ses études en Allemagne (via la Pologne), d'abord à Heidelberg puis à Berlin. A Heidelberg, il prépare une thèse sur le philosophe chrétien russe Soloviev [5], sous la direction de Karl Jaspers [6]. En 1927, il émigre en France et sera naturalisé français en 1937. Il renouvelle la lecture

1. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* Gallimard, 1981, notamment par. 27, p. 191.

2. Avant lui, H. U. Kantorowicz avait déjà émis une idée similaire, « Legal Science. A Summary of its Methodology », 28 *Columbia L. Rev.* p. 679-707, à la p. 690 (1928), texte repris ensuite dans *The Definition of Law*, 1958. Malgré des recherches, il ne nous a pas été possible de déterminer si Kojève avait eu connaissance de l'article de Kantorowicz. Jean Carbonnier fera sienne la même idée, dans *Flexible droit*, 10e édition 2007, p. 17. Même alors l'idée n'était pas nouvelle en soi puisque l'on en retrouve les germes notamment chez Kant.

3. Les translitérations du russe diffèrent d'une édition à l'autre, d'un catalogue de bibliothèque à l'autre.

4. Sa famille est aisée. Il est le neveu du peintre Kandisnsky. S'il part à l'étranger faire ses études, c'est parce que l'appartenance de sa famille à la bourgeoisie lui ferme l'université en Russie après la révolution d'octobre. Cela ne l'empêchera pas de comprendre profondément ce mouvement révolutionnaire et de soutenir, plus tard, le régime communiste installé dans son pays d'origine. Il est avéré désormais que Kojève était un agent soviétique (Revue *Commentaire,* no 161, 2018 ; *Le Monde*, 8 août 2018) ce qui, a posteriori, marque d'une aura particulière son travail en qualité de fonctionnaire/conseiller de l'Etat français ayant eu un rôle décisif dans les négociations européennes et le GATT.

5. Ces travaux donneront lieu à la publication d'un article paru en 1934 dans la *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*, cf. L. Bibard, *Kojève, l'homme qui voulait tout savoir,* Lemieux éditeur, 2016, à la p. 46.

6. Dans l'ouvrage passionnant qu'il lui consacre, Laurent Bibard décrit la soif d'apprendre et de comprendre qui a animé A. Kojève toute sa vie. On note en effet que, outre les deux ouvrages qui ont inspiré le présent cours, Kojève a écrit notamment *L'essai d'une histoire raisonnée de la philosophie païenne*, un *Kant*, et plusieurs travaux sur Hegel.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de Hegel au travers de conférences qu'il donne à partir de 1933 quand, ruiné, il devra gagner sa vie [7]. Il écrit en 1942, alors qu'il se trouve à Marseille, *La notion de l'autorité* [8], et en 1943, *Phénoménologie du droit* [9]. Ce manuscrit ne sera pas publié de son vivant et garde, d'après l'éditeur, sa forme de premier jet [10]. Les deux livres se répondent en ce que l'auteur élabore une analyse d'abord sur l'autorité du juge qui, dans la trinité « législateur, juge, policier » occupe la place centrale, sans laquelle la norme juridique élaborée par le législateur ne pourrait pas recevoir de mise en application. En 1945, le Commandant Robert Marjolin [11], adjoint de Jean Monnet au Plan, lui propose d'entrer à la Direction de la recherche, des études et de l'évaluation (DREE), centre de réflexion de l'Etat français d'après-guerre. C'est grâce à ce poste que Kojève participe à un grand nombre de négociations internationales centrales à l'après-guerre pour la France et pour l'Europe [12]. Cela lui donne l'occasion d'allier la position de Sage, à laquelle il aspirait, à celle d'acteur au sens marxien du terme [13].

2. Pour ce cours, nous ne pouvons retenir que les deux ouvrages mentionnés qui marquent notre propre réflexion sur la figure du tiers impartial et indépendant. Celui-ci prend en effet une place centrale dans l'œuvre de Kojève sur le droit et l'Etat et influencera un grand nombre de penseurs et de juristes du XX^{e} siècle en France tout au moins. C'est ainsi que Dominique Holleaux, professeur à la Faculté de droit de Paris, enseignait en 1975 que la norme juridique ne prend toute sa valeur, sa signification et sa certitude qu'après avoir été évaluée par le juge ou, en quelque sorte, « approuvée » par lui. Tant que le juge n'en a pas été saisi, le justiciable demeurera toujours

7. Ce séminaire le rendra célèbre car, à l'époque, fort peu d'intellectuels en France étaient capables de lire dans le texte des travaux aussi difficiles que ceux d'Hegel et Heidegger. Il ne fut interrompu qu'en raison de la guerre. Voir la liste de ceux dont l'histoire retiendra les noms qui assistèrent à ce séminaire dans le livre de L. Bibard, *op. cit. supra* note 5, à la p. 47.

8. A. Kojève, *La notion de l'autorité,* nrf, Gallimard, 2004.

9. Une petite incertitude demeure sur le lieu exact de cette rédaction. La première page du manuscrit indique « Marseille 1943 », mais les éditions Gallimard indiquent qu'il y a tout lieu de croire qu'il écrit alors qu'il est dans le Lot, à Gramat.

10. La première édition date de 1968.

11. L. Bibard indique que Marjolin avait connu Kojève avant guerre car il avait assisté à ses séminaires sur Hegel.

12. Sur l'influence de Kojève sur la structure et la place de l'Europe dans l'après Seconde Guerre mondiale en miroir avec le *Nomos der Erde* de Schmitt, voir R. Howse, « Europe and the New World Order : Lessons from Alexandre Kojève's Engagement with Schmitt's "Nomos der Erde" », *Leiden J. Int'l L.*, volume 19, 2006, p. 93-103.

13. L. Bibard, *op. cit. supra* note 5, aux p. 53-54.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dans l'incertitude sur l'exacte signification et portée de la règle juridique [14].

3. On note que Kojève parlait du « tiers impartial et désintéressé », ce que nous avons remplacé par « tiers impartial et indépendant » probablement en raison d'une influence inconsciente de l'obsolescence quasi complète, dans la société du XXI^e^ siècle, du concept de désintéressement [15], en tout cas au moins dans les cercles juridiques internationaux. Cette position philosophique demande bien entendu à être constamment revisitée, mais explique en grande partie pourquoi ce cours est consacré à ce tiers très particulier qu'est le juge, l'arbitre, le conciliateur ou le médiateur international. L'idée sous-jacente est que le droit n'est pas seulement compréhensible par le vocabulaire qu'il emploie, la structure de son écriture, la texture de la norme applicable, mais aussi par la ou les méthode(s) employée(s) pour parvenir à cette norme, les processus utilisés et le personnel qui accomplit cette tâche. De nombreuses écoles de pensées juridiques, politistes ou historiques se sont déjà penchées sur ces questions [16].

4. L'intervention d'un tiers pour régler un différend surgissant entre deux personnes ou deux entités a probablement été utilisée de tous temps et sous toutes les latitudes, dans toutes les cultures, avec des dénominations différentes. Cette intervention peut se résumer, au moins partiellement, dans l'expression « rendre la justice » même si tous les tiers n'ont pas, *stricto sensu*, la position de juge. Nous y reviendrons. Pourquoi ce travail sur le juge, qui plus est le juge international, sans qualificatif supplémentaire ? D'une certaine manière ce travail a été conçu pour être fidèle à Hannah Arendt qui, dans *Crise de la Culture*, affirme : « Je crois que la pensée, comme telle, naît de l'expérience des

14. L'auteur de ces lignes fait référence à une conférence donnée par D. Holleaux à la « salle 102 » du Centre de droit international privé de la Faculté de droit de Paris, dont, à sa connaissance, seule sa mémoire et ses notes manuscrites ont gardé la trace.

15. Le désintéressement est certainement une aspiration noble dont on aimerait qu'elle soit l'apanage de tous les tiers appelés à participer à l'acte de juger ou ceux qui aident les parties à trouver une solution à leur différend, à l'aune de la « compétence morale » chère à Luc Boltansky (*L'amour et la justice comme compétence,* Métaillé, 1990). Toutefois, force est de constater que rares sont ceux et celles qui agissent, mus par le seul intérêt moral que représente leur participation à un service public et à la consolidation du droit et de la société internationaux. Luc Boltansky réfutait l'idée que les justifications données par les acteurs sociaux ne soient « qu'intérêt déguisé » (avec L. Thévenot, *De la justification,* Gallimard, 1991). Il n'en demeure pas moins que cette question doit être laissée ouverte dans le cadre de ce cours.

16. Voir par exemple, P. Brand et J. Getzler, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law – From Antiquity to Modern Times,* CUP, 2012.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

évènements de notre vie et doit leur demeurer liée comme aux seuls repères auxquels elle puisse s'attacher» [17]. Mais une autre raison est à l'origine de ce cours. Nos professeurs ne nous apprennent jamais que le droit, et le droit international ne fait pas exception, est avant tout influencé par les relations interpersonnelles qui se nouent entre les délégués aux conférences diplomatiques, les participants à des groupes de travail internationaux et, lorsqu'il s'agit de la justice internationale, aux personnes qui agissent au sein des tribunaux. Jean Monnet est réputé pour avoir dit «Rien n'est possible sans les hommes. Rien n'est durable sans les institutions» [18]. Rien n'est possible sans les femmes et les hommes qui consacrent leur existence, ou une partie de leur existence, aux affaires du monde et les méthodes qu'ils utilisent pour rendre la justice sont tout aussi significatives, voire plus significatives, que leur connaissance du droit. Lisez les témoignages des juges et vous trouverez de nombreuses références au fait qu'ils forment entre eux, au sein de la juridiction à laquelle ils appartiennent et probablement plus largement entre toutes les juridictions internationales, une micro société dont les ressorts demeurent trop méconnus [19]. Or, on peut affirmer sans grand risque de se tromper que les ressorts de cette société expliquent, au moins en partie, comment ils parviennent aux décisions qu'ils rendent. Changez cette société et sa composition, les décisions seront différentes, pas forcément quant à la solution obtenue, mais au moins quant à la motivation et la manière par laquelle elle est exprimée, deux aspects fondamentaux pour le développement progressif du droit international.

5. Ceci est d'autant plus vrai que la justice est au centre de la relation entre les êtres dès qu'ils font société et c'est pourquoi nous y consacrerons le premier chapitre de ce cours. Dès que les Hommes vivent en société, il y a nécessité de résoudre les divergences qui se feront jour entre eux ou entre le peuple et le souverain. La justice constitue le troisième pouvoir, aux côtés des pouvoirs législatif et exécutif, et doit prendre appui sur trois caractéristiques fondamentales «vertu, puissance et administration» [20]. Une auteure a parlé de «tiers

17. Dans le même sens, C. Lefort, *Essais sur le politique, XIX^e^-XX^e^ siècles,* Seuil, 2001, p. 66.

18. Il est possible que cette phrase soit apocryphe car nous n'avons pu en retrouver la source.

19. Cf. *infra*, chapitre 7, «Qui est le juge international ? ».

20. J.-Ch. Gaven, «Propos d'ouverture – Entre exposition et dissimulation – Des figures du procès au récit de la justice», dans W. Mastor et L. Miniato (dir. publ.), *Les figures du procès au-delà des frontières,* Dalloz, 2013, p. 2. Pour une analyse freudienne

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pouvoir international », sachant que, pour elle, le juge international commencerait à bénéficier d'une autonomie politique [21]. On verra plus tard si cette « autonomie politique » est réelle. « La légitimité du jugement suppose admise celle du médiateur » dit Daniel Bensaïd [22]. Cet appel à vérifier dans quelles conditions nous faisons confiance au juge, est prononcé à l'occasion d'une remise en cause des tribunaux de l'histoire contre la légitimité desquels l'auteur exprime un doute. Il fustige aussi « le mal qui hante notre époque : la manie compulsive de juger » [23] qui cache un jugement politique qui est toujours prononcé par une personne qui a elle-même son prisme qui informe son jugement [24]. Si, pour le philosophe, il s'agit d'une critique, pour nous il s'agit d'une justification supplémentaire de l'intérêt du sujet que nous nous sommes fixé. Ce faisant nous avons conscience de nous placer dans le camp de Sainte-Beuve plutôt que dans celui de Proust, en ce que, pour Sainte-Beuve, l'œuvre d'un écrivain s'explique avant tout par sa vie [25].

6. Le droit international moderne fait un lien indissociable entre le règlement des différends par le tiers impartial et indépendant et la paix et, plus récemment, la réconciliation [26]. Les Etats ne sont plus légitimes à régler leurs différends par la force et le droit leur enjoint de le faire par

---

de l'institution de justice, cf. D. Marrani, *Space, Time, Justice – From Archaic Rituals to Contemporay Perspectives,* Routledge, 2018.

21. E. Jouannet, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », dans H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, *Indépendance et Impartialité des juges internationaux,* Pedone, 2010, p. 272-273.

22. D. Bensaïd, *Qui est le juge ? Pour en finir avec le tribunal de l'histoire,* Fayard, 1999, à la p. 209.

23. *Ibidem*, Avant propos, p. 10. Rappelons que D. Bensaïd est un penseur, philosophe, trotskiste, ce qui informe sa pensée sur le juge. Il est influencé par Walter Benjamin pour sa conception du rapport au temps et à l'histoire.

24. D. Bensaïd, *op. cit. supra* note 22, à la p. 40. Il rappelle ce propos de Merleau Ponty « c'est toujours quelqu'un qui juge », dans *Les aventures de la dialectique,* Gallimard, 1967, p. 158.

25. M. Proust, *Contre Sainte-Beuve,* La Pléiade, Gallimard, 1971, « La méthode Sainte-Beuve », p. 219 ss. Bien entendu, nous n'irons pas jusqu'à détailler la vie de tous les juges internationaux car nous abordons ce sujet en juriste, avant tout.

26. Que la réconciliation soit aussi un des buts et une des fonctions de la justice internationale n'est pas accepté par tous, surtout à une époque où se multiplient les commissions vérité et réconciliation dont la fonction est précisément celle-ci. Toutefois, établir une dichotomie irréconciliable entre ces divers modes de règlement des différends n'est pas propice à une saine gouvernance de l'Etat de droit ainsi que le dit S. Garibian à propos des modes d'établissement de la vérité (« L'*aveu du pluriel.* Les commissions de vérité et de réconciliation et la recherche de la vérité », dans J.-P. Massias (dir. publ.), *Les commissions vérité et réconciliation en Amérique latine,* Institut universitaire Varenne, LGDJ, à paraître.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des moyens pacifiques, notamment le juge [27]. Ce mouvement, qui date de la fin du XIX[e] siècle, coïncide avec la nécessité ressentie à l'époque de donner une permanence à la justice internationale [28]. Le fait que le premier palais de la justice internationale à vocation universelle [29] soit un palais de la paix n'est pas fortuit, tant était ancrée l'idée que la justice et la paix allaient de pair. Mais s'il est souvent considéré que la paix va suivre la justice, il n'en est pas moins juste aussi de dire que la justice ne pourra pas vraiment exister si la paix n'a pas été préalablement établie [30]. Sauf que, d'une certaine manière, penser que la paix suivra la justice est une idée quelque peu naïve car elle ne prend pas en considération l'asymétrie qui peut exister entre les protagonistes à un différend, si bien que le recours à la justice n'est pas toujours un gage de paix. En revanche, il est fort possible que la négociation diplomatique puisse parvenir à un accord incluant un mécanisme de justice. L'exemple du conflit américano-iranien à la suite de la révolution islamique en Iran illustre cette idée [31], tout comme les accords de Dayton pour la fin de la guerre en ex-Yougoslavie. La justice fait partie intégrante de la négociation et permet (en tout cas on peut l'espérer) de solidifier la paix préalable. Le lien entre la paix et la justice est aussi attesté par le fait que le Prix Nobel de la Paix a été attribué à l'Institut de droit international pour ses travaux sur l'arbitrage. On note d'ailleurs que J. B. Scott, l'une des figures éminentes du mouvement de la paix par la justice, fut proposé à six reprises au Prix Nobel pour ses travaux

27. L'article 33.1 de la Charte des Nations Unies dispose :

> « Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accord régionaux ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. »

28. C'est ce que nous appelons, dans le chapitre 2, une rupture historique. 1899 sera un échec de ce point de vue là, mais il sera temporaire puisque la première Cour permanente apparaît en 1923.

29. Le premier palais de justice international (régional) a été construit au Costa Rica ainsi qu'il sera dit au chapitre 5 sur l'architecture judiciaire internationale.

30. C'est cette dernière idée qui sous-tendait l'ouvrage de Nicolas Politis de 1924 sur la justice internationale et qui est rappelée par Photini Pazartzis dans la préface qu'elle écrit en tête de la publication en fac-similé par les Editions Panthéon-Assas en 2017. L'idée que la paix ne peut être établie sans la justice a été celle de Desmond Tutu, Prix Nobel de la paix en 1984, dans son discours de réception du prix. On doit néanmoins se souvenir que la paix ne se décrète pas, elle se construit par un processus lent comme nous le rappelle John Horne dans un entretien avec Laurent Greilsamer, dans « Le traité de Versailles – Un nouveau Monde », *Le Un*, Hors série, 2018.

31. Cf. *infra* le chapitre 3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

en faveur de la justice internationale [32]. Nous reviendrons sur tous ces aspects dans le deuxième chapitre du cours consacré à l'histoire de la justice internationale qui n'est plus un « rêve distant » selon la belle formule d'un auteur [33].

7. On a pu dire que le XXI[e] siècle est le siècle de la justice ou des juges[34], non seulement dans l'ordre interne, mais aussi dans l'ordre international. On parle de « judiciarisation » ou en anglais *« judicialisation »* des relations internationales qui exige du juge de « voyager », au sens conceptuel du terme, au travers des ordres juridiques au risque d'attraper un « *jetlag* juridique » [35]. Que l'on adhère ou non à cette vision des choses, il est certain que le recours au juge est devenu un droit fondamental que nous analyserons plus en détail dans le chapitre 1 de ce cours. Dans cette mesure, l'étude des personnes qui participent à l'art de la justice est devenue nécessaire pour en mieux comprendre les rouages. Toutefois, pour pouvoir parler de ce tiers impartial et indépendant qui apaise les relations entre des parties en conflit, encore est-il nécessaire de comprendre ce qui lui est demandé et de proposer une sorte de cartographie conceptuelle du contentieux international en étudiant d'abord les parties au contentieux ; puis la variété des différends eux-mêmes ; le foisonnement des juridictions chargées de ce contentieux et du contentieux hors juridictions ; avant de nous concentrer sur la figure elle-même de ce tiers.

8. Les parties – Il n'aura pas échappé à l'observateur, même peu attentif, que ce cours prend place dans une session de l'Académie consacrée au droit international, sans spécificité, contrairement à la dichotomie habituelle dans cette enceinte entre droit international public et droit international privé. C'est pourquoi nous nous sommes intéressée non seulement au tiers jugeant (ou aidant les parties à trouver une solution) des contentieux publics, mais aussi au tiers jugeant des contentieux privés et, encore, au tiers jugeant des contentieux mixtes (un Etat et une partie privée). Force est alors de constater que les parties

32. Information tirée de George A. Finch (édité par William E. Butler), *Adventures in Internationalism – A Biography of James Brown Scott*, The Lawbook Exchange, 2012, p. xxi.

33. P. Akhavan, *In Search of a Better World – A Human Rights Odyssey,* 2017 CBC Massey Lectures, n° 2, 7 novembre 2017, disponible aussi sous forme de livre, Anansi, 2017.

34. R. de Moura Ramos, « Introduction », dans D. Moura Vicente (dir. publ.), *Towards A Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective,* Brill/Nijhoff, 2016, à la p. 9.

35. M. Poiares Maduro, « The Judicial and Constitutional Challenges of Legal Globalisation », dans D. Moura Vicente, *op. cit. supra* note 34, à la p. 547.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

aux contentieux, base de ce cours, représentent le spectre complet de la société. Nul ne s'étonnera donc que nous commencions par les Etats qui forment les parties par excellence du contentieux qui se déroule devant la Cour internationale de Justice (CIJ), le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) ou le mécanisme de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les Etats ont aussi recours au médiateur et à l'arbitre selon les besoins du contentieux qui les oppose. C'est d'ailleurs les premiers moyens de règlement des différends que les Etats ont utilisés ainsi qu'il sera démontré au chapitre 2 de ce cours. Mais les Etats sont aussi partie à des contentieux devant les juridictions nationales si les obstacles habituels à un tel contentieux sont levés [36]. Les organisations intergouvernementales sont, également, parties à des contentieux internationaux. Elles organisent souvent en leur sein des juridictions dites «administratives» qui nécessitent le recours à un juge, arbitre ou médiateur/conciliateur [37]. Durant de nombreuses années, les particuliers n'avaient pas accès à la justice internationale et seule la protection diplomatique le leur permettait par le truchement de l'Etat dont ils sont ressortissants. Toutefois, l'Etat n'est jamais obligé d'exercer la protection diplomatique, car elle entraîne pour lui un risque politique vis-à-vis des autres Etats avec lesquels il peut souhaiter entretenir des relations que l'exercice de la protection diplomatique peut ternir, sans compter les frais que cet exercice va engendrer. La protection diplomatique a donc subi un fort courant de défaveur au profit de l'organisation de recours directs par les justiciables, personnes physiques ou morales.

9. La révolution de la deuxième moitié du XX^{e} siècle est sans aucun doute constituée par le fait que, désormais, les personnes privées bénéficient d'un accès direct devant certaines juridictions internationales, notamment celles chargées de contrôler l'application des droits de l'homme [38]. Un courant similaire a déferlé sur les relations économiques et a donné naissance aux tribunaux arbitraux mixtes devant lesquels un investisseur peut attaquer l'Etat hôte dans lequel l'investissement a eu lieu. Mais si les personnes physiques ou morales

36. Au chapitre 4 sur le juge national, juge naturel du droit international, nous traiterons rapidement de ces obstacles.

37. Faute de temps, le contentieux administratif interne aux organisations internationales n'est pas étudié dans ce cours. Pour cela, voir le cours de S. Bastid, «Organisation des tribunaux administratifs internationaux, *Recueil des cours*, tome 92 (1957), p. 343.

38. Pour la CEDH, c'est l'entrée en vigueur du Protocole 11 en 1998 qui a cristallisé cette révolution.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sont désormais justiciables comme demanderesses devant les tribunaux internationaux, elles sont également comptables de leurs agissements devant les tribunaux pénaux. Cette double catégorie *Etat c. Etat* et *Particulier c. Etat* ne reflète pas complètement la variété des litiges qui sont actuellement soumis aux juridictions internationales. Ainsi, l'ORD de l'OMC qui relève de la première catégorie *(Etat c. Etat)* cache une réalité complexe. En effet, ce sont des secteurs économiques entiers, et donc des entreprises, qui sont victimes des mesures prises par les Etats en violation des règles de l'OMC. De telle sorte que si, formellement, l'ORD n'est saisi que de plaintes d'un Etat à l'encontre d'un autre Etat, ce sont bien des entreprises (donc des particuliers) qui sont derrière l'Etat plaignant et, probablement aussi, l'Etat défendeur.

10. Enfin, le tiers dont nous nous occupons est aussi le juge national qui statue donc, dans un très grand nombre de cas, entre personnes physiques ou morales qui sont les parties à un contentieux privé international, transnational, de plus en plus courant du fait de la mondialisation. Le tiers au centre de ce cours va donc statuer vis-à-vis de la gamme complète des acteurs qu'une société peut comprendre, et devra aussi se demander s'il doit admettre des intervenants qui ne sont pas forcément des parties au sens strict du terme [39].

11. Les différends – Tous les différends sont susceptibles de nous intéresser, qu'ils mettent en cause des règles de droit international public ou de droit international privé, ou du droit transnational, c'est-à-dire ce droit qui se crée en marge des Etats, avec ou sans leur autorisation, qu'ils relèvent du droit de la famille, du droit des relations économiques, du droit du sport, du droit pénal ou des droits de l'homme et ce, contrairement à ce qui est généralement enseigné à l'Académie [40]. Le sujet choisi sera donc traité de manière transversale. Tous les domaines du droit sont potentiellement intéressés par notre recherche : droit des traités, droit humanitaire, droit pénal, droit économique, droit civil et commercial, entre autres. Légitimement, le lecteur peut être très inquiet de cet éparpillement. En réalité, ce cours n'étant pas un cours de contentieux, ni un cours qui traite de la substance du droit en tant que tel, mais un cours centré sur la figure du tiers qui, soit décide, soit aide les parties à trouver une solution, et sur ses fonctions, les différends ne seront abordés qu'à titre d'exemple, si bien que nous ne nous servirons

39. Cf. *infra*, chapitre 10, « Le juge ouvert sur le monde – l'*amicus curiae* ».

40. Parmi les multiples exemples de cours se concentrant sur un type de contentieux seulement, v. R. Bilder, « The Settlement of Disputes in the Field of the International Law of the Environment », *Recueil des cours*, tome 144 (1975), p. 139-239.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que de ceux qui peuvent éclairer de manière positive ou en creux les démonstrations que nous tenterons de faire. Cela se comprend aisément quand on prend connaissance des statistiques. Prenons l'exemple des différends suscités par les relations économiques mondiales. Nous n'en citerons que deux catégories : celles de l'OMC et celles concernant les investissements. Au sein de l'OMC, depuis 1995 (date de la première demande [41]) et jusqu'au 27 août 2018, les Etats ont soumis 566 demandes [42] avec une très nette augmentation dans le courant de l'année 2018 en raison des mesures prises par l'administration états-unienne [43]. En matière d'investissement, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a été saisi d'un nombre record d'affaires en 2018 soit 57 (alors que l'année n'est pas terminée à l'heure à laquelle nous écrivons) soit une progression de 16 % par rapport au nombre d'affaires soumises en 2017 (49). Tant et si bien que durant l'année 2017 le CIRDI devait administrer 279 affaires soit 41 % du nombre total d'affaires dont il a été saisi depuis 1972 [44], montrant ainsi un recours toujours accru à ce mode de règlement des différends. Ces augmentations sont la conséquence directe de l'augmentation des activités internationales, et donc des litiges potentiels, avec une augmentation des cas dans lesquels les Etats sont accusés d'avoir violé les normes applicables. Un auteur signale que le *US National Trade Estimate Report* a calculé que de 1995 à 2004, 126 violations par le Japon des règles douanières avaient été constatées par les Etats-Unis, mais ce dernier Etat n'en a référé que 6 à l'OMC [45]. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), alors que durant des années le nombre de nouvelles affaires avoisinait annuellement 400 ou 500, au 19 décembre 2018, la 800e affaire a été enregistrée. Ces quelques chiffres ne sont cités que pour montrer l'impossibilité totale dans laquelle nous serions d'étudier ce contentieux. En revanche, à titre

41. Il s'agissait d'une demande de consultation de Singapour contre la Malaisie qui s'est terminée par un accord entre les Etats.

42. Ce chiffre correspond aux affaires enregistrées par le greffe sous un numéro indépendant. Il est possible que plusieurs demandes faisant l'objet d'un enregistrement séparé concernent les mêmes mesures ou circonstances, auquel cas le nombre de litiges est probablement un peu plus faible que ce chiffre.

43. Nous avons dix-neuf affaires depuis le début de l'année 2018 (jusqu'au 25 septembre 2018 date de consultation du site de l'OMC) à l'encontre des Etats-Unis.

44. Ces chiffres sont tirés du rapport publié sur le site du CIRDI daté du 17 août 2018.

45. C. L. Davis, *Why adjudicate ?*, Princeton University Press, 2012, p. 9.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

d'illustration sur le rôle du tiers impartial et indépendant, ces chiffres sont significatifs.

12. Les juridictions – L'image que donne désormais la cartographie des juridictions internationales est celle du foisonnement que l'on a souvent décrit comme une « fragmentation », concept qui a occupé les esprits durant de longues années avec une littérature très abondante sur ce thème, à tel point que la Commission du droit international y a consacré plusieurs rapports, d'abord ceux de Gerhard Hafner et ensuite ceux de Martti Koskenniemi en 2000 et 2006 [46]. Si nous préférons parler de « foisonnement » c'est que le terme est moins péjoratif que celui de « fragmentation », comme si la multiplication des modes de règlement des différends devait nécessairement être une chose à combattre alors qu'elle n'est probablement que la résultante de la multiplication des situations de contentieux dont nous venons de dévoiler un tout petit aspect, de la diversité des besoins que chaque type de contentieux engendre et de la conviction des acteurs que les solutions, s'il y en a, passent par le recours au tiers impartial et indépendant. Le foisonnement est porteur de richesse [47], c'est un peu la caverne d'Ali Baba des juristes : on y trouve toutes sortes de joyaux, ramenés de diverses expéditions intellectuelles au gré de l'évolution du besoin de justice, des modes du moment et des compagnons d'aventure. Voyons en quoi il consiste en pratique. Nous ne prétendons pas offrir une vision complète ni sur la notion de « juridiction », ni sur celle de « juridiction internationale », sachant qu'un cours n'y suffirait pas. Mais comme nous prétendons parler des membres de ces juridictions, encore est-il nécessaire de considérer brièvement dans quel contexte ils interviennent.

13. La notion de « juridiction » [48] – Ayant évité d'utiliser cette expression dans l'intitulé de ce cours, pour ne pas dès l'abord susciter

46. Voyez les références dans A. Reinisch, « The proliferation of international dispute settlement mechanisms : the threat of fragmentation vs. the promise of a more effective system ? Some reflections from the perspective of investment arbitration », dans I. Buffard *et al.* (dir. publ.), *International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner,* Martinus Nijhoff, 2008, p. 107, à la p. 109. Jean-Pierre Cot parlait de « formidable appétit de droit et de justice » lors de sa communication au colloque SFDI de 2003, « Le monde de la justice internationale », dans *La juridictionnalisation du droit international : colloque de Lille,* SFDI, Pedone, 2003, à la p. 512.

47. L. Boisson de Chazournes utilise le terme neutre de « pluralité » pour décrire le phénomène : « Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals : The Threads of a Managerial Approach », 28 *EJIL* p. 13-72 (2017).

48. Pour cette partie de l'introduction, nous avons été particulièrement inspirée par les écrits de Robert Kolb, et plus particulièrement son article « Le degré d'internationalisation des tribunaux pénaux internationalisés », dans H. Ascensio *et al.* (dir. publ.), *Les juridictions pénales internationalisées,* Paris, SLC, 2006, p. 47-68.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la controverse, tant la diversité prime dans la justice internationale, il est cependant nécessaire de tenter de donner une définition à la notion de juridiction, au moins pour les besoins de ce cours, si ce n'est à valeur universelle, alors même qu'un tiers impartial et indépendant, au sens où nous l'entendons, peut intervenir en dehors de toute juridiction [49]. Cependant, un grand nombre de ces tiers statuent de manière collective, au sein d'un organe, si bien qu'il convient quand même de s'entendre sur ce qu'est une « juridiction ». L'exigence du critère de l'organe est bien illustrée par le passage du règlement des différends du *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) à l'OMC. Le point essentiel de la réforme de ce mode de règlement des différends, effective au 1er janvier 1995, tient à l'adjonction d'une phase d'appel qui se structure et s'organise en véritable organe permanent. Le contraste est saisissant avec les tentatives de réforme précédentes. Comme le rappelle Hélène Ruiz-Fabri [50], en 1955 et 1985 la création d'une juridiction commerciale internationale avait été envisagée mais rejetée au nom de l'exigence de souplesse du règlement des différends pour lequel le modèle « conciliation » ou « négociations assistées » était considéré comme plus propice que le modèle juridiction internationale. Certes, les rapports des panels et de l'organe d'appel doivent faire l'objet d'une discussion des Etats membres, si bien que l'on a pu éventuellement douter du caractère véritablement juridictionnel du règlement des différends au sein de l'OMC. C'est cette caractéristique qui a amené certains à qualifier l'ORD d'organe « politico-diplomatique » [51]. En réalité, cette spécificité de la procédure n'est pas gênante de ce point de vue. En effet, dans un certain nombre de systèmes judiciaires, il n'est pas rare que le juge donne à lire aux parties le projet de jugement qu'il s'apprête à rendre, leur donnant ainsi la possibilité non seulement de faire rectifier toute erreur factuelle, mais encore d'entamer des pourparlers pour une éventuelle négociation dans l'espoir que les parties transigent [52]. De plus, il ne fait guère de doute qu'une fois la phase de consultation passée, le rapport étant adopté, il devient obligatoire pour

49. Le médiateur et le conciliateur interviennent généralement en dehors de toute juridiction. Quant aux tribunaux arbitraux, s'ils sont considérés par certains comme des juridictions internationales, cette qualification est controversée. Nous y reviendrons dans la suite des développements.

50. H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 303, à la p. 306.

51. Qualification rappelée par H. Ruiz-Fabri, *op. cit.*, *supra*, note 50, à la p. 312.

52. C'est notamment le cas de l'Allemagne.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les parties et viendra consolider la construction du droit des relations économiques internationales. Nous emploierons le terme « juridiction » pour désigner un organe qui prend une décision obligatoire destinée à mettre fin à un différend, quel que soit le processus par lequel la décision est prise. Il est parfois précisé que, pour être une « juridiction » l'organe doit statuer en droit [53]. Nous pensons que cette référence au droit n'est pas nécessaire, les juridictions qui statuent *ex æquo et bono* ou en vertu de normes d'éthique ou de droit tendre *(soft law)* ne cessant pas, pour autant, d'être des juridictions. De plus, les avis consultatifs sont aussi des actes juridictionnels ainsi que l'ont confirmé tant la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) [54] que la CIJ [55], si bien que la nature de la décision prise est inopérante.

14. La notion de juridiction « internationale » – Ayant déterminé ce qu'est une juridiction, encore convient-il de s'entendre sur les critères d'acquisition du caractère international de la juridiction concernée. Une première idée consiste à dire que toute juridiction appartient à un ordre juridique ou à un système juridique. Aussi, pour qu'une juridiction donnée puisse être qualifiée d'« internationale » elle devrait appartenir à l'ordre juridique international. Ce critère n'est satisfaisant qu'en apparence. Tout d'abord, d'une certaine manière, il ne fait que reporter le problème en aval car, s'il est adopté, encore faut-il se mettre d'accord sur ce qu'est l'ordre juridique international, accord sur lequel il n'est pas certain qu'il soit aisé de s'entendre tant le concept est controversé. Ensuite, à raisonner ainsi, on élimine toutes les juridictions nationales qui appliquent le droit international ou qui statuent sur des contentieux internationaux, ce qui entraîne une conception extrêmement étroite de la notion de juridiction internationale qui ne peut pas être la nôtre [56].

---

53. C'est le cas de R. Kolb, *op. cit. supra* note 48.

54. *Affaire Carélie orientale*, avis consultatif du 23 juillet 1923, Série B : *Recueil des avis consultatifs* (1923-1930). Charles de Visscher, « Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale », *Recueil des cours*, tome 26 (1929-I), p. 23 ss.

55. *Affaire Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, arrêt du 2 décembre 1963. Sur les avis consultatifs, voir la thèse de Marie-Clotilde Runavot, *La compétence consultative des juridictions internationales – Reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale,* LGDJ, 2010.

56. Nous consacrons le chapitre 4 au juge national, juge naturel du droit international. On peut prendre l'exemple des accords passés entre le gouvernement colombien et les FARC qui, initialement, prévoyait un mécanisme de justice transitionnelle pour permettre aux populations ayant subi des dommages du fait de la guerre civile de recevoir justice. Ces mécanismes devaient inclure des membres étrangers pour en assurer l'indépendance. Toutefois, du fait de l'opposition d'une partie de la population, cette idée a été abandonnée. Mais même si l'idée avait été mise en œuvre ces mécanismes n'auraient pas été internationaux du fait de la seule présence de membres

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

D'autre part, il existe aujourd'hui, au moins en doctrine, des revendications de l'existence d'autres ordres juridiques, par exemple un ordre juridique arbitral [57], dont on ne saisit d'ailleurs pas très bien en quoi il consiste et ce qu'il comprend exactement. Cet ordre juridique arbitral serait-il constitué en marge de l'ordre juridique international, ou bien en est-il un sous-ensemble ? Les auteurs qui soutiennent l'existence d'un tel ordre juridique arbitral ne se prononcent pas ou, en tout cas, pas clairement. Il est possible que lorsque l'ordre juridique international sera plus complet et mieux ordonné, ce critère puisse être retenu, mais, pour le moment, nous ne pensons pas qu'il soit opératoire. Il convient donc de rechercher ailleurs celui à utiliser.

15. Hans Kelsen [58] soutient que seul un test purement formel doit être retenu, en ce qu'une juridiction internationale doit être instituée par un acte international, c'est-à-dire un acte de la société des Etats, ou éventuellement d'une société partielle d'Etats, non celui d'un Etat particulier [59]. Comme l'a affirmé la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic, alias « Dule »*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, un tribunal international « doit trouver racine dans la règle de droit et offrir toutes les garanties figurant dans les instruments internationaux pertinents » [60]. En droit interne, un tribunal tire sa légitimité de sa constitution par un acte législatif. Or, il est communément admis qu'il n'existe pas d'organe législatif dans l'ordre international [61]. Ce critère purement formel ne peut convenir à notre recherche car il est aussi restrictif que

---

étrangers. On peut multiplier les exemples. Ainsi, la Cour mixte française de Shangai qui a statué de 1869 à 1911 sur les litiges entre résidents étrangers et les chinois était-elle une juridiction internationale ? Nous avons tendance à répondre par l'affirmative, d'autant plus que sa compétence fut acceptée par les autres puissances occidentales. Sur cette Cour, voir Qingbin Hou, *La Cour mixte française de Shanghai à la fin des Qing (1869-1911),* thèse pour le doctorat d'histoire, soutenue à Lyon le 6 mars 2017.

57. En France, le promoteur de cet ordre juridique arbitral est incontestablement E. Gaillard.

58. H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *Recueil des cours*, tome 42 (1932-IV), p. 168.

59. Yan Kerbrat dans l'article qu'il signe dans l'ouvrage H. Ascensio *et al.* (dir. publ.), *op. cit. supra* note 48, se dit en plein accord avec cette position, contrairement aux directeurs de l'ouvrage qui approuvent les critères multiples présentés par R. Kolb.

60. Décision du 10 août 1995, relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, par. 42.

61. Voir notamment, H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, « Juridiction obligatoire ? Procédure contraignante ? Et si l'amoindrissement de la liberté des Etats face à leurs juges ne venait pas d'où l'on pense ? », dans *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 479.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

celui tiré de l'ordre juridique international et ne permet pas d'embrasser l'intégralité de la réalité de la justice internationale aujourd'hui. Parce qu'il est centré sur l'Etat, et seulement sur cet acteur, le critère est daté et dépassé en ce qu'il omet toutes les juridictions formées par des parties privées, essentiellement des tribunaux arbitraux, certes, mais qui n'en ont pas moins le rôle de « juridiction internationale » ou, comme le dit la Cour de cassation française, de « justice internationale » [62] participant en cela à la construction de la société internationale. Certes, si l'on accepte l'idée d'Anzilotti selon laquelle l'internationalité d'une juridiction se mesure à l'effet de ses décisions dans l'ordre international [63], on élimine tous les tribunaux arbitraux et tous les tribunaux spécifiquement formés pour statuer sur des différends qui n'intéressent que quelques Etats en particulier (ce sera le cas de toutes les juridictions régionales). Anzilotti considérait que les tribunaux mixtes arbitraux instaurés à partir de 1919 ne pouvaient pas être des juridictions internationales car les décisions rendues n'avaient d'effet que dans les ordres juridiques des parties qui les avaient créés et aucunement dans l'ordre juridique international. Mais le développement du mimétisme en droit, comme en droit international, et l'influence de ce qu'il est convenu d'appeler le « droit comparé » empêche, au XXI[e] siècle, de retenir le critère proposé par Anzilotti.

16. Robert Kolb soutient que l'on doit retenir un curseur souple pour déterminer l'internationalité et que certaines juridictions sont plus ou moins internationales [64]. En cela, la théorie de G. Scelle [65], axée sur le dédoublement fonctionnel, est probablement la plus prometteuse. Cela permet de reconnaître le caractère international à des juridictions internes en raison de leur fonction internationale. On admettra, pour nos besoins, avec L. Cavaré [66] que les critères suivants doivent être utilisés pour évaluer l'internationalité d'une juridiction : *a)* la composition de l'organe ; *b)* la qualité des justiciables ; *c)* la nature du différend ; *d)* le droit applicable ; *e)* la procédure suivie ; *f)* la source de l'autorité de l'organe. Nous préférons de beaucoup les critères proposés par Cavaré

62. Civ. 1, 29 juin 2007, n° 05-18.053, *Putrabali.* La Cour s'exprime ainsi : « Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale … ».
63. Position rappelée par R. Kolb, *op. cit. supra*, note 48.
64. R. Kolb, *op. cit. supra* note 48.
65. G. Scelle, *Cours de droit international public*, 1948, p. 690 cité par R. Kolb, *op. cit. supra* note 48, à la p. 56,
66. L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, tome 2, p. 503.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

à ceux du groupe de travail *Project on International Courts and Tribunals (PICT),* sous la conduite de Cesare Romano :

> « 1) a permanent institution, 2) composed of independent judges, 3) that adjudicates disputes between two or more entities, one of which can be a State or an international organisation, 4) work on the basis of predetermined rules of procedure, 5) render decisions that are legally binding » [67].

Ces critères sont, en effet, encore une fois ceux de juristes positivistes et n'aident pas à la compréhension des phénomènes multiples du règlement des différends au XXI[e] siècle et, surtout, éliminent les tribunaux arbitraux en exigeant la permanence.

17. La cartographie des juridictions – Déjà en 1991, Elihu Lauterpacht affirmait :

> « . . . the fact is that for all practical purposes the international community already has access to all the methods of dispute settlement that it needs. What it lacks is the political will to use them fully and consistently ».

Il ajoutait :

> « If negotiation, which is obviously the best method of settling differences, cannot lead to a settlement, then recourse to some form of third-party aid is clearly the only logical alternative. » [68]

La justice internationale « is a growth industry » dit Carrie Menkel-Meadow [69]. Karen Alter mentionne qu'en 1989, il y avait seulement 6 juridictions internationales permanentes qui avaient rendu 373 décisions depuis 1945. Alors que, au moment où elle écrit en 2014, elle compte 24 juridictions permanentes qui ont rendu quelques 37000 décisions [70]. Et Cesare Romano indique qu'en 2006, il y a 17 juridictions de cette nature [71]. Selon Alter ces nouvelles juridictions internationales, pour

67. K. J. Alter, *The New Terrain of International Law : Courts, Politics, Rights,* Princeton U. Press, 2014, à la p. 70.
68. E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice,* Cambridge, Grotius Pub., 1991, préface p. xi.
69. C. Menkel-Meadow (dir. publ.), *Complex Dispute Resolution – International Dispute Resolution*, 2012, volume III, Coda, p. 639.
70. K. J. Alter, *op. cit. supra* note 67, p. 68. Il faut dire que la masse des décisions rendues par la CJUE et la CourEDH enfle singulièrement ces chiffres.
71. D. Terris *et al.*, *The International Judge,* p. 4.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la plupart, possèdent une compétence obligatoire ce qui tranche avec l'ancien modèle pour lequel la compétence est uniquement volontaire [72].

18. Sans remonter loin dans le temps, la situation à l'issue de la Seconde Guerre mondiale est annonciatrice de ce qui se passera par la suite. Alors que la Charte des Nations Unies est à peine sèche avec la création de la CIJ, continuatrice de la CPJI, seules juridictions à vocation universelle et généralistes, les Etats vainqueurs décident immédiatement de constituer des tribunaux spéciaux pour juger les criminels de guerre. Ce fut le Tribunal de Nuremberg, puis le tribunal de Tokyo [73], dont on oublie bien souvent que ce sont des tribunaux militaires. Ce furent aussi les « Commissions de conciliation » du Traité de paix avec l'Italie. Il y eut trois Commissions de cette nature qui opérèrent de 1948 à 1961 : la Commission France/Italie (101 affaires), la Commission Etats-Unis/Italie (56 affaires) et la Commission Royaume-Uni/Italie (10 affaires) [74]. Les alliés ont aussi formé des commissions sur les droits de propriété *(Property Commissions)* avec le Japon qui jugèrent 7 affaires concernant les Etats-Unis, 2 concernant les Pays-Bas, et 7 concernant le Royaume-Uni. Il y eut aussi une Commission arbitrale sur la propriété en Allemagne qui jugea 46 affaires. Cette énumération, déjà parlante par elle-même, montre les limites de la justice universelle et permanente créée par les Nations Unies à la suite de la Société des Nations. Incapable de juger les criminels de guerre, dépourvue de compétence pour les litiges intéressant les personnes privées, la justice internationale permanente telle que conçue par les Pères fondateurs des Nations Unies est extrêmement limitée.

19. Le foisonnement auquel on assistera ensuite est particulièrement marquant avec le droit pénal. On est frappé par le fait qu'entre 1946 et 1993, aucune activité n'est à signaler, sauf des travaux doctrinaux insistant sur la nécessité de mettre en œuvre la Cour pénale permanente qui avait été envisagée dès la négociation de la Charte de San Francisco, sans qu'il y soit donné suite. En mai 1993, le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) est créé suivi, en 1994, du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR). La Cour pénale internationale est établie par le Statut de Rome en 1998 et entre en fonction en 2002 [75].

---

72. *Ibidem*, p. 69. Nous verrons dans le chapitre 9, consacré à la compétence des juridictions internationales, que cette argumentation n'est pas forcément complètement exacte.

73. Sur ces tribunaux, cf. *infra*, chapitre 2.

74. Ph. Jessup, *The Price of International Law*, p. 53.

75. Si la juridiction est créée à titre permanent et est généraliste (même si c'est dans un domaine particulier) comme la CPI, la création par le Conseil de sécurité ne pouvait

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Mais force est de constater que le Conseil de sécurité a systématiquement refusé de réitérer les expériences du TPIY et du TPIR par la suite, sauf ce qui sera dit ci-dessous (pour le Tribunal spécial pour le Liban (TSL)). En 2000, des Tribunaux spéciaux (panels) de la *Dili District Court* sont institués pour le Timor oriental. Egalement en 2000, 64 panels pour le Kosovo sont créés. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone est créé en 2002. Les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les Khmers rouges sont instituées en 2003 [76]. Ce sont des juridictions « internationalisées », selon la terminologie désormais admise, car elles procèdent à une sorte d'échevinage entre des juges cambodgiens et des juges étrangers, conférant ainsi l'internationalité à ces juridictions, pour la seule raison que des juges étrangers y siègent [77]. En 2007, le Tribunal spécial pour le Liban est institué avec des caractéristiques très particulières (Convention entre le Liban et les Nations Unies faisant suite à une résolution du Conseil de sécurité, en raison du blocage politique interne à ce pays) [78]. En 2010, est constitué le mécanisme international résiduel succédant aux tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. En 2013, les chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises voient le jour, dans le but de juger Hissène

---

plus être acceptable. Il convenait donc de passer par un accord multilatéral nouveau (c'est ce qui a été fait) ou par un amendement de la Charte des Nations Unies (cela a été envisagé).

76. Le régime Khmer rouge, installé le 17 avril 1975, a été renversé le 7 janvier 1979. On estime qu'au moins 1,7 million de personnes ont péri par suite de la faim, de torture, d'exécution et de travail forcé durant ces 3 années, 8 mois et 20 jours. Une guerre civile s'en est suivie qui s'est achevée en 1998, avec le démantèlement des structures politiques et militaires des Khmers rouges. En 1997, le gouvernement cambodgien a demandé l'aide des Nations Unies afin de mettre en place un procès pour traduire en justice les hauts dirigeants Khmers rouges. Mais les Nations Unies étaient réticentes à prendre en charge une telle juridiction. En 2001, l'Assemblée nationale cambodgienne a adopté une loi portant création d'un tribunal compétent pour traduire en justice les auteurs des crimes commis sous le régime Khmer rouge, de 1975 à 1979. Ce tribunal s'appelle les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique. Un accord entre le gouvernement du Cambodge et les Nations Unies a été conclu en juin 2003 sur les détails de l'assistance et de la participation internationales. Malgré la participation internationale, ce nouveau tribunal spécial est un tribunal cambodgien qui appliquera des normes internationales. Le tribunal ne peut poursuivre que deux catégories de suspects pour les crimes présumés avoir été commis entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979 : 1) Les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique ; et 2) Les principaux responsables de violations graves du droit national et international.

77. C. P. R. Romano *et al.*, *Internationalized Criminal courts and Tribunals : Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, OUP, 2004.

78. J. Hubrecht, « Le Tribunal spécial pour le Liban : dix ans après », dans J. Fernandez (dir. publ.), *Justice pénale internationale*, Biblis Inédit, CNRS Editions, 2016, p. 241-262.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Habré. Et en 2015, le parlement du Kosovo adopte l'article 162 de la Constitution et la loi créant les *Specialist Chambers* et le *Specialist Prosecutor's Office* [79]. Ces juridictions sont rattachées à chaque niveau de la hiérarchie judiciaire du Kosovo. Elles appliquent le droit du Kosovo, la coutume internationale et le droit international des droits de l'homme. En juin 2015, la création en République centrafricaine d'une cour pénale spéciale composée en partie de juges étrangers pour juger les violations graves du droit international humanitaire en Centrafrique depuis le 1er janvier 2003 [80], marque la continuation de la stratégie des Etats, suivant en cela l'exemple des chambres africaines extraordinaires ayant jugé au Sénégal Hissène Habré pour des faits commis entre 1982 et 1990 [81]. Le développement le plus récent concerne les discussions en cours en juin 2019 entre plusieurs pays (dont la France, les Pays-Bas et la Suède) dans le but de constituer un mécanisme international de jugement pour leurs ressortissants qui ont fait allégeance au djihad.

20. Il faut également mentionner les juridictions régionales. Dans l'ordre régional africain, de très nombreuses juridictions ont vu le jour [82] : la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) [83],

---

79. Ces informations sont tirées du site internet dédié à ces tribunaux, visualisé pour la dernière fois, le 1er décembre 2018.

> « The Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office have jurisdiction over crimes against humanity, war crimes and other crimes under Kosovo law in relation to allegations reported in the Council of Europe Parliamentary Assembly Report of 7 January 2011. Following this Report, the European Union decided to establish a Special Investigative Task Force (SITF) in September 2011, to conduct an independent criminal investigation into the allegations contained in the Report, as well as other crimes connected to those allegations. In summer of 2014, the SITF announced that the evidence investigated was of sufficient weight to file an indictment. In order to address these allegations, there had to be an adequate institution for proper judicial proceedings. The Kosovo authorities have agreed with the EU on modalities of dealing with those serious allegations. »

Ces juridictions sont financées par l'Union européenne, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, la Norvège, la Suisse et la Turquie.

80. J. Guillaumé, « La Cour pénale spéciale en République centrafricaine : un modèle novateur de justice internationale ? », dans J. Fernandez (dir. publ.), *op. cit. supra* note 78, p. 279-302.

81. E. Le Gall, « Les Chambres africaines extraordinaires : le procès Habré », dans J. Fernandez (dir. publ.), *op. cit. supra* note 78, p. 263-278.

82. Voir le colloque organisé à l'Université de Luxembourg le 21 septembre 2018 par les professeurs Matthew Happold et Séverine Menétrey, à paraître à l'*African Journal of Int'l and Comp. Law*.

83. C'est probablement la plus connue. Installée en 1998, ses premières décisions ont été rendues en 2001. Il convient de signaler également que la CCJA s'est vu confier le pouvoir d'administrer des arbitrages en plus de ses autres activités, notamment de contrôle des sentences rendues sur le territoire OHADA en vertu de l'acte uniforme sur l'arbitrage. Cf. S. Menétrey, « La multiplication des centres d'arbitrage dans l'espace

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la Cour de justice de l'Union africaine [84], la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples [85]. Dans l'espace OHADA quatre autres juridictions existent : Cour de justice de la CEDEAO, de l'UEMOA, de la CEEAC et de la CEMAC. Chacune de ces juridictions a pour mandat de mettre en œuvre l'intégration économique de l'organisation sous-régionale au sein de laquelle elle a été constituée. Mais chacune de ces cours fonctionne de manière très différente, certaines n'ayant aucun moyen de faire exécuter leurs décisions. La Cour de justice de la CEDEAO, par exemple, n'a pas de compétence obligatoire et ses décisions ne bénéficient d'aucun mécanisme d'exécution. H. Tchantchou mentionne des risques d'affrontement entre les Cours de l'OHADA, de l'UEMOA et de la CEMAC [86].

21. Par contraste, les régions de l'Amérique latine et de l'Europe ont peu développé de juridictions. Dans l'ordre juridique européen, la plus ancienne est la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) (1959). La CJUE est l'organe judiciaire de l'Union européenne (UE), qui a fusionné les institutions dispersées qui l'ont précédée, bâties en 1951 et 1958. La Cour de l'Association européenne de libre échange (AELE) est toujours en activité [87]. Pour l'Amérique latine, on doit noter la plus connue des cours l'*Inter-American Commission on Human Rights* et l'*Inter-American Court of Human Rights* [88]. De surcroît, on note que la

---

OHADA», dans D. Hiez et S. Menétrey, *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA,* L'Harmattan, 2016, p. 345.

84. Articles 5 et 18 de l'Acte constitutif de l'Union et Protocole du 11 juillet 2003. Elle a son siège à Maputo.

85. Créée par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

86. H. Tchantchou, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA,* L'Harmattan, Cameroun, 2009, préface du professeur M. Kamto, à la p. 97 ss. Voir *infra* le chapitre 12 sur le dialogue des juges.

87. Il existe aussi au moins une juridiction hybride en Andorre, Principauté nichée dans les Pyrénées entre l'Espagne et la France, dont le Président français et l'Evêque d'Urgell sont les deux coprinces. Le Tribunal d'Andorre *(Consell Superior de la Justicia d'Andorra)* est composé d'un président et d'un ensemble de magistrats des deux pays, ne pouvant pas être inférieur à cinq. Il comporte trois chambres : civile, pénale, administrative et de sécurité sociale. Il entend les appels du *Tribunal de Corts* (pénal) et de la *Batlia* (civil, administratif et sécurité sociale).

88. Créée en 1979, elle a son siège au Costa Rica. La notion de juridiction internationale ne peut pas dépendre du type de dossiers qui sont confiés à cette juridiction. C'est d'ailleurs le propre des juridictions des droits de l'homme d'avoir à traiter d'affaires purement internes à un pays donné. Ainsi la première affaire que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a eu à juger était purement interne au Costa-Rica *(In the Matter of Viviana Gallardo et al.)*. Cette affaire a été soumise par le gouvernement du Costa Rica qui pensait que c'était la meilleure solution pour voir clair dans les obligations de ce pays à propos des agissements de sa police dans le cadre de manifestations de rue et après l'arrestation de plusieurs personnes dont Viviana Gallardo qui avait été tuée par un officier de police qui n'était pas en service pour venger un de ses collègues tué durant une fusillade.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Cour centro-américaine de justice, première juridiction internationale permanente créée en 1907, fermée en 1918, a été reconstituée en 1948. Le Tribunal de la CAN (Communauté andine des Nations, anciennement Pacte andin qui date de 1969, *Tribunal de Justicia de la Communidad Andina*) a été créé en 1979 ; il est organisé selon le modèle classique, un juge par pays membre [89]. Enfin, le *Tribunal permanente de Revision del Mercosur* a une compétence limitée puisqu'il n'a pour mission que de réviser les sentences arbitrales rendues par les tribunaux arbitraux désignés pour statuer sur les différends entre les Etats de l'Organisation et les sentences rendues par la Commission de commerce du Mercosur. Quant à l'organisation ALENA (Accord de libre-échange nord-américain en cours de remplacement), c'est l'arbitrage qui a été privilégié. Le nouvel ALENA, appelé USMCA *(United States-Mexico-Canada Agreement)*, signé en Argentine en marge du G20 en novembre 2018, ne comprend plus d'arbitrage pour les parties privées et ne prévoit que des mécanismes de règlement des différends par système de panels sur le modèle de l'OMC (mais sans l'organe d'appel).

22. Il convient de dire quelques mots de l'ampleur de la compétence des tribunaux internationaux, compétence générale ou compétence spécialisée, même si nous reviendrons plus amplement sur le sujet au chapitre 9. La seconde catégorie l'emporte largement. N'a une compétence générale, à vocation universelle, qu'une seule juridiction, la CIJ, et encore ne peut-elle statuer que sur les litiges entre Etats. *Ratione personae*, donc, elle est plutôt une cour à compétence spécialisée. Si la Cour pénale internationale (CPI) tend à l'universalité (en tout cas, on peut l'espérer), elle est limitée *ratione materiae*. Les Etats, qui ont fait de la CIJ « l'organe judiciaire principal des Nations Unies », ainsi que nous l'avons déjà dit, ne se sont pas privés d'avoir recours à d'autres juridictions pour statuer sur des litiges qui auraient parfaitement pu être soumis à la CIJ [90]. Il en va ainsi bien entendu de tous les tribunaux

89. D'après Alter et Helfer, le tribunal de la CAN a été modelé sur la Cour de Luxembourg. Il est le troisième tribunal international dans le monde en terme de nombre de décisions rendues, cf. K. J. Alter et L. R. Helfer, *Transplanting International Courts – The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice,* OUP, 2017, à la p. 262.

90. Par exemple, dans la Charte des Nations Unies, l'article 36 confère au Conseil de sécurité un rôle de règlement des différends. Le texte de l'article 36 se lit comme suit :

1. Le Conseil de sécurité peut, à tout moment de l'évolution d'un différend de la nature mentionnée à l'Article 33 ou d'une situation analogue, recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

arbitraux formés pour statuer sur un litige interétatique [91]. Quand l'Organisation internationale du travail (OIT) a dû étudier la situation particulière des syndicats en Espagne en 1969, en vertu de l'article 26 du Traité, elle a mis en place des « groupes de travail » qui, pour ne pas prendre le nom de « tribunal » en avaient tous les attributs [92]. Il en va ainsi de tous les tribunaux spécialisés comme, par exemple le TIDM créé par la Convention de Montego Bay [93]. De la même manière la création du

---

2. Le Conseil de sécurité devra prendre en considération toutes procédures déjà adoptées par les parties pour le règlement de ce différend.
3. En faisant les recommandations prévues au présent article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour.

Nous qualifions volontiers ce rôle de « médiateur » ou « facilitateur », mais le Conseil l'a fort peu utilisé. Ce fut cependant le cas dans l'affaire du *Détroit de Corfou* entre la Grande-Bretagne et l'Albanie, première affaire jugée par la CIJ. Dans cette affaire deux vaisseaux anglais ont sauté sur des mines entraînant des dommages physiques aux marins et des dommages matériels. Le gouvernement anglais saisit le Conseil de sécurité à un moment où l'Albanie n'était pas membre des Nations Unies (ce qui peut expliquer que le Royaume-Uni ait eu besoin de cette phase intermédiaire). Le Conseil de sécurité invita l'Albanie à des discussions. Le 9 avril 1947, le Conseil de sécurité adopta une résolution selon laquelle les deux gouvernements devaient en référer immédiatement à la CIJ. Mais si le Conseil, par la suite, ne s'est jamais référé à l'article 36, il a cependant tenté de mettre en œuvre ses fonctions de pacificateur dans les résolutions suivantes : résolutions 451 de 1979 (Chypre) ; 1113 de 1997 (Tadjikistan) ou 1094 de 1997 (Guatemala). De la même manière, le Secrétaire général des Nations Unies est investi d'un pouvoir de règlement des différends. C'est ce pouvoir qui est au cœur d'un différend entre la Guyane et le Venezuela, soumis à la CIJ par la République coopérative de Guyana, par une requête introductive du 29 mars 2018 http ://www.icj-cij.org/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-FR.pdf.

91. E. Lauterpacht, écrivant en 1991, en dénombre plus d'une vingtaine depuis 1945, date de la création de la CIJ, sans compter les Commissions arbitrales spéciales ou Commission dites de conciliation qui furent constituées après la Seconde Guerre mondiale. Cf. *Aspects pf the Administration of International Justice,* p. 10-11.

92. Ph. Jessup, *op. cit. supra* note 74*,* p. 56, citant *The Labour and Trade Union Situation in Spain,* International Labour Office, 1969, p. 8, par. 26. Il affirme :

> « The members of the Study Group have undertaken to discharge the mandate entrusted to them by the Governing Body "honourably, faithfully, impartially and conscientiously". »

Et il poursuit :

> « It follows from this that while they have no judicial powers their responsibility has to be discharged in a judicial manner and that have to be guided throughout by the duty to record their finding without fear or favour. They therefore consider that their report should not be limited to a factual description of the existing situation but should include an assessment of the relationship between the existing situation and the principles of the ILO and an appraisal of the possibilities of future evolution. »

93. Mais, dans cette convention, les parties peuvent opter pour divers mécanismes de règlement des différends.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

tribunal arbitral irano-américain, constitué par les accords d'Alger à la suite de la révolution iranienne, aurait pu être évitée, les deux parties pouvant conférer la compétence à la CIJ, en utilisant la protection diplomatique pour les litiges concernant les personnes privées, dénotant probablement un manque de confiance dans l'institution par les deux Etats en cause, sauf à considérer que l'ampleur de la tâche dépassait les capacités matérielles de la Cour. On comprend cependant que, en droit international, comme en droit national, la tendance a été très nette de favoriser des juges spécialisés au détriment de juges généralistes, selon l'ancienne tradition des pays de *common law*. Mais même dans les pays qui suivent cette tradition, des juges spécialisés ont été mis en place, comme les *commercial courts* en Irlande. Il semble que la création de juridictions spécialisées ait été aussi due au désamour partiel pour la CIJ de la part de certains Etats, notamment les Etats-Unis qui sont à l'origine de la création du TIDM [94]. Un autre facteur, auquel il a déjà été fait allusion, a également pu jouer : le tribunal arbitral irano-américain ou les commissions chargées de statuer sur les comptes bancaires en déshérence après la Seconde Guerre mondiale mettent en présence des particuliers qui n'avaient pas capacité à ester devant la CIJ. Pour eux, la CIJ n'était donc pas une option ouverte, sauf usage de la protection diplomatique.

23. Parmi les tribunaux réellement supranationaux (devrions-nous dire « transnationaux » ?), il convient de mentionner la Rote romaine *(Rota romana)*, organisée par l'Eglise catholique, du nom de la salle ronde dans laquelle ce tribunal se réunissait originellement. Elle est le tribunal d'appel et de dernier recours des décisions prises par les tribunaux « ordinaires » au sein de l'Eglise, et du Tribunal ecclésiastique de la Cité du Vatican. Ce tribunal comprend vingt-et-un juges nommés par le Pape.

24. Dans le même temps, la médiation et l'arbitrage continuent à rendre de nombreux services. On le sait, la Convention de Montego Bay propose aux Etats l'arbitrage comme l'un des moyens de régler leurs différends. En matière d'investissement, la création du CIRDI en 1965 a été une pierre marquante de l'évolution de la matière. Certes, il est extrêmement difficile de dire que le CIRDI et le droit de l'investissement constituent un « ordre juridique » autonome tant ils sont dépendants du droit international général et du droit des

94. Nordquist (dir. publ.) *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary,* volume 5, 1989, p. 6. Voir également K. J. Alter, *op. cit. supra* note 67.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Etats (à titre résiduel, certes, mais quand même). Si Aron Broches qualifiait le CIRDI de « complete jurisdictional system », il ne disait pas que c'était un système indépendant ni autonome [95]. Les tribunaux arbitraux du commerce international, tous indépendants les uns des autres, ne peuvent pas à proprement parler constituer « un organe », même si l'on accepte qu'il existe un ordre juridique marchand ou arbitral. La CIJ, de son côté, est l'organe censé participer au maintien de la paix par le droit, participant au vœu parfois attribué à Montesquieu selon lequel « un jour viendra où le droit sera le souverain du monde » [96]. Quant au Tribunal arbitral du sport (TAS), il possède une compétence limitée aux seuls différends issus d'événements sportifs qui ont opté pour ses services.

25. Des propositions de nouvelles juridictions – Le recours à la justice est tellement devenu une caractéristique inhérente au fonctionnement d'une société respectant la *rule of law* [97], que plusieurs propositions sont faites de créer de nouvelles juridictions internationales. Ces propositions proviennent d'autorités publiques elles-mêmes, comme c'est le cas notamment en Europe avec la nouvelle juridiction unifiée des brevets qui a vu le jour assez péniblement [98] et qui devrait permettre la construction d'une jurisprudence cohérente concernant le brevet unitaire (validité et contrefaçon), permettant ainsi d'éliminer les compétences nationales qui entraînaient des procédures parallèles et

95. A. Broches, « The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states », *Recueil des cours*, tome 136 (1972), p. 350. L'auteur explique que la Convention permet aux investisseurs et aux Etats, à égalité, de poursuivre devant le CIRDI. De plus, il dit que l'exécution automatique était faite, notamment, pour favoriser les Etats. S'ils gagnaient une sentence à l'encontre d'un investisseur, ils ne devaient pas suivre les procédures étatiques pour faire exécuter la sentence dans le pays de l'investisseur (p. 348-349). Cela peut étonner à première lecture car la possibilité pour les Etats de présenter des demandes reconventionnelles est très difficilement acceptée. Mais l'on ne doit pas oublier que lorsque la convention CIRDI a été négociée, les investissements qui étaient envisagés étaient basés sur des contrats. Ce n'est que plus tard que les TBI sont intervenus donnant compétence au CIRDI.

96. Mais elle est attribuée à Mirabeau par J. C. Witenberg « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales, *Recueil des cours,* tome 41 (1932), à la p. 553.

97. Voir notamment, T. Bingham, *The Rule of Law,* Allen Lane, 2010, chapitre 10. C'est à dessein que l'expression anglaise est utilisée ici, car l'équivalent généralement utilisé en français, « Etat de droit », ne correspond pas exactement au concept de « *rule of law* ». Il est plus étroit que le concept de « *rule of law* » et il s'adapte moins bien à une entité plus large que l'Etat, comme, par exemple, la société internationale dans son ensemble. Nous approfondirons cela *infra* au chapitre 1.

98. Notamment en raison de la réticence de la CJUE, cf. avis n° 1/09 du 8 mars 2011.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

coûteuses [99]. C'est encore le cas pour les investissements étrangers en ce qui concerne les litiges opposant un investisseur à l'Etat hôte, tel que prévu, notamment, par l'accord entre l'UE et le Canada (CETA) et tel qu'il pourrait être étendu à tous les Etats si le projet en cours de négociation au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) parvient à son terme en créant une telle juridiction internationale. C'est le cas, enfin, de la part de certains membres du Conseil de sécurité qui ont proposé la création d'un tribunal international chargé de poursuivre les responsables de la destruction, au-dessus de l'Ukraine, d'un aéronef de la *Malaysia Airlines* le 17 juillet 2014 et de juger les crimes de guerre, crimes contre la sûreté de l'aviation civile et crimes sanctionnés par le Code pénal ukrainien commis à cette occasion. Le veto de la Russie a mis un terme à ce projet le 29 juillet 2015. La doctrine n'est pas en reste. Récemment, un auteur a proposé une juridiction internationale civile pour les litiges opposant les entreprises à des tiers affectés par leurs activités au point de constituer des violations des droits de l'homme ou des règles de la responsabilité sociétale [100]. Une autre proposition doctrinale a été faite pour la création d'un tribunal international pour Internet [101]. Toutes ces propositions présentent un point commun : elles sont essentiellement fondées sur l'insatisfaction des auteurs vis-à-vis du système existant, éclaté entre les diverses juridictions nationales [102]. Sont aussi proposées de nombreuses juridictions nationales spécialisées dans les litiges internationaux dont nous parlerons plus en détail au chapitre 4 de ce cours.

26. Les juridictions internationales ne sont pas hiérarchisées. La CIJ est l'organe judiciaire « principal » (et non pas suprême) des Nations Unies. Elle ne « supervise » pas les autres juridictions internationales, même si certaines propositions ont pu être faites selon lesquelles les tribunaux internationaux spécialisés devraient

99. Cette juridiction nécessite la ratification des 25 Etats membres (au 31 décembre 2018, 16 avaient ratifié l'accord). Elle se composera d'un tribunal de première instance (en partie décentralisé) et d'une cour d'appel ainsi que d'un greffe. De surcroît, elle comprend un centre de médiation et d'arbitrage.

100. Voir M. Steinitz, *The Case for an International Court of Civil Justice,* CUP, 2019. La Professeure Steinitz a présenté son livre et discuté avec les étudiants lors d'un séminaire organisé en janvier 2019 au sein de l'Académie.

101. D. Freire e Almeida, « Why we need an international tribunal for the internet : A Brazilian perspective », *Macau Journal of Brazilian studies*, volume 1, issue 1, 2018, p. 107-119.

102. Mais un certain ordre règne quand même dans la répartition des compétences des juges nationaux, cf. *infra*, chapitre 9.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

poser des questions préjudicielles à la CIJ lorsqu'ils sont confrontés à l'application du droit international général [103]. Pour permettre à la Cour de jouer un rôle hiérarchique par rapport aux autres tribunaux internationaux et même par rapport aux tribunaux nationaux (au moins sur les questions de droit international général), encore eut-il été nécessaire que le texte dise que la Cour est l'organe juridictionnel « suprême » du système des Nations Unies, ce qu'il ne fait pas. Faut-il le regretter ? Probablement pas. D'un point de vue seulement pratique, la Cour devrait être composée très différemment si elle devait devenir la juridiction suprême du droit international. Le coût pour maintenir une telle juridiction serait probablement prohibitif par rapport aux services rendus. Exiger une uniformité à tout prix n'est probablement pas salutaire dans un monde où cultures et conceptions, si ce n'est valeurs, sont diverses et doivent le rester. Enfin, une centralisation aussi dogmatique va à l'encontre de la conception actuelle de l'Etat de droit qui penche vers un système de coopération et de dialogue, plutôt qu'une organisation faite de domination verticale. S'il existe une certaine hiérarchie dans un ordre régional donné, entre les juridictions nationales et les tribunaux établis par cet ordre juridique régional, il n'existe pas beaucoup de moyens pour la faire respecter. A cet égard, l'ordre juridique de l'UE fait figure d'exception. La Cour a toujours eu la possibilité de condamner un Etat membre pour manquement au droit européen. Durant de longues années, cette condamnation était purement morale. Les traités ont été amendés pour permettre une condamnation pécuniaire. C'est à l'égard de la Grèce que cette disposition a d'abord été utilisée. Plus récemment encore, la Cour a, pour la première fois, reproché à une haute juridiction d'un Etat membre de ne pas lui avoir posé une question préjudicielle alors que, selon la Cour, cette haute juridiction avait l'obligation de ce faire [104].

27. A qui nous intéressons nous ? – Nous venons de parler des juridictions internationales, mais le règlement des différends internationaux est beaucoup plus vaste que celui organisé par ces seules juridictions. Le tiers impartial et indépendant intervient également dans d'autres contextes et en dehors du cadre strict d'une juridiction. Quand on fait la liste de toutes les méthodes de règlement des différends, du

103. G. Guillaume, « La Justice internationale à l'aube du XXIe siècle », Conférence donnée à l'Institut du droit de la paix et du développement le 3 novembre 2004, par. 25, texte disponible à l'url http ://revel.unice.fr/pie/index.html ?id=33.

104. Arrêt C-416/17 du 4 octobre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

moins contraignant au plus contraignant, on trouve : la négociation assistée ou non ; l'enquête ; les bons offices ; la médiation ou la conciliation [105] ; la diplomatie préventive ; les interventions humanitaires, qu'elles soient sous-traitées ou non à des acteurs régionaux [106] ; des processus de réconciliation [107] ; l'arbitrage [108] ; la justice au sens strict du terme et des processus *sui generis* comme le processus d'Aarhus [109] ou les Points de contact nationaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) [110]. L'image se complique encore quand on réalise qu'à l'intérieur d'un même mode de règlement des différends, plusieurs options s'ouvrent aux parties. Par exemple, la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer prévoit que les parties à un différend peuvent le soumettre au tribunal pour le droit de la mer de Hambourg, à la CIJ, à un tribunal arbitral ou à un tribunal arbitral spécial.

28. Au commencement (aussi loin que l'on puisse remonter dans l'histoire) étaient l'arbitrage et la médiation, sans que ces deux modes de règlement des différends soient différenciés jusqu'à une période relativement récente (environ le XVIII[e] siècle) [111]. Nous nous intéresserons donc à celui ou celle qui intervient lorsqu'une difficulté

105. V. la différence entre les deux, *infra* au chapitre 3.

106. Comme l'opération turquoise, de triste mémoire, menée par la France au Rwanda, ou alors des opérations demandées à la Ligue arabe ou à l'OTAN. On peut douter d'ailleurs que ces opérations s'apparentent vraiment à un mode de règlement des différends.

107. La première Commission vérité et réconciliation a été mise en place en 1995 en Afrique du Sud. Elle sera suivie de beaucoup d'autres plus ou moins modelées sur cette première expérience.

108. Qui peut prendre la forme de commissions diverses, nationales ou internationales. Cf. par exemple, sur les commissions nationales, R. B. Lillich, *International Claims : Their Adjudication by National commissions,* Syracuse U. Press, 1962. Et sur les commissions internationales, L. Brilmayer, Ch. Giorgetti et L. Chariton, *International Claims Commissions – Righting Wrongs after Conflict*, Edward Elgar Pub, 2017.

109. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dite Convention d'Aarhus comporte un mécanisme de règlement des différends appelé Comité d'examen du respect des dispositions *(Compliance Procedure)* qui ressemble à un tribunal mais dont les recommandations ne sont pas obligatoires pour les parties. On note toutefois un très fort taux d'exécution. Ellen Hey, membre de ce processus jusqu'en 2014, en parle comme d'une *« quasi-court »*. Cf. E. Hey, « The Aarhus Convention Compliance Procedure », à paraître

110. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sont accompagnés par des points de contact nationaux qui assurent la mise en œuvre des principes et peuvent être saisis de réclamations par les personnes affectées par les agissements des entreprises au mépris de ces principes. http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/pointsdecontactnationauxpourlesprincipesdirecteursdelocdeal intention desentreprisesmultinationales.htm. Cf. N. Bonucci et C. Kessedjian (dir. publ.), *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, Pedone, 2018.

111. Pour plus de détail, cf. *infra*, chapitre 2.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

survient, tiers indépendant et impartial ou *neutral* en anglais [112], que cette difficulté ait trait à l'interprétation de la norme, à son application ou au supposé vide du système juridique ou des systèmes juridiques mis en cause. Ceci est particulièrement vrai pour le juge (au sens étroit) et l'arbitre, première catégorie de tiers qui, du fait de leur fonction juridictionnelle, rendent des décisions. Cela l'est moins pour le médiateur, le conciliateur ou la personne qui offre ses bons offices, tiers qui participe à la solution mais sans qu'intervienne une décision car, dans ces trois fonctions, ce sont les parties qui parviennent à trouver ensemble une issue à leur différend, le tiers pouvant au plus suggérer quelques pistes. Le médiateur ne rend pas de décision et l'accord auquel les parties parviennent prend la forme d'un contrat (médiation entre parties privées ou mixtes) ou d'un accord diplomatique (médiation entre Etats). C'est ce phénomène qui sera analysé en prenant un angle, souvent oublié par la doctrine [113], ciblant la personne qui incarne ce tiers dans tous ses aspects constitutifs et dans ses caractéristiques principales : notamment, sa formation [114], les règles de nomination [115],

112. L'anglais possède aussi un concept intraduisible en français *« adjudicator »* qui désigne le tiers, juge ou arbitre, c'est-à-dire celui qui possède une fonction juridictionnelle et rend des décisions obligatoires pour les parties. Le mot « adjudicateur » existe en français, mais c'est un faux ami. Il désigne la profession très spécifique de celui qui supervise une adjudication ou, du temps de l'Inquisition, il est confondu avec le procureur.

113. Si l'on en juge uniquement par les cours professés à l'Académie de La Haye, aucun cours n'a été consacré exclusivement au tiers, qu'il soit juge, arbitre ou médiateur. Certes, la plupart des cours généraux consacrent quelques développements aux décisions ou, plus généralement aux juridictions, mais s'intéressent très peu, voire pas du tout, au personnage du juge. Les cours spéciaux consacrés au contentieux ou au règlement des différends sont nombreux mais ne s'intéressent pas non plus au tiers. Un ouvrage *International Law as a Profession* (dirigé par J. d'Aspremont, T. Gazzini, A. Nolkaemper et W. Werner), CUP, 2017, nous avait donné l'espoir d'y voir ce tiers impartial et indépendant étudié. Mais, à part un article sur l'arbitre, il ne se concentre que sur l'avocat, le professeur, le chercheur, le conseil juridique, tout en reconnaissant que les personnes peuvent changer de rôle ou exercer plusieurs rôles à la fois (p. 8 de l'introduction). Une autre source potentielle de littérature concerne tous les ouvrages qui ont étudié depuis de nombreuses années les juridictions internationales. Mais la plupart d'entre eux se concentrent plutôt sur la procédure que sur les juges eux-mêmes. Notons cependant, un courant sociologique plus récent qui s'intéresse aux juges. On signalera notamment le travail du *Project on International Courts and Tribunals* (PICT) établi en 1997 par C. Romano, R. Mackenzie et Ph. Sands. Cf., notamment, D. Terris, C. P. R. Romano et L. Swigart, *op. cit. supra* note 71. Enfin, deux centres de recherche se concentrent sur les cours et tribunaux internationaux, iCourts à Copenhagen et PluriCourts à Oslo. Leurs travaux sont à tous égards indispensables pour toute personne qui s'intéresse aux juridictions internationales.

114. Cf. *infra* chapitre 7.

115. Nous en traiterons à la fois dans le chapitre 7 et le chapitre 8.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ses fonctions, ses processus de prise de décision [116], l'effet de ses décisions [117] et l'influence de l'intelligence artificielle [118]. Nous nous interrogerons aussi sur l'image de la justice à la fois comme institution et, à travers elle, des personnes qui la composent [119]. C'est un groupe de plusieurs centaines de personnes [120] qui forme la base de nos interrogations, en ne comptant que les tiers connus depuis la CPJI (c'est-à-dire très récemment à l'aune de l'Histoire) et alors même que l'on exclut la masse des arbitres et médiateurs dont le travail demeure inconnu faute de publication.

29. Le vocabulaire – On l'a compris depuis le début de cette introduction le vocabulaire, au moins en français, est problématique. Nous avons deux catégories de tiers, de *neutral*. La première catégorie comprend les tiers qui rendent des décisions, c'est le juge ou l'arbitre (l'*adjudicator*). Dans ce cours, nous utiliserons le terme « juge » pour désigner aussi bien le juge au sens strict que l'arbitre et, généralement, tout tiers qui fait acte juridictionnel en énonçant une décision qui s'impose aux parties et doit être exécutée par elles. Lorsque, en revanche, nous utilisons seulement le terme « arbitre », nous voulons signifier que les développements s'adressent uniquement à cette forme restreinte d'*adjudicator*. Pour la seconde catégorie de tiers, celle qui aide les parties à trouver une solution, mais ne rend aucune décision, nous utiliserons le terme générique de « médiateur » même s'il recouvre des réalités très diverses. Lorsque nos développements couvrent l'ensemble des tiers impartiaux et indépendants, c'est le terme de tiers qui sera utilisé.

30. Ce qui ne sera pas traité – Nous excluons de ce cours les négociations non assistées ou non facilitées par un tiers. Il n'en demeure pas moins qu'un très grand nombre de conflits ou de différends internationaux, notamment entre Etats, sont réglés par des négociations directes entre les parties [121]. Mais comme ce mécanisme de règlement

116. Cf. les chapitres 9, 10, 11 et 12, respectivement sur la compétence, la fabrique de la décision, l'*amicus curiae* et le dialogue des juges. Le médiateur sera traité à part dans le chapitre 3.

117. Cf. *infra*, chapitre 13.

118. Cf. *infra*, chapitre 14.

119. Cf. *infra* chapitres 5 et 6 sur le juge en son palais et la représentation de la justice.

120. En 2007, les chercheurs du PICT comptabilisaient environ deux cents juges internationaux en fonction dans le monde.

121. G. Guillaume, « Le règlement pacifique des différends : perspectives pour le XXIe siècle », dans *The Permanent Court of Arbitration Centenial papers, International Alternative Dispute Resolution : Past, Present and Future,* 2000, p. 128.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des différends ne fait pas intervenir un tiers, nous n'en parlerons pas. De plus, la plupart du temps, ces négociations sont secrètes et très informelles. Leur étude est donc quasiment impossible. Nous excluons aussi toutes les juridictions militaires qui ont été constituées au cours de l'histoire et le sont encore maintenant en raison des conflits persistant dans les relations internationales [122], à l'exception de ce qui sera dit au chapitre 2 sur les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo. Nous aurions aimé inclure les tribunaux d'opinion qui ont une influence indéniable sur l'évolution des mentalités par rapport aux exigences du droit international. Malheureusement, devant leur multiplication et leur caractère très hétérogène, nous avons dû nous résoudre à les exclure [123]. Nous excluons aussi les tribunaux administratifs des organisations intergouvernementales [124], non parce qu'ils sont inintéressants en eux-mêmes, mais parce que les juges, les arbitres ou les conciliateurs qui les composent ne sont pas très différents de ceux des autres cours et tribunaux internationaux. La justice transitionnelle, phénomène renouvelé au XX^{e} siècle, est également exclue, même si l'un des auteurs qui a retracé sa généalogie considère que le procès de Nuremberg fait partie de ce lent processus [125] et que les personnes qui participent à cette justice très particulière mériteraient incontestablement une étude spécifique. De la même manière nous ne traiterons pas du langage et des langues employés dans les prétoires internationaux. Le mou-

122. Sur ces juridictions et le respect des droits de l'homme, plusieurs contributions ont été publiées aux *Mélanges E. Decaux*, Pedone, 2017, auxquelles nous renvoyons, ainsi qu'aux travaux du Professeur Decaux lui-même.

123. Les tribunaux d'opinion sont nés dans les années 1960 et se sont multipliés depuis. En 2018, on en comptait environ trois cents. Les premiers tribunaux d'opinion sont créés en 1967 par B. Russell, J.-P. Sartre et L. Basso devant ce qu'ils analysaient comme le déni de justice créé par la « justice officielle ». Voir la notice « Tribunaux d'opinion » par E. Lamberty-Abdelgawad, dans *Dictionnaire encyclopédique Beauvallet*, Berger-Levrault, 2017, p. 966. Voir également, S. Garibian, « From punishment to acknowledgment : tribunals of opinion in contexts of impunity », *Open Democracy*, 2015, n° 12 (https ://archive-ouverte.unige.ch/unige :72761). C. Montavon prépare une thèse sur les tribunaux d'opinion à l'Université de Genève, sous la direction de S. Garibian. Elle nous a très aimablement communiqué le catalogue qu'elle a établi pour les besoins de sa thèse, document qui demeure confidentiel à l'heure où nous écrivons.

124. S. Bastid donne un cours à La Haye sur ce thème, *Recueil des cours*, tome 92 (1957), p. 343-518.

125. Il s'agit de Ruti G. Teitel, « Transitional Justice Genealogy », 16 *Harvard Human Rights Journal* 70 (2003). Signalons en français la thèse de Noémie Turgis, *La justice transitionnelle en droit international,* Bruylant, 2014 et la revue en langue anglaise désormais entièrement consacrée à ce thème, *The International Journal of Transitional Justice*, OUP, depuis 2007. V. aussi, K. Andrieu, *La justice transitionnelle,* Folio essais inédit, Gallimard, 2012.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

vement « langue et droit » [126] a, depuis longtemps, permis d'identifier les biais du droit selon la sémantique utilisée [127]. Mais à notre connaissance aucune recherche de fond n'a encore été entreprise sur le discours dans les tribunaux internationaux. Il conviendrait, si la recherche est conduite, de prendre en considération le travail des interprètes, acteurs au centre du droit et de la justice internationaux [128]. On note à cet égard, que l'interprétation simultanée, qui nous paraît si évidente aujourd'hui, a été créée pour le procès de Nuremberg [129]. Nous n'aborderons pas non plus le personnel des greffes ou des secrétariats d'institution d'arbitrage sans nier, cependant, leur rôle considérable dans l'acte de juger. Leur travail, loin des feux de la rampe, rend l'examen de leurs fonctions et de leur personnalité beaucoup plus difficile [130].

31. Le budget – Aucun tiers ne peut remplir ses fonctions de manière viable et efficace s'il n'a à sa disposition un budget. En ces temps où l'analyse économique du droit, de la justice et de toute action humaine, a pris le dessus, il aurait pu être utile et instructif de comparer les budgets des différentes juridictions internationales par rapport aux avantages que la société internationale en retire. Ainsi le juge Antonio Cassese, premier Président du Tribunal international pour l'ex-Yougoslovie explique :

> « We faced quite a few problems. The most obvious were that we had no budget. . . . The comparison with Nuremberg was obvious. There, Justice Robert Jackson only had to phone the American general in charge and ask for logistics, interpreters, secretaries,

126. Voir par exemple M. Cornu et M.-E. Laporte-Legeais, *Langues et procès*, LGDJ, 2015.

127. Nous avons rappelé à plusieurs reprises dans d'autres écrits que le droit est une norme « culturée » et qu'elle s'exprime différemment selon la langue utilisée. Les traductions en droit sont encore plus problématiques que dans d'autres domaines. Les étudiants qui souhaitent s'en convaincre liront avec profit, Willard van Orman Quine, *Word and Object,* The MIT Press, 1960, traduit en français par Joseph Dopp et Paul Gochet, Champs essais, Flammarion, 1977. Voir également, Alexander Ostrower, *Language, Law, and Diplomacy – A Study of Linguistic Diversity in Official International Relations and International Law,* University of Pennsylvania Press, 1965, volumes I et II.

128. Voir S. Berk-Seligson, *The Bilingual Courtroom – Court Interpreters in the Judicial Process,* The U. of Chicago Press, 1990. C'est un livre consacré à la justice américaine. A notre connaissance il n'existe pas d'étude similaire pour la justice internationale.

129. F. Gaiba, *The Origins of Simultaneous interpretation – The Nuremberg Trial,* University of Ottawa Press, 1998.

130. Mais voir, F. Baetens (dir. publ.), *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication,* CUP, 2019.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> documents, evidence and so on. The tribunal was in an occupied country and had the whole US army behind it. So as the first international tribunal set up after Nuremberg, we immediately saw the huge gap between the enormous means available to the judges there and the total absence of means for us. » [131]

Une constatation similaire est faite par Jean Allain quand il acquiert une connaissance de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Comment se fait-il que cette Cour, qui sur le papier ressemble à s'y méprendre à la CourEDH, ne peut absolument pas être comparée à cette dernière ? La réponse est simple : pas de budget ou un budget extrêmement limité et du personnel en nombre insuffisant [132], ce qui va de pair. Malgré l'intérêt évident que toutes ces questions peuvent avoir pour la compréhension de notre sujet, nous n'en traiterons pas. Nous ne pourrons pas non plus nous intéresser à un aspect souvent négligé, et pourtant directement lié au budget, qu'est l'audit des juridictions internationales, c'est-à-dire l'évaluation de leur efficacité, de leurs performances et de leur gestion financière. Pourtant ces audits ont une influence considérable sur le travail des juges qui sont ainsi soumis au diktat de la comptabilité et de l'analyse financière [133]. Nous ne traiterons pas non plus de la responsabilité des juges [134] ni de leur immunité. Tombe également hors du champ de nos

131. « The Judge : Interview with Antonio Cassese », Entretien par H. Verrijn Stuart et Marlise Simons, dans *The Prosecutor and the Judge,* p. 47.

132. J. Allain, *A Century of International Adjudication – The Rule of Law and its Limits,* T.M.C. Asser Press, 2000, p. V.

133. Lors du colloque ILA-Branche française organisé à Toulouse par le Professeur Valère Ndior, sur l'audit des organisations internationales (cf. le compte rendu publié à l'AFDI 2017), un groupe d'étudiants a travaillé sur l'audit des juridictions internationales, séparant leur travail entre audit de conformité et audit de performance. Ils parviennent à la conclusion que certains audits de performance servent aux juridictions à convaincre leurs bailleurs de fonds que leur budget est insuffisant pour remplir leurs fonctions de manière adéquate. Toutefois, on peut douter que l'audit, au-delà de la simple certification des comptes de l'institution, soit compatible avec l'exigence de qualité qui innerve l'acte de juger, et qui est difficilement quantifiable. Ainsi, quand le corps commun d'inspection des Nations Unies préconise une remise en cause de la publication bilingue des décisions de la CIJ ainsi que de la publication des opinions dissidentes (JIU/REP/86/7, par. 11 et 33), il ignore totalement l'apport indispensable au développement du droit international et aux droits des justiciables de ces publications. De la même manière, au sein de la CJUE on peut douter que la limitation du nombre de pages des conclusions des avocats généraux serve au mieux la justice attendue par les citoyens de l'Union. Il en va de même de l'impossibilité d'avoir accès aux rapports du juge rapporteur ou aux mémoires des parties ou intervenants aux procédures devant la Cour.

134. Pourtant, pouvoir et responsabilité vont ensemble. Pierre Truche disait : « Si l'on juge, il faut accepter d'être à son tour jugé », dans *Juger, être jugé – Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, p. 7.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

investigations la question de l'évaluation de la justice internationale à travers les indicateurs. Nous sommes informée que de telles évaluations ont déjà lieu et des travaux de doctrine commencent à se développer sur ce sujet [135].

32. La méthode choisie – Ne pouvant prétendre parvenir au « malentendu productif » cher à Luther, méthode par laquelle il prônait la transformation de la signification des mots pour atteindre une conception nouvelle [136], chaque cours oral a débuté par une ou plusieurs image(s) permettant de cadrer le thème du chapitre et de discuter des enseignements qu'il est possible d'en tirer. Les Grecs ont inventé un art de la mémoire qui, transmis à Rome, est passé dans la tradition occidentale [137]. La mémoire est l'une des cinq branches de la rhétorique [138] qui permet aux orateurs de dispenser de longs discours sans perdre le fil de leur démonstration. Yates raconte l'histoire du poète Simonides au banquet de Scopas narrée par Cicéron dans son *De oratore*. Elle rappelle la réflexion de Simonides après l'effondrement du plafond de la salle du banquet auquel il a échappé : « Noting that it was through his memory of the places at which the guests had been sitting that he has been able to identify the bodies, he realised that orderly arrangement is essential for good memory. » Pour Cicéron, *loci* et *imagines* permettent de travailler la mémoire et d'en augmenter les capacités. Cette technique possède un effet miroir ou ricochet sur celui qui écoute le discours en lui permettant à son tour une meilleure mémorisation si des images sont associées au verbe. En fait c'est de l'art de visualiser et de se souvenir d'un argument à partir de cette visualisation qui nous a fait décider de réunir une iconographie pour ce cours. Bien entendu cela ne produira d'effet que sur ceux qui sont sensibles aux images et ont une bonne mémoire visuelle. Pour les autres, le verbe demeure le meilleur véhicule de la transmission. Une confirmation de la validité de cette technique nous est venue, de manière fortuite, en lisant les mémoires du

---

135. Lors d'une journée d'étude de l'*American Society of International* en novembre 2018, le Professeur Andrea Caracano, de l'Université de Milan-Bicocca, a donné une présentation sur le thème : « Governing the International Criminal Court through Performance Indicators ? Reflections on a Recent Endeavour by the Assembly of States Parties to the Rome Statute ».

136. P. Pichonnaz, « Le malentendu productif », dans *Figures juridiques – Mélanges dissociés pour Pierre Tercier,* Schulthess, 2003, p. 167.

137. F. A. Yates, *The Art of Memory,* Routledge and Kegan Paul, 1966. Ce livre a été traduit en français par Daniel Arasse, sous le titre *L'art de la mémoire,* Gallimard, 1975 et 1987.

138. Les cinq branches de la rhétorique sont : *inventio, dispositio, elocutio, memoria, pronunciatio*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

juge Robert Falco, juge suppléant français au procès de Nuremberg. Il dédicace son livre de la manière suivante : « A ma femme qui m'assista à Nuremberg et dont le crayon fixa les souvenirs, je dédie cet aperçu du procès. » [139] Certaines des images discutées oralement à La Haye en janvier 2019 ont réussi à se frayer un chemin jusqu'à ce cours écrit.

33. Les recherches conduites pour ce cours ont été celles habituellement utilisées par les juristes. N'étant ni sociologue [140] ni politiste, aucun travail systémique d'étude empirique n'a été conduit, aucun « codage » n'a été utilisé et aucune tentative de modélisation n'a été entreprise. C'est pourquoi, alors même que les questions posées tout au long de la recherche l'ont parfois été par les sociologues ou les politistes plus que par les juristes, nous n'avons pas cherché à systématiser nos recherches ni à proposer de nouveaux paradigmes. Nous pècherons probablement durant ce cours par trop d'abstraction, ou parfois trop de détail ou de généralisations, ou encore trop de schématisation. Mais comme le disait Michel Foucault, ce n'est pas très grave à partir du moment où les règles du jeu sont claires dès le début et que les auditeurs ou lecteurs peuvent se faire leur opinion par eux-mêmes [141].

34. Comment se lit ce livre ? – Chaque chapitre du livre constitue une péricope, c'est-à-dire qu'il peut se lire de manière autonome sans dépendre des autres chapitres, tout en permettant une compréhension intertextuelle lorsqu'elle est nécessaire ou permet d'éclairer le propos du tout. L'ensemble forme une concaténation, ou autrement dit une chaîne, qui peut aussi se lire en continu, chaque maillon éclairant un peu plus la même cible comme des projecteurs qui s'allument l'un après l'autre pour finalement donner à voir au regardeur l'ensemble de la scène.

35. Quel est l'objectif de ce cours ? – Si nous avons un objectif pour ce cours, c'est d'appeler l'attention des juristes sur un des aspects qui sont traditionnellement exclus de leurs préoccupations, mais qui sont importants pour comprendre réellement, de l'intérieur, le fonctionnement d'une part prépondérante de leur métier. On ne doit en effet jamais ignorer qui est l'auteur de la norme ou son commentateur, ou celui/celle

139. R. Falco, *Juge à Nuremberg – Souvenirs inédits du procès des criminels nazis,* Ed. Arbre bleu, 2012. (Avec des dessins de Jeanne Falco, la seconde épouse de Robert Falco). Sur la relation image et verbe, voir J. Rancière, *Figures de l'histoire,* PUF, 2019, p. 48.

140. Pour une étude sociologique du marché de l'arbitrage, S. Puig, « Social Capital in the Arbitration Market », *The european J. of Int'l L.*, volume 25 nº 2 (2014), p. 387-424.

141. M. Foucault, *Leçons au collège de France*, 1978.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qui l'applique. L'histoire, la psychologie, les contraintes qui pèsent sur les épaules des juristes quand ils agissent sont propices à expliquer, au-delà d'une lecture positiviste, la structure et la signification de la norme. En procédant ainsi nous espérons susciter un peu plus d'intérêt de la part des juristes et peut-être quelques études pluridisciplinaires complémentaires. C'est là notre seule ambition.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 1

LA PLACE DU TIERS IMPARTIAL ET INDÉPENDANT DANS UN SYSTÈME OU UN ORDRE JURIDIQUE DONNÉ

Introduction

36. Comprendre la place de la justice dans une société donnée, et dans son ordre juridique, devrait permettre de mieux saisir les ressorts de la légitimité de celui ou celle qui exerce cette fonction, ainsi que les conditions dans lesquelles cet exercice doit se développer. C'est pourquoi nous commençons ce cours par une interrogation sur la place de la justice et du tiers dans la société internationale et l'ordre juridique international. Cette question a été au centre de nombreuses recherches au plan interne et par certains internationalistes [142]. Mais, dans la plupart des travaux des internationalistes, il semble que la place de la justice dans l'ordre juridique international aille de soi, seule la description des rouages du règlement des différends étant alors digne d'intérêt ; ou comme si elle était trop récente [143] et donc encore en pleine mutation pour pouvoir susciter des études théoriques solides.

37. Les deux attitudes ne sont pas contradictoires, ni ne s'excluent mutuellement. Le juge est en effet devenu la « figure incontournable sous laquelle se présente le droit [144] », aussi bien pour les sociétés internes que

142. Les chercheurs de la seconde moitié du XX^e^ siècle, toutes disciplines confondues, ont été particulièrement attentifs à la montée inexorable du droit et du juge. Cf. par exemple les cours au Collège de France de Mireille Delmas Marty. Egalement, Bl. Kriegel, « Introduction », *Réflexions sur la justice*, Plon, 2001, ainsi que les nombreux travaux des Facultés libres Saint-Louis en Belgique, ceux d'A. Garapon en France et de R. Dworkin aux Etats-Unis et au Royaume-Uni.

143. La justice internationale permanente est en effet très récente à l'aune de l'histoire longue ainsi qu'il sera dit au chapitre 2 de ce cours. Selon que l'on adopte une focale courte (post Seconde Guerre mondiale) ou longue (2000 ans et plus dans le monde judéo-chrétien), l'analyse change drastiquement.

144. Expression empruntée à l'avant-propos de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir. publ.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements,* Pub. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, à la p. IX. Pour L. Boltansky (*op. cit. supra* note 15), la personne qui résoud les différends (ou qui aide à les résoudre) dans une société permet à cette société de tenir ensemble. P. M. Dupuy parle du juge comme la figure qui permet le « parachèvement de l'ordre juridique », dans « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des cours*, tome 297 (2002) p. 51.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la société internationale [145]. Comme la sculpture de Philippe Ramette intitulée « le pas de côté » nous le donne à voir, il est toujours fructueux de déporter son regard et son analyse, même si cela nous met dans une position inconfortable. En constatant la littérature extrêmement abondante sur la place de la justice et du juge en philosophie du droit dans les ordres internes, il nous est apparu que cette question méritait, pour la société internationale, un chapitre à part entière [146]. Une telle réflexion peut, notamment, se nourrir de la vision de l'artiste Querubim Lapa dont l'œuvre *Ilusório* (illusoire) orne l'entrée de la Cour pénale internationale à La Haye. Carreau de céramique en trois dimensions (dont l'effet est différent selon la position du regardeur, pour reprendre l'expression de Marcel Duchamp) qui rappelle la structure de la façade de la Cour, l'œuvre se compose de plusieurs éléments dont certains se détachent du tout et d'autres sont manquants. L'artiste a souhaité symboliser l'inachèvement de la tâche difficile de rendre la justice dans un monde polymorphe en constante évolution [147].

38. Commençons par expliciter le contexte de l'interrogation. Depuis le début de ce cours nous avons utilisé de manière interchangeable les concepts de « société internationale », d'« ordre juridique international » et de « système juridique international ». Intuitivement, nous comprenons la réalité que ces concepts recouvrent. Mais il convient de préciser ce que nous entendons par là afin, si possible, de lever les ambiguïtés qu'ils peuvent susciter. Nous utilisons le concept de « société internationale » pour éviter d'utiliser celui de « communauté internationale », sachant que, à notre avis, cette dernière nécessite un haut degré de valeurs et d'intérêts communs, qui n'existe pas encore

145. On peut faire remonter cette constatation à l'origine de la civilisation judéo-chrétienne puisque, dans la Bible, le Livre des Juges précède le Livre des Rois. Le Conseil consultatif des juges européens a adopté en 2010 la *Magna Carta* des Juges (Principes fondamentaux) qui s'applique, selon ses termes, *mutatis mutandis* aux juges des tribunaux européens et internationaux. Ce texte débute ainsi : « Article 1. Le pouvoir judiciaire constitue l'un des trois pouvoirs de tout Etat démocratique. Sa mission est de garantir l'existence de l'Etat de droit et ainsi d'assurer la bonne application du droit de manière impartiale, juste, équitable et efficace. » (Résolution CCJE (2010)3 Final du 17 novembre 2010).

146. Cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas d'ouvrages ou des parties d'ouvrages consacrés au rôle de la justice dans la société internationale. Mais lorsque les juristes internationalistes s'interrogent sur le juge ou la justice, c'est plus à une description de l'existant qu'ils se prêtent qu'à une réflexion philosophique ou de théorie générale. A cet égard, on consultera avec profit les travaux collectifs très riches de *PluriCourts* à Oslo, *iCourts* à Copenhague, le *Brandeis Institute for International Judges* et le *Oxford Handbook on International Justice*.

147. L'œuvre a été prêtée à la CPI par le Portugal. Il ne nous a pas été possible de la reproduire ici, mais tout visiteur de la CPI peut la contempler.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

parmi tous les acteurs agissant au sein de cette société [148]. S'il fallait s'en persuader, écoutons les débats sur les dérèglements climatiques et nous ne pouvons qu'être convaincus que nous ne formons pas encore une « communauté ». En revanche, il n'existe aucune difficulté à dire que nous formons « société », d'autant plus qu'avec la mondialisation et la globalisation, la société internationale est une réalité palpable avec ses riches et ses pauvres, ses laissés-pour-compte et ses thuriféraires, ses classes et groupes d'intérêts.

39. La distinction entre « ordre juridique » et « système juridique » est plus délicate à élucider et, pour tout dire, nous ne sommes pas persuadée qu'elle soit opérationnelle, en tout cas pour les besoins de ce cours. Il convient néanmoins de les distinguer afin de comprendre certains rouages propres au droit international de ce début de XXI^e^ siècle. Ainsi, il est possible d'admettre qu'un ordre juridique est territorialement circonscrit et dépend donc de l'Etat, au sein de ses frontières : il y a ainsi l'ordre juridique allemand, indien, camerounais, australien ou chilien [149]. Le monde du droit international est rempli de querelles territoriales, et donc de frontières, pour nous rappeler combien cet aspect des choses demeure au centre des préoccupations. Par contraste, un système juridique se définit comme un ensemble complet de normes, éventuellement détaché de tout ancrage étatique et qui peut aussi incorporer du quasi-droit, tel le fameux droit tendre *(soft law)*. Cette distinction a été faite par D. Sindres [150], pour les besoins du conflit de lois, afin de démontrer que les normes en conflit ne sont pas seulement des lois au sens kelsenien du terme, mais peuvent être toutes sortes de normes appartenant à des systèmes juridiques divers, si bien que nous serions confrontés à des conflits de systèmes, arbitrés par des ordres juridiques au moyen de leurs règles de conflit. Cette présentation est convaincante et si elle peut avoir une utilité pour nous c'est en ce sens que le juge, dans un ordre juridique donné, est probablement plus contraint que son homologue au sein d'un système juridique international, voire transnational. Mais que l'on s'attache à

148. Cf. le beau cours professé par R.-J. Dupuy à l'Académie, « Communauté internationale et disparités de développement », *Recueil des cours,* volume 165 (1979/IV), p. 9-231.

149. C'est probablement ainsi que le concevait S. Romano dont la carrière a été profondément ancrée dans l'Etat tout puissant alors que son ouvrage *L'ordre juridique*, écrit en 1918, (publié en France par Dalloz en 2002, traduction de L. François et P. Gothot) montrait une souplesse méthodologique le faisant apparaître comme le chantre du pluralisme juridique. Son exacte interprétation n'est pas aisée à déterminer.

150. D. Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois,* LGDJ, 2008.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

un ordre juridique ou à un système juridique, le rôle du juge doit se discuter de la même manière. Il est fort possible qu'un internationaliste transnationaliste ne veuille s'intéresser qu'aux systèmes, en ce qu'ils sont plus aptes à régir la société internationale. Toutefois, nous pensons que nous n'avons pas encore atteint ce stade avancé d'organisation de la société internationale si bien que ordres et systèmes y coexistent encore, sans que la distinction soit opératoire. C'est d'ailleurs pour cela que nous considérons que le juge national est aussi le juge du droit international [151], ce qu'il ne sera plus dans une société internationale aboutie qui n'adviendra peut-être jamais.

40. La structure de ce chapitre va suivre les idées suivantes. Tout d'abord nous approfondirons les éléments de la société internationale dans laquelle le juge intervient (A). Dans un deuxième temps, nous nous interrogerons sur les raisons pour lesquelles le juge intervient [152] (B). Nous pouvons voir au moins trois éléments dans la réponse à donner à cette question : l'intervention du juge est un critère de l'Etat de droit *(rule of law)* ; l'accès au juge, dans une société centrée sur le demandeur ou autrement dit la « victime », est devenu un droit fondamental ; la société ne se satisfait plus de laisser des poches d'impunité, des failles dans lesquelles les auteurs de délits ou de crimes peuvent s'engouffrer (C). Nous aurons ainsi pavé le chemin sur lequel ce cours pourra se construire. Mais nous ne pourrons éviter de nous pencher un peu sur les critiques que suscite la justice internationale, non pour y répondre, mais pour donner aussi une voix à ceux qui s'inquiètent de voir le juge prendre une place qu'il ne « mériterait » pas, comme si les pouvoirs qu'il possède désormais gênaient les Etats [153] (D).

A. La société internationale, berceau du tiers impartial et indépendant

41. Plusieurs exemples historiques vont nous aider à mieux cerner ce dont nous voulons parler dans cette section. Nous garderons à l'esprit la trilogie proposée par Max Weber quand il analyse la légitimité du juge : principe traditionnel, principe charismatique et principe légal [154].

151. Cf. *infra*, chapitre 4.
152. Nous laissons les questions « comment » et « par qui » pour d'autres chapitres de ce cours.
153. Lors d'une conférence organisée à Copenhague par *iCourts* les 21 et 22 mai 2019, l'attitude actuelle des Etats a été décrite comme un « contrecoup » *(backlash)* compréhensible.
154. Rappelés par B. Kriegel, *op. cit. supra* note 142, à la p. 138.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

L'exemple que donne Max Weber pour la première catégorie est tiré de la tradition musulmane : le tiers impartial et indépendant est le *Khadi* qui statue sur la place du marché, personnage respecté et sage que vante Max Weber. On retrouve la même idée dans la mythologie grecque avec la fondation de l'Aéropage qui constituait le titre de gloire le plus authentique du citoyen grec qui y était appelé et l'ancrage central de la société grecque [155].

42. Le principe charismatique peut être exemplifié, dans l'Europe chrétienne, par la papauté qui cherche à conserver une supériorité spirituelle et universelle, elle qui investit toujours l'empereur du Saint-Empire. Mais la centralité romaine se heurte à des princes qui cherchent eux aussi à s'établir en chefs politiques de la Chrétienté, contestant dans ce domaine la légitimité d'un pontife qui se veut aussi souverain temporel. Finalement, après une longue période de déclin, c'est une fois libéré de la « question romaine » que le Saint-Siège parvient à s'ériger en puissance morale et à jouer un rôle de conciliateur, non plus dominant, mais agent de paix à l'échelle internationale, et cela jusqu'à aujourd'hui [156]. Le cas de la papauté montre particulièrement bien à quel point un arbitre, pour s'imposer comme autorité valable et pouvoir agir comme tiers impartial et indépendant, doit avoir réglé toute tension sur son propre territoire et éliminé les éléments qui empêchaient sa neutralité [157]. C'est à ce prix que le tiers peut développer une véritable politique d'apaisement sur des acteurs qui reconnaissent sa neutralité.

43. Quant au principe légal, on peut l'identifier à la Révolution française qui cherche à imposer la France comme un arbitre de l'Europe qui saurait diffuser le modèle républicain et agir au nom de la souveraineté des peuples. Ce faisant, cette tentative est aussi un moyen de renforcer la République à l'intérieur même du pays. Plus d'un siècle après, Paul Hymans tente d'assurer à la Belgique le rôle pragmatique d'arbitre dans le conflit polono-lituanien (1920) ou lors de l'affaire du détroit de Corfou (1923), dans le but d'entériner l'abandon

155. C'est notamment ce que racontent les Euménides, même si le collectif est plus important que l'individu dans la Grèce antique et l'impartialité du juge tirée du collectif plutôt que de l'individu lui-même. Cf. L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique,* Maspéro, 1968 et J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, 2001.

156. A.-S. Nardelli-Malgrand et A. Pialoux, « Arbitres et arbitrage en Europe depuis l'époque moderne », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe* (en ligne), 2016, mis en ligne le 9 novembre 2015, consulté le 14 mai 2018.

157. J.-M. Ticchi, « Bons offices, médiations, arbitrages dans l'activité diplomatique du Saint-Siège de Léon XIII à Benoît XV », dans *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Italie et Méditerranée,* tome 105, n° 2, 1993, p. 567-612.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de la neutralité de son pays et, en lançant une tradition d'expertise internationale belge, de forger la place de la Belgique dans la nouvelle hiérarchie européenne [158]. C'est encore la France qui donne sa garantie aux traités d'arbitrage, d'entente et d'assistance mutuelle comme le traité serbo-grec de 1926 [159].

44. Les recompositions politiques engendrées par l'essor des nations et les guerres mettent bien en évidence les tensions déjà visibles à l'époque moderne entre l'arbitre dominateur et l'arbitre médiateur, grandes puissances s'imposant par la force et petits Etats cherchant à jouer un rôle crucial par une position d'intermédiaire. Mais elles renforcent aussi d'autres débats déjà existants, d'autres façons de concevoir un arbitrage plus collectif, voire moins associé au seul pouvoir politique.

45. L'histoire contemporaine est également riche. Les discussions longues et difficiles qui ont présidé à la création des TPIY et TPIR entre les Etats-Unis, la France, le Royaume-Uni, la Chine et la Russie, notamment, montrent tous les enjeux des différentes options alors disponibles et leurs conséquences sur la structuration de la société internationale autour de la création d'un organe judiciaire : permanence ou non, complémentarité ou non, champ de la compétence notamment vis-à-vis des auteurs de crimes, etc. [160]. Le TPIR est l'archétype de la relation compliquée entre la justice internationale et la justice interne. Il a lui-même été installé dans un Etat tiers, la Tanzanie, lieu certes proche du Rwanda, mais délocalisé par rapport aux crimes commis. Son organe d'appel était situé à La Haye, aux Pays-Bas, puisqu'il était commun au TPIY et au TPIR, essentiellement pour des raisons budgétaires. Il était clair, cependant, que le TPIR ne pourrait pas juger tous les criminels ayant participé, d'une manière ou d'une autre, au génocide. C'est pourquoi, le gouvernement rwandais a décidé de constituer les tribunaux *gacaca*, tribunaux du peuple (le mot *« gacaca »* veut dire « herbe »), investis de l'autorité du pouvoir souverain et de

158. A.-S. Nardelli-Malgrand et A. Pialoux, *op. cit. supra* note 156.

159. *Ibidem*.

160. On lira avec profit le récit qu'en fait D. Scheffer, alors ambassadeur des Etats-Unis pour les crimes de guerre, dans son ouvrage *All the Missing Souls.* On lira également le récit qu'il fait de la création des chambres extraordinaires du Cambodge qui ont donné lieu aux plus longues tractations de l'histoire de la justice internationale (1997-2006) en raison non seulement de la situation au Cambodge même, mais aussi des rapports de force au sein des Nations Unies. L'Allemagne et le Japon ont été les plus gros contributeurs pour la constitution de cette juridiction, le Japon acceptant également de financer la part du Cambodge.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la loi [161]. Ce double mécanisme de justice (international et local) a été considéré comme le mieux à même de préserver durablement la paix et la réconciliation dans la période suivant les troubles, que ce soit la guerre civile ou contre un Etat étranger, un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité [162].

46. D'autres exemples permettent de mieux comprendre le rôle du tiers impartial et indépendant. Lors de l'éclatement de ce qu'il est convenu d'appeler la « crise ukrainienne », l'Allemagne a joué le rôle de médiateur pour maintenir le dialogue à la fois avec la Russie et avec l'UE. Or, jamais l'Allemagne n'aurait pu jouer ce rôle si, partie prenante et force politique et économique au sein de l'UE, elle n'avait pas toujours, en bilatéral, cherché à préserver une ligne de communication avec la Russie. Certes, ces efforts n'ont pas forcément été couronnés de succès, au moins aux yeux de ceux qui sont extérieurs à ce processus. Mais, c'est l'état des rapports de force dans la société internationale au moment où l'Allemagne agit qui lui permet d'endosser ce rôle. Comme le disent fort bien Anne-Sophie Nardelli-Malgrand et Albane Pialoux :

> « L'arbitre tire une partie de sa force de sa renommée, de ce que les Européens du XVII[e] siècle nommaient la *fama*. Il existe à l'époque moderne un lien intime entre hiérarchie des puissances et réputation de leurs princes, ce que démontre le cas de la polémique autour de l'arrestation de Don Edouard de Bragance par l'empereur sur la sollicitation du roi d'Espagne. De 1641 à 1649, la libération du prince fut un enjeu majeur de la diplomatie des Bragance, qui s'attachèrent dans cette affaire à faire de la sphère publique un tribunal des actions des princes. » [163]

---

161. Nous n'approuvons ni ne désapprouvons le travail de ces tribunaux *gacaca*. De nombreux ouvrages et articles ont été écrits sur ces juridictions locales, traditionnelles, certains très critiques, car elles auraient permis des abus, notamment des expropriations forcées et autres voies de fait. Voir par exemple, H. Dumas, « Gacaca courts in Rwanda – A local justice for a local genocide history ? », dans Ch. Delage et P. Goodrich, *The Scene of Mass Crime : History, Film and International Tribunals,* Routledge, 2013, qui met en garde contre la construction de l'histoire du génocide au Rwanda uniquement à partir des documents juridiques et à partir de témoignages oraux. Sur ce dernier point, H. Otgaar et M. L. Howe, *Finding the Truth in the Courtroom – Dealing with Deception, Lies and Memories,* OUP, 2018.

162. Sur les différentes options qui s'ouvrent dans la période post-conflit, on prendra connaissance du rapport publié par le Secrétaire général des Nations Unies en 2004 « Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », S/2004/616.

163. A.-S. Nardelli-Malgrand et A. Pialoux, *op. cit. supra* note 156.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

La rivalité des princes et des rois pour être reconnus « arbitre de l'Europe » est une constante de l'histoire européenne, qui fait de la « politique extérieure » (anachronisme) un élément de la politique intérieure des souverains afin de gagner à leur cause l'opinion de leur peuple grâce aux conflits qu'ils ont pu apaiser à l'extérieur des frontières de leur territoire. On note également que dans son *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe* de 1713, l'Abbé de Saint-Pierre, constatant la faiblesse de l'ordre juridique international, théorise un arbitrage fondé sur des décisions définitives, contraignantes et exécutoires par le recours à la force mis en œuvre collectivement.

47. Ces exemples permettent de comprendre que le rôle du tiers impartial et indépendant est directement fonction de la structuration de la société dans laquelle il intervient. La société internationale ne fait pas exception. Or, si l'on regarde la composante étatique de cette société, les Etats sont partagés au moins entre deux attitudes opposées. D'une part, il y a ceux qui ne se départissent pas du modèle traditionnel, que nous appellerons westphalien pour la facilité de l'exposé, selon lequel les Etats sont souverains. Cette souveraineté sans partage ou presque engendre une égalité (au moins formelle) entre eux, un respect mutuel de leurs intérêts respectifs, la réciprocité, l'absence de valeurs supranationales imposant à chaque membre de la société des obligations qui peuvent aller à l'encontre de leurs intérêts égoïstement compris. D'autre part, il y a les Etats qui veulent croire à une communauté internationale qui serait née avec la Charte des Nations Unies dont le but commun serait la sauvegarde de valeurs fondamentales telles que la paix, les droits de l'homme, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la justice internationale, valeurs que chaque membre de cette communauté devrait respecter et pourrait attendre des autres qu'ils les respectent, même au risque de mettre à mal l'autorité de l'Etat [164]. On peut notamment se demander comment interpréter les réactions de l'Union africaine aux différentes « avancées » de la justice internationale à l'égard de dirigeants africains [165]. Cette organisation a pu y voir une

164. En ce sens, A. Cassese, « Conclusion », dans A. Cassese et M. Delmas-Marty (dir. publ.), *Crimes internationaux et juridictions internationales,* PUF, 2002, p. 257.

165. Voir décision sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle, Assemblée/UA/Déc. 1999 (XI) 1er juillet 2008 et 27 juillet 2010, 31 janvier 2011, 16 juillet 2012. Décision de l'UA sur la demande du procureur de la CPI de la mise en accusation du président de la République du Soudan, Assemblée/UA/Déc. 221 (XII) 3 février 2009. Voir aussi la décision sur le rapport de la Commission concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des décisions antérieures relatives à la CPI, Assemblée/UA/Déc. 547, XXIV, 31 janvier 2015 et 15 juin 2015.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

menace pour ses tentatives de meilleure gouvernance en Afrique. Mais on peut y voir aussi une représentation de la première catégorie d'Etats mentionnée ci-dessus. Ils seraient partisans de conserver leurs prérogatives sur leur continent et ainsi de ne pas se soumettre à une justice internationale, qui ne serait rien d'autre qu'une résurgence du droit et de la justice coloniaux [166].

48. La résurgence de l'idée d'un droit colonial (et le juge qui en serait le metteur en scène) fait immanquablement penser à la théorie marxiste du droit, selon laquelle le droit n'est qu'un instrument au service de la domination [167], voire un artifice créé par les plus forts pour exercer leur pouvoir et l'exercice de celui-ci sous couvert d'une norme supposément neutre. Mais même si l'on ne souscrit pas à cette vision, on ne peut pas non plus nier que la norme juridique est à la fois une traduction de politiques de tous ordres (économique, sociale, etc.), voire de positions idéologiques qui peuvent, en retour, être influencées par la norme choisie. C'est en cela que le droit est « politique », que la norme juridique n'est jamais « neutre » car elle sert d'outils, de vecteur, à des décisions politiques. Certes, on pourrait affirmer que cette vision ne vaut que pour le législateur. En réalité, elle vaut aussi pour le tiers impartial et indépendant qui, par sa décision, ou par la manière dont il va orienter les parties à trouver une solution, va faire prévaloir, même inconsciemment, ses propres préférences [168].

49. Pour les occidentaux, la justice, au sens « acte de juger » est le signe d'une société mûre, sophistiquée, qui bannit la revanche comme mode de réparation des injustices qui peuvent être commises [169] et refuse que l'oubli [170] soit la solution à l'absence de justice. Si le droit est l'art du bon et de l'équitable (selon la célèbre formule d'Ulpien), alors le tiers impartial et indépendant est l'artiste qui donne au justiciable

166. Ces questions ne sont pas nouvelles et elles ont été débattues avec force notamment lors des conférences de la paix de La Haye en 1899 et 1907. Sur ces deux conférences, cf. *infra* chapitre 2.

167. Voir, par exemple, R. Bachand, *Les subalternes et le droit international – Une critique politique,* Pedone, 2018.

168. Dans le chapitre 8 de ce cours nous reviendrons sur ces biais inconscients. Pour une discussion de ces questions, voir K. J. Alter, *op. cit. supra* note 67, notamment le chapitre 2.

169. P. Ricœur insiste sur le fait que la justice (à la fois au sens substantiel et au sens procédural du terme) doit éliminer la violence de la société.

170. Sur l'oubli et ses conséquences pathologiques, on peut citer Y. Yerushalmi, « Réflexions sur l'oubli », dans Y. Yerushalmi *et al*., *Usages de l'oubli. Contributions au Colloque de Royaumont*, 1987, Seuil, 1988. Voir Jankélévitch, *L'imprescriptible. Pardonner ? Dans l'honneur et la Dignitié*, Seuil, 1996.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

accès à ce qui est bon et équitable. C'est à Antonio Cassese que l'on emprunte ces mots puissants :

> « La revanche ne peut être que l'ultime recours de ceux à qui a été refusée une procédure légale, comme le montre le cas des Arméniens après la Première Guerre mondiale (ils ont rendu justice de leurs propres mains pour punir ceux qu'ils considéraient responsables du génocide des Arméniens de 1915). » [171]

A. Cassese rapporte également les mots, prononcés en 1999 par Sakib Ahmié, l'un des témoins principaux dans l'affaire *Kupreskic et al.* portée devant le TPIY : « Mon petit-fils a maintenant trois ans. Si les assassins des douze membres de ma famille ne sont pas punis, ce sera à lui, quand il aura vingt ans, d'aller les tuer. Ainsi justice sera rendue. »

50. Le lien entre justice et paix est particulièrement prégnant dans la société internationale. La recherche d'une solution pacifique aux différends a été l'obsession des juristes du XIX^e^ siècle, solution qui pourrait figurer au « patrimoine commun de l'humanité » selon la jolie formule d'un auteur [172]. Les efforts des internationalistes de la fin du XIX^e^ siècle et du début du XX^e^ siècle tendent à mettre la guerre et la violence politique (au sens de Paul Ricœur) hors la loi si bien que la paix ne pourrait plus être assurée que par la justice ou, si elle ne peut exercer cette fonction seule, par la justice parmi d'autres moyens pacifiques de règlement des différends. Cela ressort tout particulièrement de la réunion, à Paris en 1927, de l'Union interparlementaire qui conclut que, désormais, la guerre ne peut plus être envisagée autrement que comme un crime contre le droit international [173]. C'est encore cette conception qui innerve notre compréhension actuelle de la justice et de sa place dans la société. Cela nous est rappelé avec éclat par le rapport que publie le TPIY en 1998 dont nous citons un extrait :

> « Ensuring that history listens is a most important function of the Tribunal. Through our proceedings we strive to establish as judicial fact the full details of the madness that transpired in

171. A. Cassese, « Quelques réflexions sur la justice pénale internationale », dans E. Fronza et S. Manacorda (dir. publ.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc – Etudes des* Law Clinics *en droit pénal international,* Dalloz et Giuffrè Editore, 2003, p. 283.

172. Ch. Jarrosson, « Chronique sur les MARC », *Justices,* 1997, n° 6, p. 276.

173. S. Szurek, « Historique – La formation du droit international pénal », dans H. Ascensio et al, *Droit international pénal*, 2^e^ édition, 2012, p. 23.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> the former Yugoslavia. In the years and decades to come, no one will be able to deny the depths to which their brother and sister human beings sank. And by recording the capacity for the evil in all of us, it is hoped to recognise warning signs in the future and to act with sufficient speed and determination to prevent such bloodshed. » [174]

Cette vision a été confirmée par Antonio Cassese, le premier Président du TPIY devant l'Assemblée générale des Nations Unies [175] : « [the institution] is creating a historical record of what occurred during the conflict thereby preventing historical "revisionism" ». Plus récemment, deux auteurs affirment que au-delà du rôle limité de régler les différends, les juridictions internationales

> « stabalize normative expectations which includes the reassertion of international law's validity and its enforcement ; they develop normative expectations and thus make law ; and they control and legitimate the authority exercised by others » [176].

51. Pourtant, il n'est pas certain que l'on ait trouvé le bon équilibre entre les différents objectifs que l'on assigne à la justice internationale. William A. Schabas, rappelle les propos de Hannah Arendt dans *Eichmann à Jérusalem* qui réfutait ces ambitions multiples :

> « The purpose of the trial is to render justice and nothing else ; even the noblest of ulterior purposes – "the making of a record of the Hitler regime which would withstand the test of history", as Robert G. Storey, executive trial counsel at Nuremberg, formulated the supposed higher aims of the Nuremberg Trials – can only detract from the law's main business : to weigh the charges brought against the accused, to render judgment and to mete out due punishment. » [177]

---

174. Cité par W. Schabas, « Building the narrative – The UN Tribunals for the former Yougoslavia, Rwanda and Sierra Leone », dans Ch. Delage et P. Goodrich (dir. publ.), *op. cit. supra* note 161, p. 23-39, à la p. 26.

175. UN Doc. A/52/PV.44, p. 2.

176. A. von Bogdandy et I. Venzke, « On the Functions of International Courts : An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority », 26 *Leiden J. Int'l L.* 49 (2013).

177. H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem : A Report on the Banality of Evil,* New York, Viking, 1964, p. 253, cité par W. Schabas, *op. cit. supra* note 171. Ce sont des questions similaires que posent K. Bachmann *et al*., *When Justice Meets Politics,* Peter Lang Edition, 2013, à la p. 18.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

52. On ne peut pas passer sous silence le phénomène de la mondialisation ou de la globalisation [178] qui, pour ne pas être nouveau, a pris une ampleur sans précédent à la fin du XX[e] siècle. La justice a participé à ce phénomène à la fois pour le consolider et pour tenter d'établir un équilibre entre les acteurs et leurs intérêts, ce à quoi elle n'a pas encore abouti. L'introduction du livre *The International Judge* [179] le confirme.

53. Enfin, il n'est pas certain que la critique d'Alexis de Tocqueville selon laquelle, « si le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaisse » [180], soit pertinente pour la société internationale. Certes, c'est la même idée que Paul Ricœur reprend à son compte : « le judiciaire est poussé en première ligne par des institutions politiques en voie de décomposition ». Mais la justice du monde est au service de l'être humain, elle a le temps pour elle [181]. Son rapport au politique a changé, dès lors que l'Etat lui-même ainsi que ses hauts responsables sont susceptibles d'être poursuivis pour des actes contraires aux droits humains [182]. Nous préférons penser que l'intervention du tiers impartial et indépendant est le signe de la maturité de la société internationale, en ce qu'il prend toute sa part dans la construction de l'Etat de droit international, dont il convient de penser l'intervention non en opposition au pouvoir politique des Etats mais en coopération avec lui, en une sorte de maïeutique collaborative.

B. Le tiers impartial et indépendant, partie prenante de l'Etat de droit

54. Toute la littérature sur l'Etat de droit ou, en anglais, la *rule of law*, tend à nous convaincre que la conception de l'Etat de droit au XXI[e] siècle intègre le tiers impartial et indépendant comme composante

178. La mondialisation est un phénomène neutre qui voit les échanges s'universaliser et se multiplier. La globalisation, est une forme particulière de mondialisation, libérale, capitaliste et financiarisée du point de vue économique et en partie américanisée du point de vue notamment juridique.

179. D. Terris *et al.*, *op. cit. supra* note 71. Nous n'insistons pas sur cet aspect de l'évolution de la société internationale car elle a déjà été étudiée abondamment. Cf. par exemple, J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation,* Seuil, 2005.

180. A. de Tocqueville, *Démocratie en Am*érique, cité par P. Lambert, « La montée en puissance du juge », dans *Le rôle du juge dans la cité,* Les cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice, n° 1, Bruylant, 2002, à la p. 2.

181. A. Garapon, « Les trois temporalités de la justice », dans *L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter,* Dalloz, 2016, p. 431-444.

182. A. Garapon, *ibidem*, p. 431.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

indispensable sans laquelle la *rule of law* ne serait pas respectée [183]. La seule lecture du rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité du 2 août 2004, suffit à le prouver [184]. S'il fallait encore s'en convaincre, qu'il suffise de se souvenir que le droit d'accès à la justice est un droit fondamental. L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

> « … toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil … » [185].

On retrouve, en des termes équivalents la même injonction à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme CEDH, les articles 8 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, les articles 7 et 26 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi qu'à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) dit que l'accès à la justice est « un pilier de base de l'état de droit » [186]. Il en va de même pour la CourEDH qui affirme : « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » [187]. Le droit au recours à un tiers et sa mise en œuvre effective sont donc érigés en valeur cardinale permettant d'assurer la sécurité juridique due aux membres de toute société. En cela, le tiers est un acteur de la gouvernance mondiale [188].

---

183. C'est par cette affirmation que commence la *Magna Carta* des juges européens adoptée en novembre 2010 par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) au sein du Conseil de l'Europe, CCJE (2010) 3 Final, *op. cit. supra* note 145.

184. Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, 23 août 2004, S/2004/616.

185. *RTNU* volume 999, n° 14668, p. 171.

186. *Castillo Paez c. Pérou*, 3 novembre 1997, Ser C n° 43, par. 82.

187. Parmi de nombreuses décisions, on peut citer : *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70, *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, n° 36760/06 par. 229. Voir aussi la Commission de Venise (commission européenne pour la démocratie par le droit), Rapport sur la prééminence du droit, quatre-vingt-sixième session plénière, 28 mars 2011, par. 22.

188. A. von Bogdandy et I. Venzke, *In Whose Name ? A Public Law Theory of International Adjudication,* OUP 2014, p. 207. Ceci est démontré par un livre destiné à l'enseignement du droit international privé uniquement par le prisme des sagas judiciaires des cinquante dernières années : v. H. Muir Watt *et al.* (dir. publ.), *Global Private International Law*, EE Elgar, 2019.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

55. Nous verrons d'ailleurs plus tard dans ce cours [189] que l'impossibilité matérielle ou juridique d'accéder à une forme de justice constitue un déni de justice contre lequel tous les Etats de droit sont d'accord pour lutter, même si, en pratique, l'exercice d'une telle compétence est rare car difficile pour le demandeur. Les formes de cette lutte peuvent être et sont diverses, certaines plus efficaces que d'autres. C'est d'ailleurs au nom de la lutte contre le déni de justice que les organisations intergouvernementales ont dû organiser en leur sein leurs propres mécanismes de règlement des différends. Elles l'avaient fait de manière assez précoce par les tribunaux administratifs compétents pour statuer sur les litiges entre les fonctionnaires et l'organisation qui les emploie [190]. Souvent d'ailleurs, c'est la convention leur accordant l'immunité qui exige de l'organisation qu'elle crée en son sein

> « des modes de règlement appropriés pour *a)* les différends en matière de contrats ou autres différends de droit privé dans lesquels l'Organisation serait partie ; *b)* les différends dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire de l'Organisation qui, du fait de sa situation officielle, jouit de l'immunité, si cette immunité n'a pas été levée par le Secrétaire général » [191].

Ce droit d'accès à la justice vaut pour tous les pans du droit. En matière internationale, la force du droit dépend souvent du mécanisme de règlement des différends qu'il propose. La comparaison entre le GATT et l'OMC est parlante. Tant que le GATT existait sans mécanisme robuste de règlement des différends il était appliqué, mais jusqu'à quel point ? Il n'a commencé à prendre une réelle ampleur qu'avec l'OMC et son mécanisme de règlement des différends comprenant une chambre d'appel. De la même manière, l'efficacité de la Convention Aarhus est certainement, en grande partie, due à son *Compliance Committee* (ACCC) établi par la décision 1/7 de la première réunion des Etats parties. Contrairement à ce que son nom pourrait laisser penser, l'ACCC est une quasi-juridiction chargée de régler les différends qui naissent en raison d'une mauvaise application de la Convention [192].

189. Chapitre 9.
190. L'UE possédait, au sein de la Cour de justice, un tribunal de la fonction publique qui a été fusionné récemment avec le Tribunal.
191. La citation au texte est tirée de l'article VIII, section 29 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.
192. E. Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, EE Elgar, 2016, p. 108-122. Ellen Hey a été membre du *Compliance Committee* et a donc vécu de l'intérieur son fonctionnement.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

56. Cela explique que le tiers impartial et indépendant est devenu la cheville ouvrière de la société internationale et le garant de la démocratie [193] qui est, aujourd'hui, la seule organisation politique admissible, même si elle subit de nombreuses exceptions et de nombreuses nuances. Comme le dit François Ost, s'exprimant seulement pour la société interne à un Etat donné, mais dont les remarques nous paraissent transposables en partie pour la société internationale, le juge a subi au cours de l'histoire une mutation qui l'a fait passer de « juge-pacificateur à juge-arbitre et à juge-entraîneur » [194] ou de Jupiter à Hercule et à Hermès [195]. Ces idéaux-types, que François Ost a empruntés à Max Weber [196], sont propices à nous faire réfléchir sur la figure du tiers impartial et indépendant que l'Etat de droit de la société internationale réclame. Le juge-Jupiter, caractéristique de l'Etat de droit libéral se définit par une logique juridique pyramidale (on retrouve Kelsen) qui transforme le juge en légaliste à l'instar d'un arbitre sur un terrain de sport [197]. Le juge-Hercule [198] accompagne l'émergence de l'Etat social. Associé aux politiques de l'Etat providence, le juge devient source de droit importante (la pyramide se renverse), et la casuistique du dossier prend le pas sur le centralisme du code ; préoccupé de la performance sociale de sa décision, plus que de sa rigueur formelle, le juge se fait entraîneur [199]. Quant au juge-Hermès, il traduit la mise en place de l'Etat réseau [200] caractérisé par le déclin de la

193. Voir la leçon inaugurale de J. Crawford, *Democracy in International Law*, CUP, 1983.

194. F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », dans Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir. publ.), *op. cit. supra* note 144, p. 1-70.

195. F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2012 (2e éd.).

196. On remarquera que R. Dworkin, dans son livre *Law's Empire*, Harvard U. Press, 1986, p. 238 ss, puis p. 317 ss, reprend les deux modèles de juge Hercule et Hermès, mais ne cite pas M. Weber, dont le nom n'apparaît pas dans l'index. On ne sait donc pas s'il a ou non été inspiré par Weber. De toute manière, il ne donne pas à ces deux figures de juge la même signification que celle que lui donnent Weber d'abord, puis F. Ost. Dans son livre, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard U. Press, 2006, p. 53 ss, il reprend la figure du juge Hercule et y ajoute celle de Minerve, là encore dans des sens différents. On aurait pu conduire une réflexion sur le croisement entre ces modèle-types de juge et les cités de L. Boltansky, concept par lequel il pense les modes de « justification » qui permettent d'engendrer la légitimité. Cela n'a pu être fait, faute de temps.

197. F. Ost, *op. cit. supra* note 144, « Obiter dicta », p. VII.

198. La parabole du juge Hercule a été utilisée par R. Dworkin mais dans un sens tout autre : celui à qui est demandé d'accomplir une tâche surhumaine.

199. *Ibidem*.

200. F. Ost fait référence aux recherches ayant abouti au livre fort connu *De la pyramide au réseau*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

souveraineté étatique et la montée en puissance de multiples pouvoirs concurrents [201].

> «Au cœur de ce réseau, le juge opère comme un régulateur, s'efforçant d'assurer la coordination de ces multiples sources du droit ; un droit qui apparaît négocié et procédural, tandis qu'une logique communicationnelle l'emporte maintenant sur les logiques hiérarchiques et pragmatiques des deux autres modèles qui, s'ils passent à l'arrière plan, ne disparaissent pas pour autant. » [202]

En lisant ces lignes, on ne peut s'empêcher de penser que le tiers impartial et indépendant de la société internationale emprunte à divers modèles et devient un être hybride tenant un peu de tous les modèles à la fois, tant la société internationale présente des exigences parfois contradictoires. Voyons ce qu'il en est.

57. La séparation des pouvoirs étant le modèle indépassé, probablement indépassable, de l'Etat de droit de ce début de XXI^e^ siècle, le juge doit être préservé des interférences à la fois du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. C'est en ce sens que l'on pourrait parler de la jurisprudence comme bien commun *(public good)* ainsi que le fait Cesare Romano [203]. Toutefois, la société internationale n'a pas encore pris la pleine mesure du rôle central à accorder au tiers impartial et indépendant, dans la mesure où celui-ci ne présente aucun trait d'unité. Quelle commune mesure existe-t-il entre le juge international et le tiers qui prend les habits du médiateur ou de l'arbitre, ces derniers, pour des raisons différentes, ne contribuant pas pleinement à l'organisation de la société internationale ? Les accords auxquels parviennent les parties grâce au médiateur ne sont normalement pas connus du public et peuvent être atteints et forgés en marge du droit. Ils ne contribuent pas vraiment à l'avancement du droit international, en tout cas pas directement, même s'ils sont le gage d'une société apaisée. Il en va de même des sentences arbitrales non publiées qui continuent à être la part la plus importante du travail des arbitres. Ce sont donc des *private goods* dont le rôle dans l'évolution du droit international est minime.

58. L'Etat de droit dans la société internationale présente des caractéristiques qui, selon la perspective adoptée, soit n'aident pas à

---

201. Nous n'approuvons pas ce modèle de concurrence comme nous avons eu l'occasion de le dire dans d'autres écrits, question que nous aborderons à nouveau, *infra*, dans le chapitre 12 sur le dialogue des juges.

202. F. Ost, *op. cit.*, *supra* note 144, à la p. VII.

203. *Op. cit., supra*, note 77, à la p. 470 et les citations qu'il mentionne note 37.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'organisation du rôle du tiers impartial et indépendant en un véritable « pouvoir », soit, au contraire, lui laisse la possibilité de s'engouffrer dans un vide béant [204]. Ainsi, les rôles du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ne sont pas répartis dans la société internationale comme dans un ordre interne. Les Etats, qui sont sujets du droit international et justiciables, sont aussi détenteurs du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, même si le pouvoir législatif est désormais partagé avec d'autres acteurs, non étatiques, qui multiplient la création de normes, juridiques ou non, pour servir les besoins de la société internationale. Le couple que doivent former le législateur et le juge, dans le respect de l'identité de chacun et l'harmonie du tout (comme les danseurs qui exécutent un pas de deux), prend une dimension et une forme plus incertaines dans la société internationale. Si l'on analyse ce duo avec le prisme du privatiste, l'analogie avec le droit des contrats est frappant, tant l'autonomie de la volonté est au cœur de l'organisation juridique et judiciaire de la société internationale. Le juge doit respecter cette autonomie et n'a guère de moyens pour passer outre, sauf dans les cas les plus flagrants de violation inadmissible, comme la violation des normes d'ordre public applicables.

59. D'une certaine manière, on est alors contraint de se tourner à nouveau vers les traditions nationales qui sont diverses sur ce rapport en binôme législateur-juge. Si la tradition française héritée de la Révolution et du Code civil fait du juge « la bouche de la loi » (Montesquieu) [205] et de la justice une œuvre collective désincarnée, la tradition de *common law* favorise une justice personnifiée, chaque juge signant sa contribution sous forme d'une opinion, le tout faisant éventuellement décision [206]. Il est cependant indéniable que le rapport entre le juge et le droit est un rapport jamais épuisé, toujours très riche, car le juge peut tirer son inspiration de nombreuses sources. Ainsi dans sa première monographie de 1927, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, H. Lauterpacht démontre que les tribunaux internationaux peuvent trouver dans la pratique des tribunaux arbitraux et la jurisprudence des tribunaux nationaux la solution à toutes les

204. L'absence de pouvoir au sens classique du terme ne veut absolument pas dire que la justice internationale ne remplit pas d'autres fonctions que le simple règlement des différends. En ce sens, voir A. von Bogdandy et I. Venzke, « On the Functions of International Courts : An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority », 26 *Leiden J. Int'l L.*, 2013, p. 49-72.

205. Mais cette expression a changé de sens au fil du temps ainsi qu'il sera expliqué *infra* au par. 82.

206. Cf. *infra* chapitre 11, La fabrique de la décision.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

questions dont ils sont saisis, lorsque le droit international lui-même n'est pas encore développé sur le point qu'ils ont à trancher [207].

60. Certes, beaucoup sont conscients que

> « le juge doit exercer une fonction qui fut longtemps réservée aux dieux, une tâche surhumaine en quelque sorte, puisqu'il doit distinguer le vrai du faux, le juste de l'injuste et, surtout, administrer une souffrance rédemptrice sous la figure de la peine … Le juge doit non seulement pacifier les rapports d'ici-bas mais aussi entretenir l'ordre du monde, nous réconcilier avec l'au-delà, ce qui explique que la justice humaine se soit longtemps adossée à une justice supra-humaine » [208].

Ce faisant, le juge prend la place des dieux, ce qui constitue, pour lui, un immense risque [209]. C'est à leur conscience [210] que de nombreux serments prêtés par les juges internationaux les renvoient [211], autrement dit au jugement dernier tel que rappelé par Matthieu « comme vous jugez, vous serez jugés » [212]. La procédure aurait dès lors été inventée pour libérer le juge du poids moral de sa fonction [213]. Qu'ont pensé les juges qui ont assisté au suicide du prévenu qu'ils étaient en train de condamner [214] ? Heureusement, toutes les affaires internationales ne sont pas aussi dramatiques.

61. La fonction de juger oscille constamment entre des impératifs contradictoires, si bien que le juge doit pouvoir se raccrocher aux vertus inhérentes à cette fonction au sens qu'Aristote donnait au mot « vertu » dans l'*Ethique à Nicomaque* [215], c'est-à-dire un mérite, qui s'acquiert par

---

207. Ces propos sont rappelés par E. Lauterpacht, *op. cit. supra* note 68*,* p. 1. L'auteur rappelle aussi que H. Lauterpacht a approfondi ce concept ainsi que le pouvoir des tribunaux internationaux dans sa deuxième monographie de 1933, *The Function of Law in the International Community,* puis dans son ouvrage de 1934 *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice,* publié à nouveau en une édition augmentée en 1958.

208. A. Garapon *et al.*, *Les vertus du Juge*, Dalloz, 2008, p. 12. Les auteurs citent alors la critique radicale de Deleuze pour qui le jugement doit être aboli dans une société qui a aboli Dieu.

209. *Ibidem*, p. 14.

210. C'est également au devoir de conscience des juges qu'en appelait le premier président de la Cour de cassation française, G. Canivet, dans son discours lors de l'audience solennelle d'ouverture de l'année judiciaire le 6 janvier 2006.

211. Cf. la liste des serments *infra* en annexe du chapitre 8.

212. Matthieu, 7, 1-2, cité par A Garapon *et al.*, *op. cit. supra*, note 208, à la p. 15.

213. *Ibidem*.

214. Nous faisons référence à Slobodan Praljak qui prend une fiole de poison et la boit alors qu'il est dans la salle d'audience où le tribunal annonce le verdict.

215. Aristote, *Ethique à Nicomaque,* Livre V. C'est avec Aristote que la figure du juge s'installe dans la réflexion sur la justice, disent L. Cadiet *et al.*, *Théorie générale du procès,* PUF, 2e édition, 2013, p. 56, no 11.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la pratique, par le comportement, par l'acte de juger lui-même. Platon, puis Aristote, font de la justice l'une des quatre vertus cardinales à côté de la prudence, de la tempérance et du courage [216]. C'est pour cela qu'il est paradoxal de désigner des juges à un trop jeune âge car l'expérience est essentielle à l'acte de juger. La justice traditionnelle nous en donne un exemple : ce sont les « vieux » du village qui sont chargés de dire ce que sera la règle commune ou comment un différend doit être réglé. Un second aspect de la vertu de juger tient au rapport à l'Autre. C'est en effet dans l'oubli de soi, de son intérêt propre, que l'acte de juger devrait s'opérer [217], sens que Kojève donnait au concept de « tiers désintéressé » dont nous avons dit en introduction, avec regret, qu'il ne correspond pas (ou plus) à la société dans laquelle nous vivons.

62. Juger est aussi une fonction politique en ce sens que le juge ne se contente pas d'appliquer aux circonstances de l'espèce telle ou telle règle, mais qu'il doit faire preuve de discernement dans les circonstances qu'il retient et qu'il doit donc opérer des choix. Comme le dit Montesquieu, le juge doit agir dans l'amour de la loi, c'est-à-dire dans le respect de l'Etat de droit [218] qui ne peut plus se comprendre sans un système de justice approprié. Ce faisant, la justice internationale se heurte à un paradoxe irréductible et probablement dommageable car si l'on suit l'enseignement de Ricœur, le droit (et donc la justice qui en est l'alliée inséparable) devrait permettre d'éviter, voire d'éliminer, la violence du politique [219]. Nous ne trancherons pas ce débat, mais souhaitons seulement qu'il soit conservé en mémoire car il est au cœur de la difficulté de la fonction de juger, surtout lorsque celle-ci s'exerce dans la sphère internationale.

63. Ceci est d'autant plus vrai, que le tiers impartial et indépendant participe à la vie politique et à la démocratisation de la société internationale. C'est ce que nous apprend, notamment, le ralliement des pacifistes français à l'arbitrage entre 1840 et 1890 [220]. Ils s'appuient sur l'idée que la sécurité collective appelle une forme de règlement des différends ancrée dans la volonté politique des peuples, permettant l'expression de leur génie culturel spécifique. La fonction de juger peut

216. Platon, *République*, Livre I.
217. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, par. 15.
218. A. Garapon *et al.*, *op. cit. supra*, note 208, à la p. 20. Voir aussi, S. Comtois, « On Judicial and Quasi-Judicial Independence : Introductory Remarks », dans S. Comtois et K. de Graaf (dir. publ.) *On Judicial and Quasi-Judicial Independence*, Eleven, 2013, à la p. 20.
219. P. Ricœur, *Le juste*, Editions Esprit, 1995.
220. A.-S. Nardelli-Malgrand et A. Pialoux, *op. cit. supra* note 156.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

alors être considérée comme « démocratique » en ce sens que deux juges, quelle que soit leur formation, leur origine sociale, leur compréhension des problèmes en jeu, à partir du moment où ils ont été admis dans la juridiction ou le tribunal qui statue, sont à même de faire prévaloir leur vue de manière égale [221]. Cette vision est valable pour les juridictions qui suivent le système de *common law* dans lequel les jugements sont personnifiés, chaque juge exprimant son opinion. En revanche, au sein des juridictions qui suivent le système de la collégialité et de l'anonymat, l'influence de chaque juge est plus occulte mais très réelle pour faire pencher la collectivité des juges vers l'une ou l'autre des solutions possibles.

64. Cette relation du politique et du juridique vaut encore pour la justice internationale telle qu'elle est conçue jusqu'à aujourd'hui. L'introduction du livre de Kenneth Bachmann *et al.*, *When Justice Meets Politics* [222], commence par ces mots :

> « But at the same time, international criminal tribunals are international institutions, created by states, alliances of states, or international organisations. They are therefore subject to power politics, political influences and international bargaining ; their final institutional design and the content of their rules is the result of compromises between states. By creating specific tribunals, states try to anticipate possible outcomes of the prosecutors' actions and the judges' verdicts ; they introduce institutional, financial and legal safeguards in order to prevent the tribunal from infringing their interests. »

Comme le dit K. Alter, les juridictions internationales sont des agents de changement de la société internationale [223]. Par les décisions qu'elles prennent, elles engendrent de nouveaux comportements des acteurs de cette société, ou à tout le moins pour les juridictions régionales, les acteurs situés ou agissant dans la sphère géographique pour laquelle la juridiction a été créée.

65. Le juge est là pour statuer sur des cas difficiles où souvent les positions des deux côtés de la barre sont d'égale valeur. Imaginez que vous soyez le juge désigné pour décider qui de Créon ou d'Antigone

221. J. Levin, *How Judges Reason – The Logic of Adjudication,* Peter Lang Pub., 1992, p. 4 et s.
222. K. Bachmann *et al.*, *op. cit. supra* note 177, p. 11.
223. K. Alter, *op. cit. supra* note 67, à la p. 29.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

a raison. Antigone [224], fille d'Œdipe et de Jocaste, et sœur de Polynice, se heurte à son oncle Créon qui interdit de donner une sépulture à Polynice car il a enfreint les lois de la Cité. Créon est du côté de la raison d'Etat. Il doit penser à l'ordre dans la Cité et aux conséquences s'il laissait impuni l'acte de rébellion et de parjure dont s'est rendu coupable Polynice. Antigone, de son côté, obéit aux lois immémoriales de la civilité qui veut que l'on ne puisse laisser un être humain sans sépulture, le corps étant laissé comme proie aux animaux. (cf. image 1)

66. De la même manière, imaginez que vous êtes le tiers désigné pour juger qui a raison de Titus ou de Bérénice. Titus suit à la lettre les lois de Rome qui veulent qu'une étrangère ne puisse devenir impératrice de Rome. Bérénice, reine de Judée, qui a vu mourir les siens de la main de son futur époux et de ses armées, n'en est pas moins amoureuse et implore Titus de déroger à la règle. Comment jugeriez-vous ?

67. Si vous étiez médiateur, vous aideriez les parties à trouver un accommodement permettant de les satisfaire toutes les deux. Dans le cas de Titus et Bérénice, c'est relativement facile. Titus peut obtenir du Sénat une dérogation qui lui permette d'épouser Bérénice sans qu'elle devienne impératrice, d'autant qu'elle proclame son mépris des honneurs. Après tout, elle est reine de Judée et cela lui suffit. Evidemment, les choses se compliquent un peu si l'on pense à la descendance. Mais dans la Rome de l'époque, ce n'est probablement pas un réel problème. Dans le cas d'Antigone et de Créon, trouver la solution qui satisfasse les deux parties est plus délicat. En effet, le peuple qui eut à subir la tyrannie de Polynice et une guerre inutile à cause de son obstination à ne pas suivre les accords passés avec son frère, ne comprendrait pas que Créon permette de lui donner une sépulture. La solution pourrait être qu'Antigone soit autorisée, après quelques jours d'application exemplaire de la peine, à finalement enterrer le corps de Polynice, secrètement et sans honneurs, et sans que la tombe fut identifiée afin de ne pas favoriser l'émergence d'un culte à sa mémoire. Cela fait penser à la décision de l'Etat d'Israël de jeter les restes d'Eichmann à la mer après son exécution, acte réitéré par les Etats-Unis pour Oussama Ben Laden après qu'il a été tué par un commando de l'armée américaine.

224. La sculpture d'Edmée Guyon, image n° 1, par le mouvement des voiles, donne à voir une femme cherchant à s'échapper du carcan de la raison d'Etat et des règles de la Cité qu'elle juge iniques.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

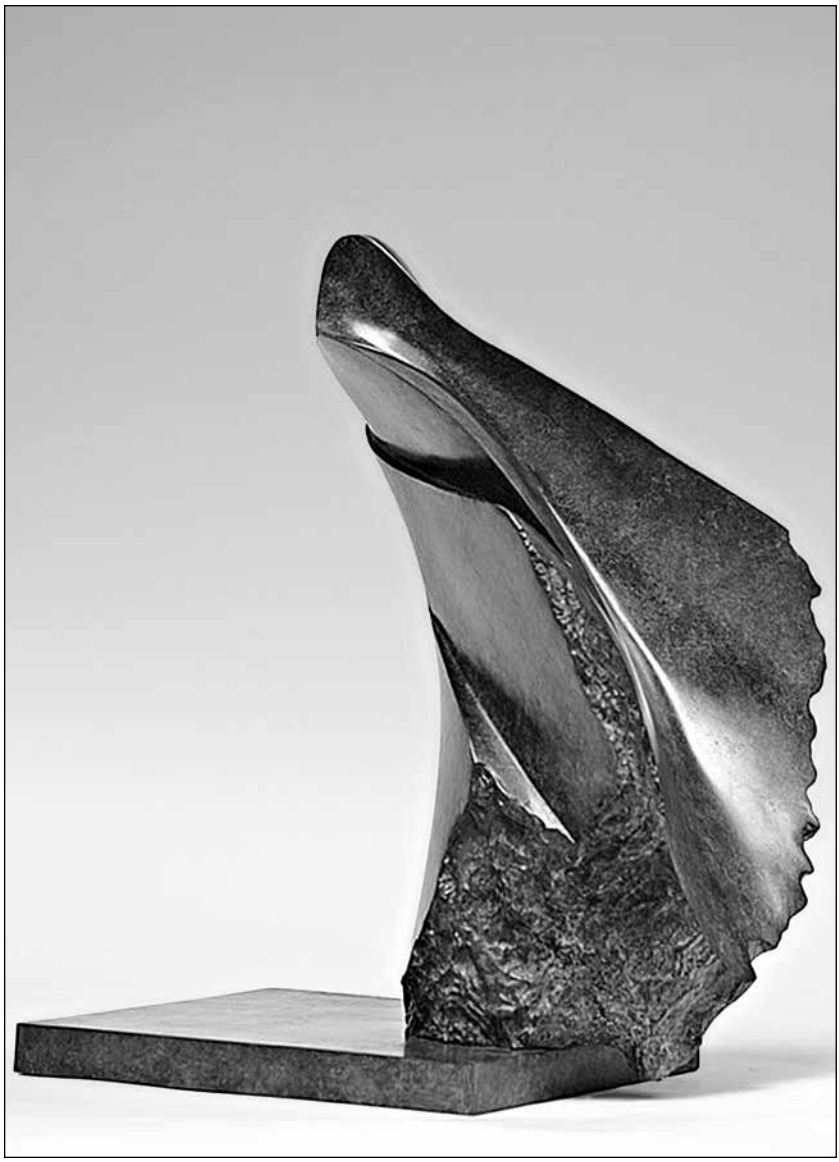

Image 1. Edmée Guyon, *Antigone*, bronze patiné, 2004, photo Thierry Jacob, reproduction avec l'aimable autorisation de l'artiste.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

68. Juger est un acte grave surtout en matière pénale. Dans ce domaine, plus que dans tout autre, la justice doit être administrée avec beaucoup de précautions. Normalement, les crimes sont établis juridiquement avant la commission des faits et les juridictions en place avant ceux-ci. Or, pour la justice pénale internationale jusqu'à la Cour pénale internationale, c'est le contraire qui s'est produit, au moins si l'on en juge par l'histoire généralement admise. A Nuremberg et à Tokyo, la justice a été créée sur le fondement d'un sentiment universel de crime alors même que certains des crimes poursuivis n'avaient pas encore une complète qualification juridique. Ceci est partiellement vrai car la notion de crime contre l'humanité avait déjà été établie dès 1915, en pleine Première Guerre mondiale, en raison des massacres des Arméniens par l'Empire ottoman finissant et le gouvernement jeunes-turcs, par une déclaration conjointe de la France, du Royaume-Uni et de la Russie sur laquelle nous reviendrons au chapitre 4. En ce sens, Nuremberg a appliqué un concept qui existait, contrairement à ce qui est souvent dit. Mais le crime de génocide ne sera « codifié » qu'avec la Convention de 1948. Et contrairement à ce que voulait Lemkin, le procureur Jackson refusa d'en faire usage à Nuremberg. En politique judiciaire, on critique souvent les juridictions spéciales qui sont considérées comme illégitimes. Pourtant en matière de justice internationale pénale c'est exactement ce qui a été fait. C'est d'ailleurs un reproche qui est souvent formulé à l'égard des tribunaux de Nuremberg et Tokyo. Henri Donnedieu de Vabres, juge français titulaire au Tribunal de Nuremberg, souligne ce point dans l'introduction du cours qu'il enseigne à l'Académie de La Haye de droit international en 1947 intitulé « Le Tribunal de Nuremberg ». Cela montre le malaise qui persiste chez lui, un an après la clôture de cette juridiction, sur le rôle conféré à ce tribunal :

> « Le Tribunal militaire international est une juridiction *ad hoc*, dont l'institution est postérieure aux infractions qu'elle reçoit mission de réprimer. Les incriminations sont vagues, les peines presque entièrement laissées à l'appréciation discrétionnaire des juges. » [225]

69. La centralité de la justice dans un système démocratique a été mise en lumière à de nombreuses reprises, combattant ainsi l'idée que la justice n'est qu'un service fourni aux parties à un litige sans

225. H. Donnedieu de Vabres, *Recueil des cours*, tome 70 (1947), à la p. 486.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

aucune conséquence sur la société [226]. Wehberg le disait déjà au début du XX[e] siècle [227]. Cette question est systématiquement débattue dans les colloques et séminaires qui traitent du juge et, plus généralement, du tiers impartial et indépendant. Les juristes et les spécialistes de science politique se partagent nettement entre les deux courants de pensée : certains estiment que la décision ne doit viser que les parties au litige (elle ne possède que des effets *inter partes*, le droit ne serait alors qu'un « sous-produit » de la décision) ; alors que d'autres se rallient à l'idée qu'une décision de justice est « universalisable », au moins partiellement, et va influencer le développement de la société au sein de laquelle elle a été rendue.

70. Le juge et les juridictions sont d'autant plus puissantes et importantes que le droit qu'ils sont censés appliquer et interpréter est jeune, instable et non encore parvenu à maturité. C'est le cas éclatant pour la CJUE qui a joué un rôle inégalé dans les premières décennies de la construction européenne. La Communauté économique européenne (ainsi qu'elle s'appelait au début de son histoire, CEE) n'aurait pas eu la même physionomie si la Cour n'avait pas endossé un rôle majeur de création normative à partir des principes posés par les Pères fondateurs dans le Traité de Rome. La Cour a encore l'occasion de montrer sa puissance créatrice à l'occasion de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, surtout si aucun accord n'est conclu entre ce pays et les Etats membres de l'Union pour ordonner cette sortie. Le pouvoir du juge n'est jamais aussi large que lorsque le droit est inexistant ou déficient. Il doit alors « découvrir » ou « inventer » au sens « invention d'un trésor » (il ne fait que découvrir ce qui existait déjà) ou « invention du scientifique » (il a créé quelque chose qui n'existait pas avant). Il peut le faire en s'appuyant sur des principes généraux du droit international afin de donner un fondement à la décision qu'il va prendre. Son pouvoir est également très grand quand il lui est demandé d'appliquer le principe de proportionnalité qui modifie profondément l'acte de juger [228] en donnant au juge une latitude rarement égalée jusque là puisqu'il ne peut être apprécié que par la pondération des intérêts en présence, sans que la norme juridique puisse jouer son rôle habituel.

---

226. Voir par exemple, Lord Thomas of Cwmgiedd, « The Centrality of Justice – Its Contribution to Society and Its Delivery », dans J. Cooper (dir. publ.), *Being a Judge in the Modern World*, OUP, 2017, p. 149-167.

227. H. Wehberg, *The Problem of an International Court of Justice,* 1918, facsimilé publié par The Lawbook Exchange, 2010.

228. J. van Compernolle, « Le juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ? », *Cahiers de l'Institut d'études sur la justice*, n°1, Bruylant, 2002, p. 169.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

71. Parler du tiers impartial et indépendant dans l'Etat de droit, c'est aussi se demander comment le juge approche la règle de droit et faire la part entre Dworkin et Hart, entre celui qui prône la prise en considération de la règle morale, au moins lorsque la règle de droit ne donne pas au juge une réponse toute prête (donc dans le cas des *hard cases* selon l'expression utilisée par Dworkin) et celui qui, en positiviste assumé, ne veut voir que la règle de droit. Dworkin a beaucoup plus de chance de trouver des oreilles attentives dans l'Etat de droit de la société internationale, compte tenu de ce que les différends de cette société sont presque toujours des *hard cases*. Dworkin a forgé sa philosophie du droit et de la justice alors qu'il avait été l'assistant de Hart en Grande-Bretagne et le *clerck* du juge Learned Hand qui, dans ses *Holmes lectures* affirmait : « Judges have no business making value judgments, which should be left to legislatures. » [229] C'est probablement contre ce qu'il considérait comme une vue impossible à soutenir qu'il développera l'idée selon laquelle la dignité humaine doit être au centre de tout système de droit et du travail du juge. Ce fut sa « grande idée » comme le hérisson qui s'en tient à une chose qui l'occupe tout entier, contrairement au renard qui court partout et connaît beaucoup de choses (d'où le titre de son dernier essai *Justice for Hedgehogs*). Dworkin croyait en l'impossibilité pour l'être humain (et donc le juge) de séparer les valeurs morales qu'il applique à sa vie personnelle, de celles qu'il met en œuvre dans l'interprétation et l'application du droit.

72. La grâce du juge international, au moins encore dans les temps qui sont les nôtres, c'est de participer à la construction de nouvelles institutions internationales et, on peut l'espérer, à une société internationale apaisée. Cela ne se fait pas en un jour et ne peut se faire sans des avancés et des reculades, des erreurs et des coups de génie. Toujours est-il que le recours au juge est devenu un droit fondamental pour tous les citoyens de par le monde.

C. Le recours au tiers – droit fondamental de la victime et lutte contre l'impunité

73. La société du XXI[e] siècle est une société centrée sur les victimes. Or, la justice, organisée autour du tiers impartial et indépendant, est aussi un moyen pour les victimes de ne pas se faire justice à elles-mêmes. Il n'est pas loin le temps où Churchill était favorable à une exécution

229. Ces mots sont rappelés dans un article du journal *The Law School,* automne 2005, p. 16.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sommaire des principaux criminels de guerre de la Seconde Guerre mondiale au motif que leur culpabilité était tellement noire qu'elle était hors de portée de toute procédure judiciaire [230]. C'est Staline qui plaide pour un tribunal international spécial pour poursuivre Hitler, ses plus proches conseillers et les responsables militaires les plus importants [231]. Le débat à l'époque se situait de cette manière :

> « Les Américains et les Français souhaitaient un tribunal pour l'histoire, pour éduquer le monde et pour avoir un effet dissuasif pour l'avenir. Le Royaume-Uni craignait qu'une procédure équitable puisse permettre aux accusés d'utiliser le tribunal comme un forum pour leur propagande et leur autojustification. C'est principalement grâce à l'insistance des Etats-Unis, représentés par le président Truman et le juge Robert Jackson, que l'idée d'un tribunal pénal international se concrétisa. » [232]

74. La justice est aussi un passage obligé qui permet aux bourreaux et, si ce n'est eux, à la société dans son ensemble, de reconnaître les victimes pour ce qu'elles sont. La reconnaissance est l'une des demandes les plus pressantes de la société du XXI^e^ siècle [233]. Sans la reconnaissance il ne peut y avoir de pardon ni de société apaisée.

75. Mais c'est oublier un peu vite que tous les contentieux ne sont pas appropriés pour être réglés par la justice [234], et qu'une société peut aussi se donner pour idéal d'éviter tout procès. Non pas que le mal serait éradiqué complètement et que, dès lors, toute sanction soit devenue inutile [235]. Mais, on peut imaginer qu'une société tende surtout à prévenir et qu'en cas d'échec de la prévention, elle privilégie les modes amiables de règlement des différends comme le préconisait Confucius dans ses *Entretiens* [236]. Confucius appuie son raisonnement

---

230. C. Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », dans H. Ascensio *et al.*, *Droit international pénal,* 2^e^ éd., 2012, p. 738.
231. *Ibidem*, p. 739.
232. *Ibidem*.
233. On peut citer notamment les travaux de A. Honneth et de l'école de Francfort. En droit international privé, P. Lagarde fait de la reconnaissance un principe sur lequel il assoie un renouveau de la matière.
234. Vérité que nous rappelle M. Katz, *The Relevance of International Adjudication,* Harvard U. Press, 1968. Il ne faut pas passer sous silence, également, le fait que le recours à la justice a un coût financier que toutes les victimes, les demandeurs, ne sont pas capables de supporter, d'où l'importance des méthodes de financement alternatives.
235. La tolérance citoyenne pour une société hyper réglementée est épuisée, si bien que sont préférés les modes de solution a posteriori ainsi que le démontre Bl. Kriegel, *op. cit. supra* note 141, p. 245.
236. Cf. ce qu'en dit F. Constant, « L'arbitrage en Chine, des Ming (1368-1644) jusqu'à nos jours », *Rev. arb.* 2013, p. 3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sur le fait que l'être humain n'est pas équipé pour rendre la justice, acte grave s'il en est. L'acte de juger est effectivement un acte grave (nous n'insisterons jamais assez), le plus important de tous les actes qui peuvent être posés par une société disait Platon pour qui le juge devait être la fonction la mieux rémunérée de la Cité afin de permettre son exécution dans les meilleures conditions et, surtout, éviter au juge la tentation de la corruption. Pourtant, cette fonction a toujours été au cœur de controverses comme le démontre encore une fois ce début de XXI[e] siècle avec la remise en cause par certains Etats de la fonction indépendante de la justice [237]. Cela fait écho à ce que disait Benjamin N. Cardozo sur la faillibilité du juge et le fait que s'il relit quelques semaines plus tard la décision qu'il a rendue, il y a de fortes chances qu'il ne la trouve pas aussi persuasive que cela [238].

76. Le XX[e] siècle restera dans la mémoire universelle comme le siècle des paradoxes. Alors que deux génocides ont entaché les cinquante premières années du siècle, que le procès de Nuremberg avait été pensé comme le procès « pour l'exemple », et que les droits de l'homme avaient trouvé une place certaine dans le droit international, trois autres génocides ont néanmoins eu lieu (Cambodge, Yougoslavie et Rwanda) et de multiples autres violations ont été possibles, donnant ainsi l'impression aux citoyens que l'impunité demeure la règle. Si la situation reste problématique, néanmoins l'essor d'une justice pénale internationale a donné quelques espoirs. Ces espoirs sont parfaitement résumés dans l'adresse du Secrétaire général des Nations Unies de l'époque, Kofi Annan, le 18 juillet 1998 :

> « La création du tribunal est un cadeau d'espoir pour les générations futures et un pas de géant dans la progression vers les droits de l'homme universels et les principes du droit. »

Comme le dit élégamment Denis Salas à propos de la justice pénale internationale « l'humanité demande des comptes à la souveraineté et à la raison d'Etat. » [239]

77. La multiplication des juridictions pénales internationales dans les années 1990, donc très récemment à l'aune de l'histoire, est le signe balbutiant que les peuples ne veulent plus se satisfaire de la présomption

237. Nous faisons référence ici, notamment, au blocage de l'ORD de l'OMC par les Etats-Unis.

238. B. Cardozo, *The nature of the judicial process,* Yale U. Press, 1921, à la p. 16.

239. D. Salas, « Le juge, censeur du politique », dans *Le rôle du juge dans la cité,* Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, n° 1, Bruylant, 2002, à la p. 64

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

d'impunité, comme l'a appelée un ancien ambassadeur des Etats-Unis [240], qui a été le lot du XX^e^ siècle. Les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo ont montré la limite d'exemplarité qui avait présidé à leur constitution en étant qualifiés de « justice des vainqueurs ». Toutefois Scheffer reconnaît lui-même que le débat sur la prévention de crimes par la crainte de la justice est un vieux débat et qu'il est extrêmement difficile de prouver que le droit pénal et la justice pénale ont une quelconque influence sur les criminels en herbe. Il dit :

> « I learned through extraordinary journeys that international justice has as much to do with the vagaries of global politics and our own moral strength as it does with treaties, courtrooms, prosecutors, judges, and defendants. The modern pursuit of international justice is the discovery of our values, our weaknesses, our strengths, and our will to persevere and to render punishment. » [241]

78. Il est vrai que la justice pénale internationale a été construite dans la complémentarité avec les Etats, leur système juridique et leur justice internes [242]. Cette complémentarité se comprend à la fois du point de vue juridique, des poursuites et de la coopération que les Etats doivent apporter à la Cour pénale internationale. Cela montre, s'il en était besoin, que la justice pénale internationale, loin de s'affranchir des Etats, ne peut bien fonctionner que grâce à eux. L'avenir nous dira si le désamour que l'on voit poindre vis-à-vis de cette Cour est susceptible de bloquer son fonctionnement ou pas.

D. Les critiques de la justice internationale

79. Il est de plus en plus fréquent d'entendre des critiques sur la justice internationale, qui n'épargnent aucune juridiction [243]. Comme si l'augmentation du recours à ses services, le foisonnement, dont nous avons parlé en introduction, et l'influence grandissante, pour ne pas

240. D. J. Scheffer, *op. cit. supra* note 160, à la p. 4.
241. *Idem*, à la p. 8.
242. H. Ascensio, « L'architecture de la justice pénale internationale », dans *op. cit. supra* note 181 à la p. 29.
243. Voir notamment M. Bedjaoui, « La vie miraculée du tribunal irano-américain de réclamations », dans *op. cit. supra* note 181, p. 87-102, même si l'article se termine sur une note positive. Voir également, B. Cotte qui tente de minimiser les critiques adressées à la CPI, « Un juge français à la Cour pénale internationale », dans *op. cit. supra* note 181, p. 283-300. Voir aussi les déclarations de John Bolton, *National Security Advisor* de D. Trump, en décembre 2018 critiquant la CPI en accusant certains des membres de son personnel de violer les principes d'intégrité et d'honnêteté.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dire le pouvoir, dont elle fait preuve engendraient le mécontentement d'un certain nombre d'acteurs de la scène internationale. Nous ne parlons pas ici de la doctrine puisque, par métier, elle doit avoir un ton critique vis-à-vis de son sujet d'étude. Mais nous parlons par exemple des anciens fonctionnaires des Nations Unies comme Hans Corell, disant publiquement en 2009 qu'il n'est pas impressionné par le travail de la CPI [244]. Ce sont aussi les critiques multiples que l'on a entendues par certains chefs d'Etats tant contre la CPI qu'à l'encontre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC [245] ou de l'arbitrage d'investissement, comme si c'était le recours au tiers impartial et indépendant qui, par principe, posait problème. Cela nous rappelle les critiques sévères qui avaient été adressées à la CIJ lorsqu'elle avait rendu son avis sur le Sud-Ouest africain [246]. On lui avait reproché, à l'époque, son absence de « sens politique », pour ne pas dire son colonialisme. Aujourd'hui, les Etats-Unis d'Amérique nous procurent encore un autre exemple de cette méfiance vis-à-vis de la justice internationale. Non seulement ils n'ont pas ratifié le Traité de Rome établissant la Cour pénale internationale, mais ils ont décidé de supprimer l'aide qu'ils procuraient à 35 pays signataires, poursuivant ainsi leur politique dite du « gorille de 800 livres » [247], prétendant qu'ils ne pouvaient pas accepter que l'on n'accorde pas l'immunité à un citoyen américain accusé de génocide ou de crime contre l'humanité. Ils ont également mis en œuvre des santions à l'encontre de certaines personnes travaillant à la CPI au moment où celle-ci étudiait la possibilité d'investiguer les opérations américaines en Afghanistan.

80. On aimerait croire que ces critiques ne constituent pas une remise en cause fondamentale du recours au tiers, mais on ne peut malheureusement pas s'en persuader tant elles sont récurrentes et

244. H. Corell, « Addressing Impunity – How United are the Nations ? », *Development Dialogue,* nº 53, novembre 2009, p. 19.

245. Voir par exemple la déclaration publiée par les Etats-Unis d'Amérique en décembre 2018 à l'encontre du système de règlement des différends de l'OMC. E. Fabry et E. Tate, « Sauver l'organe d'appel de l'OMC ou revenir au *far west* commercial ? », *Policy Paper nº 225,* Notre Europe – Institut Jacques Delors, 29 mai 2018.

246. Avis rendu grâce à la voix prépondérante du président en faveur de l'Afrique du Sud. Cf. Jessup, *op. cit. supra* note 74, p. 46 ss. Rappelons que Jessup, alors juge au sein de la Cour, avait voté contre l'avis.

247. Th. Sorensen, « International Jurisprudence : The Best and Worst of Times », *Brandeis Institute for International Judges*, https ://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/biij/2003keynote.html, 2003 qui raconte l'histoire suivante : un couple prétend avoir un gorille de 800 livres pour animal de compagnie. L'un de leurs amis leur demande : « où couche-t-il ? », et le couple de répondre « où il veut ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

multiples, sauf à préciser qu'elles ne sont pas nouvelles. L'histoire nous donne des exemples de telles critiques dès que les autorités judiciaires prennent du pouvoir [248]. Elles sont, au moins en creux, la preuve de la puissance prise par le tiers impartial et indépendant dans la société internationale. Nonobstant ces critiques, qu'il convient de ne pas ignorer, nous demeurons persuadée que le recours au tiers, ne serait-ce que comme contre-pouvoir, est un des éléments essentiels à l'Etat de droit, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus. Certains juges se sont émus de ces critiques et ont cherché à y répondre. Ainsi, un groupe de juges, réunis sous l'égide du *Brandeis Institute* et de *PluriCourts*, a adopté une résolution intitulée « Recommandations d'Oslo du 26 juillet 2018 » [249]. Ces recommandations portent sur des sujets aussi divers que la nomination et la sélection des juges internationaux, l'éthique et l'intégrité judiciaire, l'efficacité des procédures, la transparence et l'accès aux décisions, le rôle des juges vis-à-vis du public. Elles sont certainement un pas dans la bonne direction. Toutefois, ce sera la mise en pratique de ces recommandations qui montrera si la justice internationale peut se réformer pour atteindre le niveau d'éthique et de responsabilité que l'on attend d'elle, sans lesquelles elle ne sera jamais respectée.

81. Mais les critiques ne sont pas nouvelles. La place de la justice a immédiatement été contestée dès qu'elle a commencé à prendre une importance dans la société. Qu'il suffise de rappeler que Montesquieu lui-même (il était magistrat) soutenait que la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple à certains moments de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats [250].

248. Hobbes, par exemple, développe déjà l'idée que le juge ne peut agir qu'en vertu d'une autorisation du souverain. Montesquieu est ambigu sur le rôle du juge. Quant à C. Beccaria, il considère la justice comme un moyen d'asservir la société.

249. Cf. *infra*, chapitre 12 sur le dialogue des juges.

250. Montesquieu, *L'Esprit des Lois* (1748), chapitre VI du livre XI (de la Constitution d'Angleterre). Le livre XI est intitulé : « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution ». *Œuvres complètes*, R. Caillois (dir. publ.), Bibliothèque de la Pléiade, volume 2, Gallimard, 1951, livre XI, chapitre 6, p. 398.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

82. Montesquieu lutte contre la réunion de tous les pouvoirs en une seule main et surtout le fait que le pouvoir judiciaire, tellement puissant, soit l'apanage du roi ou de l'Etat. Mais il conçoit que la puissance de juger soit une puissance politique à l'égal des deux autres puissances, reconnaissant en cela son poids dans la société [251]. C'est d'ailleurs pour cela qu'il recommande que les juges statuent conformément à la loi et non pas en équité. Il le dit, le juge doit être « la bouche de la loi » expression très souvent mal comprise en France, en ce sens qu'elle exigerait une obéissance passive à la loi [252]. En fait, ce que Montesquieu combat c'est l'arbitraire ou le jugement en équité. Il souhaite que le juge fonde sa décision sur l'esprit de la loi, sur une raison historique et sociale telle qu'elle est exprimée par le droit. En cela il se rapproche de Grotius et Spinoza [253] et se démarque de Bodin dont le chapitre 6 du livre IV des *Six Livres de la République*, débute par cette phrase : « Les Rois (sont) établis pour juger les sujets. » [254] Le souverain n'est

---

251. Que la fonction de juger soit une fonction politique, au moins en ce qui concerne les juridictions qui doivent contrôler les décisions d'autres pouvoirs dans le même système (par exemple les cours constitutionnelles) n'est plus contesté au XXI^e^ siècle, au moins en sciences politiques. Voir par exemple, D. Robertson, *The judge as Political Theorist – Contemporary Constitutional Review,* Princeton U. Press, 2010, p. 15 ss et la conclusion. Egalement, K. J. Alter, *op. cit. supra* note 67. Si la différence saute aux yeux entre la fonction d'une cour de la nature d'une cour constitutionnelle et un juge « ordinaire », elle ne doit pas être surestimée car le juge « ordinaire » peut aussi être saisi de dossiers qui mettent en cause des principes généraux du droit et des intérêts collectifs en plus des intérêts des parties en litige. C'est le cas, notamment, pour les tribunaux arbitraux en matière d'investissement et pour les cours chargées de décider des droits de l'homme.

252. La controverse naît dès la préparation du Code civil. C'est Jacques Joseph Garat, dit Mailla-Garat, qui, dans son discours, interprète fautivement l'expression utilisée par Montesquieu. Portalis a beau s'y opposer, la postérité ne retiendra que l'interprétation fautive. Cf. T. Hanisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Michel Villey,* volume 2, 2010, p. 131, à la p. 151. Cet auteur montre très bien (p. 152) que l'expression française « bouche de la loi » n'est qu'une mauvaise traduction de l'expression anglaise *« the speaking law »* ou *« mouth of the law »*. Fonder son jugement en droit, n'est pas l'équivalent d'être asservi à la loi. Il rappelle à juste titre l'épitre au roi de Jacques-Auguste de Thou (1553-1617) lui demandant de rendre l'autorité aux lois et aux juges : « Or les magistrats et les juges sont les *Ministres et interprètes des loix,* desquelles enfin nous devons *tous estre serfs,* pour pouvoir *estre tous libres »* (p. 153). Rappelons aussi que, pour Montesquieu, il n'y a pas de distinction qualitative entre monarchie et république à partir du moment où chaque régime suit une organisation « modérée ». Pour l'équivalent de cette discussion dans les systèmes de *common law*, cf. D. Terris *et al.*, *op. cit. supra* note 71, à la p.102.

253. Voir T. Hanisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Michel Villey,* volume 2, 2010, p. 131.

254. Cité par T. Hanisch, *op. cit. supra* note 252, à la p. 135. On note que Bodin ne fait que reprendre des siècles d'organisation politique durant lesquels la justice n'est que l'un des apanages du souverain.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pas la loi en action ou la *lex animata* [255]. La puissance de juger doit être délivrée de l'emprise du prince et la constitution d'Angleterre lui en offre l'exemple [256]. La séparation de la puissance de juger par rapport au gouvernement du souverain marque la frontière entre un régime démocratique (Montesquieu utilisait le qualificatif « modéré ») et un régime despotique. Nous vivons encore sous cette conception et jugeons sévèrement les pays dans lesquels l'indépendance de la justice n'est pas préservée [257].

83. Au début du XX^e^ siècle, l'idée d'une justice internationale permanente est combattue, notamment, quand un juriste comme Barbosa estimait que la création d'une justice permanente obligatoire et non arbitrale signerait la dernière étape pour la création d'une fédération internationale faisant fi de la souveraineté des Etats [258]. Admettre un « pouvoir » judiciaire international, encore à l'état embryonnaire, c'est, pour les Etats, admettre un contre-pouvoir qu'ils peuvent accepter en théorie jusqu'à ce qu'il s'exerce en pratique à leur encontre dans un cas concret. Une telle volte-face est aujourd'hui celle de certains Etats en matière de règlement des différends dans le domaine de l'investissement. Alors qu'ils ont signé des traités permettant à la justice arbitrale de statuer sur les droits des investisseurs étrangers sur leur territoire, certains Etats, qui se retrouvent défendeurs à ces procédures arbitrales, en contestent désormais la légitimité [259].

84. C'est ainsi que la critique porte sur ce que certains appellent le « gouvernement des juges » ou « l'activisme judiciaire », concept qui a toujours une connotation péjorative [260]. Nous faisons nôtre la définition que donne K. Holland :

> « Judicial activism comes into existence when courts do not confine themselves to adjudication of legal conflicts but adventure to make social policies, affecting thereby many more people and interests than if they had confined themselves to the resolution of narrow disputes. The activism of a court, thus, can be measured by

255. En référence à Justinien (*Corpus Iuris Civilis*, novembre 105), cité par T. Hanisch, *op. cit. supra* note 252, à la p. 140.
256. *Ibidem*, p. 141.
257. Voir *infra* Chapitre 8.
258. Rapporté par H. Wehberg, *op. cit. supra* note 227, à la p. 123.
259. Cf. les négociations au sein du Groupe III de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends en matière d'investissement.
260. K. M. Holland (dir. publ.), *Judicial activism in comparative perspective*, Macmillan, New York, 1991.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> the degree of power that it exercises over citizens, the legislature and the administration. »[261]

Pour que le juge puisse jouer pleinement son rôle, encore faut-il que plusieurs facteurs soient réunis parmi lesquels : un système juridique très souple ou en état de développement ; des juges tenus en haute estime par la société ; un accès à la justice facilité et donc de nombreuses décisions ; un véritable pouvoir judiciaire à l'égal du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif jouant un vrai rôle de contre-pouvoir. Ces différents facteurs s'appliquent relativement aisément à la société internationale : *a)* L'ordre juridique international[262] est en état de développement et comporte des normes de nature très différente, dont l'aptitude à régir les situations varie et la complémentarité en forme la marque de fabrique. *b)* Les juges internationaux sont tenus en haute estime, formant une « élite » dont l'accès n'est pas aisé et devrait être réservé aux meilleurs. *c)* La multiplication des juridictions internationales rend l'accès à la justice internationale plus aisé et le nombre de décisions rendues est exponentiel[263]. *d)* Le « pouvoir » judiciaire international est en émergence, même s'il demeure embryonnaire, et si les conditions ne sont pas encore réunies pour qu'il existe un véritable « pouvoir judiciaire » indépendant des Etats, il est possible que ce ne soit qu'une question de temps. D'ores et déjà les règlements des différends de l'OMC et du CIRDI opèrent comme un contrôle des décisions prises par les Etats, à l'instar de ce que ferait une justice administrative dans l'ordre juridique interne de l'Etat[264]. *e)* La multiplication des décisions internationales a une influence sur la construction de la norme juridique internationale, opérant ce rôle pédagogique dont parle K. Holland[265] ainsi que la fonction de « régulation » que la norme internationale doit jouer pour être acteur de changement au sein de la société internationale[266].

85. Le pas de deux qui s'établit entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire demeure vrai pour la société internationale, même s'il est plus difficile à maintenir dans la mesure où il n'existe pas de

---

261. *Idem*, p. 1.
262. Pour les besoins de la discussion nous supposerons qu'il existe un tel « ordre juridique » spécifique à la société internationale. Mais le concept mériterait de longs développements que ce cours ne peut pas offrir compte tenu de son objet limité.
263. Cf. par exemple les statistiques données par K. Alter, *op. cit. supra* note 71, ainsi que les travaux de PluriCourts ou de iCourts.
264. C'est ainsi que l'entend K. Alter.
265. K. Holland, *op. cit. supra* note 260, à la p. 4.
266. K. Alter, *op. cit. supra* note 71, à la p. 29.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pouvoir législatif centralisé et que la création normative internationale (surtout par l'instrument du traité) prend beaucoup plus de temps que la création d'une norme dans le cadre national. Par ailleurs, la confiance du public pour le juge, condition *sine qua non* de son influence dans la société sera plus difficile à créer pour le juge international, compte tenu de la diversité des cultures représentées dans la société internationale. C'est là l'une des grandes difficultés que doit surmonter le juge international dans la mesure où la confiance des citoyens doit prendre appui sur un socle de valeurs universelles qui n'est jamais acquis une fois pour toutes.

86. Les critiques à l'encontre de la justice internationale se renouvellent chaque fois qu'une décision n'a pas l'heur de plaire à l'une des parties, qui plus est lorsque cette partie est un Etat et encore plus lorsque cet Etat est puissant. L'attitude des Etats-Unis d'Amérique qui bloquent les nominations au sein de l'organe d'appel de l'OMC, est un exemple de la perte de confiance de cet Etat dans la justice internationale. Il est impossible de dire, à l'heure où nous écrivons, si cette perte de confiance sera pérenne ou si elle ne sera qu'un épiphénomène et une des multiples conséquences de la contestation générale du multilatéralisme par l'administration de Washington. Ce type de contestation est aussi le fait d'Etats beaucoup moins puissants. Ainsi le Zimbabwe, mécontent d'une décision rendue par la Cour de la Communauté de développement économique de l'Afrique australe, à la demande d'un investisseur, en raison des nouvelles règles que ce pays a institué en matière de réattribution des terres, a obtenu des autres Etats parties à la Communauté que la Cour soit « suspendue » jusqu'à ce que le Traité fondant cette Communauté soit lui-même amendé pour ôter l'investissement de la compétence de la Cour.

Conclusion

87. La multiplication des tribunaux internationaux [267] et les propositions doctrinales pour en créer encore de nouveaux [268] sont le signe que le système n'est probablement pas encore parvenu à maturité, tant les acteurs du droit international se diversifient et les questions posées en pratique prennent des tours de plus en plus complexes. Si

267. Pour des statistiques parlantes à cet égard, voir C. Romano, *op. cit. supra* note 77.

268. M. Steinitz, *op. cit. supra* note 100. S. Schill et G. Vidigal, « Cutting the Gordian Knot : Investment Dispute Settlement à la Carte », *ICTSD & IDB*, *RTA Exchange*, novembre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'on est convaincue que la place du tiers impartial et indépendant est effectivement la clef de voûte de l'ordre juridique international[269], alors les Etats devront prendre beaucoup plus au sérieux ce tiers et s'interdire de contester sa légitimité dès qu'une de ses décisions remet en cause leur politique. La société internationale est-elle prête à mettre en place un véritable « pouvoir judiciaire » indépendant à supposer que l'on estime un tel pouvoir souhaitable ? Cette question demeure sans réponse pour le moment.

269. Pour une position plus dubitative, cf. M. Katz, *op. cit. supra* note 234.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 2

LA PERMANENCE DE LA JUSTICE INTERNATIONALE

> « Vous allez, Messieurs, donner la vie au pouvoir judiciaire de l'humanité. Les philosophes et les historiens nous ont dit les lois de la grandeur et de la décadence des Empires ; nous attendons de vous, Messieurs, les lois qui assurent la perpétuité du seul empire qui ne peut connaître de décadence ; l'empire de la Justice, expression de l'éternelle Vérité. »
>
> *Dernier paragraphe du discours de Léon Bourgeois, délégué par le Conseil de la Société des Nations, lors de l'installation de la Commission des juristes chargée de préparer le statut de la Cour permanente de Justice internationale, le 16 juin 1920 à La Haye.*
>
> « Ce tribunal, bien que nouveau et expérimental, n'est pas le résultat de spéculations arbitraires. Il n'est pas créé pour justifier d'absurdes théories de droit. Ce procès représente l'effort d'ordre pratique de quatre des plus puissantes nations avec l'appui de dix-sept autres, pour recourir au droit international afin de faire face à la plus grande menace de notre temps, la guerre d'agression. Le sens commun de l'humanité exige que la loi ne soit pas limitée à la simple punition de crimes ordinaires commis par de petites gens. Il faut que la loi atteigne également les hommes qui possèdent de grands pouvoirs et en font un usage délibéré et concerté, afin de mettre en mouvement une série de maux qui n'épargnent aucun foyer dans le monde. »
>
> *Extrait de l'introduction du réquisitoire du Procureur Jackson à l'ouverture du procès de Nuremberg.*

Introduction

88. Interrogeons-nous d'abord sur l'ampleur de notre recherche historique pour comprendre vers quelle figure de juge nous allons arrêter nos investigations. Quand on s'intéresse à l'histoire deux questions viennent immédiatement en tête : 1) Quelle est l'étendue géographique de l'histoire que l'on veut conter ? 2) Quels sont le point de départ et le point d'arrivée temporels de la recherche ? Sur la première question, il est maintenant reconnu que l'européocentrisme ou l'américanocentrisme qui ont été la focale du travail historique durant de nombreuses décennies, tant dans les recherches historiques générales que les recherches historiques du droit international, sont dépassés car ils donnent une vision faussée de l'histoire [270]. Toutefois,

270. C'est le courant nommé « Global history » qui a fait ce constat, repris par un grand nombre de personnes ayant tenté d'écrire l'histoire du droit international. Voir par exemple, B. Fassbender et A. Peters (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the History*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pour construire une véritable histoire globale de la justice internationale, il conviendrait de mener des recherches beaucoup plus longues et précises que celles qui ont pu être menées pour ce cours, si bien que les indications historiques données ici ne sont que des points de repère qui nous ont parus utiles pour la compréhension de notre propos, sans prétendre qu'il s'agisse de jalons historiques parfaitement exacts ni surtout complets [271].

89. Quant aux repères temporels, nous avons tenté de donner quelques indications sur l'histoire antique ainsi que sur les temps anciens, mais là encore, aucune prétention d'historienne n'a guidé nos pas. En réalité, ce que nous avons cherché à déterminer c'est l'origine de la justice internationale telle que nous la connaissons aujourd'hui. En d'autres termes, nous avons cherché la césure historique qui explique la période contemporaine. De nombreux auteurs fixent le début de la période moderne à la Seconde Guerre mondiale [272] et le Tribunal de Nuremberg. En réalité, il nous paraît que la vraie césure, dans ses premiers balbutiements, doit être fixée aux deux conférences de la paix de 1899 et 1907 qui ont, pour la première fois de manière claire, cherché à établir une justice internationale permanente. C'est cette permanence qui constitue le point de rupture avec les formes de justice antérieures. L'essai tenté en 1899 ne sera pas entièrement réussi, comme nous le verrons plus tard, car il faudra attendre la création de la Société des Nations pour voir surgir enfin une véritable Cour permanente. En attendant, pour illustrer cette rupture historique, nous aurions pu montrer comment la grande presse de l'époque s'était fait l'écho des deux conférences de la Paix de 1899 et 1907. Au lieu de cela, nous avons choisi de nous baser sur deux caricatures qui exemplifient parfaitement ce que le grand public (un peu éclairé quand même) pouvait comprendre de ce qui se passait à La Haye à l'époque (cf. images 2 et 3).

---

of International Law, OUP, 2012 et, notamment, les références de la note 34, p. 8. L'eurocentrisme se prévaut d'un héritage lourd et ancien. Déjà l'Abbé de Saint Pierre, dans son ouvrage *Projet de Paix perpétuelle* (p. 376) pense sa proposition à partir de l'Europe : « l'Union européenne tâchera de procurer en Asie une société permanente semblable à celle d'Europe, pour y entretenir la Paix ; et surtout pour n'avoir lieu à craindre d'aucun Souverain Asiatique, soit pour sa propre tranquillité, soit pour son commerce en Asie. »

271. De plus, le chercheur est limité par les langues qu'il connaît, si bien que l'accès à la documentation provenant de régions du monde qui utilisent une langue inconnue est impossible, limitant singulièrement la conduite d'une recherche globale.

272. La Seconde Guerre mondiale est considérée par la presque totalité de la doctrine comme le point de césure du droit et de la justice internationale, alors que, par bien des aspects, elle ne constitue qu'un développement supplémentaire.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 2. Caricature «Au Tribunal de La Haye», par Ogé, «La Menthe Pastille passionne le monde», 1904, reproduite avec l'aimable autorisation de la société Giffard.

Image 3. Caricature «Au Tribunal de La Haye», d'après Ogé, «Le Péril conjuré par la Menthe Pastille», 1912-1913, reproduite avec l'aimable autorisation de la société Giffard.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

90. Ces caricatures ont toutes deux été créées à la demande de la société Giffard. Située à Angers, en France, cette société produit une liqueur appelée « Menthe-Pastille » qui existe encore de nos jours. Les deux affiches prétendent donner une représentation de ce que serait le « Tribunal de La Haye », puisqu'elles portent toutes les deux une bannière en rouge sur fond noir, donc très visible, portant la mention : « Au Tribunal de La Haye ». Mais à cette bannière s'ajoute un autre texte qui prétend conter ce qui se déroule au sein de ce tribunal imaginaire, dont toutes les capitales du « monde civilisé » parlent en raison des deux conférences de 1899 et 1907. La première affiche, qui date de 1904 (probablement du dernier trimestre de l'année) [273], prétend que « La menthe pastille passionne le monde ». La seconde, qui date de 1912-1913, claironne « Le péril conjuré par ! ! La menthe-pastille ». Le discours ainsi relayé par ces affiches, bien qu'humoristiques, n'en est pas moins exemplaire des préoccupations du monde dit « civilisé » au début du XX^{e} siècle.

91. Voyons les personnages un peu en détail. Assis derrière la table (on remarquera d'ailleurs que l'image représentée fait penser à la Sainte Cène), se trouvent de gauche à droite : Emile Loubet, Président de la République française, qui conseille au tsar Nicolas II de boire de la Menthe-Pastille pour avoir un garçon (il avait quatre filles) ; puis vient Nicolas II, tsar de Russie ; le pape Pie X (élu pape en août 1903), grâce à la Menthe-Pastille, se réconcilie avec le roi d'Italie Victor Emmanuel ; à côté du Pape, Victor Emmanuel III, roi d'Italie ; vient ensuite Edouard VII, roi d'Angleterre (fils de la reine Victoria), amoureux des festivités de Paris. Le Moulin Rouge est présent sur son chapeau fait d'un journal sportif et grâce à la Menthe-Pastille sa flotte règne sur le monde (sa main gauche couvre un globe terrestre où l'Afrique est bien visible) ; puis est représenté un personnage plus étonnant dans cet aéropage, Jacques Lebaudy, « roi du sucre ». Sa couronne est en effet surmontée d'un pain de sucre qui place un pion sur la carte de l'Afrique en référence à son projet d'irrigation au Sahara. Il symbolise l'essor du capitalisme mondialisé, assis comme il l'est à la même table que les dirigeants du monde. Il a été combattu par l'impérialisme anglais (Lawrence d'Arabie) d'où le fait qu'il est représenté comme tentant de placer son pion en Afrique, sur le même globe terrestre que tient Edouard VII. En bout de table, assis sur une

273. L'année 1904 est celle au cours de laquelle l'Institut de droit international reçoit le Prix Nobel de la paix pour son travail sur l'arbitrage entre Etats.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

caisse de Menthe-Pastille, l'Oncle Sam joyeux et paternel fait boire un enfant noir assis sur ses genoux. L'image est ambiguë. Elle peut vouloir signifier que l'abolition de l'esclavage, qui date aux Etats-Unis de 1865, oblige les Américains blancs à utiliser d'autres stratagèmes pour faire travailler les populations noires à leur profit. Mais cette interprétation, qui nous est personnelle, n'a pu être confirmée par aucun historien.

92. Debout au second rang, de gauche à droite sont représentés Guillaume II, empereur d'Allemagne qui, à cause de la Menthe-Pastille, fait alliance avec l'empereur du Japon, Mutsuhito. Il est représenté avec deux crocs sanguinolents au sommet de la moustache, symbole de la cruauté de la guerre de 1870. Sur son casque est planté un coq gaulois et la pointe de son sabre embroche un livret de famille. Ces deux symboles illustraient la politique française de l'époque selon laquelle l'enfant français viendrait à bout des enfants allemands. A côté de Guillaume II se trouve l'empereur du Japon. Puis vient Léopold III, roi des Belges, qui passait pour un amateur de danseuses de l'Opéra et avait une amante, Cléo de Mérode. Il fume le cigare tout en contemplant une affiche représentant ce qui pourrait être un personnage d'opéra burlesque sur laquelle on peut lire « Bon souvenir de l'amante Pastille », alors que Cupidon lui propose un verre de Menthe-Pastille. Enfin, vient Alphonse XIII (enfant), roi d'Espagne, qui fut par la suite l'amant de Mistinguett, actrice et chanteuse du Moulin rouge.

93. La seconde affiche est plus sobre. Elle a été réalisée dans un contexte politique particulier. Elle veut représenter l'état de l'Europe au moment des guerres balkaniques de 1912-1913 : la première en 1912 contre l'Empire Ottoman, la seconde contre la Bulgarie, accusée par les autres Etats balkaniques d'avoir profité de cette guerre – le tout sur fond de rivalité entre les Empires austro-hongrois et russe, ce dernier se proclamant protecteur des slaves. Les grandes alliances sont, d'un côté, l'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie, et l'Empire ottoman et, de l'autre, la Russie, la France, et la Grande-Bretagne. C'est dans ce contexte que l'assassinat en juin 1914 de l'Archiduc François-Ferdinand, héritier de l'Autriche-Hongrie, sera l'étincelle qui déclenchera la guerre de 1914 et de ce fait empêche la maison Giffard de poursuivre l'affichage d'une Menthe-Pastille qui conjure les périls ! [274].

274. Ce résumé est celui proposé par la Maison Giffard elle-même sur son site Internet et que nous avons aménagé grâce à d'autres informations historiques.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

94. Les personnages de l'affiche (de gauche à droite) sont : Guillaume II, empereur d'Allemagne, qui soutient Mehmet V, le sultan de l'Empire ottoman, reconnaissable à son tarbouche rouge surmonté du croissant de lune. On note que ce personnage est couvert de pansements. Il symbolise l'Empire ottoman lui-même, qu'on appelait alors « l'homme malade de l'Europe ». Est représenté ensuite, assis à la table, Victor-Emmanuel III, roi d'Italie qui semble faire la leçon au roi de Bulgarie. Vient ensuite Ferdinand 1er, roi de Bulgarie, vainqueur de la première guerre balkanique, puis accusé par les autres d'être trop gourmand. Il tient d'ailleurs dans son bras droit Nicolas 1er, roi du Monténégro et dans son bras gauche, Pierre 1er, roi de Serbie. Sur la table, George 1er, roi de Grèce, assassiné le 13 mars 1913. Derrière le roi de Bulgarie, debout et tendant les bras en avant, les yeux fermés, François-Joseph 1er, empereur d'Autriche-Hongrie qui passait pour être somnambule, mais qui veut probablement plus symboliser ses infortunes militaires, notamment contre la France qui, d'alliée, était devenue son ennemi en raison de la Révolution de 1789. Viennent ensuite Nicolas II, tsar de Russie, confortant le roi de Bulgarie ; Raymond Poincaré, président de la République française fraîchement en poste (1913), qui semble se satisfaire de toutes les situations et boit à la santé de tous. Il est vrai que, lorsqu'il arrive au pouvoir, il tente de remettre sur les rails les alliances mises à mal par les différentes crises européennes passées. Toutefois, plus tard, il sera considéré par les Anglais et les Américains comme un va-t-en-guerre. Sur le siège du président français, même le coq tient un verre de liqueur entre ses pattes. Enfin, à l'extrême droite de l'image, George V, roi d'Angleterre, petit-fils de la reine Victoria, tient dans son bras gauche un cuirassé. Avant d'être l'héritier en ligne directe du trône en raison de la mort de son frère aîné, il servait dans la *Royal Navy*.

95. On peut se demander pourquoi le « Tribunal de La Haye », comme il est appelé sur les affiches, avait tellement inspiré le caricaturiste. Une des explications pourrait être que la justice internationale permanente que nous connaissons aujourd'hui, qui nous semble si « naturelle », n'est en fait que très récente dans l'histoire des relations internationales [275]. D'ailleurs, le fameux « Tribunal de La Haye » dont il est question sur les affiches, n'est autre que la Cour permanente d'arbitrage (CPA) qui, contrairement à ce que son nom indique, n'est pas un tribunal et n'a

275. Que l'on songe au fait que le mécanisme permanent et structuré de règlement des différends de l'OMC date de 1995 seulement dans le cadre du passage du GATT à l'OMC.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de permanent que le secrétariat qui administre les procédures menées par des tribunaux arbitraux autonomes et éphémères. Mais toutes ces nuances ont probablement échappé, de manière compréhensible, aux béotiens que devaient être tant Ogé que les dirigeants de la société Giffard.

96. Pour traiter de l'histoire, nous sommes donc obligée de passer par l'arbitrage qui est certainement le mode le plus ancien de règlement des différends dans les relations internationales. Nous verrons ensuite que l'Europe chrétienne s'en remet, toujours sous forme d'arbitrage ou de médiation, à une justice royale d'émanation divine ou à la justice papale. Les historiens attestent d'une désuétude de l'arbitrage au XVIII[e] siècle. Mais son éclipse ne dura pas longtemps car, depuis le XIX[e] siècle, l'arbitrage s'est considérablement renforcé sous des formes diverses et côtoie aujourd'hui à part entière, voire supplante parfois, la justice permanente internationale laborieusement mise en place au XX[e] siècle ou le juge national exerçant des fonctions de juge international [276]. Ce sont ces différentes étapes que nous allons retracer brièvement dans ce chapitre.

A. L'arbitrage comme mode habituel de règlement des différends

97. Pour Vattel, l'arbitrage se définit de la manière suivante :

> « Quand les souverains ne peuvent convenir sur leurs prétentions et qu'ils désirent cependant maintenir, ou rétablir la paix, ils confient quelques fois la décision de leurs différends à des arbitres, choisis d'un commun accord. Dès que le compromis est lié, les parties doivent se soumettre à la sentence des arbitres ; elles s'y sont engagées et la foi des traités doit être gardée. » [277]

Malheureusement, l'histoire de l'arbitrage dans le monde peine à distinguer les deux pratiques, arbitrage et médiation, ainsi que, dans la catégorie arbitrage, les multitudes de processus différents [278].

---

276. Cf. *infra*, chapitre 4.

277. Vattel, *Le droit des gens,* Neuchâtel, 1773, tome I, livre II, chapitre XVIII, par. 329.

278. Non seulement on ne distingue pas bien l'arbitrage de la médiation, mais de surcroît il existe des formes très diverses d'arbitrage à tel point dit un auteur « qu'il est difficile d'en donner une notion exacte et intelligible ». Cf. F. Marrella, « L'arbitrage à Venise (XII[e]-XVI[e] siècles), *Rev. arb*. 2002, à la p. 265, citant L. Garetto, *v[is] Arbitro e arbitratore (dirritto intermedio)*, dans *Nss D. I.* I, 1964, p. 928-930. On retrouve la même difficulté à distinguer dans les cultures chinoise et japonaise, cf. F. Constant,

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

98. Il est aisé de comprendre pourquoi l'arbitrage a été le premier mode de règlement des différends dans les relations internationales. Pour qu'il y ait une justice publique, encore faut-il qu'il y ait une autorité publique de laquelle cette justice puisse émaner. C'est le cas de la justice du Roi durant de longues périodes. Or, entre entités considérées comme d'égal pouvoir, seule une justice respectant cette égalité peut prendre place, d'où la faveur pour un mode de règlement des différends reposant sur la seule volonté des parties de se soumettre à ce processus. A l'origine, la volonté exprime plutôt un vouloir négatif, en ce sens que les protagonistes s'en remettent à un tiers pour ne pas se faire la guerre ou, plus généralement, pour ne pas recourir à la violence, d'où la relation étroite qui est faite de tous temps entre la justice et la paix. Dans les relations contemporaines, l'équivalent de l'autorité publique prend la forme d'abord de la Société des Nations, qui donna naissance à la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), et ensuite de l'Organisation des Nations Unies (ONU), qui donna naissance à la CIJ. Mais avant d'en arriver là, poursuivons notre exploration de l'arbitrage.

99. Pour les besoins de ce chapitre nous ne distinguons pas de manière stricte arbitrage et médiation, au moins pour les premiers jalons historiques que nous rapportons. Il est certain que, quelle que soit la dénomination que l'on retienne, ce que nous appellons par facilité « l'arbitrage » est bien le moyen traditionnel de règlement des différends dans les relations internationales. Ainsi Michel de Taube expose, dans son cours à l'Académie de La Haye de 1932 sur les origines de l'arbitrage, que le premier cas attesté d'arbitrage entre Etats remonte à l'an 3100 ou 3200 avant J.-C. Il concerne un différend transfrontalier entre deux Etats-Cités de la Mésopotamie [279], mais qui aurait fait suite à un arbitrage entre les Dieux de ces deux entités, sentence rendue par un surarbitre céleste [280]. Taube fait alors le rapprochement avec la Genèse (Premier livre de Moïse) qui relate le différend entre Jacob et Laban, Jacob proposant à son beau-père de vider leur querelle par un jugement

---

« L'arbitrage en Chine, des Ming (1368-1644) jusqu'à nos jours », *Rev. arb.* 2013, p. 3. Voir également, Dominique Gaurier, « Le règlement privé des conflits dans la Chine impériale : arbitrage ou médiation ? », *Rev. arb*. 2004, p. 189-223. Et dans l'histoire de l'esclavage, de nombreuses formes de règlement des différends se sont fait jour qui demeurent en partie inexplorées. Cf. cependant, l'article de A.-C. Martineau, « A Forgotten Chapter in the History of International Commercial Arbitration : The Slave Trade's Dispute Settlement System », *Leiden J. Int'l L.* (2018).

279. M. de Taube (Baron), « Les origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen-Age », *Recueil des cours*, tome 42 (1932), à la p. 17.

280. *Ibidem*, à la p. 18.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des proches parents des deux parties [281]. La Bible (Livre des Juges, 4) mentionne Déborah statuant sous un palmier, à la fois prophétesse, conseil, juge, arbitre et médiatrice, n'hésitant pas à mettre la main à la pâte quand il le faut en se mettant au service d'une armée qu'elle a incitée à lever pour mener la bataille contre le mal.

100. La difficulté avec les archives du monde antique, c'est que l'institution n'est pas nommée. Ainsi, le chercheur ne retrouve pas sur les tablettes sumériennes ou akkadiennes l'équivalent du concept d'« arbitrage » [282]. Les traités diplomatiques qui sont conclus entre les Etats de moindre importance et ceux militairement ou économiquement plus puissants, montrent que si « arbitrage » il y a entre les Etats plus faibles par le truchement de l'Etat plus puissant, c'est avant tout en raison de la domination exercée par ce dernier et non de manière volontaire [283]. Le suzerain agit donc beaucoup plus comme juge que comme arbitre. Ces différends sont généralement des différends frontaliers y incluant les droits de pâture et d'exploitation. Il est également attesté de l'intervention de Mesalim dans le litige opposant les deux Cités de Lagas et Umma, portant essentiellement sur la maîtrise de l'alimentation en eau de la première qui se situait en aval de l'Euphrate [284]. C'est l'histoire que racontent les fragments de la Stèle dite des Vautours conservée au Musée du Louvre [285]. Il est également attesté de certaines situations, notamment pour les échanges commerciaux (droit de passage des marchands, par exemple), qui s'apparentent plus à de la médiation et d'autres qui se rapprochent plus de notre conception actuelle de l'arbitrage [286]. Il est encore démontré que le déroulement de la procédure se scinde en deux phases : la première qui permet aux parties de trouver un arrangement ; la seconde, en cas d'échec de la première, qui aboutit à une décision [287].

101. L'arbitrage fait son apparition dès l'aube de l'histoire juridique des Grecs, affirme un auteur [288]. Cette forme de règlement des différends

281. *Ibidem*.
282. S. Lafont, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb*., 2000, p. 557.
283. *Ibidem*, à la p. 559 et à la p. 565.
284. *Ibidem* à la p. 566 ss.
285. L'auteur nous conte quatre autres histoires d'arbitrage ou de médiation entre des Etats de Mésopotamie que nous ne reprenons pas ici.
286. *Ibidem* à la p. 557.
287. *Ibidem*, à la p. 563. L'auteur décrit ensuite plusieurs hypothèses de différend commercial soumisent à un arbitrage privé qui se déroule essentiellement de manière orale, nous apprend-t-elle.
288. J. Velissaropoulos-Karakostas, « L'arbitrage dans la Grèce antique – Epoques archaïque et classique », *Rev. arb*., 2000, p. 9.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

fait appel aux sages et aux anciens de la Cité à qui est confié le pouvoir pacificateur de l'arbitre. Cette image, ancrée dans notre imaginaire par les récits d'Homère, s'accompagne de celle de l'*Istor* (celui qui sait) qui tente d'abord de régler le différend par des voies amiables. C'est seulement en cas d'échec de cette première tentative de solution que le tribunal des anciens fera son œuvre [289]. Une autre pratique est attestée selon laquelle les arbitres siègent tout le jour le long des voies de communication et sur les places publiques, étant ainsi à la disposition de ceux qui ont besoin de leurs services.

> « La présence constante des arbitres sur un lieu public montre que, même s'il ne s'agit pas d'un mode de résolution des litiges auxquels les litigants ont l'obligation de recourir, il s'agit bien d'une pratique favorisée par le pouvoir étatique et admise par la communauté. » [290]

Cet arbitrage fort utilisé pour les différends internes, s'étend aussi aux litiges entre les Cités grecques, ce qui a pu faire naître ce que nous appelons l'arbitrage international. Toutefois, il est aujourd'hui contesté que les arbitrages attestés entre les cités grecques puissent constituer de véritables arbitrages internationaux dans la mesure où ces cités appartenaient toutes au monde grec. Elles partageaient une même religion, une même culture, une même langue, les mêmes règles applicables, si bien que la notion d'internationalité telle que nous la comprenons de nos jours ne s'appliquerait pas aux cités grecques.

102. Le droit romain est codifié pour la première fois dans la partie orientale de l'Empire à partir du VI^e^ siècle de notre ère et sert de base ensuite, dans cette région, au droit byzantin [291]. Les pratiques d'arbitrage se trouvent donc codifiées, notamment par Justinien, dans le Digeste d'une part et le Code d'autre part. Le Digeste comprend l'ensemble de la législation et des commentaires interprétatifs dus aux jurisconsultes. Le Code rassemble les constitutions des empereurs antérieurs à Justinien [292]. L'arbitrage à l'époque romaine reprend de l'essor à l'effritement de l'Etat impérial car il était un des rares moyens efficaces de régler un différend [293].

---

289. *Ibidem*, à la p. 13.
290. *Ibidem*, à la p. 15.
291. D. Papadatou, « L'arbitrage byzantin », *Rev. arb*., 2000, p. 349.
292. *Ibidem* à la p. 355.
293. F. Marrella, *op. cit. supra* note 278, p. 263. Voir l'ouvrage de D. Roebuck et B. de Loynes de Fumichon, *Roman Arbitration*, Holo Books, 2004. Egalement, F. Vervaet, « Roman Courts and Private Arbitration », *Oxford Handbook of Roman Law and Society*, 2016.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

103. L'impossibilité de trouver des sources fiables pour la période postérieure nous contraint à reprendre le cours de l'histoire avec la période féodale (au sens de Marc Bloch, IX^e^-XII^e^ siècles) et médiévale (XII^e^-XV^e^ siècles) en Europe. Cette période est marquée par l'émiettement des pouvoirs politiques, la difficile émergence de royaumes géographiquement cohérents et une démultiplication des juridictions [294]. Sur ce terreau fragile, l'arbitrage peut se développer comme une alternative favorable à une plus grande stabilité [295]. Il est attesté que Venise, comme d'autres Etats-Cités d'Italie, recourt à l'arbitrage pour régler ses conflits avec ses voisins. Venise permet également à l'arbitrage de régler les conflits internes à la Cité, comme les litiges provenant des échanges commerciaux internationaux [296].

104. Durant la période des XV^e^ et XVI^e^ siècles, l'arbitrage est le mode privilégié de règlement des différends, même si très souvent ce n'est pas vraiment de l'arbitrage mais de la médiation, ou, lorsque ce sont de vraies procédures arbitrales, les sentences sont rendues *ex æquo et bono*, la pratique étant assez floue quant à l'utilisation des techniques de l'un ou l'autre de ces modes de résolution des différends [297]. De plus, il ne faut pas oublier que la Chrétienté acceptait un *ius commune* qui permettait une plus grande unité juridique que l'on ne peut s'imaginer aujourd'hui et que tous les pays de cette unité religieuse acceptaient la compétence des tribunaux ecclésiastiques [298]. En outre, le Pape faisait régner la paix sur la Chrétienté en qualité de *European Arbiter* [299].

---

294. M. Bloch, *La société féodale,* Albin Michel, 1973, p. 495 ss, indique que trois caractéristiques dominent la période : les pouvoirs judiciaires connaissent un « prodigieux morcellement », un « enchevêtrement compliqué » et une « médiocre efficacité ». Y. Jeanclos, « La pratique de l'arbitrage du XII^e^ au XV^e^ siècle – Eléments d'analyse », *Rev. arb*. 1999, p. 417. C'est durant cette époque que la justice royale en Europe sort peu à peu des mains du roi pour être confiée à un corps séparé de juges, compte tenu de l'accroissement des affaires et de l'impossibilité pour le roi seul de tenir audience et de les entendre toutes. C'est la naissance de l'organe judiciaire constitué de conseillers spécialisés qui statuent en l'absence du roi. Cf. J. Hilaire, « Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris », dans R. Jacob (dir. publ.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes,* LGDJ, 1996, p.108.

295. On note que l'essor de l'arbitrage se fait souvent pour des raisons négatives, c'est-à-dire parce que les plaideurs ne peuvent ou ne veulent recourir à une autre forme de justice. Cela est encore valable aujourd'hui. Marc Bloch, *op. cit. supra* note 294, s'exprime ainsi : « Désespérant de savoir devant quelle autorité porter leur litige, les plaideurs souvent s'entendent pour constituer, de leur propre gré, des arbitres ou bien à l'arrêt préféraient un accord amiable. »

296. F. Marrella, *op. cit. supra* note 278, *passim*.

297. De Taube, *op. cit. supra* note 279, à la p. 152.

298. *Idem*, à la p.153.

299. C. G. Roelofsen, « International Arbitration and Courts », dans B. Fassbender et A. Peters (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the History of International Law,* OUP, 2012, p.154-155.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Le Congrès d'Arras (1435) en est un bon exemple. Deux cardinaux, représentant respectivement le pape Eugène IV et le Conseil de Bâle, agissent comme médiateurs pour favoriser les négociations entre la France et la Bourgogne, mais se transforment en juges quand le Traité fut signé. Au XVI[e] siècle, du fait du déclin de l'influence papale, Charles Quint et François 1[er] sont en concurrence pour exercer la fonction d'arbitre de l'Europe. L'arbitre de paix est très présent dans l'œuvre de Bodin, comme il forme l'axe du projet de paix perpétuelle dont nous avons déjà parlé.

105. La tradition arbitrale se poursuit donc au cours de ces périodes tout en cohabitant avec des tribunaux dont la compétence est, la plupart du temps, spécialisée. Ainsi les différends liés aux prises de mer étaient souvent jugés par les tribunaux de droit maritime comme la *English Admiralty Court* dans laquelle siégeait Alberico Gentili (1552-1608), ou le Parlement de Paris ou le Grand Conseil de Bourgogne [300]. La procédure devant ces tribunaux était très similaire, héritée du droit romain, mais certaines règles de fond demeuraient locales. Le droit de la guerre était administré par les tribunaux ordinaires comme le Parlement de Paris durant la guerre de Cent Ans [301]. Des tribunaux *ad hoc* étaient aussi formés pour juger des actes criminels, ainsi le Tribunal de Breisach qui jugea Peter Hagenbach en 1474, pour avoir violé le Code de la Chevalerie alors qu'il était au service du duc de Bourgogne Charles le Chauve [302].

106. Le Traité de Paix de Münster de 1648 entre l'Espagne et la République des Pays-Bas comprenait la création d'un tribunal mixte appelé « chambre mi-partie » qui restera en fonction de 1653 à 1675 environ [303]. C'était un tribunal arbitral composé de manière paritaire. Le Traité, ainsi que les traités subséquents, détaillaient les compétences de ce tribunal ainsi que les règles de procédure qu'il devait suivre. Notamment, le tribunal avait pour tâche de faire respecter les clauses commerciales du traité. Il aurait dû aussi juger des litiges territoriaux entre les parties, mais, d'après ce que dit Roelofsen, le gouvernement néerlandais a préféré négocier directement ces litiges [304].

107. Au XVII[e] siècle, en France, deux Ordonnances de 1673 sur le commerce de terre et 1681 pour la marine contiennent un recours

300. De Taube, *op. cit. supra* note 279, à la p. 154.
301. *Ibidem*.
302. *Ibidem*.
303. C. G. Roelofsen, *op. cit. supra* note 299, p. 157.
304. *Ibidem*, p. 158.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

obligatoire à l'arbitrage. Le Titre IV de l'ordonnance de 1673, portant sur les sociétés, oblige les associés à introduire une clause d'arbitrage dans les actes de sociétés pour toutes les contestations qui pourraient survenir entre eux [305].

B. Le déclin de l'arbitrage au XVIII^e siècle et le renouveau du XIX^e siècle

108. Le XVIII^e siècle européen commence avec le Projet de paix perpétuelle de l'Abbé de Saint-Pierre en 1713 [306], qu'il baptisa « Union européenne », projet qui comprenait un organe adjudicateur obligatoire pour tous les membres de l'Union, nommé « Arbitrage permanent », désigné également sous l'appellation « Arbitrage européen ». Les principes fondamentaux sur lesquels l'Abbé de Saint-Pierre bâtissait son système comprenaient au point 3 :

> « De faire toujours terminer ces différends sans aucune représailles, sans aucune violence et sans aucune guerre, mais par l'Arbitrage permanent, et par le Jugement d'Associés intéressés à juger les autres équitablement, c'est-à-dire comme ils voudraient en être jugés en pareil cas. » [307]

Pour Roelofsen, l'Abbé de Saint-Pierre se serait inspiré de l'exemple « of the standing adjudication of disputes between member states of the Empire by the Imperial Chamber » dans l'Union germanique [308].

109. Bien que l'arbitrage se retrouve dans un certain nombre de documents de l'époque, sa pratique en réalité est en déclin. Vattel mentionne l'arbitrage comme l'un des modes possibles de règlement

---

305. J. Hilaire, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle), *Rev. arb*., 2000, p. 189, à la p. 195.

306. Charles Irénée de Castel de Saint Pierre, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe* (titre conventionnel), Utrecht, chez Antoine Schouten, 1713, reproduit (avec le projet de Traité), dans Michel Serres (dir. publ.), *Corpus des Œuvres de philosophie en langue française*, Fayard 1986, texte revu par S. Goyard-Fabre, p. 719, *Projet de Traité pour rendre la paix perpétuelle entre les souverains chrétiens, pour maintenir toujours le Commerce libre entre les Nations, pour affermir beaucoup davantage les Maisons souveraines sur le Trône*, Utrecht, chez Antoine Schouten, Marchand Libraire, MDCCXVII. Le projet de Traité est une épitre adressée au « Régent » (en fait destinée à Louis XIV), dans laquelle l'Abbé soutient que l'idée qu'il développe est celle du Bisaïeul du destinataire, Henri IV surnommé Le Grand, plus de cent ans auparavant. Le livre contient non seulement la proposition de traité, mais aussi une liste d'objections au projet avec les réponses qu'il juge appropriées ainsi qu'un argumentaire justifiant le projet. Il s'agit du Tome III, comprenant 456 pages, rédigé à Paris en 1715, mais dont la publication fut retardée en raison de la mort de Louis XIV.

307. *Idem*, p. ix. Texte retranscrit par nous avec une orthographe moderne. Les majuscules sont dans le texte original.

308. C. G. Roelofsen, *op. cit. supra* note 299, à la p. 159.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des différends [309], mais sans donner d'exemples. Georg Friedrich de Martens soutient, pour sa part, que l'arbitrage décline car les sentences ne seraient pas exécutées [310]. Cela rejoint ce que dit Manley O. Hudson, qui s'interroge sur l'usage de l'arbitrage dans les relations internationales, mais écrit essentiellement du point de vue américain [311]. Il soutient que le XIX[e] siècle marqua un développement continu de l'arbitrage, alors qu'il était tombé en désuétude au XVIII[e] siècle.

110. Pour les Américains du Nord, l'histoire de l'arbitrage commence avec le *Jay Treaty* de 1794 entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne [312]. John Jay était le premier président (*Chief Justice* ou juge en chef) de la toute récente Cour suprême, créée en 1789, et comme il constatait l'impossibilité pour les tribunaux des deux pays (ou au moins aux Etats-Unis) de faire exécuter les clauses éteignant les dommages des parties privées tels que reconnus par le Traité de Paris de 1783, il créa ces commissions mixtes, l'une dont le siège était à Londres et l'autre dont le siège était à Philadelphie, alors capitale des Etats-Unis. Ces Commissions sont connues comme les *Prize Commissions*. Mais dans le même temps, la Cour suprême jugeait l'affaire *The Betsey* en 1794 en s'appuyant sur le droit des prises qu'elle considérait comme du droit international. Ralston ouvre sa préface par :

> « We are often told, and with truth, that the modern era of international arbitrations began with the year 1794 when the Jay Treaty between the United States and Great Britain was signed. Except, however, for the Geneva award of 1872, the matters arbitrally decided usually have been until recently of minor importance. » [313]

Les chiffres lui donnent peut-être raison. Jusqu'à la fin de la guerre civile américaine, dix arbitrages furent conduits entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, dont l'un fut mené par une commission

309. E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle,* (1758), dans J. B. Scott, *The Classics of International Law* (Carnegie Institution, Washington D.C., 1916, volume 3, à la p. 223.

310. F. F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage,* 2[e] édition, Diettrich Göttingen, 1801, à la p. 270 cité par V. C. G. Roelofsen, *op. cit. supra* note 299, à la p. 159.

311. Manley O. Hudson, *International Tribunals – Past and Future,* Washington DC, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, 1944.

312. 8 Stat. 116, T.S. N°105, 2 Miller 245 (8[e] tome de *Treaties and Other International Acts of the United States* (1931-1948). Le Jay Treaty est considéré aux Etats-Unis comme étant le début de l'arbitrage international moderne (Darby, *International Tribunals,* 769 (3[e] édition 1900).

313. Jackson H. Ralston, *International arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, 1929.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mixte qui décida de 115 demandes privées *(private claims)* [314]. Jusqu'en 1871, les Etats-Unis furent partie à 17 arbitrages supplémentaires, dont 4 avec des Etats européens et 13 avec des Etats d'Amérique latine. Une commission arbitrale entre les Etats-Unis et le Mexique établie par Convention du 4 juillet 1868 eut à juger de plus de 2000 dossiers. Durant la même période, 24 arbitrages furent conduits entre pays européens ; 14 entre un pays européen d'un côté et un pays d'Amérique latine de l'autre ; 4 entre des Etats d'Afrique et 2 entre des Etats d'Amérique latine [315].

111. Alexander Marie Stuyt [316], pour sa part, dénombre 471 arbitrages dans la période de 1799 à 1970, chiffre probablement sous-estimé dans la mesure où l'auteur compte pour un seul arbitrage les multiples commissions mixtes qui ont eu à décider d'un grand nombre de plaintes, ce qui peut s'expliquer par le fait que ces commissions mixtes présentaient une certaine stabilité et ne changeaient pas « d'arbitres » en fonction des dossiers qui leur étaient soumis [317].

112. Pour la France, le renouveau de l'arbitrage commence un peu plus tôt. C'est la révolution de 1789 qui marque une véritable passion pour l'arbitrage, selon l'expression d'un auteur [318]. Le recours à l'arbitrage devient un principe constitutionnel comme le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations. Le droit de recourir à l'arbitrage est un droit naturel, conforme à la Raison, universel et immuable [319]. On voit l'influence indéniable des Lumières, Montesquieu en première ligne, inspiré par la Constitution de l'Angleterre et Diderot. Voltaire est réputé pour avoir préféré la médiation [320]. Pour les révolutionnaires, en tout cas, le passage par la conciliation et l'arbitrage était obligatoire avant de pouvoir accéder aux tribunaux [321]. On peut d'ailleurs se demander si le renouveau de l'arbitrage de l'autre

314. *Idem*, p. 4.
315. *Ibidem*. Malheureusement, l'auteur ne nomme aucun des Etats en cause, ne donne aucune référence des affaires jugées ni ne donne aucune indication factuelle pour permettre de les identifier.
316. A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations, 1794-1970*, A.W. Sijthoff éditions, 1972. Des chiffres similaires sont donnés par W. Evans Darby, mais Philipson conteste ce chiffre et considère avec La Fontaine et J. B. Moore que le chiffre le plus exact serait équivalent à deux cents.
317. Certains analystes disent que le règlement des différends en droit de l'investissement s'inspire des arbitrages de ces commissions mixtes.
318. B. de Loynes de Fumichon, « La passion de la révolution française pour l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2014, p. 3. Cette passion n'allait pas sans controverse ni opposition ainsi que le rapporte l'auteur, p. 17.
319. *Ibidem*.
320. *Idem* à la p. 32.
321. J. Hilaire, *op. cit. supra* note 305, à la p. 189.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

côté de l'Atlantique n'était pas influencé par les mêmes considérations, tant il y avait de perméabilité entre les deux révolutions.

113. Le point culminant de l'histoire de l'arbitrage qui le conforte et annonce son évolution au XX^e^ et au XXI^e^ siècles, c'est la création de la CPA par la Conférence de la paix de 1899 dont nous avons déjà parlé. C'est pour elle que Carnegie accepte de financer le Palais de la Paix dans les jardins duquel l'Académie de droit international sera plus tard installée. Cette création est largement influencée par le travail des juristes internationalistes, notamment au sein de l'Institut de droit international, institut qui recevra le Prix Nobel de la paix en 1904 pour ses travaux sur l'arbitrage comme moyen de règlement des différends au service de la paix. C'est plus un jalon formel que réel. Tout d'abord, la CPA, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas une juridiction. En effet, elle est l'ancêtre des institutions d'arbitrage telles que nous les connaissons aujourd'hui. La permanence vient du fait qu'un secrétariat permanent est chargé de gérer la partie administrative de chaque affaire soumise à un tribunal arbitral formé sous l'égide de la Cour, qui fonctionne et statue de manière autonome. De surcroît, chaque Etat devenant partie de la Cour, désigne des personnes qui seront susceptibles d'être nommées arbitres dans des affaires soumises aux règles de la Cour permanente. C'est donc une liste d'arbitres potentiels qui est ainsi établie et qui complète un peu le caractère permanent voulu par les concepteurs. Les nominations peuvent cependant se faire en dehors de cette liste lorsque les parties le décident d'un commun accord. En revanche si les nominations sont faites par la Cour elle-même, cette dernière doit faire son choix sur la liste. Malgré ces deux caractéristiques, il s'agit bien d'arbitrage et non d'une juridiction. Chaque tribunal arbitral statuant sous l'égide de la Cour permanente est indépendant de la Cour et aussi des autres tribunaux arbitraux constitués sous son égide. En effet, en 1899, l'arbitrage est le mode commun de règlement des différends internationaux entre Etats, ayant été ravivé au XIX^e^ siècle après être tombé en désuétude au XVIII^e^ siècle ainsi que nous venons de le dire et alors même que ce mode de règlement des différends est considéré comme ayant existé depuis l'Antiquité [322]. Certes, un expert comme Otfried Nippold (1864-1938) espérait que ce système permettrait de mettre en place un arbitrage obligatoire pour les Etats

322. Mais C. G. Roelofsen, *op. cit. supra* note 299, à la p. 148, remet en cause cette supposée universalité et histoire longue de l'arbitrage.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sans qu'ils aient besoin de renouveler leur consentement pour chaque affaire, ce qui entraîna l'objection de l'Allemagne en 1899 et un compromis en 1907 [323].

114. Il est en tout cas indéniable que l'histoire de la justice internationale commence d'abord avec l'arbitrage ou des modes de règlement des différends amiables dont les intitulés varient grandement. Au XIX[e] siècle l'utilisation des commissions mixtes arbitrales est devenue le mode le plus usité de règlement des différends, notamment par les Etats-Unis [324]. Elles sont composées de ressortissants des Etats-Unis, de l'Etat étranger avec lequel les Etats-Unis sont en litige et d'un Etat tiers. Elles doivent décider de demandes formulées par les Etats-Unis au nom de ses ressortissants pour des revendications que ceux-ci ont à l'encontre de l'Etat étranger en cause. Cette manière de procéder fut adoptée par d'autres Etats, si bien que la pratique de ces commissions mixtes eut une réelle influence sur le développement du droit international. Toutefois, il devint apparent au fur et à mesure de l'accroissement de cette pratique qu'elle variait grandement en fonction de l'expertise des commissaires si bien que, dans certains cas, les commissions durent être abandonnées. Il en alla ainsi d'une des commissions formées en vertu du *Jay Treaty* ce qui engendra le paiement d'une somme globale par les Etats-Unis à la Grande-Bretagne qui, elle-même, forma une commission nationale pour distribuer cet argent en vertu d'un traité signé en 1802 entre les deux pays [325]. L'année suivante, en 1803, le même mécanisme fut mis en place pour la distribution d'une somme payée par la France à la suite d'un accord transactionnel passé entre les deux pays [326]. Lillich explique que cette nouvelle manière de procéder est due en grande partie à « l'échec » des commissions mixtes qu'il attribue partiellement à l'incapacité de certains commissaires de fonctionner « correctement ». Quels étaient les problèmes rencontrés, qui étaient

323. Voir C. G. Roelofsen, *op. cit. supra* note 299, aux p. 146-147, citant M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations,* à la p. 211.

324. Il convient de ne pas confondre ces commissions mixtes avec les tribunaux mixtes organisés à la fin du XIX[e] siècle en Egypte qui favorisait des tribunaux comprenant des juristes étrangers compte tenu de ce que la souveraineté de l'Empire ottoman ni de l'Empire britannique ne s'étendait de manière directe à ce pays. Cf. T. Heyligers, « L'organisation des Tribunaux mixtes d'Egypte », *Recueil des cours*, 1927/II, tome 17, p. 1-108 ; J. Y. Brinton, *The Mixed Courts of Egypt*, Yale U. Press, 2[e] édition, 1968 ; B. Cannon, *Politics of Law and the Courts in Nineteenth-Century Egypt*, U. of Utah Press, 1988, W. Hanley, « International Lawyers without Public International Law : The Case of Late Ottoman Egypt », *Journal of the History of Int'l Law,* 2016-1, p. 98-119.

325. R. B. Lillich, *op. cit. supra* note 108*,* p. 7

326. *Ibidem*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les commissaires, selon quelles règles étaient-ils choisis, quelles règles ces commissions mixtes appliquaient-elles ? Aucune réponse à ces questions ne peut être trouvée dans les quelques analyses que nous avons pu lire sur ces commissions mixtes [327]. En revanche, un auteur explique

> « … a large number of claims demands a certain speed of adjudication which is impossible if the claims are to be decided by commissioners of different nationalities, and language, and who are educated in different legal systems » [328].

Le même auteur exprime aussi l'idée que les délais de jugement sont inévitablement très longs lorsqu'un Etat défendeur tente de réduire chaque revendication qui lui est faite, ce qui est inévitablement le cas dans les commissions mixtes qui fonctionnent comme des tribunaux arbitraux dans lesquels les droits de la défense doivent être préservés [329]. Lillich abonde dans le sens de McKernan en affirmant que l'arbitrage ne peut bien fonctionner qu'entre pays qui ont la même tradition juridique et le même respect illimité pour le processus judiciaire.

> « The establishment and successful operation of a mixed commission requires, after all, mutual confidence between adversary states extending to appointed "judicial" or arbitral personnel. » [330]

Finalement, c'est aussi en raison de la rapidité avec laquelle les commissions nationales traitent ces questions que le système des commissions mixtes a été abandonné. Lillich explique :

> « One additional factor favors the lump sum settlement – the desire of governments to arrive at a final settlement. No country wishes to have claims pressed against it indefinitely. In addition, business wants to do business, and as long as there are claims outstanding against a country it cannot expect conditions ideal for increasing its foreign trade and attracting foreign investment. As a practical matter, then, claims may be settled more often with

327. Une recherche beaucoup plus approfondie, notamment dans les archives des Etats-Unis et des autres pays avec lesquels ils ont conclu des accords mettant en place les commissions mixtes permettrait peut-être d'en savoir plus.
328. McKernan, *Special Mexican Claims,* 32 *Am. J. Int'l L.* 457 (1938), à la p. 459.
329. *Ibidem*. Notons sans commentaire, l'expression peu orthodoxe utilisée par l'auteur *« legal red tape »* pour décrire les moyens de défense de l'Etat étranger.
330. R. B. Lillich, *op. cit. supra*, note 108, p. 12-13.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> an eye to expediency than right. Such being the case, the national commission-lump sum settlement device wipes the slate clean fastest. Indeed, the fact that a settlement of claims may be made ex gratia, without reference to the question of international legal liability, is one of the most attractive features of lump sum method to many countries. » [331]

Et plus loin il rapporte ceci :

> « When a mixed commission was proposed to Brazil during the 1840's, the Brazilian minister objected to that arrangement, as being disrespectful, by implication, to various legal tribunals and distinguished lawyers of Brazil, who had already pronounced adversely upon many of these same claims. He consented, however, to refer the cases to a confidential officer, who should examine them, and report to him upon the merits of each ; and, when such report should be made, to propose, for Mr. Tod's acceptance, a round sum to be received by the United States in satisfaction of all of their outstanding claims. » [332]

115. Le Traité de Paix entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne de 1814 [333] créait quatre commissions mixtes. Si les commissaires ne parvenaient pas à se mettre d'accord, les parties s'accordaient pour recourir à l'arbitrage d'un souverain ami. Par exemple la frontière disputée entre le Maine et le Canada fut finalement référée à William I[er] des Pays-Bas [334]. Le respect de la prohibition de l'esclavage plus ou moins imposée par la Grande-Bretagne fut confié à des tribunaux mixtes créés entre la Grande-Bretagne d'un côté et les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal et le Brésil de l'autre. En 1839-1841, un certain nombre de pays d'Amérique latine acceptèrent de créer des commissions mixtes au Sierra Leone.

116. En 1853, les Etats-Unis signent encore un traité avec la Grande-Bretagne pour transiger 40 plaintes accumulées du côté des Etats-Unis et 75 du côté anglais. Cette fois c'est une « commission » arbitrale basée à Londres qui est chargée de ces affaires. Elle accueille 12 demandes américaines, en rejette 27 et une demande est retirée. Quant aux plaintes du côté anglais, 19 sont accueillies, 52 rejetées et 4

331. *Ibidem*, p. 13-14.
332. *Ibidem*, p. 14.
333. *Treaty of Ghent*, 24 décembre 1814, (1814) 63 CTS 421.
334. Roelofsen, *op. cit. supra*, note 299, p. 163.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

retirées. C'est encore un tribunal similaire qui fut formé entre les deux mêmes Etats en 1910 pour juger 19 plaintes de la Grande-Bretagne et 32 des Etats-Unis.

117. En 1899 c'est l'Allemagne qui objecte à un arbitrage obligatoire. Malgré tout, la CPA est créée ainsi qu'il a été dit ci-dessus. Mais, insatisfaits des résultats de la conférence de 1899, les Américains arrivent en 1907 avec un projet de *Court of Arbitral Justice* [335] qui fait l'admiration de nombre de commentateurs, au rang desquels Hans Wehberg [336]. Il est particulièrement remarquable que Wehberg ait changé d'avis sur l'établissement d'une cour de justice, comme l'indique la préface de son livre. A l'origine, en effet, Wehberg était favorable à la CPA et pensait qu'il fallait s'en tenir là. Ce n'est que plus tard, après avoir discuté, notamment avec J. B. Scott et d'autres juristes de son temps, qu'il se déclara en faveur d'une véritable cour de justice pour laquelle devrait être surmontée la question de la sélection des juges qui avait été l'une des pierres d'achoppement essentielles [337]. Il n'empêche qu'en 1907 le projet des Américains est très débattu, et il est finalement relégué à un simple vœu. Mais il est avéré que le travail effectué durant les deux conférences de La Haye de 1899 et 1907 forma l'essentiel des travaux préparatoires pour ce qu'est devenue, plus tard, la Cour permanente de Justice internationale [338]. Wehberg admit d'ailleurs que le droit international ne peut pas être développé par l'arbitrage compte tenu du caractère *ad hoc* et temporaire de chaque tribunal, mais aussi le fait que, à l'époque, l'arbitrage était avant tout entendu comme un règlement en équité, plutôt qu'un règlement en droit [339].

118. Toujours est-il que lors de la seconde Conférence de la paix de La Haye de 1907 [340], une grande confusion s'est fait jour entre les délégués qui ne parlaient pas le même langage. Certains continuaient de parler d'arbitrage et poursuivaient la même idée que celle qui avait vu le jour en 1899, sauf que pour certains, la nouvelle cour aurait été

335. Ce projet n'est pas publié dans les actes de la Conférence. On en trouve le texte dans J. B. Scott, *American Addresses at the Second Hague Peace Conference*, Boston, 1910, p. 206 ss. Il est remarquable que le nombre de quinze juges était déjà proposé dans ce projet ainsi que le système par lequel les juges seraient élus par plusieurs Etats regroupés géographiquement.

336. Dr Hans Wehberg, *op. cit. supra,* note 227.

337. Préface signée par J. B. Scott lui-même au livre de Wehberg.

338. Roelofsen, *op. cit supra* note 299, à la p. 165.

339. H. Wehberg, *op. cit. supra* note 227, à la p. 13 ss.

340. Le même projet sera également discuté par le Congrès pour une paix universelle à Munich en 1907.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

vraiment permanente car les arbitres auraient été attachés à la Cour et auraient dû résider à La Haye. Mais d'autres, comme Scott, Barbosa, Bourgeois, Renault et Carlin, réclamaient une véritable cour de justice[341]. Cette confusion se retrouve encore dans la note rédigée par Knox, le Secrétaire d'Etat américain de l'époque qui regrette en 1909 que

> « a Court of Arbitral Justice, composed of permanent judges and acting under a sense of judicial responsibility, representing the various judicial systems of the world and capable of insuring continuity in arbitral jurisprudence, was not established at the Second Hague Peace Conference » [342].

Cela correspond aussi à une autre proposition faite par les Etats-Unis, celle d'instituer ce qu'ils appellent une *International Prize Court* qui aurait agi comme tribunal d'appel des décisions rendues par les tribunaux nationaux à propos des prises de guerre. Le projet de convention sera amendé par un protocole en 1910 mais n'entrera jamais en vigueur [343]. Toutefois, on note que c'est dans cette convention que l'on a puisé l'idée des juges *ad hoc* qui sera adoptée pour la CPJI et poursuivi avec la CIJ.

119. Cette différence irréductible entraînera l'échec du projet, pourtant approuvé par tout le monde sauf Baty et Bustamente [344], si bien qu'à la fin de la grande guerre (la Première Guerre mondiale) c'est encore à l'arbitrage que le Traité de Versailles confie le règlement des différends entre les vainqueurs et les vaincus. Ses articles 304 et 305 [345] constituent une section VI intitulée « Tribunal arbitral mixte » (TAM) dont les dispositions méritent d'être reproduites ici *in extenso* :

---

341. H. Wehberg, *op. cit. supra* note 227, aux p. 157 et 158. On trouvera à partir des p. 172 ss, un résumé des débats de la conférence de la paix de 1907 et un commentaire article par article de la convention proposée.

342. *American Journal of International Law*, supplément, 1910, p. 102.

343. D'après Wehberg, (*op. cit. supra* note 227, p. 166), lors de la conférence de Bruxelles de 1910 de l'Union interparlementaire, tous les délégués sauf ceux des Etats-Unis rejetèrent l'idée.

344. Wehberg, *op. cit. supra* note 227, à la p. 241.

345. Ces textes seront repris par les Traités de Saint Germain (1919) (avec l'Autriche), de Neuilly (1919) (avec la Bulgarie), de Trianon (1920) (avec la Hongrie), mais pas celui de Sèvres (1920) (avec l'Empire ottoman). Le Traité de Sèvres prévoit la constitution d'une « Commission financière », composée uniquement de représentants des Alliés. Le seul représentant de l'Empire ottoman n'a que voix consultative. Du point de vue économique, c'est le régime des capitulations qui est rétabli. Les litiges sont confiés à une commission arbitrale qui sera désignée par le Conseil de la Société des Nations (art. 287).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

«*Article 304*.

a) Un Tribunal arbitral mixte sera constitué entre chacune des puissances alliées ou associées d'une part et l'Allemagne d'autre part, dans un délai de trois mois à dater de la mise en vigueur du présent traité. Chacun de ces tribunaux sera composé de trois membres. Chacun des gouvernements intéressés désignera un de ces membres. Le président sera choisi à la suite d'un accord entre les deux gouvernements intéressés.

Au cas où cet accord ne pourrait intervenir, le président du tribunal et deux autres personnes susceptibles l'une et l'autre, en cas de besoin, de le remplacer, seront choisies par le Conseil de la Société des Nations et, jusqu'au moment où il sera constitué, par M. Gustave Ador [346], s'il y consent. Ces personnes appartiendront à des puissances qui sont restées neutres au cours de la guerre.

Si un gouvernement ne pourvoit pas, dans un délai d'un mois, à la désignation ci-dessus prévue d'un membre du tribunal, en cas de vacance, ce membre sera choisi par le gouvernement adverse parmi les deux personnes mentionnées ci-dessus, autres que le président.

La décision de la majorité des membres sera celle du Tribunal.

b) Les tribunaux arbitraux mixtes créés par application du paragraphe *a)* jugeront les différends qui sont de leur compétence, aux termes des sections III, IV, V et VII.

En outre, tous les différends, quels qu'ils soient, relatifs aux contrats conclus, avant la mise en vigueur du présent traité, entre les ressortissants des puissances alliées et associées et les ressortissants allemands, seront régies par le Tribunal arbitral mixte, à l'exception toutefois des différends qui, par application des lois des puissances alliées, associées ou neutres, sont de la

346. Il est rare qu'un arbitre potentiel soit désigné nommément dans un Traité international. Gustav Ador, juriste, politicien suisse, était encore Président de la Confédération helvétique (de 1917 à fin 1919) lorsque le Traité de Versailles est signé. Il s'était surtout fait connaître dans son rôle de Président du CICR qui, au cours de la guerre avait pris un rôle inégalé en ce qui concerne les prisonniers, les civils et généralement les personnes vulnérables. Si bien qu'en 1917 le CICR recevra le seul prix Nobel de la paix décerné durant la guerre. Il restera Président du CICR jusqu'à sa mort en 1928. Il servira d'autorité de nomination, par exemple dans l'affaire Goldenberg opposant l'Allemagne à la Roumanie, jugée par un arbitre unique, le 27 septembre 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, volume II, p. 901-910. Son activité en qualité d'autorité de nomination a donné lieu à un arrêt de la CPJI sur compromis d'arbitrage du 18 mars 1924, entre le gouvernement de S. M. le roi des Bulgares et le gouvernement hellénique. Nos recherches n'ont pas permis de mettre à jour une étude complète de ses activités au titre de ces traités.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

compétence des tribunaux nationaux de ces dernières puissances. Dans ce cas, ces différends seront réglés par ces tribunaux nationaux, à l'exclusion du Tribunal arbitral mixte. Le ressortissant intéressé d'une puissance alliée ou associée pourra toutefois porter l'affaire devant le Tribunal arbitral mixte à moins que sa loi nationale ne s'y oppose.

c) Si le nombre des affaires le justifie, d'autres membres devront être désignés pour que chaque Tribunal arbitral mixte puisse se diviser en plusieurs sections. Chacune de ces sections devra être composée ainsi qu'il est dit ci-dessus.

d) Chaque Tribunal arbitral mixte établira lui-même sa procédure en tant qu'elle ne sera pas réglée par les dispositions de l'annexe au présent article. Il aura pouvoir pour fixer les dépens à payer par la partie perdante pour frais et débours de procédure.

e) Chaque gouvernement payera les honoraires du membre du Tribunal arbitral mixte qu'il nomme et de tout agent qu'il désignera pour le représenter devant le Tribunal. Les honoraires du président seront fixés par accord spécial entre les gouvernements intéressés et ces honoraires ainsi que les dépenses communes de chaque Tribunal seront payées par moitié par les deux gouvernements.

f) Les hautes parties contractantes s'engagent à ce que leurs Tribunaux et autorités prêtent directement aux Tribunaux arbitraux mixtes toute l'aide qui sera en leur pouvoir, spécialement en ce qui concerne la transmission des notifications et la réunion des preuves.

g) Les hautes parties contractantes conviennent de considérer les décisions du Tribunal arbitral mixte comme définitives, et de les rendre obligatoires pour leurs ressortissants. »

« *Annexe*

Par. 1. En cas de décès ou de démission d'un membre du Tribunal, ou si un membre du Tribunal se trouve, pour une raison quelconque, dans l'impossibilité de remplir ses fonctions, la procédure, qui a été suivie pour sa nomination, sera employée pour pourvoir à son remplacement.

Par. 2. Le Tribunal adoptera pour sa procédure des règles conformes à la justice et à l'équité. Il décidera de l'ordre et des délais dans lesquels chaque partie devra présenter ses conclusions et réglera les formalités requises pour l'administration des preuves.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Par. 3. Les avocats et conseils des deux parties seront autorisés à présenter oralement et par écrit au Tribunal leur argumentation pour soutenir ou défendre leur cause.

Par. 4. Le Tribunal conservera les archives des procès et causes qui lui seront soumis et de la procédure y relative, avec mention des dates.

Par. 5. Chacune des puissances intéressées pourra nommer un secrétaire. Ces secrétaires constitueront le secrétariat mixte du Tribunal et seront sous ses ordres. Le Tribunal peut nommer et employer un ou plusieurs fonctionnaires qui seront nécessaires pour l'assister dans l'accomplissement de sa tâche.

Par. 6. Le Tribunal décidera de toutes questions et espèces qui lui seront soumises, d'après les preuves, témoignages et informations qui pourront être produits par les parties intéressées.

Par. 7. L'Allemagne s'engage à donner au Tribunal toutes facilités et informations nécessaires pour poursuivre ses enquêtes.

Par. 8. La langue dans laquelle la procédure sera poursuivie sera à moins de convention contraire, l'anglais, le français, l'italien ou le japonais, selon ce qui sera décidé par la puissance alliée ou associée intéressée.

Par. 9. Les lieu et date des audiences de chaque Tribunal seront déterminés par le président du Tribunal. »

« *Article 305*.

Si un tribunal compétent a rendu ou rend un jugement dans une affaire visée par les sections III, IV, V ou VII et si ce jugement n'est pas conforme aux dispositions desdites sections, la partie qui aura subi de ce chef, un préjudice aura droit à une réparation qui sera déterminée par le Tribunal arbitral mixte. Sur la demande du ressortissant d'une puissance alliée ou associée, la réparation ci-dessus visée pourra être effectuée, lorsque cela sera possible, par le Tribunal arbitral mixte en replaçant les parties dans la situation où elles se trouvaient avant le jugement rendu par le tribunal allemand [347]. »

120. Contre l'avis de l'Allemagne, la compétence des TAM est concurrente avec celle des tribunaux nationaux et avec les Offices de

347. La publication des sentences rendues tient en 10 volumes et se répartissent sur les années 1922 à 1930. Voir Marta Requejo Isidro, « Un épisode de l'histoire du droit international privé. Les tribunaux arbitraux mixtes », dans *Mélanges en l'honneur de B. Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1393-1413.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

vérification et de compensation de l'article 296 qui devaient traiter des dettes des ressortissants des pays ennemis nées avant la guerre et devenues exigibles pendant celle-ci. Les TAM reçoivent compétence pour traiter des litiges concernant les « biens, droits et intérêts » (art. 297) ; des réclamations concernant des mesures d'exécution prises en Allemagne durant la guerre (art. 300) ; ainsi que les réclamations lorsqu'un jugement a été rendu durant la guerre par un tribunal allemand à l'encontre d'un ressortissant des puissances alliées (art. 302) ; des litiges contractuels (art. 304) ; certains litiges en matière de propriété industrielle (art. 310) [348].

121. L'article 305 est, en revanche, réellement novateur. Il institue les TAM comme organe d'appel et de recours contre les décisions judiciaires rendues par les tribunaux allemands.

122. La nature exacte des décisions rendues par les TAM n'est pas claire. Dans la sentence Goldenberg, la décision rendue par le TAM est qualifiée d'« arrêt » [349]. Cela fait écho également aux controverses qui se sont fait jour sur la nature exacte des TAM pour lesquels certains leur ont même refusé la qualité de « juridictions internationales » [350].

123. Le Traité de Sèvres ne reprendra aucun texte équivalent aux articles 304 et 305 du Traité de Versailles. En revanche, les articles 89 et 90 de ce Traité prévoient :

> « *Article 89.*
>
> La Turquie et l'Arménie ainsi que les autres Hautes Parties contractantes conviennent de soumettre à l'arbitrage du Président des Etats-Unis d'Amérique, la détermination de la frontière entre la Turquie et l'Arménie dans les vilayets d'Erzeroum, Trébizonde, Van et Bitlis et d'accepter sa décision ainsi que toutes dispositions qu'il pourra prescrire relativement à l'accès de l'Arménie à la mer et relativement à la démilitarisation de tout territoire ottoman adjacent à la dite frontière.
>
> *Article 90.*
>
> Au cas où la fixation de la frontière, en vertu de l'article 89, impliquera le transfert à l'Arménie de tout ou partie du territoire du territoire desdits vilayets, la Turquie déclare dès à présent renoncer, à dater de la décision, à tous droits et titres sur le

348. Sur l'analyse de la nature de cette compétence, voir M. Requejo Isidro, *op. cit. supra* note 347, à la p. 1396.
349. *Supra* note 346.
350. M. Riquejo Isidro, *op. cit. supra* note 347, à la p. 1401.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

territoire transféré. Les dispositions du présent Traité, applicables aux territoires détachés de la Turquie, seront, dès ce moment, applicables à ce territoire. »

Cet arbitrage aura effectivement lieu en novembre 1920, nonobstant la guerre ayant éclaté entre l'Arménie indépendante et la Turquie ainsi que la signature par ces deux pays du Traité d'Alexandropol du 2 novembre 1920 et le fait que le Sénat américain refusait le mandat qui était proposé aux Etats-Unis sur l'Arménie [351]. Le nouveau gouvernement turc, mené par Mustafa Kemal dit *Atatürk*, annexa à la Turquie une partie du territoire attribué par Wilson à l'Arménie. Jusqu'à ce jour, deux camps s'affrontent sur la validité de la sentence arbitrale du fait que le Traité de Sèvres n'a pas été ratifié par la Turquie et de l'effet du Traité d'Alexandropol dont il est parfois dit qu'il a été imposé par la Turquie à l'Arménie, celle-ci ayant été défaite sur le terrain de la guerre.

124. Il n'est pas fortuit de noter que l'on a assisté à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle à des influences croisées entre les négociations internationales et ce qui se faisait en interne dans un certain nombre de pays impliqués dans ces négociations. Ainsi, on note que dès la fin du XVIII^e^ siècle, aux Etats-Unis d'Amérique, des chambres de commerce organisaient en leur sein des centres d'arbitrage : New York en 1768, New Haven en 1794 et Philadelphie en 1801 [352]. Après les conférences de La Haye et la création de la CPA, l'Etat de New York décide d'adopter la première loi sur l'arbitrage aux Etats-Unis (1920). Elle est suivie par la création en 1922 de l'*Arbitration Society of America* et en 1925 de l'*Arbitration Foundation* sous les auspices de la Chambre de commerce de New York. Ces deux organisations entrent très vite en conflit, conflit qui sera assagi grâce à une décision

351. A. Ter Minassian, *L'échiquier arménien entre guerres et révolutions 1878-1920*, Karthala, 2015.

352. F. Kellor, *American Arbitration, Its History, Functions and Achievements*, New York et Londres, éditions Harper, 1948. On notera que F. Kellor avait déjà écrit en 1924 avec Antonia Hatvany, *Arbitration, Disarmament, Outlawry,* Macmillan Cy. En 1934, elle publie *Arbitration in the New Industrial Society,* McGraw –Hill. En 1944 elle publiera *Arbitration in International Controversy*, avec Martin Domke, *Commission to study the organization of peace and the American Arbitration Association*, Volume 1 n° 2 of *International Arbitration Pamphlets*. C'est elle qui, en 1931, a préparé le code de l'arbitrage sous l'égide de l'AAA. En 1977, l'American Council of Learned Societies dit d'elle qu'elle est « a recognized authority on the topic (of arbitration) », dans *Dictionary of American Biography, Frances Kellor, Supplement 5 : 1951-1955.*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de la Cour suprême de New York [353] qui permet la fusion des deux organisations sous l'appellation *American Arbitration Association*. Frances Kellor est l'une des cofondatrices de cette organisation et, quand elle publie l'histoire de cette organisation en 1948, quatre ans avant son décès, elle en est la première vice-présidente. Frances Kellor était par ailleurs fort connue et considérée comme une pionnière en sociologie, pour ses travaux sur l'immigration, le travail, le chômage et la lutte contre l'esclavage. Cela n'empêche pas un avocat de New York, dont la postérité n'aura gardé aucune trace, de publier une recension condescendante du livre de F. Kellor, à la limite insultante, même s'il féminise le mot *author* ce qui est probablement, à l'époque, une marque de mépris [354]. Heureusement, dans le *foreword* qu'il signe pour le livre, James R. Angell (alors *President emeritus* de *Yale University*) explique que le livre offre

> « the most illuminating analyses of the issues involved and the reasons for the several forward steps which have from time to time been taken, in replacing costly and time consuming litigation with the more effective and less expensive procedures of arbitration ».

Si l'auteur de la recension avait au moins parcouru le livre entièrement, il aurait vu dans sa dernière partie le tableau chronologique des événements de l'histoire de l'arbitrage américain et le tableau des personnes qui ont contribué à son développement, ainsi que les annexes fort importantes que M^me^ Kellor consacrait, en fin d'ouvrage, aux règles de procédure applicables par les tribunaux arbitraux, des modèles de clause d'arbitrage et le code d'éthique des arbitres.

125. En 1934, la création de l'*Inter-American Commercial Arbitration Commission*, mandat reçu de la 7^e^ conférence internationale

353. Attention, l'appellation est trompeuse car, dans l'Etat de New York, la Cour suprême est le tribunal de première instance.

354. Ph. M. Payne, Member of the New York Bar, 14 *Mo L. Rev*. 325 (1949) :

> « In her most recent published work, the authoress, who is the First Vice-President of the American Arbitration Association, has presented what is primarily an historical account of the organization and development of the American arbitration Association. In another publication (Arbitration in Action, A Code for Civil, commercial and Industrial arbitrations, Harper Bros, NY 1941 – reviewed by Philip G. Phillips in 55 Harv. L. Rev. 1417 (1942)), Miss Kellor presented a useful and concise treatment of the general procedure or technique of commercial arbitration. But the recognized treatise on Commercial Arbitration and Awards is by professor Wesley A. Sturges, Dean of the Yale Law School (footnote omitted). The genral *(sic)* practitioner will find little, if any, helpful assistance in Miss Kellor's historical treatment of this frequently convenient method of settling controversies. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des Etats américains, permet de soumettre à l'arbitrage les litiges entre ressortissants des Etats-Unis d'Amérique et ceux de l'Amérique latine. Cette commission existe encore. En 1943 une commission équivalente est créée pour les litiges entre les ressortissants des Etats-Unis et le Canada.

126. Comme le dit F. Kellor dans la préface de son livre, *American Arbitration – Its History, Functions and Achievments*, l'arbitre est « the commercial and international and labour leader of the nation . . . who stand ready year after year to serve in the cause of peace and justice » [355]. Elle ne mentionne que des hommes parmi les fondateurs, sauf les deux épouses des donateurs qui ont financièrement rendu possible la publication. Cependant dans le personnel de l'AAA il y a deux femmes : Antonia Hatvany et Catherine G. Salisbury.

127. Pour compléter ce tableau historique de l'arbitrage, fondement de la justice internationale, il faudrait citer toutes les conventions qui ont émaillé le XX[e] siècle : Convention de New York de 1958, Convention de Genève de 1961, Convention de Washington de 1965, Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama 1975), notamment, ainsi que tous les travaux de la CNUDCI (loi modèle, règlement). Mais cette histoire est bien connue et facilement accessible, si bien qu'il n'est pas utile d'y consacrer plus de développements.

C. L'époque contemporaine débute en 1922

128. La véritable rupture historique a donc lieu en 1922 avec l'entrée en vigueur du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Elle sera lentement suivie par cinq juridictions permanentes jusqu'en 1989 pour voir leur nombre exploser entre 1990 et 2014 avec plus de vingt-cinq juridictions permanentes à cette date [356]. La rupture se vérifie au moins à deux titres : tout d'abord, la justice internationale devient vraiment permanente ; ensuite, elle est rendue par des juges professionnels et ne fait plus appel seulement aux anciens ou aux sages de la communauté.

129. Il est indéniable que la justice internationale permanente doit sa création aux juristes internationalistes américains qui, ainsi qu'il a été rappelé plus haut, lors des conférences diplomatiques de 1899 et 1907, firent tout ce qui était en leur pouvoir pour soutenir une telle création. Ils

355. *Op. cit. supra*, note 352, à la p. xi. La préface mentionne qu'à l'époque déjà 15000 hommes apparaissent sur les listes des divers panels d'arbitres.

356. K. J. Alter, *op. cit. supra* note 67.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

arrivèrent à la Conférence de La Haye de 1899 avec la ferme intention de proposer (et d'obtenir) la création d'une cour de justice internationale [357]. Ce qui fut obtenu, la CPA, n'était pas ce qui avait été envisagé. En effet, les instructions du Secrétaire d'Etat Root étaient claires. Elles mentionnaient expressément, à destination des délégués américains à la Conférence, les différences majeures qu'il voyait entre l'arbitrage et une véritable cour permanente de justice. Pour lui, l'arbitrage était plutôt à ranger du côté des modes diplomatiques de règlement des différends, manquant d'indépendance par rapport aux Etats, alors que le tribunal qu'il appelait de ses vœux avait toutes les caractéristiques d'une véritable cour de justice indépendante.

130. Devant l'échec de leurs espoirs, ils allèrent même jusqu'à favoriser la création de la Cour de justice de l'Amérique centrale en 1908 pour prouver aux Européens que leur idée était parfaitement réalisable [358]. Ils furent aidés en cela par Carnegie qui finança le bâtiment qui devait abriter la Cour comme il financera plus tard le Palais de la Paix [359]. La Cour était composée de cinq juges, un par pays membre. Toutefois, il s'agissait de juges professionnels. La Cour de justice de l'Amérique centrale, pourtant, ne peut être considérée comme un tribunal « permanent » puisque par les termes mêmes de la Convention qui l'instituait, elle ne devait durer que dix ans. Certes, il était prévu que son terme soit renouvelable. Mais le Nicaragua, mécontent de la manière dont les Etats-Unis s'étaient conduits dans la négociation du Traité Chamorro-Bryan et ignorant la décision rendue par la Cour dans cette affaire, refusa de renouveler le Traité instituant la Cour, signant en cela la fin de son existence. Effectivement, le 17 mars 1918, les juges de la Cour furent reçus par le Président du Costa Rica pour une cérémonie d'adieu, la Cour fermant ses portes [360]. James Brown Scott a été un

357. Information tirée de George A. Finch (edited by William E. Butler), *Adventures in Internationalism – A Biography of James Brown Scott*, The Lawbook Exchange, 2012, p. 41 ss. Voir aussi le récit des différents efforts pour créer un tribunal de justice permanent conté par H. Wehberg, *op. cit. supra* 227, aux p. 128 ss. Il cite notamment les projets de Adler, Lorimer, Gondon d'Assone, Saint-Simon, Pecqueur, Marchand, Villiaume, Trendelenburg, Sigaud, Ferrer, Dupasquier et Loewenthal, pour beaucoup complètement oubliés aujourd'hui.

358. Cette idée est avancée par J. Allain, *A Century of International Adjudication : The Rule of Law and its Limits,* TMC Asser Press, 2000, p. 89-90.

359. Voir *infra*, le chapitre 5 sur l'architecture de la justice internationale.

360. J. Allain rapporte (p. 88) que les juges ont tenté de « sauver » la Cour notamment par l'amendement de l'étendue de sa compétence et en exigeant que les recours internes et les négociations diplomatiques soient épuisés avant qu'elle ne soit saisie. Mais ces efforts furent vains. L'étendue de sa compétence avait, en effet, fait l'objet de critiques parce que trop large, notamment par Manley Hudson, cf. J. Allain, *op. cit. supra* note 358 à la p. 89.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

inlassable héraut de la justice internationale, d'abord par l'arbitrage puis grâce à une cour permanente de justice. C'est lui qui établit l'*American Society for Judicial Settlement of International Disputes*, dont la première conférence fut tenue à Wahsington DC du 15 au 17 décembre 1910 sous sa présidence (il en fut en effet le premier président) [361]. Le concept de *judicial settlement* était compris de manière étroite et n'incluait pas l'arbitrage, ce qui se comprenait parfaitement puisque la CPA était déjà constituée. L'association a été dissoute après la dernière conférence en 1916. Cela correspond d'ailleurs à une augmentation sensible des critiques entendues, déjà à l'époque, aux Etats-Unis contre cette justice internationale qui, pour certains, n'était pas suffisamment indépendante. Il en résulta apparemment un refus de soutenir cette Cour, en n'exécutant pas la décision qu'elle avait prise dans l'*Affaire du Traité Chamorro-Bryan*, décision qui donnait raison au Salvador et au Costa Rica qui se disaient affectés par le Traité. Les Etats-Unis, malgré le soutien qu'ils avaient donné à la Cour dans l'affaire *Honduras c. El Salvador et Guatemala*, ces Etats ayant été d'une certaine manière « forcés » à exécuter cette décision par les Etats-Unis et le Mexique, tournaient le dos à la Cour à partir du moment où une décision était rendue à leur encontre [362]. Comme le dit J. Allain, la Cour était finalement à la merci de la volonté des Etats et de leur respect pour ses décisions [363]. Mais n'est-ce pas toujours le cas avec les décisions des tribunaux internationaux statuant dans les litiges entre Etats ? Le seul changement drastique provient des cas dans lesquels ce sont des particuliers qui peuvent attaquer les Etats comme c'est le cas avec les cours établies pour statuer sur les violations des droits de l'homme ainsi qu'il sera dit ci-dessous.

131. Lorsque Philip Jessup s'intéresse à l'histoire de la création d'une justice internationale permanente, il commence par étudier quatre affaires : celle de l'Alabama (1871), celle de l'Alaska (1903), celle du temple de Preah Vihear (1959) et celle du Great Rann of Kutch (frontière

361. Information tirée de George A. Finch (édité par William E. Butler), *Adventures in Internationalism – A Biography of James Brown Scott*, The Lawbook Exchange, 2012, p. xix.

362. J. Allain, *op. cit. supra* note 358, à la p. 89 et 90, citant Jean Eyma :

> « It served no purpose for the United States to wish to be progressive in establishing "ideal" international adjudication as an example for the people of Europe. The United States, in fact, but a few years later, helped insure the failure of this very institution which was to show that the American spirit for establishing an "ideal" international adjudication had matured more than Europe's. »

363. J. Allain, *op. cit. supra* note 358, à la p. 91.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

entre l'Inde et le Pakistan) (1965), ce qui lui permet de contraster les caractéristiques d'une justice arbitrale que les chefs d'Etat tentent de forger à leur main, avec celles d'une justice plus indépendante. Mais cela lui donne aussi l'occasion d'illustrer une caractéristique qui, à l'époque, était considérée comme particulièrement remarquable : chacune des décisions avait été exécutée par les parties, alors même, dit Jessup, qu'il n'y avait pas de *sheriff* ou d'huissier pour les faire exécuter [364].

132. L'histoire de la justice internationale pénale est aussi parlante. Avant les Tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo, il n'existait pas de justice pénale internationale au sens propre du terme. Au lendemain de la Première Guerre mondiale, les Alliés avaient voulu mettre en procès Guillaume II. L'article 227 du Traité de Versailles dispose que l'Empereur Guillaume II est mis en accusation, « pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». Il prévoit également qu'un tribunal spécial composé de représentants des Etats-Unis d'Amérique, de l'Empire britannique, de la France, de l'Italie et du Japon doit être constitué. L'article 228 prévoit également le jugement des criminels de guerre que le nouveau Reich doit extrader. De son côté, l'article 230 du Traité de Sèvres prévoit l'extradition par l'Empire ottoman des criminels de guerre pour qu'ils soient jugés par un tribunal international à créer, qui ne verra jamais le jour. C'est d'ailleurs pour cela que l'un des responsables du génocide des Arméniens, réfugié en Allemagne sera assassiné par un survivant du génocide et son procès se tiendra à Berlin en 1921 [365]. Guillaume II ne sera jamais jugé car, réfugié aux Pays-Bas, il est protégé par ses liens familiaux avec la famille royale de ce pays, la Reine de l'époque refusant de l'extrader.

133. La République de Weimar, déjà affaiblie, craint une opposition populaire et refuse l'extradition des criminels de guerre au profit de ce tribunal international non encore créé. Elle obtient un accord au moins tacite des Alliés pour que ces procès aient lieu en Allemagne. Ils se tiendront au Tribunal de Leipzig de mai 1921 à décembre 1922. Comme il fallait s'y attendre, sur les 901 accusés, 888 seront acquittés. Les 13 autres seront condamnés à des peines légères qu'ils ne purgeront pas.

364. Ph. Jessup, *op. cit. supra* note 74, p. 21.
365. Sur ce procès, voyez *infra* le chapitre 4.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

134. En ce qui concerne les crimes perpétrés contre les Arméniens, c'est la justice turque qui se charge, dans un premier temps, de conduire les procès contre les responsables. Ces procès ont lieu en 1919 et 1920, Ils sont connus sous l'appellation « procès de Constantinople » [366]. Le procès des dirigeants unionistes eut lieu à partir d'avril 1919, mais comme les responsables principaux étaient en fuite, les onze inculpés considérés par les juges comme des complices ont été condamnés à de faibles peines. Cependant les dirigeants unionistes en fuite ont été condamnés à mort par contumace. La Grande-Bretagne était opposée à ces procès en Turquie car elle considérait que la justice ottomane ne donnait pas les garanties procédurales nécessaires pour de tels procès et souhaitaient que les crimes contre les Arméniens donnent lieu à un procès devant un tribunal international. De plus, lorsque le contenu du Traité de Sèvres fut connu et comme il n'avait pas repris les dispositions du Traité de Versailles sur le règlement des différends [367], la plupart des procès furent discontinués [368].

135. C'est pour éviter ce qu'il faut bien appeler un déni de justice, que le Tribunal militaire international de Nuremberg [369] et le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient ont été créés [370]. Il faut attendre cependant 2002 pour qu'un tribunal pénal permanent voit le jour, non sans mal. Entre les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, d'un côté, et la Cour pénale internationale, de l'autre, on continue à créer des tribunaux pénaux *ad hoc* à chaque événement humanitaire génocidaire ou crimes de masse, comme pour la Yougoslavie et le Rwanda. La création de la justice pénale interantionale peut paraître

366. M. Nichanian, « Les procès des responsables du génocide arménien à Constantinople (1919-1920), dans *Le génocide des Arméniens – Cent ans de recherche 1915-2015,* Armand Colin, 2015, p. 166. Voir aussi V. N. Dadrian et T. Akçam, *Jugement à Istanbul – Le procès du génocide des Arméniens*, L'aube, 2015.

367. Cf. *supra*.

368. M. Nichanian, *op. cit. supra* note 366, p. 172 dit que les procès « ont été vidés de leur substance ».

369. Nuremberg en chiffres : 3000 tonnes de documents ; 400 journalistes du monde entier sont présents à l'ouverture du procès ; 94 témoins sont entendus au cours du procès (61 à décharge et 33 à charge) ; 42 volumes contiennent l'intégralité des actes du procès ; 24 accusés sont initialement sélectionnés. Trois ne comparaîtront pas : l'industriel allemand Gustav Krupp très âgé est écarté en raison de son état de santé ; Martin Bormann, disparu au moment de la bataille de Berlin, et Robert Ley, responsable du Front allemand du travail, qui s'est suicidé en prison le 25 octobre 1945. 8 juges composent le Tribunal ; 4 langues officielles sont utilisées pour les débats (l'anglais, le français, le russe et l'allemand) ; 1 film de 4 heures, intitulé *Le plan nazi*», est projeté au cours du procès.

370. Voir la riche bibliographie donnée par M. Nichanian, *op. cit. supra* note 366, p.176 note 13 sur le lien entre les échecs de la justice internationale à l'issue de la guerre de 1914-18 et les leçons tirées pour Nuremberg.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

quelque peu décourageante, même s'il est préférable de regarder ce qui a déjà été accompli. Mais nous ne pouvons pas omettre de noter que, après des mois de tergiversations pour nommer le premier procureur du TPIY sans lequel tout travail d'un tribunal pénal est rendu impossible, il fut désigné seulement le 8 juillet 1994, alors que le génocide au Rwanda était déjà accompli. Le télégramme d'alerte du General Roméo Dallaire qui commandait la force UNAMIR, datant du 11 janvier 1994, est demeuré sans effet, les massacres ayant débuté sporadiquement en mars et le génocide ayant commencé dans la nuit du 6 au 7 avril 1994 après que l'avion où se trouvaient les présidents du Burundi et du Rwanda a été abattu, tuant ses occupants.

136. Cette histoire ne serait pas complète si l'on ne mentionnait pas la création des Cours internationales pour la protection des droits de l'homme, telles la CourEDH et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, datant respectivement de 1959 et 1979. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est plus récente (2004). Elles contribuent à renforcer la permanence de la justice internationale.

D. Les conséquences de la permanence

137. Pourquoi attacher autant d'importance à la permanence ? Tout d'abord, l'accès à la justice est facilité par la permanence. Le temps relativement long de constitution d'un tribunal arbitral, de plus en plus long aujourd'hui si l'on en juge par l'arbitrage d'investissement, devient véritablement problématique. Une justice permanente est à la disposition des parties, hormis durant les vacances judiciaires à moins d'une urgence, au moins dans le cadre de la justice interne.

138. La justice permanente est aussi une justice rendue par des juges professionnels. Non pas que les juges internationaux aient toujours été eux-mêmes juges dans leur pays d'origine avant d'être désignés pour servir au sein d'une juridiction internationale. Mais ils ont tous eu une expérience passée avec le droit international [371]. Cela change la nature des décisions rendues. Elles sont hautement techniques et reflètent (ou devraient refléter) une réflexion de très haut niveau en droit international. Un juge qui siège en permanence au sein d'une juridiction est susceptible d'acquérir une connaissance du droit et de la pratique qui en fera un meilleur juge. La courbe d'acquisition des

371. Nous approfondirons ces questions *infra* dans le chapitre 7.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

connaissances est sans cesse renouvelée lorsque la justice n'est pas permanente.

139. Lié à la question précédente est le fait qu'un tribunal permanent peut construire ce qu'il est convenu d'appeler une « jurisprudence » et même « une jurisprudence constante », en tout cas participer à l'évolution du droit international de manière plus cohérente que les tribunaux arbitraux qui ne sont en fonction que pour une affaire donnée et dont la compétence est limitée par la volonté des parties. Cela est le cas même si Sir Hersch Lauterpacht pensait que les tribunaux arbitraux avaient contribué au développement du droit international de manière significative :

> « It is the interest of international justice that its continuity should not be confined to the jurisprudence of the Court itself. International arbitral law has produced a body of precedent which is full of instruction and authority. Numerous arbitral awards have made a distinct contribution to international law by reason of their scope, their elaboration, and the conscientiousness with which they have examined the issue before them. » [372]

Les décisions seraient plus cohérentes dans la mesure où le délibéré se ferait au sein d'un groupe de personnes qui se connaissent et qui ont l'habitude de travailler ensemble. J. B. Scott parle même de la constitution d'un « esprit de corps » (en français dans le texte) [373].

140. On peut espérer aussi que la compétence des juridictions permanentes étant plus large que celle des tribunaux arbitraux, la juridiction sera à même de rendre des décisions avec une vision plus systémique que ne le peuvent les tribunaux arbitraux. Certes, toutes les juridictions permanentes n'ont pas une compétence « générale » en ce sens qu'elles ne sont pas à même de traiter de toutes sortes de litiges, comme la CIJ peut le faire, même si elle est limitée aux seuls litiges entre Etats [374]. Mais même lorsqu'ils ont une compétence *ratione materiae* limitée ou spécialisée, ils peuvent développer une vue systémique dans ce domaine particulier, ce qu'un tribunal arbitral aura beaucoup plus de difficulté à faire. De plus, de nombreuses juridictions internationales peuvent être saisies de demandes d'avis qui, plus encore que les litiges

372. Sir H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court,* Reis éditions, Grotius Reprint Series, Cambridge University Press, 2011, p. 17-18.

373. J. B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, volume 1 « The Conferences », Baltimore, 1909, à la p. 362.

374. Cf. *infra* chapitre 9 sur la compétence du juge international.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

particuliers dont elles sont saisies, permettent de développer le droit international.

141. La justice permanente devrait permettre une plus grande stabilité de la procédure. On le sait, la procédure est la garante des droits des parties. Or, cet objectif a certainement été atteint pour la CIJ et la plupart des juridictions des droits de l'homme. On peut cependant douter que tel fut le cas pour les tribunaux pénaux internationaux. Le TPIY a modifié son règlement de procédure à de très nombreuses reprises [375]. Il en va de même de la CPI [376]. Certes, on peut admettre qu'une juridiction qui débute son existence a besoin d'un peu de souplesse et doit pouvoir adapter son règlement de procédure à l'évolution des dossiers qui lui parviennent. Il n'empêche que de trop nombreux amendements apportés aux règles de procédure peuvent être préjudiciables aux droits fondamentaux des parties et à la sécurité juridique.

142. Il est parfois dit que la justice permanente est moins coûteuse que la justice *ad hoc* ou la justice arbitrale. C'est en tout cas ce que disait Wehberg, au début du XX^e^ siècle [377]. Il pensait, en effet, que le développement du droit international grâce à un juge permanent permettrait aux acteurs de la société internationale d'adapter leur comportement et ainsi de mieux prévenir les différends. Il n'est pas du tout certain que nous ayons atteint cet état de raison. Il semble quand même que la justice internationale actuelle est coûteuse. Serait-elle moins coûteuse si elle avait été laissée aux soins de tribunaux arbitraux ? Il est difficile de le dire. Une chose est certaine, cependant, lorsque le TIDM a été créé, il a été décidé que les juges désignés pour statuer sur les affaires qui lui seraient soumises ne seraient pas des juges à temps plein et seraient rémunérés, comme les arbitres le sont, par des honoraires fixés en fonction du dossier. Cette question demeure ouverte en ce qui concerne une éventuelle cour multinationale pour les investissements si elle voit jamais le jour.

143. C'est une justice qui est souvent qualifiée de lente. Toutefois, cette lenteur est le plus souvent due au fait que la justice internationale permanente, notamment entre les Etats ou quand un Etat est partie, est la plupart du temps saisie de dossiers très complexes qui nécessitent de prudentes délibérations. De plus, les Etats sont parfois moins outillés que des parties privées pour préparer leurs dossiers. Cela leur prend

375. Selon le site du tribunal, le règlement de procédure a été modifié cinquante fois.
376. Selon le site de la Cour, le règlement de procédure a été modifié quatre fois, en 2011, 2012 et 2015.
377. H. Wehberg, *op. cit. supra* note 227, aux p. 97, 99, 102 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

plus de temps, ne serait-ce qu'en raison des consultations qu'ils sont parfois contraints de conduire en interne pour prendre en considération tous les enjeux posés par le litige en cause.

144. C'est une justice qui statue sous le feu des projecteurs [378]. C'est ce que l'on appelle en anglais le *greenhouse effect*. L'observateur ne doit pas s'en étonner. Les dossiers soumis à la justice internationale peuvent affecter des populations entières, si bien qu'il est compréhensible que les médias du monde entier s'intéressent à ce qui se fait au sein de ces juridictions. Il appartient donc aux juges internationaux d'expliquer leurs décisions pour des audiences qui sont beaucoup plus larges que les audiences habituelles des juges [379]. Cela demande un certain talent pédagogique. Cela demande aussi une meilleure accessibilité du public aux travaux des tribunaux [380] et, plus généralement, une meilleure communication par l'institution sur le travail qui s'accomplit en son sein.

Conclusion

145. Pour conclure, on peut attendre de la justice permanente plus de cohérence dans l'ordre juridique international. C'est cette cohérence qui favorise l'autorité des décisions rendues qui, à son tour, engendre une meilleure légitimité et donc plus de confiance. Si cela est atteint, les justiciables auront un recours accru à la justice internationale qui, ainsi, pourra renforcer sa place d'acteur central de la construction d'une véritable communauté internationale.

---

378. Un juge de la CIJ reconnaissait que bien que la CIJ existât depuis 70 ans, elle était complètement éclipsée par sa très jeune cousine, construite sur les dunes de Scheveningen. Il parlait de la CPI. Il faut dire que le bâtiment dédié à cette dernière est assez spectaculaire, ainsi qu'il sera dit au chapitre 5 ci-dessous.

379. Cf. également, pour cette même idée, le chapitre 11 ci-dessous.

380. Cf. *infra* le chapitre 5 sur l'architecture intérieure des salles d'audience et la place attribuée au public.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 3

LE MÉDIATEUR OU CONCILIATEUR

> « Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez. » [381]

Introduction

146. Le recours à un médiateur [382], conciliateur ou autre personne proposant des bons offices est probablement le plus vieux système de règlement des différends dans le monde, quelle que soit la civilisation dans laquelle un différend naît, quelle que soit la période historique et quelle que soit la nature du différend en cause [383]. Quant à notre époque, elle voit surgir un véritable engouement pour la médiation, sous des formes diverses, dans tous les domaines d'activité humaine (public, privé, mixte, administratif, commercial, familial, droits de l'homme [384], conflits armés, coups d'Etat, etc.). Si ce point ne fait pas réellement controverse, il n'en demeure pas moins que la médiation constitue le point aveugle du droit international car de très nombreuses médiations restent secrètes, dans les relations privées comme publiques – on parle alors parfois de « diplomatie de l'ombre ». Il est donc impossible d'avoir une vision exacte des grandes tendances avérées du processus. De même, il est impossible de connaître l'ampleur du phénomène et le

381. L. Prugnon, député, Assemblée nationale, 7 juillet 1790, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739, cité par le rapport de la Cour de cassation française, 2014.

382. Dans le texte qui suit nous parlons d'un médiateur au singulier, mais il est fréquent que la médiation soit effectuée par deux ou même plusieurs médiateurs, selon ce qu'exige le cas.

383. Pour un récit historique de l'apparition de la conciliation en droit international, voir J.-P. Cot, « Expectations attached to Conciliation Reconsidered », dans Ch. Tomuschat *et al.* (dir. publ.), *Conciliation in International Law*, Brill-Nijhoff, 2017, à la p. 7, ainsi que *La conciliation internationale*, Pedone, 1968.

384. Il peut être étonnant d'admettre la médiation pour les atteintes (voire les atteintes graves) aux droits de l'homme. Pourtant, au-delà de la judiciarisation croissante de ce contentieux, il est désormais reconnu qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre médiation et violation des droits de l'homme. Cf. par exemple A. Lollini, « Le processus de judiciarisation de la résolution es conflits : les alternatives », dans E. Fronza et S. Manacorda (dir. publ.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux* ad hoc – *Etudes des* Law Clinics *en droit pénal international*, Dalloz, 2003, p. 312-326.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

nombre probablement considérable de personnes ou entités qui, au cours des siècles, a permis de régler des différends de toutes sortes. Certains pays ou certaines entités ou personnes étant plus actives à promouvoir leurs activités de médiateur que d'autres, les informations qui traversent les siècles dépendent grandement de ces talents communicationnels.

147. Pour les récits historiques de médiation, la terminologie n'est pas fixée. De très nombreux textes parlent d'arbitrage pour des processus dont la description montre qu'ils sont en réalité des médiations ou des conciliations. Quand Saint-Louis, le 23 janvier 1264, exerce ses talents de médiateur entre le roi d'Angleterre et ses barons [385], il opère plus en qualité de conciliateur, afin de faciliter une négociation assistée ou au titre de bons offices, qu'en qualité de médiateur au sens que nous attribuons à ce concept aujourd'hui. Durant la guerre de Cent Ans, et à plusieurs reprises, les papes s'entremettent entre les rois d'Angleterre et de France. Les historiens remarquent qu'ils n'agissent pas en tant que juges mais en qualité de médiateurs. Jamais les papes ne déclarent que la querelle de l'Angleterre est juste ou injuste. Il en va de même pour la querelle des rois de France. Philippe Contamine s'exprime ainsi :

> « On peut penser que, pour la papauté, le conflit franco-anglais était injuste des deux côtés ; seule la croisade, la « guerre romaine », pouvait être réputée une guerre juste … Du côté français, on déplora à plusieurs reprises cette neutralité pontificale … » [386]

L'histoire ne dit pas quel rôle exactement le pape acceptait d'endosser et s'il suggérait ou non des solutions aux protagonistes. On peut donc penser que son rôle était probablement plus proche de celui des bons offices que d'une médiation véritable.

148. Cette impression d'une terminologie fluctuante se confirme quand on lit la définition qu'en donne Vattel :

> « Son devoir est bien de favoriser le bon droit, de faire rendre à chacun ce qui lui appartient ; mais il ne doit point insister scrupuleusement sur une justice rigoureuse. Il est conciliateur et non pas juge : sa vocation est de procurer la paix ; il doit porter

385. Comme le montre un tableau de Georges Rouget (1820), Musée national des Châteaux de Versailles et de Trianon.

386. Ph. Contamine, « La paix impossible ? – 1337-1492, la diplomatie de la guerre de cent ans », dans *La France et la paix,* Paris Musées, ministère des Affaires étrangères, 2016, p. 34.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> celui qui a le droit de son côté à relâcher quelque chose s'il est nécessaire, dans la vue d'un si grand bien … » [387]

Cette confusion terminologique se confirme également à la lecture des récits sur « l'arbitrage papal » au sein de la chrétienté [388]. S'il est certain qu'à une époque, le pape pouvait probablement imposer ses solutions aux souverains chrétiens et donc agir en qualité de véritable arbitre, il n'en demeure pas moins que, la plupart du temps, il agit plus précisément en tant que médiateur [389], même si son autorité morale et spirituelle confère à sa médiation un poids particulier, surtout lorsque la religion catholique est la religion dominante dans les Etats en conflit qui acceptent sa médiation. La tradition de la médiation papale [390] va

---

387. Vattel, *Le droit des gens,* Neuchâtel (quoique écrit à Londres), 1773, tome I, livre II, chapitre XVIII, par. 328.

388. A. Pialoux, « Le pape arbitre de l'Europe depuis l'époque moderne », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe* (en ligne), 2016, mis en ligne le 09 novembre 2015, consulté le 14 mai 2018. Permalien : ehne.fr/node/50.

389. Il agit aussi au sein des négociations diplomatiques, même si son influence s'est perdue au fil du temps, comme en attestent les négociations de Westphalie (1648) et de la paix d'Utrecht (1713). Les traités de Westphalie (traités de Münster et d'Osnabrück, les deux villes choisies pour le Congrès, la première étant le siège des catholiques, la seconde celui des protestants) sont négociés sous l'égide de deux médiateurs, un nonce pontifical, Chigi, et un envoyé vénitien, ce qui n'empêchera pas le pape de contester la teneur du traité signé à Osnabrück qui formalise le partage de la chrétienté européenne entre catholiques et protestants. Cf. L. Bély, « La paix des rois », dans *La France et la paix,* Paris Musées, 2016, p. 51 et 55.

390. A. Pialoux (*op. cit. supra* note 388) explique :

> « C'est avec les négociations autour de la question romaine au XIX^e^ siècle que la papauté trouve un vrai renouvellement, en se plaçant désormais, libérée malgré elle des questions temporelles, comme une puissance morale. Formulée par Léon XIII, cette nouvelle mission, fondée sur de nouvelles bases politiques – une neutralité imposée – et morales, porte un dessein pacifiste concrétisé par des offres de médiations politiques. En 1885, une première médiation entre l'Espagne et l'Allemagne pour le contrôle des îles Caroline est suivie de plusieurs autres, en Europe mais aussi au Venezuela (1894) ou en Ethiopie (1896). Récemment étudiés par Jean-Marc Ticchi (1993), ces « bons offices, médiations et arbitrages » du Saint-Siège renaissent en effet à la fin du XIX^e^ siècle et rencontrent avec efficacité les efforts concomitants des mouvements pacifistes, même si le pape n'est pas invité à la Conférence de paix réunie à La Haye en 1898. En revanche, les tentatives de médiation et les appels à la trêve de Benoît XV (noël 1914) pendant la Première Guerre mondiale sont un échec. Aux XX^e^ et XXI^e^ siècles, c'est bien comme puissance morale que la papauté cherche encore à intervenir dans les relations internationales. Reconnu comme sujet de droit international par les accords du Latran (11 février 1929), le Saint-Siège appuie ses offres d'arbitrage *(sic)* sur un magistère moral qui s'exprime par la diplomatie pontificale toujours active et qui est médiatisée grâce à un certain nombre de discours, de voyages, de gestes marquants. Pendant la guerre froide, les papes successifs font fortement entendre cette voix, non sans efficacité, dans les rapports Est/Ouest : l'appel à la paix de Jean XXIII lors de la crise des fusées de Cuba (1962) joue un rôle certain dans le dénouement des tensions, de même que les efforts de Jean-Paul II dans la chute des régimes communistes en Europe de l'Est. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

perdurer jusqu'à aujourd'hui, même si les interventions pontificales sont généralement assorties d'un assez grand secret. Le peintre Sebastiano Ricci, dans un style typique de son époque, nous donne probablement la meilleure représentation du rôle de la papauté au XVI[e] siècle (cf. image n[o] 4). Dans cette peinture, le Pape Paul III (1534-1549)[391] rapproche François 1[er] et Charles Quint [392] en 1538 [393] en établissant une trêve, connue sous l'appellation de « la paix de Nice », ouvrant la voix à une rencontre des deux souverains à Aigues-Mortes le 15 juillet 1538 et à l'autorisation donnée par François 1[er] à Charles Quint de traverser la France pour aller réprimer la rébellion protestante en Flandres. Notons que le peintre représente les deux rois se serrant la main. Leurs visages sont proches l'un de l'autre comme s'ils allaient se donner l'accolade. François 1[er] (à droite) a cependant la main sur le pommeau de son épée encore à sa ceinture [394], pouvant signifier qu'il ne fait pas entièrement confiance au processus ni au résultat de la médiation. La réconciliation a lieu sous l'égide du Pape Paul III qui, tête nue, en est le témoin (et l'artisan). Il entoure les deux protagonistes de ses bras en les surplombant légèrement. Les trois têtes forment un triangle presque parfait, le triangle isocèle ou équilatéral étant le symbole emblématique de nombreuses philosophies ou religions dans le monde. A l'époque contemporaine, on connaît la médiation du pape Jean-Paul II entre l'Argentine et le Chili dans l'affaire du *Canal de Beagle*. Le pape désigne le Cardinal Antonio Samoré pour conduire la médiation vaticane et nous verrons plus tard, lorsque nous parlerons des qualités que doit avoir le médiateur, ce qui a fait le succès du Cardinal [395]. Et

391. Le pape Paul III est connu pour être un habile diplomate. C'est également lui qui, en convoquant le concile de Trente en 1536, contribue à doter l'Eglise catholique d'une organisation et d'une doctrine qui dureront jusqu'à Vatican II. Cf. *L'art de la paix – Secrets et Trésors de la diplomatie,* Catalogue de l'exposition au Petit Palais à Paris, 2016, p. 46.

392. Il s'agit d'un tableau de Sebastiano Ricci (1659-1734) daté de 1687-1688, Plaisance, Palazzo Farnese, Musei Civici, dépôt du Museo di Capodimonte.

393. Certaines sources donnent la date du 18 juin 1537 pour la Paix de Nice.

394. Ce qui est contraire à l'esprit de la médiation, les protagonistes venant sans arme à la table de négociation, comme le montre l'œuvre donnée par le gouvernement du Sri Lanka en 2001, pour le bâtiment des juges au Palais de la Paix (cf. image n[o] 5). Cette plaque appelée *« Peaceful resolution of disputes »* montre les deux armées, de part et d'autre du Bouddha, les armes gisant à terre et les boucliers au pied. Devant le bouddha, les deux officiers un genoux à terre, rompent leurs épées sur leur genoux. Le désarmement est souvent considéré comme un préalable obligatoire avant d'entrer en médiation.

395. Le différend entre l'Argentine et le Chili sur le canal de Beagle était ancien. Par un compromis de 1971 les deux Etats avaient décidé de recourir à l'arbitrage de la reine d'Angleterre. Mais en 1978, l'Argentine déclare que la sentence rendue est fondamentalement nulle. C'est par l'accord de Montevideo que les deux gouvernements

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 4. Sebastiano Ricci (1659-1734), huile sur toile, 1687-1688, 108x94 cm, François I^er^ et Charles Quint se réconcilient sous l'impulsion du pape Paul III, domaine public.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 5. « Peaceful resolution of disputes », plaque de cuivre offerte en 2001 à la Cour internationale de Justice par le Gouvernement du Sri Lanka, représenté par S. Exc. Mme Chandrika Bandaranaike Kumaratunga, Président de la République socialiste démocratique de Sri Lanka, aile des juges du Palais de la Paix, reproduite avec l'aimable autorisation de la Cour.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

plus récemment encore, la grande presse s'est fait l'écho, depuis 2012, de l'intervention papale dans le règlement de la crise pluriannuelle entre les Etats-Unis d'Amérique et Cuba, à la demande des Etats-Unis. D'après certaines sources, le rapprochement avec Cuba fut au centre de la visite du Président Obama au Vatican en 2014. Le Canada et le Vatican ont accueilli les pourparlers entre les Etats-Unis et Cuba qui aboutirent à la levée de l'embargo sanctionnant l'île depuis 1962 (même s'il avait été allégé au cours des années, notamment par Bill Clinton) et à la visite du Président Obama sur l'île en mars 2016.

149. Le tiers médiateur est le centre du dispositif mis en place par la Convention de La Haye de 1907 dont il a déjà été fait état. Elle prévoit, en effet, en son article 2 :

> « En cas de dissentiment grave ou de conflit, avant d'en appeler aux armes, les puissances contractantes conviennent d'avoir recours, en tant que les circonstances le permettront, aux bons offices ou à la médiation d'une ou de plusieurs puissances amies. »

L'article 33 de la Charte des Nations Unies liste quatre méthodes extra-juridictionnelles de règlement pacifique des différends : la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, sans aucunement définir ces concepts. Nous utiliserons par commodité le seul terme « médiation » dans la suite de ce chapitre, sauf lorsqu'un autre processus plus précis sera en cause. Pour la clarté des développements, nous définissons de la manière suivante ces divers mécanismes : 1) La négociation diplomatique [396] n'est pas forcément soutenue par un tiers, si bien que le plus généralement elle a lieu directement entre les parties au différend, sauf si elles décident de se faire assister par un tiers selon des méthodes plus ou moins structurées qui peuvent aussi être appelées « bons offices ». La négociation diplomatique est généralement volontaire. 2) L'enquête est assez différente des autres processus dans la mesure où son but est de réunir des éléments tangibles sur des faits ou des actes

---

demandent la médiation du Saint Siège. Voir A. Brouillet, « La médiation du Saint-Siège dans le différend entre l'Argentine et le Chine sur la zone australe », *AFDI,* 1979, p. 47.

396. Nous parlons ici de négociation diplomatique conduite par les Etats, par opposition à ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui *« track II diplomacy »*, conduite par des ONG de manière très informelle. Cette notion peut aussi se référer à des négociations conduites en parallèle d'une médiation structurée. Dans cette acception, P. R. Sampson, « Conceptual shifts in multi-track mediation in Sub-Saharian Africa », dans U. Engel (dir. publ.), *New Mediation Practices in African Conflicts,* Leipziger Universitätsverlag, 2012, p. 237-254, à la p. 240. Pour une bibliographie très complète sur cette question, voir S. M. G. Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement – The Use of Inter-State Conciliation,* T. M. C. Asser Press, 2008, p. 265-292.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

afin, plus tard, de pouvoir servir à un processus de médiation ou de justice [397]. Les commissions d'enquête ou groupes d'observation sont déployés soit à la demande du pays dans lequel elles auront lieu, soit à la demande d'un tiers. 3) La médiation est un processus par lequel un tiers, le médiateur, aide les parties à trouver un arrangement, un accord, une transaction, qui mettra fin au litige entre elles. Il existe plusieurs styles de médiation dans lesquels le médiateur est plus ou moins actif dans la recherche de la solution avec les parties. Généralement, ce n'est pas à lui de proposer des solutions. La médiation est volontaire, même si elle est ordonnée par un tiers, par exemple un juge. 4) La conciliation est un processus très proche de la médiation dans lequel, cependant, le conciliateur prend une part beaucoup plus active dans la recherche de l'accord n'hésitant pas à proposer des solutions. La conciliation est volontaire, même si elle est ordonnée par un tiers. Malgré cette tentative de définition, précisons que les nuances sont multiples, les avis très différenciés et il n'est pas rare de trouver des définitions qui peuvent contredire ce qui vient d'être exposé. La diversité est probablement le point le plus commun pour tous les processus de médiation qui ont pu être mis en place au cours de l'histoire et encore aujourd'hui. En outre, si en droit international public il a toujours été de tradition de parler plutôt de conciliation que de médiation, dans les années récentes le concept de médiation commence à remplacer celui de conciliation comme vient de le faire la CNUDCI pour la Convention de Singapour et la loi modèle qui l'accompagne, alors que l'ancienne loi modèle qu'elle complète parlait de conciliation [398].

150. Une chose est certaine, il convient de différencier la médiation de ce que l'on appelle la «justice transitionnelle». La justice transitionnelle, comme son nom l'indique, vise toutes sortes de méthodes pour permettre de passer d'une situation de conflit violent, de violation des droits de l'homme à large échelle et de longue durée, vers

397. Pour certains auteurs, la conciliation du début du XX[e] siècle est en fait une version particulière des enquêtes préliminaires *(fact finding inquiry)*. Voir S. M. G. Koopmans, *op. cit. supra* note 396, p. 28 ss. Mais cette méthode dite des *fact findings* verra sa limite avec celle menée en Irak sur les supposées armes de destruction massive détenues par le régime de Saddam Hussein, l'invasion de l'Irak étant en partie justifiée par le refus de ce pays de se conformer à cette investigation. Nous le verrons plus tard dans ces développements, la médiation n'a pas grand chose à voir avec ces enquêtes qui demeurent distinctes et nécessaires ne serait-ce que pour documenter le travail des historiens ou à un processus de justice comme il est dit au texte.

398. Sur la Convention de Singapour, voir brièvement *infra* chapitre 13. Le CIRDI qui, depuis l'origine, ne connaissait que la conciliation a préparé un règlement de médiation qui devrait être adopté prochainement.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

une situation apaisée. Elle s'organise autour des victimes qui se voient reconnaître quatre droits fondamentaux : le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et la garantie de non-répétition, connus aussi sous l'appellation « Principes Joinet », du nom de Louis Joinet qui, à la demande du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, les a développés dans les années 1980. Tous les processus de justice transitionnelle ne donnent pas accès aux victimes de la même manière ; certaines Commissions vérité et conciliation, ayant, par exemple, omis la phase de réparation. La justice transitionnelle peut utiliser la médiation comme technique privilégiée pour mener à bien ses objectifs, mais cela peut aussi passer par d'autres mécanismes et méthodes, telles les Commissions vérités et conciliation, qui empruntent leurs méthodes à divers modèles, dont celles de la médiation, des enquêtes, des groupes de paroles ou autres méthodes *soft*. En revanche, les *Gacacas* mises en place au Rwanda après le génocide relèvent plus du modèle « tribunal » que du modèle médiation [399].

151. Au sein des Nations Unies, le Secrétaire général s'est vu notamment confier, depuis de longues années, des missions de médiation, bons offices et facilitation. Afin de mener à bien ces multiples missions, le Secrétaire général peut déléguer ce mandat à toute personne qu'il estime qualifiée. Toutefois, depuis 2008, le choix a été fait de placer au sein du département des affaires politiques, une unité spéciale *(Mediation Support Unit)* qui a apporté son soutien à 34 processus de médiation [400]. Ce département possède un groupe de médiateurs aguerris *(senior mediators)*, à temps plein, qu'il peut déployer à la demande, en fonction des besoins exprimés sur le terrain. Ces médiateurs ont des compétences très complémentaires : questions constitutionnelles,

399. Nous n'entrerons pas dans des développements sur les juridictions *Gacaca*. Ces tribunaux (il n'est pas certain qu'il soit approprié de les qualifier de « tribunaux »), mis en place au Rwanda après le génocide, ont été critiqués pour le côté expéditif de la justice qu'il administrent et les abus auxquels ils ont donné lieu. Pour une contribution critique, cf. Zarir Merat, « Les juridictions Gacaca : Justice et réconciliation ou instrument de contrôle politique ? », dans R. Nollez-Goldbach et J. Saada (dir. publ.), *La justice pénale internationale face aux crimes de masse, approches critiques*, Pedone, 2014, p. 131-144. Voir aussi, A. Lollini, « Confronting Comparative Methods : approaches to using Extra-Systemic Parameters by the Canadian supreme Court and the South African Constitutional Court », dans A. S. Muller et M. A. Loth (dir. publ.), *Highest courts and the Internationalisation of Law*, à la p. 323.

400. Voyez le site www.peacemaker.un.org qui contient toutes les informations voulues sur le travail de médiateur des Nations Unies. A notre connaissance ce site n'est maintenu qu'en anglais pour l'essentiel des pages d'accueil. Ensuite, lorsque des résolutions ou documents provenant des différentes institutions au sein des Nations Unies sont postés, ils le sont en général dans les cinq langues officielles de l'organisation.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

relations internationales, justice transitionnelle, questions de genre, notamment. Surtout, la majorité d'entre eux possède des compétences dans le domaine de la création de processus de négociation spécifiques *(process design)*. En outre, en septembre 2018, le Secrétaire général a annoncé la formation d'un Conseil de sages à ses côtés *(High level advisory board on mediation)* pour l'épauler dans ce qui devrait être un rôle plus soutenu des Nations Unies notamment dans la médiation préventive. Pour l'actuel Secrétaire général, les Nations Unies doivent mettre l'accent encore plus qu'auparavant sur la diplomatie au service de la paix. L'organisation doit aussi rendre plus cohérentes ses multiples activités en la matière.

152. Dans le cadre de l'OCDE, pour la mise en application des principes directeurs à destination des entreprises multinationales, ont été institués les Points de contact nationaux (PCN). Leur mandat comporte plusieurs branches, dont celle de rapprocher les parties, entreprise multinationale d'un côté et victimes des activités de l'entreprise de l'autre, afin de tenter de trouver un accord pour remédier à la situation dommageable créée par l'entreprise. Le pouvoir des PCN est relativement limité, mais peut s'apparenter à ceux d'un médiateur ou d'un mécanisme de bons offices. Toutefois, chaque PCN fonctionne de manière autonome et peu de guides sont émis par l'OCDE elle-même. Certains PCN ont recours à des médiateurs extérieurs, quand d'autres procèdent aux négociations par eux-mêmes [401].

153. C'est également en 2008 que l'UE décide de faire de la médiation un pilier de sa politique de sécurité et défense [402], alors qu'auparavant elle avait une approche *ad hoc* de son rôle d'intervention dans des situations de crise et de conflit. Mais l'Union n'a pas encore établi un groupe permanent de médiateurs qui pourraient être appelés quand le besoin s'en fait sentir. Pour le moment, ce sont surtout des formules au cas par cas qui sont privilégiées, membres de la Commission européenne, représentants sur place de l'Union, sans que les personnes désignées soient forcément formées ou aient acquis une certaine expérience pour conduire un processus de médiation.

154. Des chercheurs ont établi la liste des crises ayant secoué le monde de 1918 à 2001 et, parmi celles-ci, celles qui sont allées en

401. A cet égard, on peut consulter N. Bonucci et C. Kessedjian (dir. publ.), *op. cit. supra* note 110.

402. *EU Council Report on the Implementation of the European Security Strategy : Providing security in a Changing World*, 2008, p. 9 et *EU Council, Concept on Strengthening EU Mediation and Dialogue Capacities*, 2009.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

médiation [403]. Rapporté au nombre total de crises, on constate que ce n'est qu'un nombre relativement restreint qui fait l'objet d'un processus structuré de médiation. Sur 430 crises répertoriées par les auteurs, 97 étaient localisées en Asie, 83 au Moyen-Orient, 110 en Afrique, 92 en Europe et 48 dans les Amériques. Un processus de médiation a été institué pour 128 de ces crises, représentant 44 % des crises dans les Amériques, 36 % de celles au Moyen-Orient, 34 % de celles en Afrique, 24 % en Asie, et 17 % seulement en Europe. Il conviendrait d'étudier de manière plus approfondie ces chiffres car s'ils correspondent aux connaissances intuitives que nous avons de la culture de médiation aux Amériques [404], et le retard de l'Europe à cet égard, en revanche, les chiffres pour l'Asie et pour l'Afrique ne permettent pas de confirmer ce que nous croyons connaître de la culture de la médiation dans ces régions du monde. La plus grande partie des médiations ainsi répertoriées ont été conduites par le Secrétaire général des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique.

155. En Afrique, par exemple, sous l'égide de la *Peace and Security Architecture* (APSA) et de l'*African Governance Architecture* (AGA) [405] des processus de médiation se mettent en place tels que le *Panel of the Wise* ou le *Continental Early Warning System*. De plus, de nombreuses organisations économiques régionales ou sous-régionales possèdent des mécanismes institutionnels de médiation. L'OHADA a adopté en 2017 un Acte uniforme relatif à la médiation dont les dispositions sont à la fois simples et très modernes.

156. Le CIRDI [406], la CCI, la Charte de l'énergie, la CPA et un certain nombre d'autres institutions d'arbitrage ont créé des règlements de médiation et offrent donc un service de médiation aux parties. Leur rôle est essentiellement de faciliter l'organisation du processus. Elles maintiennent une liste de médiateurs, mais les parties peuvent

403. J. Wilkenfeld, K. J. Young, D. M. Quinn et V. Asal, *Mediating International Crises,* Routledge, 2005, notamment p. 38-41.

404. Dans les temps modernes, il est indéniable que les Etats-Unis d'Amérique ont été le berceau de la renaissance de la médiation. C'est ce qu'indique Carrie Mendel-Meadow (dir. publ.), *Complex Dispute Resolution – Foundations of Dispute Resolution,* volume I, introduction p. XVIII) car, dit-elle, la justice a été repensée « from being exclusively adversarial, competitive and distributive to becoming aware of the possibilities of collaborative, relative and integrative processes to produce more creative outcomes with joint gain and value for all parties to a negotiation ». Elle cite pour cela le livre qui a tout déclenché aux Etats-Unis : R. Fischer, W. Ury et B. Patton, *Getting to Yes : Negotiating Agreement without Giving In*, Boston, Houghton Mifflin, 1981.

405. Cf. U. Engel (dir. publ.), *op. cit. supra* note 396.

406. Convention de Washington de 1965.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

toujours nommer le ou les médiateurs en dehors de ces listes. Quant à la CNUDCI elle propose également des règles pour la médiation *ad hoc*, comme elle l'a fait pour l'arbitrage [407].

157. En droit privé la médiation est aussi en plein développement. La Conférence de La Haye de droit international privé a publié un ouvrage très complet sur la médiation internationale en matière familiale, essentiellement pour les enlèvements d'enfants, mais dont beaucoup de développements peuvent être utiles plus largement [408].

158. La médiation peut prendre place à tous les stades du processus de règlement des différends : comme un préalable (condition *sine qua non* ou pas) à toute forme de recours à un mode juridictionnel de règlement [409] ; durant le déroulement d'une procédure liée à autre mode de règlement [410] ; à la suite d'une décision pour en organiser les modes d'exécution [411]. Dans la deuxième hypothèse, il est devenu habituel, au moins dans les milieux anglophones et pour le règlement des différends privés, de parler de *mixed modes* ce qui nous a incité à proposer un séminaire sur ce thème lors du cours oral professé en janvier 2019. Il est

---

407. Le secrétariat de la Charte de l'énergie a publié, en annexe du guide de la médiation en matière d'investissement (2016), un tableau comparatif des règles de médiation des grandes institutions et de la CNUDCI.

408. HccH, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants,* disponible sur le site de la Conférence https ://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_fr.pdf.

409. *Les concessions de Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni),* CPJI, Série A, n°2, p.6. Pour l'OMC, cf. H. Ruiz-Fabri, « The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settelment at the WTO, with an emphasis on the EC-Bananas dispute », dans L. Boisson de Chazournes, M. Kohen et J. E. Vinuales (dir. publ.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Nijhoff, 2013, p. 87-118 ; M. Busch et E. Reinhardt, « Bargaining in the Shadow of the Law. Early Settlement in GATT/WTO Disputes », *Fordham Int'l Law Journal*, volume 24, 2000.

410. C'est le cas, par exemple, du processus parallèle qui a pris place dans l'affaire de *Taba* entre l'Egypte et Israël. Voyez ce qu'en dit G. Abi Saab, « Negotiation and Adjudication : Complementarity and Dissonance », dans L. Boisson de Chazourne *et al.*, *op. cit. supra* note 409 à la p. 332. C'est aussi le cas avec l'article 15 du *Dispute Settlement Understanding* de l'OMC qui exige qu'avant que le Panel ne rende son rapport, il y ait une phase intérimaire de revue. H. Ruiz-Fabri, *op. cit. supra* note 409. C'est le cas également de l'article 65 *a)* de l'OMPI : « Le tribunal peut suggérer que les parties explorent la possibilité de transaction à tout moment que le tribunal considèrera approprié. » La possibilité de négociation est également insérée dans la procédure elle-même puisque les règles du contentieux permettent à la partie plaignante de demander la suspension de la procédure pour une durée maximale de douze mois afin de permettre à nouveau des consultations. Si dans les douze mois, aucune notification n'est faite, la procédure prend fin automatiquement.

411. Voir, par exemple, le rôle joué par le Secrétaire général des Nations Unies de l'époque, Kofi Annan, dans la mise en œuvre de la décision rendue dans l'affaire ayant opposé le Cameroun et le Nigeria, sur la Péninsule de Bakassi, même s'il était intervenu avant le jugement en raison des tensions qui existaient dans la région. Voir l'entretien de Nicolas Michel avec Kofi Annan, dans L. Boisson de Chazournes *et al*., *op. cit. supra* note 409, p. 281-290.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

difficile de connaître exactement l'ampleur des transactions obtenues alors que l'arbitrage (ou une autre forme juridictionnelle de justice) est pendant. Le secrétariat de la Charte de l'énergie a publié une liste des médiations réussies jusqu'en 2016 qui ont permis de mettre fin à une procédure d'arbitrage, parfois en incorporant l'accord des parties dans une sentence [412].

159. Une même exigence de négociation préalable se trouve dans le droit de l'OMC, les négociations étant inhérentes au système de l'ORD. Avant de pouvoir saisir à proprement parler l'ORD, un membre de l'OMC doit envoyer une demande écrite de consultations au membre dont il considère que sa pratique commerciale annule ou compromet un avantage résultant des accords de l'OMC. C'est une condition *sine qua non* aucun groupe spécial (ainsi que sont appelés les panels de première instance) ne peut être constitué. L'objectif de ces consultations est de parvenir rapidement à une solution amiable, de manière à éviter le contentieux. Pour ce faire, la demande de consultation doit être la plus précise possible, à la fois factuellement (mesure attaquée, etc.), mais aussi dans la description du fondement juridique qui la soutient [413]. C'est en effet cette demande qui va forger le contour du contentieux futur et si les faits peuvent évoluer (comme tout contentieux), le fondement juridique doit rester stable. On constate qu'un grand nombre de consultations entraîne l'effet escompté et permet de parvenir à un accord qui doit, en tout état de cause, être conforme aux règles de l'OMC et être notifié à l'ORD.

160. En ce qui concerne la médiation préalable à toute autre forme de justice, il n'est pas certain qu'elle soit la meilleure manière d'administrer un différend, à moins qu'elle ne soit encadrée comme dans le droit de l'OMC. Pour les différends privés, il n'est pas rare de trouver dans les contrats commerciaux internationaux une clause dite « en échelle » par laquelle les parties s'engagent d'abord à avoir recours à une négociation amiable (sans l'intervention d'un tiers), puis à une médiation, puis enfin soit aux tribunaux soit à l'arbitrage. Toutefois,

412. *EZ v. Albania* (2013), *Slovak Gas Holding BV* et al. *c. Slovak Republic* (2012), *Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı c. Kazakhstan* (2011), *EVN AG v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2010), *Vattenfall c. Germany* (2011), *Barmek Holding A.S. c. Azerbaijan* (2006) ; *Alstom Power Italia SpA, Alstom SpA c. Mongolia* (2004), *AES Summit Generation Ltd. (UK subsidiary of US-based AES Corporation) c. Hungary* (2002).

413. L'article 6.2 du Mémorandum d'accord vise les mesures en cause ainsi que les allégations qui s'y rapportent. Il faut notamment que les produits concernés ainsi que le secteur en cause soient précisés autant que possible.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

cette clause présente des inconvénients dans la mesure où, si elle n'est pas respectée à la lettre et qu'une sentence arbitrale est ensuite rendue, celle-ci pourra être annulée pour défaut de respect de la condition *sine qua non* préalable. Mais ces clauses en échelle entraînent souvent une attitude dilatoire de la part de la partie de mauvaise foi si bien que la phase de médiation obligatoire sera une perte de temps. Pour limiter cet inconvénient, il est recommandé d'assortir la clause d'un délai maximal pour la période de négociation et/ou de médiation. Par ailleurs, il est possible qu'avant d'entamer un processus juridictionnel devant un tribunal national ou arbitral, le différend ne soit pas encore complètement mûr et qu'il soit plus difficile pour les parties de transiger. La même problématique peut être transposée pour les différends entre Etats. Mais, dans ce cadre, il n'est pas certain que le droit international public général oblige les Etats à éviter ou prévenir un conflit en se prêtant à des négociations précoces. En revanche, il est possible que dans des domaines particuliers, comme l'environnement ou les investissements, cette obligation puisse effectivement exister. Par exemple, en matière de ressources partagées, « le droit international public général impose sans doute à tout le moins à l'Etat une obligation de mener une étude d'impact dès lors qu'il projette de mener des activités susceptibles d'affecter l'équilibre » de ces ressources [414]. Mais cette obligation de prévention ne va pas jusqu'à exiger des Etats en cause qu'ils se soumettent à une médiation préalable en cas de violation de l'obligation de prévention. Il en va différemment de tous les traités qui imposent une période de réflexion *(cooling off)* avant de porter un différend devant une juridiction, comme l'article 26.1. du Traité portant Charte de l'énergie. Ce texte ne dit pas clairement que durant cette période les Etats ont un devoir de tenter une médiation et les sentences arbitrales ont confirmé cette interprétation [415]. Toutefois, les mêmes sentences ont affirmé que les parties doivent entreprendre sérieusement des négociations amiables.

161. Nos développements seront structurés de la manière suivante. Après la description d'une médiation qui s'est déroulée au XX^e^ siècle et dont les échos se font encore ressentir aujourd'hui, nous analyserons la personnalité du médiateur, puis l'organisation du processus lui-

414. Observations sous l'arrêt *Lac Lanoux*, tribunal arbitral 16 novembre 1957, *Espagne c. France*, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale,* Dalloz, 2018, n° 17, à la p. 211. Voir aussi, CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, (Argentine c. Uruguay)*, 20 avril 2010, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Dalloz, 2018, n° 17, à la p. 620.

415. Charte de l'énergie, *Guide on investment mediation*, 2016, p. 3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

même. Nous laisserons l'efficacité des accords obtenus par médiation pour le chapitre 13 de ce cours.

A. La médiation par l'Algérie de la crise des otages entre les Etats-Unis et l'Iran

162. La médiation par l'Algérie de la « crise des otages » entre les Etats-Unis et l'Iran est un exemple emblématique de ce que peut être la médiation dans les relations internationales entre Etats. Pour raconter cette histoire, nous avons eu recours à deux textes, celui de Randa M. Slim [416] et celui de Gary Sick [417]. Il a été en effet difficile de trouver de tels récits [418] car l'essentiel de la littérature sur les Accords d'Alger (c'est-à-dire les accords qui ont mis fin à la crise) se concentre sur les accords eux-mêmes et le tribunal irano-américain qui a été mis en place pour régler les différends survenant entre les ressortissants des deux pays [419]. De surcroît, les émissaires algériens formant l'équipe de médiateurs ont toujours été d'une extrême discrétion sur leurs activités et ont refusé, même a posteriori, de parler de ce processus de médiation et de leur rôle dans ce processus [420].

163. L'histoire de la crise est connue. Qu'il nous soit permis, cependant, de donner quelques faits pour comprendre le contexte dans lequel elle prend place, puis se déroule la médiation. Il n'est probablement pas faux de faire remonter les racines de la révolution islamique d'Iran au coup d'Etat du 19 août 1953 qui renverse le pouvoir de Mossadegh, démocratiquement élu, qui avait eu le tort de nationaliser les champs de pétrole et l'industrie pétrolière, ce qui avait

416. R. M. Slim, « Small-State Mediation in International Relations : The Algerian Mediation of the Iranian Hostage Crisis », dans J. Bercovitch et J. Z. Rubin, *Mediation in International Relations – Multiple Approaches to Conflict Management,* St Martin's Press, 1994, p. 206-231.

417. G. Sick, « The Partial Negotiator : Algeria and the U.S. Hostages in Iran », dans Saadia Touval and I. William Zartman (dir. publ.), Western Press, SAIS Papers international affairs, 1995, p. 21-66.

418. Il existe quelques récits des officiels américains de la crise des otages eux-mêmes (par exemple, les mémoires du Président Carter, *Keeping Faith : Memoirs of a President*, Bantam Books, 1982) mais le rôle de l'Algérie n'y est pas détaillé. Or, c'est cela qui nous intéresse.

419. En 2018, date à laquelle ces pages sont écrites, soit presque quarante ans après la signature des Accords d'Alger, le Tribunal irano-américain est encore en activité mais a rendu toutes les sentences dans les dossiers entre parties privées et n'est plus saisi que des dossiers entre les deux Etats.

420. La discrétion des médiateurs, avant, pendant et après le processus est souvent le meilleur gage de crédit et de confiance que l'on peut demander aux médiateurs pour d'autres missions.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

bouleversé les intérêts des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne dans le pays. Le Shah, brièvement en exil, mais revenu au pouvoir, était en réalité un partenaire idéal pour ces intérêts : il soignait une image de despote éclairé ; acceptait la mainmise des intérêts économiques occidentaux sur le pays [421] ; était anti-communiste et vendait du pétrole à Israël. Comme il disposait de revenus considérables grâce au pétrole, il avait financé la campagne électorale de Gerald Ford aux Etats-Unis et les deux hommes se soutenaient mutuellement. Toutefois, le Shah devenait un dictateur de plus en plus sanglant.

164. C'est en 1977 que prend place le premier élément de la future crise. En janvier, aux Etats-Unis, le Président Carter est élu. Ce n'était pas le candidat du Shah, c'est le moins que l'on puisse dire. Sa plateforme électorale s'appuyait sur deux piliers essentiels : pas de vente d'armes aux dictateurs ; promotion des droits de l'homme partout dans le monde. Aussitôt élu, le Président Carter annule les commandes d'avions awacs passées par l'Iran pour son armée. C'est à ce moment-là que le Shah commence à se sentir en danger. Pour ne rien arranger, à la même époque, les prix du pétrole flambent, ce qui ne convient pas aux Américains pour lesquels la santé de l'économie dépend de tarifs pétroliers bon marché. Malgré la signature d'avant-contrats avec les Allemands sur la construction du plus grand réacteur nucléaire mondial [422], l'Etat iranien ne parvient pas à se stabiliser. Il ne permet pas à sa population un développement économique suffisant, alors que les droits de l'homme sont systématiquement violés. Pacifiques au début, les manifestations de rue se font de plus en plus nombreuses et deviennent de plus en plus violentes alors que le pouvoir fait tirer sur la foule et enferme ses opposants, y compris les opposants religieux en inventant un oxymore « les communistes religieux ». En 1978, la répression se fait encore plus sévère et même si le dernier jour du ramadan, l'armée n'obéit pas aux ordres et pactise avec la population qui lui offre des glaïeuls, elle tire sur la foule quelques jours plus tard.

165. Le Shah est de plus en plus déstabilisé et ne gouverne plus réellement le pays en proie au chaos. De son côté, l'Ayatollah Khomeiny, en exil depuis quatorze ans, accuse les Etats-Unis de la situation. Alors qu'il n'était au départ qu'un des ayatollahs, parmi beaucoup d'autres, il s'est fait connaître car il soutenait une opposition plus active de la part

421. A l'époque, ce sont les compagnies pétrolières occidentales qui financent un grand nombre d'activités culturelles et sociales en Iran.

422. L'intérêt de l'Iran pour le nucléaire allemand remontait au moins à 1967 lors de la visite d'Etat du Shah en Allemagne.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des religieux qui, traditionnellement, étaient plutôt passifs. Pour ne rien arranger, le Shah est atteint d'un cancer. Le 16 janvier 1979, alors qu'il a mis en place un Conseil de régence de neuf membres qu'il a choisis lui-même, il part pour l'Egypte avec l'intention de s'établir en Californie où la plus grande partie de sa famille se trouve déjà. Quelques jours plus tard, le 1er février 1979, l'Ayatollah Khomeiny revient à Téhéran. Il arrive de France où il a passé les derniers mois de son exil. Il est accueilli par une foule en liesse. L'Occident ne comprend pas à ce moment-là qu'une révolution d'un tout autre genre est en train de se dérouler sous ses yeux, une révolution religieuse, islamique, alors qu'il croit encore avoir à faire à une révolution communiste, influencé qu'il est par la propagande du Shah. Pour certains observateurs qui analyseront les événements avec recul, le XXIe siècle a commencé en Iran au début de l'année 1979.

166. Toujours est-il que la révolution se fait clairement contre les intérêts occidentaux dans le pays. C'est dans ce contexte que le 4 novembre 1979 les gardiens de la révolution islamique attaquent l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran et prennent en otage l'intégralité du personnel américain. Dans les jours qui suivent, les Etats-Unis imposent des sanctions à l'encontre de l'Iran et gèlent ses avoirs aux Etats-Unis. Ils imposent ce gel aux succursales des banques et entreprises américaines installées à l'étranger. Une requête est soumise par les Etats-Unis à la CIJ qui ordonne la libération des otages et la restitution de l'ambassade par une décision conservatoire [423]. Le Conseil de sécurité des Nations Unies est saisi également par les Etats-Unis [424]. Mais la situation est bloquée, l'Iran n'exécutant pas les mesures conservatoires décidées par la CIJ.

167. En janvier 1980, les Etats-Unis entament une tentative de négociation amiable grâce à deux intermédiaires privés, situés en France, qui avaient une relation établie avec un proche du Guide de la Révolution [425]. Mais en mars ces efforts se terminent par un échec car l'Ayatalloh Khomeiny annonce que seul le parlement iranien est le bon interlocuteur pour la négociation de la libération des otages. Devant cet échec, le Président Carter impose des sanctions accrues

423. Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran *(Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, ordonnance du 15 décembre 1979 rendue à l'unanimité.

424. Cf. Le résumé des discussions et résolutions du Conseil de sécurité, répertoire, 1975-1980, 8e supplément, p. 368-373.

425. Par ailleurs, de très nombreux médiateurs potentiels s'étaient fait connaître dont le pape Jean-Paul II, Yasser Arafat, l'Allemagne, la Suisse, la Syrie, la Turquie, pour n'en citer que quelques uns.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

contre l'Iran. Il ordonne aussi de tenter une mission de récupération *(rescue mission)* des otages qui échoue et se termine par un accident dans lequel huit militaires américains sont tués, ce qui entraîne la démission de Cyrus Vance, alors Secrétaire d'Etat. La mort du Shah en juillet 1980 enlève un des obstacles aux négociations puisque, pour justifier le fait qu'ils aient envahi l'ambassade américaine, les gardiens de la révolution avaient pris prétexte du fait que le Shah s'était refugié aux Etats-Unis.

168. En septembre 1980, après que les pouvoirs du Conseil de la Révolution furent transférés au gouvernement iranien, un émissaire de l'Ayatollah Khomeiny, Sadeq Tabatabai, contacta l'ambassadeur de l'Allemagne avec la proposition suivante : l'Iran était prête à libérer les otages si 1) le gel des avoirs était levé, et qu'ils étaient transférés en dehors des Etats-Unis ; 2) les Etats-Unis s'engageaient à ne pas procéder à des interventions militaires ou autres dans les affaires intérieures de l'Iran ; 3) les biens du Shah et de sa famille étaient transférés à l'Iran ou, à défaut, les Etats-Unis devaient entreprendre toutes les actions judiciaires nécessaires pour que ce transfert puisse advenir ; 4) les Etats-Unis renonçaient à toute demande de réparation. Cette proposition fut transmise au Président Carter le même jour et celui-ci demanda au Secrétaire d'Etat adjoint, Warren Christopher, de rencontrer Tabatabai en Allemagne, pour savoir si ces propositions émanaient bien du guide de la révolution lui-même. Le doute fut levé le 12 septembre 1980, lorsque, dans un discours public, l'Ayatollah Khomeiny confirmait ces propositions et, au grand soulagement des Etats-Unis, ne demandait pas d'excuses de la part des Etats-Unis.

169. Une autre difficulté, pour les Américains, était d'accepter le transfert de larges sommes d'argent et les propriétés du Shah pour garantir la libération et le retour des otages. C'est, en effet, un problème récurrent posé aux Etats en cas de prise d'otage. S'il est fréquent pour les Etats de payer des sommes aux ravisseurs ou aux intermédiaires qui assurent la libération, le fait est toujours nié publiquement et le montant exact des sommes payées est maintenu secret. Dès lors, plus les demandes iraniennes s'apparentaient à une demande de rançon, moins les Etats-Unis pouvaient y accéder. Ce sera l'un des obstacles permanent des négociations.

170. C'est donc grâce à cette proposition de l'Iran que les premiers éléments permettant le début d'une médiation furent mis en place. Initialement, les Etats-Unis voulaient que la médiation soit conduite par la Suisse qui représentait les intérêts des Etats-Unis en Iran. Mais

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'Algérie avait d'ores et déjà joué un rôle particulier et constructif durant les débuts de la crise. C'était le pays qui représentait les intérêts de l'Iran aux Etats-Unis. Il était généralement reconnu à Washington que l'ambassadeur d'Algérie, Tarek Malek, avait accompli cette tâche difficile avec beaucoup de talent. Quant à l'ambassadeur des Etats-Unis en Algérie, il avait établi d'excellentes relations de travail avec les représentants algériens et avait obtenu que l'archevêque d'Alger puisse rendre visite aux otages en Iran durant les fêtes de Noël 1979. De surcroît, l'ambassadeur d'Algérie en Iran avait une très bonne connaissance du terrain et passait pour un grand connaisseur des forces politiques à l'œuvre dans ce pays. Même si les relations entre l'Algérie et les Etats-Unis n'étaient pas extrêmement proches, les Etats-Unis pensaient que ce pays pourrait, le moment venu, apporter son aide, ce que l'Algérie n'avait pas rejeté [426].

171. Le premier acte fut d'abord pour Warren Christopher de rencontrer en Allemagne Sadeq Tabatabai qui était alors ministre d'Etat en Iran. Warren Christopher était porteur d'un plan de sortie de crise préparé par les Etats-Unis, comme une contre-proposition aux exigences iraniennes. Dans ce plan, rien n'était dit des pièces détachées commandées à des fins militaires et d'ores et déjà payées par l'Iran, qui avaient été conservées par les Etats-Unis et dont la plupart attendait dans des dépôts américains. Christopher expliqua que l'inclusion de matériel militaire dans un accord transactionnel allait compliquer les choses, mais ne refusa pas de les ajouter plus tard. Il confirmait en tout cas que ce matériel était disponible le moment venu. De toute manière, les contrôles et règlementations concernant les armes et les munitions continuaient à s'appliquer, ce qui rendait la négociation plus difficile. En tout état de cause, cette rencontre montrait que Tabatabai n'était pas hostile aux propositions américaines. Il annonçait devoir repartir en Iran le 22 septembre afin d'exposer la situation à l'Ayatollah Khomeiny et revenir vers les Américains vers la fin du mois.

172. Malheureusement, le jour où Tabatabai devait rentrer en Iran, la guerre entre l'Irak et l'Iran éclata après des mois d'escarmouches plus ou moins sérieuses entre les deux pays, si bien qu'il demeura en Allemagne jusqu'au 10 octobre. En Iran, le Parlement constitua une commission de huit personnes pour examiner les propositions

426. R. Slim, *op. cit. supra* note 416, rappelle (p. 209) qu'en août 1970 les Etats-Unis avaient déjà demandé à l'Algérie de les aider dans leurs relations avec le Front de libération du Vietnam du Sud pour l'échange de prisonniers.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

américaines et affiner les demandes iraniennes [427]. Le matériel militaire devenait une préoccupation de plus en plus pressante pour le pouvoir iranien compte tenu de la guerre avec l'Irak. Toutefois, d'après Gary Sick [428], il n'en sera plus jamais question dans la négociation. A la mi-octobre 1980, le Premier ministre iranien, Rajai, se rend aux Nations Unies à New York pour tenter d'obtenir un soutien dans la guerre contre l'Irak. Il fut extrêmement surpris de constater que la plupart de ses interlocuteurs étaient beaucoup plus intéressés par la crise des otages que par la guerre entre l'Irak et l'Iran. C'est à l'occasion de cette visite que Rajai rencontrait les représentants de l'Algérie à New York qui lui firent comprendre que la position de l'Iran dans la guerre avec l'Irak serait bien plus acceptable pour les Etats membres des Nations Unies si la crise des otages était réglée. Il reçut le même conseil lorsqu'il s'arrêta à Alger le 19 octobre, avant de rentrer à Téhéran. A son retour à Téhéran il prit une position très claire en faveur des négociations avec les Etats-Unis et dit publiquement que la question du matériel militaire ne devait pas interférer avec une solution de la crise des otages.

173. Le résultat ne se fit pas attendre. Le 2 novembre, le Parlement iranien désignait officiellement l'Algérie comme médiateur, si bien que le 3 novembre l'ambassadeur d'Algérie à Washington pouvait remettre à Warren Christopher un texte, approuvé par le Parlement iranien, contenant la contre-proposition iranienne. Gary Sick explique que les Etats-Unis auraient préféré négocier directement avec l'Iran, mais la haine profondément ancrée chez l'Ayatollah Khomeiny et tous les membres du clergé iranien pour les Américains, et plus généralement les occidentaux, empêchait une telle négociation directe si bien qu'ils acceptèrent que l'Algérie se charge de la médiation. Il était d'autant plus nécessaire de bénéficier d'intermédiaires ayant la connaissance profonde des cultures et valeurs des deux parties, que celles-ci s'ignoraient totalement et que leurs différences étaient exacerbées par des années d'incompréhension [429]. De surcroît, la situation en Iran même était hautement volatile et il était très difficile de s'assurer que l'on discutait avec le bon interlocuteur. Les Etats-

427. Ce ne fut que plus tard que les Américains comprirent qu'ils ne devaient négocier qu'avec cette commission, sans admettre d'interférence par les différentes personnes ou groupes qui voulaient « aider ». De plus, les Américains commençaient à comprendre que la négociation par les Iraniens était faite sérieusement, alors même qu'elle contrastait singulièrement avec la position que ce pays prenait dans toutes les procédures pendantes aux Etats-Unis : celle d'une immunité totale.

428. *Op. cit. supra* note 417, à la p. 28.

429. R. Slim, *op. cit. supra*, note 416, p. 214-215.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Unis avaient donc besoin d'un médiateur fiable et possédant toutes ces connaissances. Du côté iranien, l'Algérie avait déjà servi de médiateur entre l'Iran et l'Irak en 1975 pour des différends territoriaux [430]. De nombreux fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères iranien ayant servi durant ces négociations étaient encore en place si bien que la confiance vis-à-vis de l'Algérie était intacte [431].

174. C'est dans ce contexte que W. Christopher remit à l'ambassadeur d'Algérie une nouvelle note détaillant la position américaine. La partie plus formelle de la négociation pouvait commencer [432]. A la mi-novembre Christopher et quelques représentants du ministère des Affaires étrangères et du trésor américains arrivèrent à Alger. Les médiateurs algériens étaient le ministre des Affaires étrangères, Mohammed Seddik Ben Yehia, l'ambassadeur d'Algérie à Washington, Redha Malek, l'ancien ambassadeur d'Algérie en Iran, Abdel Karim Gharaib et Seghir Mostafai, le gouverneur de la banque centrale algérienne [433]. Gary Sick affirme que les Algériens dirent dès l'abord qu'ils se considéraient simplement comme des intermédiaires, mais que si le besoin s'en faisait sentir ils pourraient prendre une part plus active dans la négociation [434]. En réalité, dès cette première réunion à Alger, ils montraient qu'ils n'allaient pas transmettre purement et simplement les propositions des parties sans en questionner les tenants et aboutissants. Par leurs questions et les interrogations qu'ils formulaient sur la nécessité de certaines tournures de phrase ou l'utilisation de certains concepts, il devenait évident qu'ils ne seraient pas des médiateurs passifs et qu'ils voulaient s'assurer que ce qu'ils transmettraient aux Iraniens était solidement étayé et susceptible de faire avancer les choses, et vice versa.

175. A une occasion, les Algériens refusèrent de transmettre la proposition américaine aux Iraniens aux motifs qu'elle était trop générale et irriterait les Iraniens. Christopher avait cependant prévenu les Algériens qu'il n'avait quasiment aucune marge de manœuvre sur la substance. En revanche sur la forme et les mots à employer dans

430. *Idem*, p. 218.

431. R. Slim cite également (p. 218) toutes les médiations auxquelles l'Algérie avait participé en qualité de médiateur tant en Afrique qu'au Moyen Orient.

432. *Ibidem* à la p. 30.

433. Tous les médiateurs algériens étaient des personnalités aguerries aux négociations diplomatiques, particulièrement Ben Yehia et Malek qui avaient, notamment, participé aux négociations avec la France qui permirent de mettre fin à la guerre en Algérie grâce aux Accords d'Evian.

434. R. Slim dit aussi que les Iraniens avaient proposé aux Algériens d'être des arbitres, rôle qu'ils avaient refusé, *op. cit. supra* note 416, à la p. 210.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la transaction, les Américains étaient flexibles. Malgré cette claire distinction faite entre la forme et le fond, les Etats-Unis acceptèrent d'incorporer dans leur texte les modifications suggérées par les Algériens.

176. Les négociateurs algériens arrivèrent en Iran le 12 novembre. La crainte des Américains et des Algériens était que la presse et le public soient informés prématurément. En Iran rien de la sorte ne se produisit ; la Commission établie par le Parlement pour la négociation resta silencieuse. Du côté américain, il fut très vite compris par le petit groupe des négociateurs que parler à la presse pouvait mettre en danger les otages qui étaient parfois des amis des négociateurs. De plus, Christopher était un fonctionnaire discipliné et ne cherchait pas la publicité, si bien que rien ne put transparaître des négociations à ce moment-là.

177. Côté américain, la pression des délais se faisait sentir. En novembre, Ronald Reagan était élu président et l'équipe de transition installée à Washington donnait des signes peu encourageants (certains disent même menaçants) pour les négociations en cours. Décembre arrivait et le 20 janvier 1981, date de l'investiture du nouveau président, commençait à prendre la tournure d'une limite indépassable. De leur côté, les Iraniens considéraient maintenant avec une certaine inquiétude le coût matériel et diplomatique de la présence des otages. Les atermoiements pour qu'ils soient remis à la garde du gouvernement, plutôt que laissés à la merci des gardiens de la révolution, ne laissaient pas augurer une sortie de crise facile. Et l'incertitude sur la future position du Président Reagan quand il entrerait en fonction les poussait à négocier plus activement.

178. A l'approche de Noël 1980, la négociation prit un tour encore plus difficile. Les Algériens transmettaient une troisième note des Iraniens qui contenaient des demandes financières considérées comme démesurées par les Américains ainsi que par les médiateurs. De surcroît, pensant que cela pourrait accélérer la négociation en leur faveur, les Iraniens décidèrent de publier leur position, rompant ainsi la confidentialité qui avait été maintenue jusque-là. Les Américains décidèrent de faire de même. Cette violation de la confidentialité n'aurait pas été si grave en elle-même, mais les Algériens, devant le caractère exagéré des demandes iraniennes et l'atteinte à leur crédibilité que ces demandes présentaient à leurs yeux [435], décidèrent de se désengager

435. G. Sick, *op. cit. supra*, note 417, à la p. 39.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de la médiation, laissant les protagonistes dans une incertitude sur la conduite à tenir.

179. Ce furent les Américains qui, analysant la note iranienne, essayèrent d'en tirer tous les points positifs. Ils reformulèrent complètement leur offre avec l'aide des médiateurs, qu'ils avaient réussi à convaincre de revenir à la table des négociations, et leur demandèrent de passer cette nouvelle note aux Iraniens, ce qui fut fait. Pour G. Sick, ce fut cette note et la reformulation effectuée avec l'aide des médiateurs algériens qui constitua la clef de l'accord. Plutôt que de se faire des promesses entre eux, les parties prenaient des engagements envers l'Algérie qui en devenait garante. Le tiers garant est une figure bien connue en médiation. Les fonds gelés qui avaient été placés sous séquestre à la Banque d'Angleterre, seraient transférés à la Banque centrale d'Algérie. Les derniers jours de négociation verraient de nombreuses reformulations de ce qui allait devenir, le 19 janvier 1981, les Accords d'Alger. Le 20 janvier 1981, l'avion emmenant les otages hors d'Iran décollait de Téhéran quelques minutes avant le début de la cérémonie d'inauguration du Président Reagan. Des témoins attestent que les écrans de télévision aux Etats-Unis comportaient deux fenêtres : l'une relatant la cérémonie d'investiture qui allait débuter et l'autre apportant les informations sur ce qui se passait à Téhéran.

180. Parmi les leçons que G. Sick tire du processus [436], il dit que l'équipe des co-médiateurs « was everything one could hope mediators to be : discreet, intelligent, perceptive, persistent, skeptical, and inexhaustible ». Cela nous permet maintenant de nous tourner vers les qualités qui doivent être celles du médiateur.

B. La personnalité du médiateur

181. Qui peut intervenir comme médiateur ? La réponse à cette question dépend du type de médiation que l'on veut mettre en place. Précisons tout de suite que ce sont toujours des personnes physiques qui agissent comme médiateur, même si formellement la médiation a été demandée à un Etat ou à une organisation. Ainsi, lorsque la médiation des Nations Unies est demandée, c'est généralement le Secrétaire général qui s'en charge, aidé ou non par l'un des médiateurs de l'unité de médiation dont il a été question plus haut. Quand la France intervient en 1898 entre les Etats-Unis et l'Espagne à propos

436. *Idem*, à la p. 50.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de Cuba, ce sont essentiellement trois hommes qui sont les artisans de ce qui deviendra le Traité de Paris de 1898 actant l'indépendance de Cuba : Jules Cambon, alors ambassadeur de France aux Etats-Unis ; Gabriel Hanotaux, ministre des Affaires étrangères, bientôt remplacé par Théophile Delcassé qui est le véritable artisan de la paix, Hanotaux étant considéré comme trop proche des positions espagnoles, ce qui avait suscité la suspicion des Américains [437].

182. On peut se demander ce qui fait qu'un Etat est choisi, plutôt qu'un autre, pour assurer une médiation. En premier lieu, il a dû rester neutre dans le conflit qui s'est fait jour entre les deux Etats qui demandent la médiation. Dans le conflit entre les Etats-Unis et l'Espagne à propos de Cuba dont il est fait état au paragraphe précédent, la France, au départ, n'avait pas la confiance des Etats-Unis. Ce n'est qu'après le changement de ministre des Affaires étrangères et la réorientation de la politique française, que les Etats-Unis acceptèrent finalement l'intermédiation de la France. Il faut dire aussi que c'est la France qui représentait les intérêts de l'Espagne à Washington durant la guerre. La Grande-Bretagne aurait bien voulu jouer les médiateurs mais ses intérêts commerciaux étaient considérés comme trop importants dans la région pour lui permettre de rester neutre.

183. Souvent ce sont des « petits pays » qui sont les mieux placés pour servir de médiateur [438]. Ainsi un auteur a pu noter que l'Algérie, la Norvège et la Suisse ont été médiatrices dans un nombre de cas complètement disproportionné par rapport à leur taille [439]. Le cas de l'Algérie est particulièrement intéressant dans la résolution du conflit entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran que nous venons de relater. L'Algérie, Etat musulman, avait intérêt à ne pas voir se développer une guerre entre un autre pays musulman et une superpuissance. En

437. Y.-H. Nouailhat, « Delcassé, artisan d'un rapprochement franco-américain au début du XX^e^ siècle », dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Allain*, Presses Sorbonne Nouvelle, 2008, p. 41.

438. La notion de « petits pays » est très ambiguë. Si l'on considère la taille géographique, l'Algérie ne peut compter parmi les « petits pays ». Pour les « grands Etats », la position d'autorité et de puissance a son rôle à jouer notamment quand ils peuvent exercer certaines pressions sur les parties au différend. Les Etats-Unis d'Amérique ont joué ce rôle dans le conflit entre la Palestine et Israël (ils offrent Camp David comme lieu neutre de négociation) ou pour la fin du conflit dans l'ex-Yougoslavie (en offrant Dayton aux mêmes fins). Mais on peut douter de l'efficacité de ces « solutions » qui, bien souvent, sont au moins en partie « imposées » aux parties si bien qu'il ne s'agit pas vraiment de médiation. Dans la crise géorgienne de l'été 2008, le Président de la République française d'alors s'autodésigne médiateur.

439. J. Bercovitch et R. Jackson, *Conflict Resolution in the Twenty-first Century,* University of Michigan Press, p. 39.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

cela on a pu dire que l'Algérie était « partiale » [440], comme elle l'était probablement lorsqu'elle est intervenue en 1975 entre l'Iran et l'Irak, ce qui lui a permis de maintenir une certaine unité au sein de l'OPEC, organisation dans laquelle elle avait un intérêt majeur. Il a été dit aussi que sa situation géographique la mettait dans une position « naturelle d'intermédiaire » [441], compte tenu de son appartenance au continent africain mais aussi de sa proximité avec l'Europe. La religion sunnite, de l'école Maliki, pratiquée dans le pays, joue aussi un rôle dans la mesure où elle est moins conservatrice que d'autres courants de l'Islam sunnite. Sa culture a été influencée par diverses origines : Rome, les Berbères, les Arabes et la France. Enfin, la colonisation qu'elle a dû subir durant cent trente-deux années, qui se termina après une longue guerre sanglante, l'incitait à privilégier la paix et les modes amiables de règlement des différends sur tout autre mode de règlement. On peut d'ailleurs penser que l'équipe de médiateurs déployée par l'Algérie dans la crise des otages avait acquis ses lettres de noblesse durant les âpres négociations qui devaient aboutir aux Accords d'Evian en 1962. C'est durant ces négociations qu'ils avaient acquis : « persistence, acute sense of realism rooted in their experience of negotiating from weakness » [442].

184. Le Secrétaire général des Nations Unies est très souvent appelé à médier des situations internationales. Par exemple, dans le différend entre le Royaume-Uni et l'Argentine à propos des Falklands (ou autrement appelées les Malvinas), après l'échec du Secrétaire d'Etat américain, Alexander Haig, Javier Pérez de Cuéllar, alors Secrétaire général des Nations Unies, a proposé ses bons offices [443] d'autant plus nécessaires que le Conseil de sécurité avait condamné l'invasion de l'Argentine et que beaucoup d'Etats membres voulaient éviter des pertes humaines supplémentaires. L'affaire du *Rainbow Warrior* entre la France et la Nouvelle-Zélande a également donné lieu à une conciliation de la part du Secrétaire général, mais cette « décision » [444]

440. G. Sick, *op. cit. supra* note 417, à la p. 21.

441. B. Allouche, *Small States and International Mediation – The Case of Algeria,* thèse doctorale, Université du Maryland, 1987, p. 300, citée par R. Slim, *op. cit. supra*, note 416, à la p. 219.

442. R. Slim, *op. cit. supra*, note 416, à la p. 220.

443. L. Freedman and Gamba-Stonehouse, *Signals of War : The Falklands Conflict of 1982,* Princeton U. Press, 1990 ; R. C. Laver, *The* Falklands/Malvinas *Case : Breaking the Deadlock in the Anglo-Argentine Sovereignty dispute*, Martinus Nijhoff, 2001.

444. La nature exacte de l'intervention du Secrétaire général n'est pas claire dans la mesure où il n'avait pas formellement les pouvoirs d'arbitre, mais les parties lui avaient néanmoins demandé de proposer une solution.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

n'ayant pas été acceptée par les parties, l'affaire a dû, plus tard, faire l'objet d'un arbitrage.

185. La personnalité du médiateur et les qualités qu'il doit réunir sont donc au centre d'une médiation réussie. Un grand nombre de participants dans ce domaine se mettraient probablement d'accord sur les qualités suivantes (sans ordre hiérarchique strict [445]). Le médiateur doit avoir : *a)* une bonne connaissance des conflits et du contexte – y compris historique – dans lequel le conflit pour lequel il est appelé prend place ; *b)* une aptitude à comprendre les cultures [446] des autres ; *c)* une bonne capacité à comprendre les positions antagonistiques des parties et être en empathie avec chacune d'elles ; *d)* développé une capacité à l'écoute active ; *e)* un sens du « timing » ; *f)* des talents de communicateur tout en étant discret ; *g)* une autorité bienveillante [447] ; *h)* des qualités d'organisateur ; *i)* des capacités de gestion de crise ; *j)* une aptitude à construire la confiance ; *k)* un sens aigu de l'impartialité et de la neutralité [448] ; *l)* une aptitude à gérer la confidentialité et à être discret ; *m)* un sens de l'action pragmatique et le sens des réalités [449], *n)* de la patience ; *o)* une capacité à être persuasif ; *p)* une attitude d'humilité, tout en tenant le processus en sa qualité de tiers garant ; *q)* de l'imagination et de la créativité [450] ; et *r)* de

445. Toutefois, l'aptitude à comprendre la culture des autres est essentielle, c'est pourquoi elle figure en bonne place dans cette liste. Pour la proposition que les tentatives de médiation sur le cas de la Somalie ont été un échec en raison de l'ignorance des cultures en cause, voir B. E. Barnes, *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific,* University Press of America, 2007, préface. P. Legendre (dir. publ.), *Tour du monde des concepts*, Fayard, 2013.

446. Le terme « culture » est utilisé dans les deux sens utilisés par Hofstede : 1) la civilisation ; 2) « the collective programming of the mind which distinguishes the members of one group or category of people from another », cf. *Culture and Civilizations : Software of the Mind,* McGraw-Hill Book Co, 1991.

447. C'est souvent une qualité reconnue aux anciens dans une communauté donnée.

448. Attention l'impartialité en médiation n'est pas l'impartialité dans un processus juridictionnel. Cf. *infra* chapitre 8.

449. Le pragmatisme et l'empathie envers les positions des parties sont les qualités essentielles demandées par Paul Zwier, *Principled Negotiation and Mediation in the International Arena – Talking with Evil,* CUP, 2013.

450. L'histoire que raconte Michael Kerr dans ses mémoires (*As far as I can remember*, Hart, 2006 p. 129) montre comment un médiateur peut sortir d'une situation difficile avec imagination et créativité. L'histoire se passe durant la Seconde Guerre mondiale, quand il était enfermé dans un camp en Grande-Bretagne, en tant que *« enemy alien »* car il n'avait pas encore la nationalité britannique et était né en Allemagne. Dans ce camp, étaient enfermés également des Juifs pratiquants qui, le samedi, ne pouvaient pas transporter leur gamelle, fourchette et couteau, depuis leur baraquement jusqu'au hall où la nourriture était servie. Le commandant du camp et le Rabin trouvèrent la solution : le rabbin acheta pour un schilling symbolique l'intégralité de la barrière de fil de fer armé si bien que l'entièreté du camp devint symboliquement la « maison » de tous les juifs enfermés. Ils pouvaient ainsi transporter leurs gamelles et autres objets à

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'humour [451]. Par exemple, *The Economist* affirme que le choix par le pape Jean-Paul II du Cardinal Samoré dans l'*Affaire du canal de Beagle* était un excellent choix parce qu'il était : « … tireless, bubbling over with humour and goodwill, a beaming Pickwickian prelate who was also the soul of discretion … » [452]. Il était capable d'être empathique avec les deux parties, deux Etats catholiques, et avait un sens pratique hors du commun.

186. Le succès de la conciliation entre l'Islande et la Norvège sur la délimitation du plateau continental et des droits d'exploitation est en grande partie due à la personnalité des conciliateurs nommés par les parties. Elles nommèrent deux ambassadeurs qui avaient été les chefs de délégation de chaque pays à la troisième réunion des Nations Unies sur le droit de la mer et elles choisirent conjointement l'ambassadeur Elliot Richardson comme président de la Commission de conciliation. Dans cette hypothèse, la compétence sur le fond, la compétence en matière diplomatique et l'autorité morale des conciliateurs ont été les clefs du choix. Dans l'*Affaire des Falklands/Malvinas*, le médiateur devait être particulièrement persévérant et tenace. Comme le dit un auteur, faire la navette entre le gouvernement du général Galtieri et celui de M^me^ Thatcher n'était pas de tout repos [453]. Dans l'*Affaire de la délimitation maritime entre l'Australie et le Timor oriental* [454], la première qualité du médiateur était l'autorité, le conseil d'une des parties parlant même de processus *« robust »* alors qu'un autre parlait de conciliateurs *« tough*

---

l'intérieur du camp d'un point à l'autre sans enfreindre la loi religieuse à laquelle ils étaient soumis.

451. On peut trouver une liste plus ou moins équivalente dans de nombreux écrits. Par exemple J. Bercovitch et R. Jackson, *Conflict Resolution in the Twenty-first Century*, University of Michigan Press, p. 36. Le guide pour la médiation publié par le Sécrétariat de la Charte de l'Energie contient la liste suivante :

> « A good mediator : *a)* is available to timely conduct the mediation process ; *b)* is trained and has experience as a mediator, with a thorough understanding of the negotiation process ; *c)* is impartial, independent, and fair and so perceived ; *d)* inspires trust *e)* is able to understand people's motivations *f)* is an active listener, articulate and persuasive ; *g)* is capable of understanding the facts of a dispute, including surrounding circumstances, even if he/she is not an specialist in the substantive field of the investment at issue ; *h)* has experience in investment dispute resolution proceedings ; *i)* is able to analyse complex problems and get to the core ; *j)* is a problem solver ; creative and imaginative in developing proposals and knows when to make them ; *k)* has regional or international reputation, giving more credibility to the outcome of the process ; *l)* has government experience or experience in dealing with governments. »

452. *The Economist*, 13 janvier 1979, p. 54.

453. J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, CUP, 2017, p. 29.

454. Il s'agissait d'une conciliation obligatoire dans le cadre de la Convention de Montego Bay.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

but fair » [455]. En effet, l'Australie, au départ, ne voulait pas participer au processus de conciliation. Elle a changé d'attitude quand elle réalisa que la Commission de conciliation ne baisserait pas les bras aisément.

187. Dans son discours de réception du prix Nobel de la paix 2008, Martti Ahtisaari, ancien Président finlandais de 1994 à 2000, qui est intervenu dans de nombreux conflits, notamment, en Namibie, en Indonésie, au Kosovo et en Irak, dit ceci :

> « Mediators do not choose the conflicts they became involved in but the parties to the conflict choose the mediator. Their participation as intermediaries is based on the trust of all the conflicting parties. The task of the mediator is to help the parties to open difficult issues and nudge them forward in the peace process. The mediator's role combines those of a ship's pilot, consulting medical doctor, midwife and teacher. However, there tends to be too much focus on the mediators. With that we are disempowering the parties to the conflict and creating the wrong impression that peace comes from the outside. The only people that can make peace are the parties to the conflict, and just as they are responsible for the conflict and its consequences, so should they be given responsibility and recognition for the peace. » [456]

188. Le médiateur doit-il être désintéressé ? Dag Hammarskjöld, le deuxième Secrétaire général des Nations Unies, le pensait : « The other's "face" is more important than your own. If while pleading another's cause, you are at the same time seeking something for yourself, you cannot hope to succeed. » [457] Pourtant, nous pouvons affirmer que cela n'est pas absolument nécessaire car le médiateur peut avoir son propre intérêt dans la résolution d'un conflit tout en gardant son intégrité et agir de manière neutre et impartiale. Par exemple quand le médiateur est un Etat et que le conflit pour lequel son intervention est demandée se déroule à sa frontière, que cette frontière est fragile, il peut avoir un intérêt à voir ce conflit se résoudre de manière pacifique, sans pour autant favoriser une solution sur une autre. Cela le disqualifie-t-il pour les fonctions de médiateur ? Pas forcément. Quand l'Union soviétique agit comme médiateur sur la question du Kashmir entre le Pakistan et l'Inde

455. Panel sur la conciliation entre l'Australie et le Timor oriental qui s'est tenu à Sydney, en août 2018, à l'occasion de la réunion biannuelle de l'*International Law Association*.

456. Discours consulté sur Internet le 31 juillet 2018.

457. Dans H. Melber, « Hammarskjöld, Ahtisaari and conflict mediation », *Development Dialogue,* 2009, n° 53, à la p. 40.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

en 1965, médiation grâce à laquelle un cessez-le-feu a pu être obtenu, son action était dictée par un intérêt majeur de ne pas voir se développer une guerre à sa frontière sud et surtout empêcher l'intervention de la Chine. La médiation pris place à Tachkent, capitale de l'Ouzbékistan, place stratégique pour les deux pays belligérants et le médiateur. De la même manière le regain d'intérêt de l'UE pour soutenir, financer et engager des médiations en Afrique part bien entendu de l'idée que l'Europe veut se faire la championne du bien-être des populations où qu'elles soient situées dans le monde et qu'elle est porteuse de paix, comme valeur essentielle ayant fondé le projet de l'UE [458]. Toutefois, on ne peut pas non plus passer sous silence le fait qu'un certain nombre d'Etats membres de l'UE ont des intérêts économiques très importants sur ce continent et que l'instabilité due à de nombreuses crises est préjudiciable aux intérêts de l'Europe dans son ensemble.

C. L'organisation du processus de médiation [459]

189. Avant que la médiation ne commence, et c'est tout particulièrement vrai pour les médiations entre Etats, ou entités publiques, mais c'est en partie vrai aussi pour les médiations entre personnes ou entités privées, le médiateur doit s'informer de l'histoire du litige, des différentes cultures en présence, des éventuelles médiations ou négociations précédentes qui n'ont pas pu aboutir. Généralement, il doit réunir toute information qui lui permettra de comprendre le contexte dans lequel se place la médiation qu'il va entreprendre. Il est classique de séparer le « différend » proprement dit du « conflit ». Mais à procéder ainsi, on oublie que les deux sont intimement liés et qu'à négliger l'un on ne parviendra pas à éteindre l'autre, ou alors, de manière temporaire sans la moindre chance de trouver une solution pérenne et solide [460].

190. La première étape de la médiation proprement dite, consiste à s'assurer, pour le médiateur, du consentement des parties. Certes,

---

458. Cf. par exemple, *Joint African-EU Strategy Action Plan* 2011-2013 et A. Witt, «A Constructive Engagement? The European Union's Contributions to Mediating *coup d'état* in Africa», dans U. Engel (dir. publ.), *op. cit. supra* note 396, p. 211-236.

459. Pour cette section, on suppose que chaque partie a analysé pour elle-même la nature du conflit, les caractéristiques de la personne ou entité avec laquelle le différend est né et le contexte dans lequel ce différend se place de manière à déterminer si ce différend est approprié pour un processus de médiation. C'est généralement une phase dans laquelle le médiateur n'est pas encore désigné.

460. Pour cette discussion, voyez, L. Kirchhoff, *Constructive Interventions – Paradigms, Process and Practice of International Mediation,* Wolters Kluwer, 2008, *passim.*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

si comme le dit Martti Ahtisaari, ce sont les parties qui choisissent le médiateur, la question pourra être assez rapidement réglée (ou en tout cas dans un délai raisonnable), mais il n'en va pas toujours ainsi. Ils arrive que la médiation soit demandée ou prescrite par d'autres personnes/entités que les parties elles-mêmes. Ce sera le cas, notamment, dans les relations privées, que la médiation soit suggérée ou même « ordonnée » par un tribunal ou qu'elle soit suggérée par un tiers de confiance. Dans ce cas, le premier devoir du médiateur est de s'assurer que le consentement des parties est réel (et informé) si bien que la médiation ne peut débuter sans qu'il soit fait une place à l'expression par les parties de leur consentement à participer à la médiation. On le sait, la médiation ne peut pas être imposée aux parties. Un médiateur chevronné fait la différence entre *order to mediate* et *consent in mediation*. On peut en effet ordonner aux parties de tenter une médiation, mais on ne peut pas les forcer à participer à une médiation, c'est-à-dire participer pleinement aux discussions, de bonne foi, afin de parvenir à un résultat. Un exemple de médiation « forcée » est le cas de la Serbie dans la guerre de l'ex-Yougoslavie. La Serbie était sous le coup de sanctions sévères. De la même manière, les autres entités en conflits avaient besoin du soutien international. Mais le conflit évoluait très vite et ce sont finalement les efforts des Etats-Unis qui aboutirent aux Accords de Dayton en 1995 qui permirent de faire cesser la guerre [461], mais qui ne résolvaient pas les conflits les plus délicats sur le terrain.

191. Le consentement des parties doit exister tout au long du processus. Cela engendre une conséquence souvent ignorée des parties mais qui, pourtant, devrait leur permettre de se sentir parfaitement à l'aise dans le processus et les convaincre qu'elles n'ont rien à perdre en acceptant d'entrer en médiation. Chaque partie a le droit, en effet, de quitter le processus à tout moment. Elle n'a même pas l'obligation d'expliquer les raisons pour lesquelles elle souhaite interrompre la médiation. Il est probablement de bonne pratique pour le médiateur de proposer d'en parler avec cette partie en aparté. Souvent, en effet, la volonté de ne plus participer dénote un malaise qu'une conversation avec le médiateur peut dissiper ou, en tout cas, lui permettre de travailler sur les raisons de ce malaise et faire ainsi progresser la médiation. Un médiateur doit être persévérant et opiniâtre, si bien qu'il est le dernier

461. Dans un livre qui a valu à son auteur une condamnation du TPIY et un emprisonnement à La Haye pour *« contempt of court »*, Florence Hartmann qualifie la négociation de Dayton de « tragédie », *Paix et Châtiment – Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationales*, Flammarion, 2007, p. 165 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

à baisser les bras et doit tout faire pour « sauver » le processus, l'ultime limite étant la volonté contraire clairement exprimée par une partie. Il n'est pas rare d'ailleurs qu'une médiation soit interrompue, mais qu'elle reprenne quelque temps plus tard car la situation circonstancielle a évolué et la partie ayant souhaité interrompre a compris qu'elle avait avantage à poursuivre, à la condition que l'autre partie soit encore dans les mêmes dispositions d'esprit.

192. Il est particulièrement important pour le médiateur de s'assurer que les participants à la médiation sont les bonnes personnes et ont le pouvoir de prendre les décisions qui clôtureront la médiation. Charles Quint l'apprend à ses dépens quand, ayant François 1er en son pouvoir pour l'avoir fait prisonnier à l'issue de la bataille de Pavie, il ne se rend pas compte que le roi de France ne transfèrera pas la Bourgogne à celui qui n'est pas encore empereur. Et, effectivement, quand François 1er rentre en France, il refuse de respecter ses engagements et annonce qu'il ne peut renoncer à la Bourgogne sans l'approbation des Etats de la province et des Etats généraux [462]. C'est grâce aux négociations de Louise de Savoie et Marguerite d'Autriche (tante de Charles Quint qui gouverne les Pays-Bas), d'abord informelles et secrètes et plus tard officielles, qu'un traité sera finalement signé à Cambrai le 3 août 1529, dit la « paix des Dames » [463], qui, malheureusement, ne tiendra pas d'où, dix ans plus tard, la médiation papale dont nous avons parlé. Quand les premières négociations ont lieu dans la crise des otages entre les Etats-Unis et l'Iran, les négociateurs craignaient de ne pas avoir les bons interlocuteurs en face d'eux, ceux-là même qui avaient vraiment le pouvoir de conclure un accord. Ce fut grâce aux médiateurs algériens que ce point fut clarifié.

193. Il est également important qu'aucune des personnes ayant un intérêt, quel qu'il soit et même s'il est indirect ou relativement éloigné, dans l'issue du différend, ne soit exclue du processus. C'est ce que l'on appelle « le tiers absent ». C'est une personne ou entité qui devrait être à la table de la médiation mais qui, pour diverses raisons, n'y a pas été appelée. Ainsi, durant les négociations des années 1990 entre Israël et la Palestine, il devint assez clair au bout d'un certain nombre de sessions de négociation que l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) ne pouvait pas être exclue et que c'était Yasser Arafat, alors en exil en Tunisie, qui pilotait les négociations sans en faire

462. L. Bély, « La paix des rois », dans *La France et la paix,* Paris Musées, 2016, p. 40.
463. *Ibidem*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

partie. Les membres de la délégation palestinienne ne pouvaient pas avancer sans l'accord d'Arafat. Quand Israël s'en rendit compte, elle accepta que l'OLP soit partie prenante dans la négociation. Ce sont les médiateurs norvégiens qui parvinrent à faire admettre aux négociateurs de changer complètement leur perspective [464]. Parfois, dans des situations de restauration de la paix, ce sont des communautés entières qui doivent être représentées dans la médiation. Il est possible que ces communautés soient divisées en sous-groupes. Souvent les femmes, ou les jeunes, ou certains anciens combattants, ou des communautés religieuses, ont des intérêts spécifiques qui ne sont pas représentés par le reste de la communauté, devront participer au processus en tant que tels [465]. Lorsque les groupes sont trop importants en nombre, ils devront se choisir des représentants, ce qui à soi seul exige d'autres règles d'organisation.

194. Dans les relations privées internationales, la question de la capacité est une question habituelle, surtout lorsque la médiation a lieu entre entreprises. Lorsque la personne physique qui représente l'entreprise n'est pas le Président ou son équivalent, le médiateur devra vérifier la ligne de délégation de pouvoir et si la personne participant à la médiation n'a pas le pouvoir de décision et de signature, un mécanisme devra être mis en place pour que les personnes décisionnaires puissent être impliquées rapidement au moment opportun (souvent, le médiateur s'assure que cette personne sera disponible par téléphone).

195. Le mandat de la médiation est une phase très délicate, surtout dans les différends qui sont issus d'une guerre ou d'une situation de conflit de longue durée. Il est important toutefois que les parties s'efforcent, avec l'aide du médiateur, de définir le plus précisément possible et le plus tôt possible, quelles sont les questions qui devraient recevoir une réponse à la fin de la médiation. Ce mandat évoluera dans le temps, bien entendu, mais l'exercice permet aux parties de demeurer concentrées sur les objectifs à atteindre, quitte à ajouter ou retrancher en fonction de l'évolution du processus. Dans les relations privées, il est conseillé de ne pas commencer la médiation sans qu'un mandat écrit ne soit signé par les parties et le médiateur. Parfois, lorsque la médiation est demandée (ou ordonnée) par un tiers, la rédaction du mandat permet

464. Cf. Le récit publié par l'un des médiateur, Mona Juul, « Israël and Palestine – Experiences of mediation and mediators in the Middle East », *Development Dialogue,* 2009, n° 53, p. 32-37 à la p. 34.

465. Pour des exemples dans les crises africaines, cf. Peter R. Sampson, « Conceptual shifts in multi-track mediation in Sub-Saharian Africa », dans U. Engel, *op. cit. supra* note 396, p. 237-254, aux p. 242 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

aux parties de prendre conscience des raisons pour lesquelles elles ont été « poussées » à la médiation. Si cet exercice est mené avec sincérité et diligence, il peut aussi montrer que le différend n'est pas mûr pour la médiation. Si tel est le cas, il est du devoir du médiateur de ne pas poursuivre ou d'engager les parties à poursuivre leur dialogue préalable.

196. Ensuite vient la confidentialité. Tout processus de médiation est, en principe, confidentiel. Le médiateur est garant de cette confidentialité. Elle est souvent la clef de la négociation, comme ce fut le cas, par exemple, dans la négociation des Accords d'Oslo de septembre 1993 entre Israël et la Palestine. Mona Juul, qui fut avec son époux l'une des chevilles ouvrières de la négociation, se souvient des dangers qui entouraient les participants dont on sait que l'un d'entre eux, I. Rabin, fut ensuite assassiné [466]. Elle raconte de manière émouvante comment les médiateurs s'envolèrent secrètement avec les négociateurs pour informer le Secrétaire d'Etat américain qu'ils étaient parvenus à un accord et lui permettre de l'approuver. Toute entorse à la confidentialité, au secret, aurait pu faire échouer l'entreprise, comme les négociations qui avaient précédé le montraient. Elle relate en effet que durant les phases précédentes de négociation qui se déroulaient à Washington, les délégations étaient très nombreuses et chaque équipe (en quête de légitimité) se précipitait pour parler aux média à la fin de chaque session de négociation.

197. La confidentialité comporte deux volets : un volet intrinsèque et un volet extrinsèque. On entend par confidentialité intrinsèque celle qui est maintenue entre les parties elles-mêmes. Le médiateur qui reçoit une partie en aparté s'engage vis-à-vis d'elle à ne rien divulguer des informations qu'il recueillera durant cet entretien *ex parte*. En conséquence, avant de quitter la salle où se déroule l'aparté, il revient au médiateur de demander à la partie avec laquelle il vient de dialoguer, s'il y a une ou plusieurs information(s) qu'il pourrait divulguer à l'autre partie. Souvent, au début du processus la réponse est négative. Toutefois, si la confidentialité n'est jamais levée, il sera difficile de faire avancer le processus, la négociation. C'est pourquoi, le médiateur va devoir poursuivre le dialogue dans cette perspective. La confidentialité extrinsèque concerne les tiers à la médiation. Dans toutes les médiations où des intérêts collectifs, publics, généraux, sont en jeu, qui dépassent les intérêts des parties au différend (comme pour les litiges en matière d'investissement étranger), cette confidentialité

466. M. Juul, *op. cit. supra*, note 464, à la p. 33.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

extrinsèque ne pourra pas forcément être maintenue de manière stricte. Il serait d'ailleurs parfois malsain qu'elle soit maintenue. C'est pourquoi, le rôle du médiateur est de dialoguer avec les parties pour les amener à se mettre d'accord sur des communiqués à destination des tiers intéressés. Souvent ces communiqués font l'objet d'âpres négociations et chaque mot en est pesé et rédigé avec précaution par les parties.

198. Il est commun de dire que chaque médiateur possède un style propre et utilise des techniques particulières qu'il va adapter à chaque nouvelle médiation qu'il entreprend, chaque médiation étant spécifique et ne pouvant donner lieu au même *tempo* ni au même processus. De plus, les techniques utilisées peuvent évoluer avec le temps comme d'ailleurs le mandat du médiateur peut évoluer avec le temps. On l'a vu avec la médiation de l'Algérie dans l'affaire de la crise des otages. Selon les phases de la médiation, l'Algérie a été plus ou moins impliquée. Quand les parties sont parvenues proches d'un accord et qu'il était évident qu'elles ne se rencontreraient pas ni ne pourraient signer un même document, l'Algérie devint le garant des engagements pris, rôle très différent d'une médiation classique et certainement plus périlleux. L'accord prit alors la forme d'une déclaration unilatérale de l'Algérie à laquelle chacune des deux parties en conflit adhérerait. Durant tout le processus, en tout cas, les médiateurs algériens ont joué le rôle de l'avocat du diable, obligeant les parties à mieux affiner leurs propositions et s'assurant que chaque proposition était formulée de telle manière qu'elle puisse être entendue par l'autre partie. Et quand ils ne pouvaient pas soutenir une proposition, ils étaient prêts à procéder à un désengagement stratégique.

199. Le médiateur, en sa qualité de garant du cadre de la médiation, doit s'assurer que chaque partie est traitée avec dignité par les autres parties et que le plus rapidement possible, chaque partie soit reconnue pour ce qu'elle est, malgré l'existence d'un différend [467]. Il doit aussi mettre en place une structure de négociation telle qu'elle soit propice au respect de chaque partie pour l'autre. Melanie Greenberg relate un épisode des pourparlers entre des groupes venant d'Arménie, d'Azerbaïdjan et du Nagorny-Karabakh dans lequel, à la surprise de la

467. Il est généralement admis que la reconnaissance réciproque de chaque partie dans un processus de médiation est la condition *sine qua non* d'une médiation réussie. La première partie de la médiation tend donc à obtenir cette reconnaissance ; une fois acquise (mais parfois il faut y revenir alors même que le médiateur la pensait acquise), la négociation vers une solution pourra commencer.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

partie azerbaïdjanaise, la partie arménienne demandait à cette dernière de présenter des excuses pour le génocide des Arméniens de 1915. En réalité, cette demande, qui pouvait paraître extraordinaire et déplacée puisque l'Azerbaïdjan n'avait d'aucune manière participé à ce génocide, était faite à un moment où l'Arménie subissait un blocus très strict de la part de la Turquie et souffrait encore d'une atteinte à sa dignité. Une fois que le malentendu fut dissipé, les pourparlers purent reprendre car la partie azerbaïdjanaise acceptait de reconnaître les souffrances du peuple arménien, sans toutefois présenter des excuses [468].

200. Existe-t-il une obligation pour les parties de négocier de bonne foi ? La réponse à cette question est délicate. On sait que, dans les contentieux commerciaux ou privés, le recours à la médiation est parfois ordonné par le juge ou même l'arbitre. Il est reconnu que cet « ordre » ne doit pas limiter la liberté des parties qui est essentielle pour qu'une médiation puisse exister. Une partie peut s'engager dans la médiation (négociation) car elle y est obligée et, partant, considérer l'exercice comme purement formel. Elle participera *a minima*, uniquement parce qu'elle y est obligée, sans réelle intention de parvenir à un accord. Dans le cadre de l'OMC, les groupes spéciaux formés après qu'une tentative de consultation a eu lieu, conformément aux exigences du système, n'ont pas à vérifier la sincérité des parties ou le contenu de ces consultations. Il leur suffit que l'exercice ait été tenté. Toutefois, pour qu'une médiation ait le plus de chance de réussir, il faut que les parties s'engagent vraiment dans le processus et prennent conscience que des concessions devront être faites de part et d'autre. Sans cet état d'esprit, la médiation a peu de chances de se clôturer par un accord. Dans les médiations très médiatisées, comme ce fut le cas de la médiation Vance-Owen en Bosnie, la médiation servait de voile à des atrocités qui perduraient sur le terrain [469].

201. L'une des clefs du succès de la médiation consiste, pour le médiateur, à susciter un changement de paradigme, du cadre de pensée, de la perspective, bref de susciter un pas de côté de la part des parties au différend afin de leur permettre de trouver de nouvelles voies pour apaiser leurs relations. Ces nouvelles voies peuvent venir de leur changement de position, ou du contexte lui-même, ou de la mise en place de nouvelles institutions, ou de nouvelles normes, peu importe.

468. M. Greenberg, « Dignity, Justice and Voice – A Reflection on "Nordic" Mediation », *Development Dialogue,* 2009, n° 53, à la p. 52.

469. M. Greenberg, « Consent in International Mediation », *Dispute Resolution Magazine,* hiver 2008, à la p. 21.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

La créativité est à l'honneur. Sans elle, la médiation a moins de chance de porter ses fruits [470].

202. Quelle est la place du droit dans un processus de médiation ? Beaucoup d'auteurs répondraient que la médiation se situe « en dehors du droit » ou « en marge du droit ». Cette expression peut être mal comprise et prête à confusion, comme si la règle de droit n'avait aucune influence sur le processus de médiation et son contenu. Rien n'est moins vrai. En premier lieu, tous les participants à une médiation doivent être conscients que la solution obtenue ne peut pas être contraire à l'ordre public, qu'il soit transnational, international, ou celui du ou des Etat(s) qui ont un lien avec le différend et la médiation. Mais au-delà de cette limite, la règle de droit est utile pour les parties quand elles procèdent à ce que l'on appelle le « test de réalité » *(reality check)*. Chaque partie doit comprendre, en effet, ce à quoi elle renoncera si elle donne son accord aux solutions trouvées au cours de la médiation. Or, les droits subjectifs avec lesquels la solution doit être comparée sont dictés par la règle de droit applicable.

203. Qui prend la plume pour rédiger l'accord mettant fin à la médiation si le processus est concluant [471] ? La réponse est unanimement « les parties ». Certes le médiateur peut suivre ce processus de rédaction de manière plus ou moins proche et, parfois, faire des suggestions. Mais on ne doit pas oublier que l'accord est celui des parties, c'est elles qui doivent s'approprier les solutions trouvées et elles sont seules à en porter la responsabilité. C'est parce que les parties sont à l'origine de l'accord et de son contenu, qu'elles ont moins de difficulté à l'exécuter qu'une décision qui leur aurait été imposée. Pour toutes ces raisons, ce sont les parties qui maîtrisent le contenu de l'accord et sa forme. Cela apparaît clairement dans le récit de la médiation par l'Algérie de la crise des otages entre les Etats-Unis et l'Iran, même si, dans ce cas, l'accord a été transformé en déclaration unilatérale du médiateur à laquelle ont adhéré séparément chacune des parties. C'est la même idée qui a été exprimée par plusieurs participants au panel de l'*International Law Association* (ILA) à propos de la conciliation entre l'Australie et le Timor oriental [472]. C'est également conforme à l'expérience que

470. Les changements de paradigme ont été à l'œuvre notamment sur le continent africain. Cf. U. Engel, *op. cit. supra* note 396.

471. L'accord de fin de médiation s'appelle désormais dans les travaux de la CNUDCI « accord de règlement ». Cf. *infra* par. 206 et chapitre 13.

472. Conférence biannuelle de l'ILA, Sydney 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

nous avons acquise en matière de médiation dans les relations privées internationales.

204. Le rôle du médiateur se termine-t-il quand l'accord entre les parties est signé ? Ici, la réponse doit clairement être négative. Plusieurs raisons l'expliquent. Tout d'abord, l'accord peut lui-même contenir des conditions suspensives qui doivent être remplies avant qu'il ne puisse être exécuté. Il est donc préférable que le médiateur demeure engagé tant que ces conditions ne sont pas remplies. Parfois des accords complémentaires sont nécessaires. Ce fut le cas dans l'affaire *The Jan Mayen Island* entre l'Islande et la Norvège. En 1980, ces deux pays concluent un accord bilatéral qui les engageait à former, le plus tôt possible, une commission de conciliation destinée à permettre la délimitation du plateau continental entre l'Islande et l'île de Jan Mayen [473]. Le 16 août 1980 la Commission est formée. En juin 1981, elle conclut ses travaux en remettant son rapport aux deux parties. Elle proposait l'établissement de plusieurs zones dont une sur laquelle l'exploitation des ressources devait se faire conjointement par les deux parties. Le 22 octobre 1981 les deux parties conclurent une nouvelle convention intégrant l'intégralité de la proposition de la Commission de conciliation, traité qui a pris effet le 2 juin 1982.

205. Il peut arriver aussi que les circonstances évoluent à la suite de l'accord et que les négociations doivent se poursuivre après sa conclusion. Dans l'affaire ayant opposé l'Australie au Timor oriental, l'accord ne dit rien sur l'emplacement de la future usine qui exploitera les ressources des fonds marins. Certes, cette décision est avant tout une décision commerciale que les entreprises d'exploitation devront prendre par elles-mêmes. Mais il est possible qu'un différend naisse à nouveau de ce fait. Il est également possible qu'une des parties devant exécuter l'accord ne le fasse pas. Il n'est pas certain que le médiateur puisse agir avec efficacité, mais s'il peut intervenir, ce sera toujours mieux que d'avoir à recourir à une exécution forcée qui, en matière de relations entre Etats n'existe pas. Dans les conflits entre Etats ou entre communautés, il est parfois indispensable que les accords pris en fin de médiation fassent l'objet d'un suivi par un comité *ad hoc* mis en place sous le contrôle d'un groupe de contact ou des Nations Unies. Il est fréquent d'entendre dire qu'un accord de paix n'est pas une fin, mais représente le début de quelque chose d'autre.

473. U. Linderfalk, « The Jan Mayen Case (Iceland/Norway) : An Example of Successful Conciliation », dans Ch. Tomuschat *et al.* (dir. publ.), *op. cit. supra* note 383, p. 193-216.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

206. Dans le domaine des relations privées internationales, un nouvel instrument a été négocié sous l'égide de la CNUDCI. Signé officiellement à Singapour en août 2019, il est désormais connu comme la Convention de Singapour. Cette Convention a cherché à transposer, pour les accords intervenus après une médiation réussie, appelés « accords de règlement », les solutions favorables à l'exécution de la Convention de New York de 1958 en matière d'arbitrage. Le pari n'est pas entièrement réussi car la liste des raisons qui permettent à une partie de s'opposer à l'exécution est fort longue. Les négociateurs ont été influencés par le fait que l'accord de règlement possède une double nature : s'agissant d'un accord entre les parties, il a la nature d'un contrat ; s'agissant d'un accord qui met fin à un différend, il peut emprunter certains effets d'une décision judiciaire, notamment un effet de chose jugée. De ce fait, au lieu de créer un régime spécifique à ces accords en gardant en tête l'objectif qu'ils s'étaient fixé de *faciliter* leur exécution, les négociateurs ont cumulé les obstacles qu'ils ont trouvés dans la Convention de New York et ceux que l'exécution d'un contrat mal formé peut engendrer. C'est ainsi que la partie récalcitrante peut soulever son incapacité ; que l'accord est caduc, inopérant ou non susceptible d'être exécuté [474] ; qu'il n'est pas obligatoire ou pas définitif ; qu'il a été modifié ; que les obligations incorporées dans l'accord ont déjà été exécutées, ou ne sont pas claires ou compréhensibles (sic) ; que l'exécution serait contraire à l'accord ; que le médiateur a gravement manqué aux normes applicables aux médiateurs ou à la médiation ; que le médiateur n'a pas déclaré un éventuel conflit d'intérêts ; sans oublier la contrariété à l'ordre public ou que l'objet du différend ne pouvait pas être réglé par voie de médiation (l'équivalent de l'arbitrabilité) [475].

Conclusion

207. On peut résumer à la fois les clefs d'une médiation réussie et ce qu'un auteur a appelé « les sept péchés capitaux » de la médiation [476] auxquels nous avons ajouté une huitième rubrique.

Les clefs du succès :

– Le mandat et la définition de la tâche des médiateurs.
– Le caractère optionnel du processus.

474. On reconnaît l'article II.3 de la Convention de New York.
475. Tout ce qui est dit au texte est contenu dans l'article 5.
476. Chacun peut avoir sa propre liste. Celle résumée et adaptée au texte est tirée de J. Gomes Porto, « Mediators *not* in the Middle : Revisiting the Normative Dimensions of International Mediation », dans U. Engel, *op. cit. supra* note 396, p. 18.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

– Un objectif commun aux parties pour régler le différend (même si ce sont des raisons différentes qui sont sous-jacentes à chacun de leurs objectifs).
– Une conviction par chacune des parties que la médiation est le meilleur moyen de sortir du conflit.
– Des valeurs communes.
– La volonté de construire une culture commune.
– Une bonne relation générale des parties indépendamment du litige en cause.
– Un processus solide, bien encadré et dont le médiateur est le garant.
– Un médiateur ayant la confiance des deux parties.
– La volonté commune d'éviter de constituer un précédent.

Les péchés capitaux de la médiation :

– Ignorance de la part du médiateur [477].
– Arrogance du médiateur en ce sens qu'il ne reconnaît pas ce qu'il ne connaît pas et ne demande pas d'aide.
– Absence d'empathie avec toutes les parties de manière égale.
– Manque d'imagination et donc incapacité à sortir d'une impasse.
– Impatience : tout processus de médiation prend du temps.
– Incapacité à tenir un momentum et laisser trop d'intervalle entre les rencontres.
– Inflexibilité ; le rôle du médiateur est de constamment réévaluer les positions des parties, les tenants et aboutissants de la négociation et les éléments en jeu dans les différentes options qui se présentent aux parties.
– Faire de fausses promesses.
– Etre hors sol. Il faut constamment que le médiateur oblige les parties à tester la réalité *(reality check)* par rapport à leur négociation.

477. Si l'on accepte l'idée que Cyril John Radcliffe, nommé par la couronne britannique pour tracer la frontière entre l'Inde et le Pakistan au moment de la partition, aidé par deux hindous et deux musulmans, était un médiateur, son ignorance du sous-continent indien au moment de sa nomination était peut-être une des clefs de l'aspect calamiteux de sa mission telle que représentée par le fim de Ram Madhavi, *« This Bloody Line »*, 2016. Voyez aussi le film de Gurinder Chadha, distribué en France en 2017, dans lequel il est décrit comme un homme sûr de lui, mais incompétent. On lira avec intérêt le poème que W. H. Auden lui consacra en 1966, intitulé *Partition*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 4

LE JUGE NATIONAL, JUGE NATUREL DU DROIT INTERNATIONAL

Introduction

208. La notion même qu'il puisse y avoir un juge naturel ou, autrement dit, un juge de droit commun du droit international, n'est pas acceptée par tous [478]. Pourtant, à l'aune de l'histoire et des statistiques actuelles des décisions rendues dans le contentieux international, qu'il soit public ou privé, il existe indéniablement un juge de droit commun, ou juge naturel. C'est le juge national. C'est lui qui, en l'absence de juge réellement international, est chargé de dire le droit international quotidiennement. C'est également lui qui demeure le juge naturel du droit international chaque fois qu'une juridiction internationale est créée sous l'empire de la « complémentarité », ce qui est le cas le plus fréquent, au moins en droit pénal.

209. Quand en 1604, devant la juridiction de La Haye, Hugo Grotius défend les marchands hollandais de la Compagnie des Indes hollandaises orientales à la suite de l'arraisonnement en 1603 du vaisseau marchand portugais le Santa Catarina, avec toute sa cargaison, dans le détroit de ce qui est maintenant Singapour, il participe à un procès international qui doit déterminer si la prise est licite ou non, compte tenu du fait que les Provinces unies sont en guerre avec l'Espagne et le Portugal, et que le capitaine hollandais du navire, Jacob van Heemskerk, n'avait pas l'autorisation de la Compagnie de naviguer à cet endroit-là. On notera aussi que les actionnaires de la Compagnie étaient divisés à la fois sur la légalité (au regard du droit hollandais) et sur la moralité de l'acte [479]. A l'époque, il est vrai, aucune juridiction internationale, au sens où nous l'entendons aujourd'hui, n'existait.

---

478. E. Lagrange, « Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », dans H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, 2005, p. 9. Qui s'exprime ainsi : « L'ordre international se singularise par l'absence de juge commun. Il n'est point de juge de droit commun dans l'ordre international. »

479. Notons que c'est à partir de cette expérience que Grotius développera deux de ses ouvrages *de Indis* et *Mare Liberum.*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

210. Quand en 1871, la Cour de cassation française condamne les complices français des militaires allemands ayant accompli des pillages, elle le fait au nom de la réprobation de tels actes par les « lois de toutes les nations civilisées »[480].

211. De la même manière, les constatations de Tocqueville sur la Cour suprême américaine montrent combien cette Cour non seulement est toute puissante, mais encore doit traiter de litiges « internationaux », non pas au sens où nous l'entendons aujourd'hui, mais au sens interétatique dans un ensemble régional. « Jamais un plus immense pouvoir judiciaire n'a été constitué chez aucun peuple », dit-il. Et il poursuit :

> « Chez les nations de l'Europe, les tribunaux n'ont que des particuliers pour justiciables ; mais on peut dire que la Cour suprême des Etats-Unis fait comparaître des souverains à sa barre. Lorsque l'huissier, s'avançant sur les degrés du tribunal, vient à prononcer ce peu de mots : « L'Etat de New York contre celui de l'Ohio », on sent qu'on n'est point-là dans l'enceinte d'une cour de justice ordinaire. … Dans les mains des sept juges fédéraux[481] reposent incessamment la paix, la prospérité, l'existence même de l'Union. Sans la Cour, la constitution est une œuvre morte. »

Et Tocqueville ajoute ce portrait du juge idéal :

> « Les juges fédéraux ne doivent donc pas seulement être de bons citoyens, des hommes instruits et probes, qualités nécessaires à tous magistrats, il faut encore trouver en eux des hommes d'Etat ; il faut qu'ils sachent discerner l'esprit de leur temps, affronter les obstacles qu'on peut vaincre, et se détourner du courant lorsque le flot menace d'emporter avec eux-mêmes la souveraineté de l'Union et l'obéissance due à ses lois. »[482]

212. Encore aujourd'hui, les juridictions nationales sont celles qui rendent le plus de décisions de droit international dans tous

480. Crim. 15 décembre 1871, bulletin n° 181, S. 1872.1.44. cet arrêt est cité par M. Badio Camara , « Prévention et répression des crimes de guerre et des crimes internationaux : quel rôle pour les magistrats ? », dans *Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'homme – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux,* Pedone, 2017, p. 189, à la p. 190.

481. Aujourd'hui la Cour suprême américaine est composée de neuf juges.

482. Citation tirée du discours d'installation du juge Stephen Breyer, comme membre associé étranger à l'Institut de France, Académie des sciences sociales morales et politiques, le 8 avril 2013, p. 6.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les sens de l'expression. La globalisation des échanges de toute nature entraîne un accroissement exponentiel des litiges qui ont une dimension transfrontière et mettent en cause les intérêts du commerce international ou les relations extérieures des Etats. Si bien que de très nombreuses décisions nationales sont appelées à appliquer des normes de droit international. Cette jurisprudence nationale est de plus en plus facile à trouver dans la mesure où elle fait l'objet d'une publication, généralement annuelle, à condition de connaître la langue dans laquelle cette jurisprudence est publiée [483]. Un grand nombre de pays publient régulièrement des extraits de leur jurisprudence dans d'autres langues que leur langue nationale afin de la rendre accessible au-delà de leurs frontières. Cette publication poursuit un double objectif : *a)* la diplomatie par le droit : une grande nation souhaite influencer le développement des relations internationales et l'un des *soft powers* qui lui permettent d'atteindre cet objectif puise dans le système juridique. Publier sa jurisprudence revient, pour un Etat, à user d'un moyen de persuasion pour d'autres Etats de s'inspirer de son système juridique [484]. *b)* donner aux investisseurs étrangers un moyen d'évaluer le bon fonctionnement du système judiciaire et juridique du pays. L'Etat de droit est une condition essentielle pour un investisseur qui doit apprécier les risques qu'il prend quand il envisage un investissement. Connaître comment les règles de droit sont mises en œuvre dans un pays donné, c'est accroître la prévisibilité, élément central de l'Etat de droit.

213. C'est pourquoi on peut affirmer que le juge national est le juge de droit commun du droit international, tout comme l'on dit que le juge de droit commun du droit européen est le juge des Etats membres de l'UE. Ce concept se vérifie tant du point de vue historique que pour la période récente. Pour la période historique, l'exemple par lequel s'ouvre ce chapitre suffit à le montrer pour le moment. Pour la période plus récente, nous allons le démontrer plus avant dans ce chapitre.

214. D'une certaine manière, cette affirmation est soutenue par l'article 2.7 de la Charte des Nations Unies qui, sous la seule réserve des mesures de coercition prévues au chapitre VII, préserve la souveraineté

483. Pour ne prendre que deux exemples, la jurisprudence française fait l'objet d'une chronique à l'Annuaire du droit international. La jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique est recensée la plupart du temps dans le n°2 de la revue de l'ASIL, *American Journal of International Law*.

484. Certaines juridictions nationales n'hésitent pas à citer et s'inspirer de ce que font leurs collègues étrangers, surtout si ceux-ci appartiennent à la même culture juridique.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des Etats membres de l'Organisation et rappelle que la Charte ne les oblige en rien à soumettre les différends qui portent sur des compétences nationales à « une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ». Certes, cela ne veut pas dire que les Etats ne peuvent pas éviter leur propre justice, comme l'ont fait les Etats-Unis avec les Accords d'Alger qui ont mis fin à la crise des otages de l'ambassade américaine à Téhéran [485]. Par ces Accords, les Etats-Unis et l'Iran ont créé une juridiction internationale spéciale, le Tribunal d'arbitrage irano-américain, siégeant à La Haye, et ils ont exigé qu'il soit mis fin à tous les procès pendant devant les juridictions nationales, ce qui a été validé par la Cour suprême américaine, celle-ci ayant décidé que ce transfert forcé était conforme aux pouvoirs du Président des Etats-Unis dans la conduite des relations extérieures du pays [486].

215. Historiquement, tant que la justice internationale n'a pas revêtu un caractère de permanence, ainsi qu'il a été démontré au chapitre 2, le juge national demeurait la référence première pour juger des litiges de droit international en parallèle avec l'arbitrage et la médiation. Certes, plusieurs obstacles existent qui empêchent les juges nationaux de statuer dans certains cas. C'est en effet ce qui se passe lorsqu'un Etat est défendeur et qu'il oppose une immunité (de juridiction ou d'exécution), ou qu'il soutient que le litige porte sur un acte de gouvernement ou un *act of state,* selon le système juridique auquel appartient le juge. Mais comme l'étendue de l'immunité s'est considérablement restreinte au cours du XX^{e} siècle, un grand nombre de litiges internationaux impliquant un Etat peuvent désormais être soumis à un juge étatique, y compris d'un autre Etat que celui impliqué dans le litige.

216. En droit privé, les juges nationaux sont toujours les juges de droit commun des relations internationales [487], dans toutes les matières qui peuvent régir les relations internationales, du droit de la famille au droit patrimonial des personnes ; du droit des sociétés aux investissements ; du droit de la vente à la concurrence ; de la propriété

485. Cf. *supra* chapitre 3.

486. *Dames & Moore v. Regan*, 453 US 654 (1981).

487. Cela sera le cas, tant qu'aucune juridiction internationale de droit privé ne sera créée. C'est d'ailleurs la proposition de Maya Steinitz dans son livre, *op. cit. supra* note 100. On sait que la CPIJ et la CIJ ont été appelées, à de rares occasions, à se prononcer sur l'interprétation de traités de droit privé. Cf. par exemple l'affaire *Belgique c. Suisse* qui posait la question de l'application de la Convention de Lugano en matière de compétence juridictionnelle et de reconnaissance et exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Cette affaire n'a pas prospéré, la Belgique ayant retiré sa demande à la suite des premières écritures de la Suisse.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

intellectuelle au droit de l'art ; de l'environnement [488] à la santé [489], pour ne citer que quelques domaines. Bien entendu, les parties peuvent, dans les affaires pour lesquelles elles ont la libre disposition de leurs droits, s'abstraire de cette règle et convenir de confier leur différend à un juge privé, c'est-à-dire de recourir à l'arbitrage. Mais quand les parties demeurent silencieuses, et sauf accord a posteriori (ce qui est rare), ce sont les tribunaux nationaux qui sont compétents pour statuer [490].

217. D'ailleurs, pour attirer le contentieux international sur leur territoire, les Etats ont tendance à créer des juridictions spécialisées [491] permettant aux plaideurs d'échanger conclusions et pièces dans une autre langue que la langue officielle de l'Etat en question. C'est en général l'anglais qui sert de langue alternative, tant cette langue est devenue la *lingua franca* des relations internationales, qu'elles soient privées ou publiques. Ces juridictions nationales à vocation internationale suivent des règles de procédure qui ne sont pas forcément celles du pays en question [492]. De multiples exemples peuvent être donnés à cet égard : la juridiction spécialisée de La Haye en matière de propriété intellectuelle (existant depuis de très nombreuses années) et celle plus récente située à Amsterdam, entrée en fonction au 1er janvier 2019 et qui a rendu son premier jugement le 8 mars 2019 ; la *Dubaï International Financial Court*, créée en 2004 [493] ; la *Qatar International Court*, faisant partie du *Dispute Resolution Center* de Doha ; la *Singapore International Commercial Court* de Singapour, créée en 2013, entrée en fonction en

488. La création d'un crime d'écocide est d'abord dû au courage de certaines juridictions nationales. V. Cabanes, *Un nouveau droit pour la terre, pour en finir avec l'écocide,* Seuil, 2016.

489. Un juge fédéral américain a accepté de se saisir d'une plainte en responsabilité de vingt-et-un enfants contre les Etats-Unis d'Amérique, parce que ce dernier a dénoncé l'Accord de Paris sur le climat, ceci entraînant, dit la plainte, un obstacle à leur droit de vivre dans environnement sain. Cf. V. Cabanes, *Homo Natura – En harmonie avec le vivant,* Buchet-Chastel, 2017.

490. Sur la compétence, cf. *infra,* chapitre 9.

491. La littérature est abondante sur cette question. En dernier lieu, J. Y. Willems, « International Business Courts : A New Era for Dispute Resolution ? », Communication donnée à l'ASIL, colloque de novembre 2018, à paraître.

492. On pourrait imaginer que les Principes de procédure transnationale inventés d'abord par l'*American Law Institute*, puis par cette institution en coordination avec l'Unidroit et, maintenant, par le *European Law Institute*, servent de base à un règlement de procédure spécifique.

493. Cette juridiction est destinée aux investisseurs installés dans la zone franche des Emirats Arabes Unis afin de leur permettre de soumettre leurs différends à des juridictions de *common law*, composées majoritairement de juges britanniques à la retraite, statuant en anglais. Il s'agit d'un système alternatif aux tribunaux émiriens de tradition de droit civil et de langue arabe et existant parallèlement à ces derniers. C'est également une option supplémentaire offerte aux parties par rapport à l'arbitrage, puisqu'il est reconnu que les sentences arbitrales sont peu exécutées aux Emirats.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

janvier 2015, juridictions qui sont composées de juges locaux et de juges étrangers. En Europe, la *Brussels International Business Court* (BIBC), dont la création avait été initialement approuvée en 2017 avec une entrée en fonction au plus tard en 2020 semble avoir été retirée de l'agenda législatif [494] ; la *Kammer fur International Handelssachen* de Francfort, établie en janvier 2018 au sein de la Cour régionale, et la Chambre commerciale internationale de Paris ont été établies dans l'espoir d'attirer le contentieux financier supposé, après le Brexit, abandonner Londres comme centre de règlement des différends privilégié [495]. C'est clairement le message affiché par le Haut Comité juridique de la Place financière de Paris (HCJP), créé en 2015 avec l'accord et le soutien de la Banque de France et du Trésor. C'est cette nouvelle institution, avec à sa tête un ancien Premier Président de la Cour de cassation, qui a proposé en 2017 l'instauration de chambres spécialisées pour le contentieux international des affaires à la fois au Tribunal et à la Cour d'appel de Paris [496]. Cette proposition s'est traduite par l'inauguration le 1er mars 2018 de la chambre internationale de la Cour d'appel de Paris. Cette chambre, qui n'est pas une juridiction séparée, est compétente pour tout le contentieux commercial international, y compris les recours contre les sentences arbitrales internationales, et peut recevoir des preuves en langue anglaise sans nécessairement faire l'objet d'une traduction. Les actes de procédure sont rédigés en français, mais le jugement fait l'objet d'une traduction jurée en anglais afin de mieux faire connaître la jurisprudence de la Cour. Les témoins, les experts et les avocats peuvent s'exprimer en anglais devant la Cour [497]. Ce

494. Information consultée le 9 novembre 2017 sur www.lexgo.be/en/papers/judicial-law/international-private-law/creation-of-an-english-speaking-international-commercial-court-in-brussels,114947.html. Notons que les informations disponibles montrent que le gouvernement belge a plutôt inventé une « cour » d'arbitrage puisque les règles de procédure seront celles du règlement d'arbitrage de la CNUDCI et qu'aucun appel ne pourra être diligenté à l'encontre de la décision. De plus, la juridiction ainsi créée devra être économiquement viable, si bien que la procédure dans son intégralité devra être payée par les parties. En juin 2019, il apparaît que les oppositions cristallisées contre ce projet ont empêché l'adoption de la loi.

495. Il est estimé que les tribunaux de Londres jugent environ dix mille contentieux financiers par an. Cette information que nous n'avons pu vérifier est publiée par l'Association française des marchés financiers (AMAFI), *Financial Newsletter,* nº 32, octobre 2017.

496. Rapport du Haut Comité, mai 2017, disponible sur le site Internet du Haut Comité : https ://ibfi.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/HCJP/Rapport_07_F.pdf (visualisé le 2 février 2018).

497. Lors d'un colloque organisé à la Cour d'appel de Paris en juin 2019, il a été indiqué que la Cour a reçu 38 dossiers depuis sa création, dont 16 dossiers concernant les recours à l'encontre de sentences arbitrales internationales. De surcroît, lors de ce même colloque, on a appris que l'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA)

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mouvement a également atteint la Chine. La *China International Commercial Court*[498] établie en juin 2018 au sein de la *Supreme People's Court*, a cependant été plutôt modelée pour tenir compte des contraintes du droit chinois tout en prenant en considération les besoins des opérateurs du commerce international pour une juridiction qui leur soit plus accessible.

218. Comme le note à juste titre Jane Willems, ces nouvelles juridictions se divisent en réalité en deux catégories : celles qui sont composées uniquement de juges locaux et celles qui admettent en leur sein des juges étrangers. Il nous semble que si l'on veut donner à ces juridictions un caractère vraiment international, un panel de juges étrangers est la seule solution[499]. Dans cette seconde catégorie se placent la Cour de Dubaï, celle du Qatar et celle de Singapour. Cette dernière est composée d'un panel de cinq juges de Singapour auquel s'ajoute un panel de quinze juges étrangers venant de pays aussi divers que l'Australie, la Grande-Bretagne, la France, le Canada, le Japon, les Etats-Unis d'Amérique. Tous ne sont pas des juges professionnels puisque le juge venant du Japon est un professeur de droit dans son pays. On note cependant que les appels ne sont jugés que par des juges de Singapour. A Dubaï, comme au Qatar, c'est la culture de *common law* qui a été privilégiée puisque la majorité des juges étrangers viennent du Royaume-Uni ou d'autres pays qui suivent cette tradition juridique. Pour les juges étrangers, on pourrait imaginer un système de nomination *ad hoc*, en fonction des besoins de chaque cas, à la fois du point de vue *ratione personae* que du point de vue *ratione materiae*. Non pas que chaque partie puisse voir un juge de son pays désigné pour son litige, cela nous paraîtrait une importation néfaste de ce qui se fait dans certaines juridictions vraiment internationales, mais on pourrait imaginer que la représentation au sein de la juridiction de jugement des cultures (au moins juridiques) des parties au litige serait peut-être à même de leur donner confiance, notamment lorsque le litige porte sur

---

a modifié son contrat modèle pour permettre aux parties de choisir le droit français et opter pour un règlement des différends devant les chambres internationales de Paris.

498. Son nom exact n'est pas très précis. Voir les blogs de Susan Finder https://supremepeoplescourtmonitor.com, et plus récemment https://supremepeoplescourtmonitor.com/2019/01/14/china-international-commercial-court-starts-operating/. La Cour est composée seulement de juges chinois, mais elle est « conseillée » par un comité d'experts comprenant des personnalités étrangères.

499. Pourtant la France et la Chine ont fait le choix inverse de ne désigner que des juges locaux. Toutefois, à la juridiction chinoise a été adjoint un comité de trente-deux experts composé de personnalités étrangères et venant de Hong Kong notamment. Voir le blog de Susan Finder, août 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'interprétation ou l'application d'un contrat qui a été négocié et signé dans un contexte culturel particulier.

219. Les règles de procédure qu'appliquent ces juridictions sont aussi intéressantes pour vérifier leur degré d'internationalisation. Un certain nombre d'entre elles, appliquent les règles de procédure du pays dans lequel elles sont situées. C'est le cas de la France, sauf qu'un protocole de procédure a été préparé à l'attention des parties qui peuvent opter pour ces règles, ce qu'elles n'ont pas encore fait à la date à laquelle nous écrivons, sauf dans une affaire. D'autres juridictions ont fait des choix plus audacieux. Ainsi la Belgique a-t-elle privilégié un système procédural proche de l'arbitrage. La Cour commerciale chinoise semble prête à utiliser aussi la médiation comme mode de règlement des différends. Elle pourra coopérer avec la *Shenzhen Court of International Arbitration* et le Centre de médiation de Hong Kong qui ont signé un accord de coopération entre eux.

220. Il n'est pas toujours clair de savoir comment les décisions de ces juridictions nationales à caractère international vont insérer leurs décisions dans le système juridique du pays dans lequel elles ont leur siège. En Europe, il a été clairement affirmé que ces décisions recevront le même traitement que les décisions des autres juridictions nationales en vertu du règlement Bruxelles I, d'autant plus lorsque, comme en France, il s'agit d'une chambre d'une juridiction établie dans le système judiciaire français. C'est d'ailleurs sur cette base que les promoteurs de ces juridictions ont publicisé leur création. A la fin de la période transitoire du Brexit (ou immédiatement en cas de Brexit « dur » ou sans accord), les jugements rendus par les juridictions du Royaume-Uni ne faisant plus partie du réseau des décisions européennes qui sont exécutées quasi automatiquement sur tout le territoire de l'UE en vertu du droit européen, les autres pays ont pensé que ces juridictions internationales nouvellement créées deviendraient plus attractives puisque leurs décisions bénéficieront de la libre circulation des décisions de justice.

221. D'une certaine manière, cela n'est pas nouveau. Les demandes en réparation présentées par des personnes privées à l'encontre des Etats, dues à l'augmentation des relations économiques internationales au travers du commerce ou des investissements, ont toujours fait l'objet de procédures spécifiques soit devant ce qu'il convenait d'appeler des Commissions mixtes [500], soit devant des commissions nationales comme

500. Cf. *supra* chapitre 2.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

The Foreign Claims Settlement Commissions of the United States, qui sont des commissions permanentes, semi-permanentes ou *ad hoc*, de droit local, destinées à distribuer des sommes d'argent payées par des Etats étrangers à titre de compensation globale pour un large nombre de demandes similaires [501]. Ces commissions nationales sont organisées par des règles de droit local, sont composées de nationaux d'un seul pays, mais doivent s'inspirer du droit international pour la répartition des sommes qu'elles ont en charge [502]. D'après Lillich, elles sont le fruit, en grande partie, de l'échec des commissions mixtes [503]. Ces commissions nationales ont un rôle limité puisqu'elles n'interviennent que lorsque les deux gouvernements se sont mis d'accord, par négociation, sur un montant global alloué par celui contre lequel les demandes sont articulées. L'accord transactionnel entre les deux pays peut spécifier des règles de mise en place de la commission de distribution, mais la plupart des traités sont silencieux et laissent au pays bénéficiaire le soin d'organiser la commission comme il l'entend [504]. La plupart du temps, ces commissions sont composées de trois personnes (trois hommes à l'époque) désignées par le Président et confirmées par le Sénat. Le Président avait également le pouvoir de nommer le Secrétaire de la Commission ainsi que les assistants *(clerk)*. Conformément à la

501. R. B. Lillich, *op. cit. supra* note 108, *passim*. L'auteur explique le peu d'attention que ces commissions ont suscité par le fait que beaucoup de membres de la doctrine considèrent que ce ne sont pas des commissions « internationales » à strictement parler (elles sont pourtant formées en vertu d'un traité bilatéral avec une puissance étrangère), mais plutôt des « tribunaux spéciaux » ou « agences nationales » (p. 20-21). Il cite de très nombreux traités conclus entre les Etats-Unis et des pays comme l'Espagne, la Grande-Bretagne, le Danemark, la France, le Pérou, le Mexique, le Brésil, la Chine, etc. de 1819 à 1941. Puis il mentionne la commission établie après la Seconde Guerre mondiale pour statuer sur des demandes à l'encontre de la Bulgarie, la Hongrie, la Roumanie, l'Italie, l'URSS et la Tchécoslovaquie. Enfin, il mentionne encore la commission mise en place dans les années 1960 pour des revendications à l'encontre de la Pologne et de la Roumanie. Au moment où il met sous presse (1962) plusieurs autres négociations ont lieu avec d'autres pays de l'Est pour parvenir à des montants transactionnels globaux qui seront ensuite alloués aux plaignants par la commission nationale américaine.

502. R. B. Lillich, *op. cit. supra* note 108, p. 23, fait référence à une controverse sur la plus ou moins grande liberté que le gouvernement américain possède pour déterminer les règles de distribution des sommes disponibles. Il revient ensuite sur cette question p. 38 en prenant le point de vue cette fois du gouvernement étranger qui pourrait contester la répartition des fonds si elle se faisait en contradiction des règles de la convention internationale signée avec les Etats-Unis. Ceci serait particulièrement le cas si les sommes attribuées par le gouvernement étranger s'avéraient supérieures aux réclamations reçues par la Commission en charge de leur répartition si bien que le gouvernement étranger serait légitime à demander la restitution du trop versé.

503. Voir *supra*, chapitre 2.

504. R. B. Lillich, *op. cit. supra* note 108, p. 15-16.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

tradition de *common law*, la Commission pouvait adopter ses propres règles de procédure aussi longtemps qu'elles étaient conformes au droit local, à la convention internationale passée avec l'Etat étranger et à la législation adoptée pour la mise en œuvre de cette convention. Cette législation pouvait définir des règles concernant les personnes bénéficiaires des sommes allouées ainsi que les règles de distribution appropriées. Toutefois, certaines législations se contentaient de dire que la commission devait agir en vertu des *« principles of justice, equity and the law of nations »* [505]. On notera enfin que les décisions rendues par ces commissions (appelées parfois « sentences » [506]) peuvent faire l'objet d'un recours devant les tribunaux du pays dans lequel elles sont organisées. Ces recours portent sur le fond [507] pas uniquement sur la procédure, comme ce serait le cas s'il s'agissait de véritables sentences arbitrales. Toutefois, certaines décisions de la Cour suprême précisent que les décisions prises par les commissions sont *« final and conclusive »* [508], si bien que leur nature juridique exacte est relativement confuse.

222. Lorsque les litiges relèvent du droit pénal international, les juridictions internationales, générales ou spéciales, ont été conçues comme un complément des juridictions nationales. Cette complémentarité est appelée de leurs vœux par des juges nationaux eux-mêmes. Ce n'est pas faire preuve de méfiance vis-à-vis de la justice internationale que de reconnaître l'aptitude des juges nationaux à poursuivre, par exemple, les crimes de guerre. Ainsi, le Président Badio Camara dit fort bien : « Le juge national doit développer les aptitudes et techniques lui permettant de réprimer ce type d'infraction, d'où une nécessaire articulation entre justice internationale et justice interne, en conciliant la souveraineté pénale nationale et la protection de l'ordre public mondial » [509]. C'est également dans ce domaine que les juges nationaux ont acquis une compétence universelle pour traiter les crimes les plus graves, participant ainsi à la lutte contre l'impunité déjà mentionnée dans le chapitre 1. Certes, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il revient bien à un juge national de « s'ériger » en juge international. Mais s'il agit sur la base d'un consensus international plutôt que sur

505. *Idem*, p. 19.
506. Voir par exemple *United States c. Weld*, 127 U.S. 51
507. Voir les cas cités par R. B. Lillich, *op. cit. supra* note 108, p. 28 ss.
508. Voir par exemple *Meade c. United States*, 76 U.S. 691 (1869).
509. M. Badio Camara , *op. cit. supra* note 480, à la p. 197.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

le fondement d'une action unilatérale d'un Etat pris isolément, cela ne nous choque pas [510].

223. Les méthodes des juges nationaux doivent aussi refléter les changements qui s'opèrent dans le monde. Si le juge national est le juge de droit commun du droit international, il n'est pas seul puisqu'il ne possède aucune exclusivité en la matière. Or, cette « concurrence » peut être vue comme un bienfait ou, au contraire, comme un handicap pour le développement du droit international. Nous pensons que c'est un bienfait, mais à la condition que les juges dialoguent, coopèrent même [511]. Qu'il suffise de dire ici que le droit comparé ainsi que la possibilité de référer des questions à une instance compétente font partie de la fabrique du droit international par les juges nationaux. Le système européen est probablement l'exemple le plus sophistiqué qui soit grâce aux questions préjudicielles que les juges peuvent ou doivent poser à la CJUE.

224. Mais dans ces méthodes, un handicap majeur ne peut être sous-estimé. Il s'agit de celui des langues. Un juge curieux de la pratique de ses collègues étrangers sur une question de droit international pourra probablement trouver sur Internet des informations sur certaines de leurs décisions. Mais s'il ne comprend pas la langue dans laquelle ces décisions sont rendues, il aura peut-être recours à des extraits en langue anglaise (le plus probable). Or, la traduction et, qui plus est, la traduction d'extraits sont des nids à péril pour le comparatiste [512]. Sinon, il devra recruter un interprète de cette langue qui devrait être capable de lui donner l'essentiel de ce dont il a besoin pour informer son propre jugement. Une telle méthode est fort improbable, toutefois, car elle a un coût qu'aucun budget de la justice, dans aucun pays, n'est capable de supporter. De surcroît, le temps que prendront la traduction et la discussion que cette traduction ne manquera pas d'engendrer devra être intégré dans la procédure, ce qui ne manquera pas d'aggraver les statistiques sur la durée des procédures auxquelles aucune juridiction nationale (ou internationale) ne peut échapper de nos jours [513].

---

510. M. Steinitz (*op. cit. supra* note 100) critique les Etats-Unis pour s'être octroyé, durant une certaine période, le rôle de juridiction mondiale, notamment dans le domaine des actions civiles pour violation des droits de l'homme par les entreprises.

511. Nous consacrons un chapitre au dialogue des juges, *infra* chapitre 12, après avoir étudié les questions de compétence au chapitre 9.

512. A. Lollini, *op. cit. supra* note 399, p. 165-181.

513. Il s'agit là d'un des effets pervers des exigences de la CEDH, comme si une justice rapide était toujours gage de bonne justice.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

225. Dans ce chapitre, nous avons décidé de n'évoquer que des contentieux emblématiques du XX[e] siècle. Nous parlerons, par ordre chronologique, du procès de Sodgomon Tehlerian devant le tribunal pénal de district de Berlin en 1921 (A). Puis nous aborderons le procès Eichmann en Israël (B). L'affaire Pinochet devant la *House of Lords* à Londres arrêtera aussi notre attention (C). Enfin, nous étudierons l'affaire *Kiobel* devant la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique (D). Ces choix ont été dictés afin de montrer la diversité des questions soumises aux juges nationaux, mais aussi l'influence que la culture juridique des Etats va avoir sur l'issue des procès dont leurs juridictions sont chargées.

A. Le procès Tehlirian, Berlin, 1921

226. Pour comprendre le procès de Soghomon Tehlirian, il convient de parler d'abord des suites du génocide des Arméniens par la Turquie ottomane au cours de la Première Guerre mondiale. C'est dès la fin de la guerre, le 21 novembre 1918, que la Commission Mazhar est formée sur ordre du Sultan Mahmet VI, du nom de son président, Hasan Mazhar Bey. Il était l'un des gouverneurs ottomans qui s'était opposé aux ordres de déportation de la population arménienne, ce qui lui avait valu sa destitution. Cette Commission devait conduire des investigations et l'instruction préparatoire pour les cours martiales que le Sultan décida de créer en décembre 1918 et qui fonctionnèrent en 1919 et 1920. Ces procès n'avaient pas la nature de procès internationaux dans la mesure où les victimes étaient sujets de l'Empire ottoman, que les accusés étaient des militaires et fonctionnaires de l'Empire et que les faits se sont déroulés sur le territoire de l'Empire. Aujourd'hui, cela n'empêcherait pas l'affaire d'être « internationalisée » en raison du devoir de sauvegarder ou devoir d'ingérence ou devoir de protéger que le droit international a développé. A l'époque, toutefois, ce sont des affaires intérieures. Certains des acteurs du génocide, tel Talaat Pacha, condamnés par contumace en cour martiale, s'étaient enfuis de Turquie. Talaat Pacha avait trouvé refuge en Allemagne. Or, ce pays avait refusé d'extrader Talaat et de le livrer à la justice ottomane, ce qui entraînera la suite des événements.

227. Le 15 mars 1921 un jeune Arménien, Soghomon Tehlirian, tue, à Berlin, près du parc zoologique, un homme qui se cache sous une fausse identité et qui s'avère être Talaat Pacha un des membres du Comité Union et Progrès (dit « Jeunes Turcs »), ministre de l'Intérieur en 1915,

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qui ordonnera ce qui ne s'appelait pas encore un génocide (Lemkin n'inventera le néologisme qu'après la Seconde Guerre mondiale, mais en pensant aux évènements qui avaient atteint la population arménienne de l'Empire ottoman). Quand il rapporte l'assassinat de Talaat, *Le Petit Marseillais* rappelle cette parole de 1915 qui lui est prêtée : « J'ai plus fait en trois mois pour résoudre le problème arménien qu'Abdul Hamid en trente ans. » [514] Ce qui devait être un simple procès pour assassinat, se révèle être le procès de l'histoire des massacres contre les Arméniens. Le 3 juin 1921, Tehlirian sera acquitté, les jurés ayant été convaincus que Tehlirian avait agi seul, hanté qu'il était par le massacre de sa mère et de sa famille dont il était le seul rescapé. En réalité, il appartenait à un commando de jeunes arméniens qui s'étaient donné pour mission, sous le nom de Némésis (la déesse grecque de la juste vengeance), d'éliminer tous ceux qui avaient participé aux massacres des Arméniens.

228. Le procès est très bref [515]. Il dure à peine deux journées [516]. La transcription des débats est publiée en allemand dès 1921 sous le titre *Der Process Talaat Pascha*, avec une introduction de T. Wegner qui avait été un témoin oculaire des massacres car il était, au moment des faits, un auxiliaire de santé de l'armée allemande dans l'Empire ottoman. L'intitulé de l'ouvrage est parlant. En intitulant le livre « le procès de Talaat Pacha », au lieu de « le procès de Tehlirian », le commanditaire et l'éditeur transforment Talaat Pacha de victime en accusé. C'est un complet retournement très significatif de la manière dont le procès a été conduit par le Président. C'est d'ailleurs pourquoi la Turquie a toujours considéré que le procès Tehlirian était une « parodie de justice ». Cette transcription fut traduite en arménien et publiée la même année 1921. Plus tard, en 1973, une traduction espagnole est publiée à Buenos Aires

514. *Le Petit Marseillais,* 28 mars 1921 (a 54, n°19283) p. 1, visualisé sur le site de la BNF, Retro-News, le 22 novembre 2018.

515. On peut comparer la durée de ce procès avec celle du procès de Missak Torlakian par les autorités britanniques à Constantinople pour avoir assassiné Behbud Khan Civansir, ministre de l'Intérieur de la République d'Azerbaïdjan le 28 juillet 1921. Torlakian est jugé durant deux mois en octobre et novembre 1921. Il est déclaré coupable mais dispensé de peine en raison de son état de démence.

516. Une recherche dans les archives allemandes, conduite dans les années 2010, a révélé que le ministère de la Justice et le ministère des Affaires étrangères de l'Allemagne (la toute jeune République de Weimar) voulaient éviter à tout prix que le procès ne tourne en procès politique. Pourtant la pression des Turcs et du clan militariste allemand était forte pour empêcher la réalité des massacres arméniens d'être révélée au cours du procès. De plus, l'Allemagne voulait éviter que ne soit révélée sa participation passive (voire active) à ces massacres. Cf. O. Moses, *The Assassination of Talaat Pacha in 1921 in Berlin – A Case Study of Judicial Practices in the Weimar Republic,* Thesis for the degree of Master of Arts in History, mai 2012. Ce mémoire n'est pas publié. Il a été aimablement mis à notre disposition par l'auteur.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

et, en 1980, une traduction française sous le titre *Justicier du génocide arménien* est publiée à Paris. C'est grâce à cette transcription que nous connaissons le nom des juges qui composaient la cour et le déroulement du procès.

229. Qui sont les juges formant le tribunal qui juge Tehlirian ? La chambre du tribunal de district de Berlin chargé du procès est composée du Dr Lehmberg, Président, du Dr Bathe et du Dr Lachs. Malgré tous nos efforts durant environ une année de recherches, nous ne sommes pas parvenue à trouver des informations sur ces juges qui semblent avoir disparu dans les oubliettes de l'histoire [517]. Pourtant, le procès est historique à bien des égards. Pour de nombreux Arméniens rescapés des massacres, il a formé une sorte de catharsis. A peine les premières questions sur l'état civil de l'accusé passées, le Président pose les premières questions sur les massacres et le fait que l'accusé y a perdu tous les membres de sa famille. Une grande partie de l'interrogatoire portera sur ces évènements. Le rôle du Procureur semble extrêmement minime [518]. La stratégie de la défense n'est jamais remise en cause. Et comme le procès est très rapide et se termine par l'acquittement de l'accusé, on a le sentiment que la justice a été bâclée. On ne sait pas, par exemple, s'il y avait ce que nous appellerions en France, des parties civiles. On ne sait pas si la Turquie était représentée [519]. Après tout, même si à l'époque Talaat était redevenu une personne privée, il avait été un membre du gouvernement jeune-turc et il était encore citoyen turc, même s'il avait été condamné à mort par contumace comme il a déjà été dit.

230. Que savait le Président du tribunal de district de Berlin sur l'histoire tourmentée des Arméniens ? On ne le sait pas. Nous ne savons pas non plus s'il avait eu le temps de s'informer. Cela est peu vraisemblable car on note la rapidité avec laquelle le procès

517. Nous voulons remercier ici Juja Chakarova, bibliothécaire en chef du Max Planck Institute de Luxembourg, qui n'a pas ménagé ses efforts pour tenter de trouver des informations. D'autres personnes ont également été contactées pour tenter de retrouver les dossiers personnels de ces juges au sein des archives judiciaires allemandes. Il nous a été dit par l'une de ces sources que les archives judiciaires allemandes, notamment à Berlin, ont été détruites durant la Seconde Guerre mondiale.

518. D'après O. Moses, *op. cit. supra* note 516, le ministère de la Justice aurait donné des consignes pour que les massacres soient évoqués, certes, mais de manière rapide afin que les débats se concentrent sur la maladie de l'accusé, ce qui permettrait probablement l'acquittement souhaité.

519. O. Moses insiste sur le fait que le gouvernement allemand de l'époque aurait refusé à la Turquie la possibilité de se constituer « partie civile ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

commence, quelques semaines seulement après l'assassinat [520]. Or, l'histoire des Arméniens même si l'on ne commence qu'au XIX[e] siècle est effectivement compliquée. Nous empruntons ici les mots de Claire Mouradian :

> « Le temps long est celui de la Question d'Orient, la chronique du déclin de l'Empire ottoman du fait de sa mauvaise gouvernance, de son incapacité à se réformer – notamment d'établir l'égalité des droits entre ses sujets musulmans et non musulmans – et de l'expansion des puissances voisines, en particulier la Russie. Au début du XIX[e] siècle, celle-ci a annexé les provinces orientales de l'Arménie historique, ainsi partagée entre trois empires – ottoman, persan, tsariste. Le traité de Berlin (1878) qui clôt un nouveau conflit russo-turc, prend acte de l'aggravation du sort des Arméniens ottomans, sujets de seconde zone en tant que chrétiens, régulièrement au cœur du champ de bataille. Il prône la nécessité de réformes pour garantir leur sécurité face à l'arbitraire du pouvoir et aux exactions des tribus kurdes. Cela ne fera que les désigner comme cible du sultan Abdulhamid II (1876-1909) qui craint de perdre de nouvelles provinces et opte pour la voie du panislamisme et de la répression. En 1894-1896, des massacres de masse systématiques (près de 200 000 morts) marquent son règne d'un sceau sanglant. L'enthousiasme soulevé par la révolution constitutionnelle de juillet 1908, menée par des officiers jeunes turcs qui tentent d'enrayer le déclin, est de courte durée. Dès 1909, de nouveaux massacres suscitent le doute sur leur dessein. Confrontés à la perte traumatique des territoires africains (Tripolitaine) et surtout des Balkans, dont beaucoup de leaders de ce mouvement nationaliste sont originaires, le régime se durcit et tourne à la dictature. L'aile nationaliste la plus radicale prend le pouvoir en 1913, sous l'autorité du triumvirat Talaat (ministre de l'Intérieur), Enver (ministre de la Défense), Djémal (ministre de la Marine). Ils optent pour la création d'un Etat-nation turc, de moins en moins ouvert à la nature multiconfessionnelle et multi-ethnique de tout empire et animés par une idéologie de

520. Cependant, O. Moses suggère (mais de manière très implicite et sans démonstration car ce n'est pas le centre de son investigation) qu'un dossier fourni sur les massacres avait été réuni durant la phase initiale d'investigation. Si elle a raison, il est probable que pour se préparer, le juge Lehmberg ait pris connaissance de ce dossier.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

« darwinisme social », redoutable à l'heure où l'Empire se replie sur l'Anatolie. » [521]

231. La suite prit place dans ce qu'il est convenu d'appeler « la grande guerre » pour désigner la Première Guerre mondiale. L'Empire ottoman s'engage en novembre 1914, aux côtés des puissances centrales (Allemagne, Autriche-Hongrie) contre l'Entente (France, Angleterre, Russie). En février 1914, le gouvernement jeune-turc a dû accepter un plan de réformes en faveur des Arméniens sous la pression des puissances occidentales. Mais la déclaration de guerre va concentrer l'attention des pays de l'Entente sur leurs intérêts *pro domo*, si bien qu'ils se désintéressent de ce que l'on appelle la « question arménienne » ou, plus généralement « la question des minorités ». Il est alors aisé au gouvernement jeune-turc de planifier la disparition de ce peuple qui a déjà causé tant d'ennuis au peuple turc. « Divisés entre les deux empires qui s'affrontent, les Arméniens sont mobilisés et vont combattre loyalement dans les armées régulières des Etats dont ils sont les ressortissants. La création de groupes de volontaires du côté russe, même si ces groupes sont composés principalement de sujets arméniens de l'empire russe, va servir de prétexte aux Jeunes Turcs pour accuser les Arméniens ottomans de trahison. Le désastre des premières offensives menées sur le front du Caucase dans une campagne mal engagée en plein hiver, par le ministre de la Guerre, Enver Pacha, nécessite de trouver des boucs-émissaires. » [522] Ce sera les Arméniens. Le 24 avril 1915, dans toutes les villes de l'Empire, à commencer par Constantinople, les intellectuels et personnalités arméniennes sont arrêtés et tués.

> « Les soldats arméniens ont déjà été désarmés, affectés à des bataillons de travail, puis exécutés. Puis vient le tour du reste de la population, femmes, enfants, vieillards, soit massacrés sur place, soit déportés le plus souvent à pied, parfois dans des wagons à bestiaux lorsqu'il existe des voies ferrées, vers les déserts de Syrie et d'Irak. Massacres, viols, enlèvements de femmes et d'enfants, sont perpétrés durant le trajet par les hommes de main de l'« Organisation spéciale », affectée aux basses œuvres, ou par les tribus kurdes, arabes ou circassiennes. Les Arméniens qui ne

521. C. Mouradian, entretien, *Journal du CNRS*, 28 avril 2015, https://lejournal.cnrs.fr/articles/tehlirian-le-proces-dun-genocide, visualisé sur Internet le 15 septembre 2017.

522. C. Mouradian, *op. cit. supra* note 521.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> sont pas assassinés meurent d'épuisement lors de ces marches forcées sans eau, sans nourriture. La déportation est à la fois le principal moyen de l'extermination et celui de son camouflage. Ceux qui survivent au terme de ces marches de la mort, sont entassés dans des cavités naturelles du désert et brûlés. En une année, les deux tiers de la population arménienne de l'Empire ottoman sont décimés. » [523]

232. Toute la famille de Tehlirian est massacrée. Il jure de se venger et d'« appliquer » la condamnation par contumace prononcée à l'encontre de Talaat qui, avec l'aide de l'ancien allié allemand, s'était enfui à Berlin. Le procès qui s'ouvre début juin 1921 sera immédiatement transformé en procès « pour l'histoire » si l'on ose l'anachronisme puisque cette expression est celle contemporaine de la Seconde Guerre mondiale. C'est en effet celle qui sera utilisée pour le Tribunal de Nuremberg. Mais contrairement à Nuremberg, qui est un tribunal spécial international, le procès du génocide des Arméniens se déroule devant la justice allemande. Ce procès est étonnant à plus d'un titre. A aucun moment au cours de l'audience, Tehlirian ne revendique son acte politique alors qu'au moment du crime, et au tout début de l'instruction du dossier, il a effectivement affirmé qu'il s'agissait d'une vengeance et qu'elle était préméditée[524]. Il changera de stratégie de défense dès la deuxième phase de l'instruction quand il est enfermé à la prison d'Alt-Mabit en attendant l'ouverture du procès. Désormais, il est présenté comme gravement traumatisé par la perte de sa famille et surtout de sa mère. Il met l'accent sur ses troubles de santé (épilepsie) et les hallucinations dont il dit souffrir. D'une certaine manière, il ne dit que la moitié de la vérité [525]. Soit les juges n'ont pas les moyens de remettre en cause cette stratégie, soit ils s'en désintéressent, soit ils avaient reçu des consignes du gouvernement [526].

233. Toutefois, on doit noter que Tehlirian ne s'est pas enfui après l'assassinat. Au contraire, il s'est laissé arrêter. Il semblerait donc

523. *Ibidem*.

524. Ce fait est établi par les recherches conduites par O. Moses, *op. cit. supra* note 516.

525. Expression employée par C. Mouradian, *op. cit. supra* note 521.

526. La thèse de O. Moses est de dire qu'ils auraient reçu des consignes par le gouvernement pour ne pas retenir la thèse de la préméditation et de l'acte politique, puisque l'Etat allemand de l'époque voulait éviter à tous prix que le procès ne tourne en procès politique. Mais si cette thèse est plausible, le mémoire de O. Moses ne démontre pas que Tehlirian ait été « forcé » d'une manière ou d'une autre de changer sa stratégie de défense.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que la stratégie du groupe Nemesis était non seulement de tuer les responsables du génocide [527], mais aussi de tout faire pour qu'un procès ait lieu et qu'il soit l'occasion de parler des massacres. Le Président du tribunal de Berlin s'engouffre dans cette voie ouverte par la défense de Tehlirian. Avait-il conscience du rôle que l'Allemagne avait joué dans ces évènements et voyait-il dans le procès Tehlirian un moyen de « racheter » son pays ? Rien, pour le moment, ne nous permet de le dire. Quelles que soient les réponses à ces questions, il est avéré que, immédiatement après son acquittement, et sans attendre le délai d'appel, le gouvernement allemand décide de déporter Tehlirian qui finira ses jours aux Etats-Unis. Le Procureur en chef interjettera appel du verdict, poussé en cela par l'épouse de Talaat et les partisans de la Turquie. Mais, l'Etat allemand se désistera de cet appel notamment parce que Tehlirian a déjà quitté le territoire allemand [528].

234. Le procès Tehlirian est significatif pour une autre raison. Il agira comme un réveil de conscience pour Rafaël Lemkin, le père du concept de « génocide ». Né le 24 juin 1900 à Bzwodne, aujourd'hui en Bélarusse, il arrive à Lwow en 1920 pour étudier la philologie à l'Université Jan Kazimierz. Informé du procès Tehlirian par la presse de l'époque, il semblerait que c'est ce qui le décide à entreprendre des études de droit [529]. Il obtiendra son doctorat en 1926 [530]. Durant ses études de droit, il aurait eu une discussion animée avec l'un de ses professeurs au sujet du procès Tehlirian. Il soutenait que c'était Talaat qui devait être passé en procès, et pas son assassin, pour avoir ordonné des crimes de masse. Il s'étonnait que l'on puisse comparer l'assassinat d'une personne, motivé par la souffrance indicible du peuple de l'assassin, avec le responsable de la mort de centaines de milliers de personnes [531]. Lemkin s'interrogeait sur la question de savoir pourquoi Talaat n'avait pas été jugé. Question auquel le professeur aurait opposé la souveraineté des Etats empêchant à une puissance étrangère d'interférer

527. Huit responsables du génocide des Arméniens seront ainsi assassinés entre 1921 et 1922.

528. Ces informations sont tirées du mémoire de O. Moses, *op. cit. supra* note 516.

529. Ces informations sont tirées de Ph. Sands, « A Memory of Justice : The Unexpected Place of Lviv in International Law – A personal History », *Case Western Reserve J. Int'l L.*, volume 43, n° 3, p. 739 (2011). Tout ceci est développé par l'auteur dans son ouvrage *East West Street – On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity,* Weidenfeld & Nicolson, 2016. Dans le même sens, Samantha Power, *A Problem from Hell : America and the Age of Genocide,* 2002, à la p. 17.

530. T. Elder, « What you see before your Eyes : Documenting Raphael Lemkin's Life by exploring his Archival Papers, 1900-1959, *Journal of Genocide Research* (2005) 7(4) décembre 2005, p. 469-499, à la page 475.

531. S. Power, *op. cit. supra* note 529, à la p. 19.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dans les affaires intérieures d'un autre Etat [532]. Lemkin commence sa carrière professionnelle en qualité de procureur au tribunal de district de Berezhany et ensuite à Varsovie [533]. C'est en 1933 qu'il commence à penser les crimes de barbarie et de vandalisme [534] ; mais comme il se rend compte qu'ils ne permettront pas de progresser vers ce qu'il appelle de ses vœux, la mise en accusation devant un tribunal des acteurs de massacres de masse, il crée le terme « génocide » et envoie une lettre à Roosevelt (parmi de multiples autres démarches) pour lui demander de faire préparer un traité pour rendre illégal le génocide. Ce fut l'origine de la Convention de 1948 qui sera l'œuvre de sa vie, mais pour laquelle il devra accepter de nombreux compromis.

235. Dans les années 1920 et 1930 il milite pour la création d'un tribunal pénal permanent sous l'égide de la Ligue des Nations et la poursuite des terreurs d'Etat et la répression des minorités nationales [535]. C'est en 1944, alors qu'il est aux Etats-Unis, que la *Carnegie Endowment for International Peace* publie son ouvrage *Axis Rule in Occupied Europe.* Ceci lui vaudra d'être nommé parmi les conseillers du Procureur en Chef, Robert Jackson, lors du Procès de Nuremberg. Il tentera à de multiples reprises de faire reconnaître le crime de génocide durant ce procès, sans succès. A ce concept, sera préféré celui de crime contre l'humanité que beaucoup d'auteurs attribuent à Hersch Lauterpacht [536] alors qu'en réalité le concept a été inventé par les puissances alliées, France, Grande-Bretagne et Russie, dans une déclaration du 24 mai 1915 [537], déclaration qui condamne « les nouveaux

532. *Ibidem*. Voir aussi, Perry Bechky, « Lemkin's Situation : Toward a Rhetorical Understanding of "Genocide" », *Brooklyn Law Review,* 2012, à la p. 566, citant aussi p. 587 Lemkin's Axis Rule, p. 79. Tout ceci n'est que partiellement juste puisque Talaat avait été jugé en Turquie, mais l'avait été par coutumace du fait de sa fuite.

533. R. Lemkin, « Totally Unofficial Man », dans *Pioneers of Genocide studies,* Samuel Totten & Steven Leonard Jacobs eds, 2002, p. 365, à la p. 371.

534. Il donne une conférence à Madrid en 1933, lors de la 5e conférence pour l'unification du droit pénal. Cette information est donnée par W. A. Schabas, *Genocide in International Law : The Crime of Crimes*, 2e edition 2009, p. 30-31. Il ajoute : « Lemkin credited Vespasien V. Pella with the concepts and confirmed that the crimes he had recommended in 1933 would amount to the actual conception of genocide. » Dans son article « A memory of Justice », Philippe Sands dit que les sources ne sont pas claires sur le fait de savoir si Lemkin fut personnellement présent à Madrid ou s'il avait envoyé sa conférence par écrit. En tout état de cause, toutes les sources concordent pour dire que c'est en 1933 qu'il commence ses actions militantes pour la reconnaissance des crimes de masse.

535. D. Irvin-Erickson, *Raphaël Lemkin and the Concept of Genocide*, University of Pennsylvania Press, 2016.

536. C'est le cas par exemple de Philippe Sands, *op. cit. supra* note 529, p. 751.

537. Note du ministère français des Affaires étrangères à l'Agence Havas, 24 mai 1915 : archives du ministère des Affaires étrangères, guerre 1914-1918, *Turquie*,

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

crimes contre l'humanité et la civilisation » commis par la Turquie. Lors de la Conférence de la Paix de Paris de 1919, l'expression deviendra « crime contre les lois de l'humanité » pour qualifier les massacres et déportations perpétrés par la Turquie ottomane à l'encontre de la population arménienne [538].

236. Pour conclure cette section, interrogeons-nous sur ce que nous apprend le procès Tehlirian. Tout d'abord, un procès hautement politique appelle nécessairement une intervention de l'Etat au moins dans sa préparation. Même si on ne sait pas comment le Président et les assesseurs ont été choisis [539], on peut penser qu'ils ont eu conscience de la tâche qui les attendait. En second lieu, la personnalité du Président est essentielle au déroulement des débats. C'est lui qui va donner l'impulsion dans la conduite de l'audience et assumer des choix qui auront des conséquences sur l'étendue des révélations qui éclaireront ou non les jurés. Enfin, l'après jugement est aussi essentiel pour comprendre l'importance politique du résultat auquel le tribunal est parvenu. En tout état de cause, le peu de connaissance que nous avons sur les juges du procès Tehlirian contraste de manière flagrante avec les informations qui nous sont parvenues sur les juges du procès Eichmann.

B. Le procès Eichmann, Jérusalem, 1961

237. Toute personne qui a lu ce que les historiens disent des tractations ayant eu lieu lors de la création du Tribunal de Nuremberg, sait que la liste même des personnes qui seraient poursuivies devant ce tribunal n'allait pas de soi. Les puissances alliées avaient des vues différentes sur le rôle exact et l'ampleur de la tâche de ce tribunal. Finalement, ce sont seulement vingt-quatre inculpés qui devaient comparaître à Nuremberg, chiffre très faible par rapport au nombre de responsables qui auraient pu passer en jugement.

238. Cela voulait dire que les fonctionnaires du troisième Reich de moindre importance que ceux jugés à Nuremberg, mais qui, pourtant, avaient eu un rôle non négligeable dans la conduite des opérations de

---

tome 887, folio 127 ; texte reproduit dans A. Beylerian, *Les Grandes Puissances, l'Empire ottoman et les Arméniens dans les archives françaises (1914-1918)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1983, p. 29.

538. S. Garibian, « Génocide arménien et conceptualisation du crime contre l'humanité. De l'intervention pour cause d'humanité à l'intervention pour violation des lois de l'humanité », *Revue d'histoire de la Shoah*, n° 177-178, 2003, p. 274-294.

539. Cette information nous est connue pour le procès Eichmann ainsi qu'il sera dit ci-dessous.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mort de ce régime, avaient échappé à toute poursuite. L'Etat d'Israël, encore très jeune à l'époque, ne voulait pas particulièrement participer à ce qui sera connu plus tard comme « la chasse aux nazis ». La loi de 1950 sur les nazis et leurs collaborateurs n'était pas faite pour eux, mais pour les collaborateurs juifs, essentiellement les kapos des camps de concentration, qui furent jugés en grand nombre [540]. Ben Gourion, alors Premier ministre d'Israël, voulait tirer un trait sur le passé et n'était pas du tout en faveur de la poursuite des nazis. Sans l'opiniâtreté de Fritz Bauer, procureur du Land de Hesse, Eichmann aurait tranquillement fini ses jours en Argentine. Celui-ci est localisé en Argentine et kidnappé [541] en mai 1960, par les services secrets israéliens, pour être amené à Jérusalem. Il faudra bien alors que l'Etat d'Israël organise le procès, et un procès digne de la jeune démocratie qu'il était. Mais il fut d'abord interrogé durant neuf mois, interrogatoires retranscrits sur 3500 pages. Le procès dura du 11 avril 1961 [542] au 15 décembre 1961. L'acte d'accusation est rédigé par le procureur général d'Israël, Gideon Hausner. Il comporte quinze chefs d'accusation dont ceux de crimes contre le peuple juif, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Eichmann sera reconnu coupable de tous les chefs d'accusation, sera condamné à mort et pendu le 1er juin 1962 [543]. Son corps est incinéré et ses cendres dispersées dans la mer au-delà des eaux territoriales d'Israël [544] afin de couper court à d'éventuelles manifestations de nostalgiques nazis et néo-nazis [545].

---

540. Ces informations sont tirées des travaux d'Annette Wieviorka. Cf. notamment, un entretien entre Annette Wieviorka et Françoise Forestier, à l'occasion de la parution du livre, *Le moment Eichmann,* Albin Michel, 2016, publié le 12 février 2016, *biblioObs*, https ://bibliobs.nouvelobs.com/idees/20160208.OBS4238/annette-wieviorka-le-proces-eichmann-a-permis-de-comprendre-la-rationalite-nazie.html, visualisé pour la dernière fois le 21 novembre 2018.

541. L'Argentine a protesté contre Israël et une résolution du Conseil de sécurité a été adoptée à cet égard.

542. H. Arendt parle du 12 avril dans une lettre à Mary McCarthy du 2 avril 1961, dans *Correspondance*, *1949-1975*, Stock, 1996, traduction française par Françoise Adelstain, p. 181.

543. Voir l'échange de correspondance entre Mary McCarthy et Hannah Arendt à propos de cette pendaison alors que Arendt se bat pour terminer la rédaction des articles promis au *New Yorker*, se plaignant qu'elle a trop de matière et qu'elle devra revoir son texte pour une deuxième version ce qu'elle déteste faire, *op. cit. supra* note 542, p. 207 et 209.

544. L'administration américaine fera de même pour le corps d'Oussama ben Laden après qu'il a été tué par l'armée américaine.

545. On sait que le régime de l'Allemagne nazie restitua à la Turquie, en 1943, les restes de la dépouille de Talaat Pacha pour être placés dans un mausolée à sa gloire à Ankara, mausolée qui existe encore de nos jours.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

239. Nous verrons, au chapitre 5, l'importance de l'architecture judiciaire (extérieure et intérieure) sur la manière dont la justice est rendue. Nous voyons sur la photo (cf. image n° 6) la cage de verre dans laquelle l'accusé a été installé, cage de verre qui est construite dans un matériau pare-balles, les autorités israéliennes craignant l'acte de vengeance désespéré d'un des survivants du génocide. C'est la première fois, dans l'histoire judiciaire pénale qu'un accusé est placé ainsi dans un box en verre, dispositif qui est devenu d'une grande banalité désormais dans de très nombreux tribunaux [546], sauf à la Cour pénale internationale. La Cour fait face aux tables où prennent place l'accusation et la défense, et derrière ces tables les journalistes et le public sont installés dans les tribunes. La Cour tient ses audiences dans la maison du peuple [547], transformée en tribunal pour le procès. L'accusé est de côté par rapport à la Cour. Il fait face à la barre des témoins qui sont donc aussi de biais par rapport aux juges.

240. Un aspect est souvent sous-estimé dans le procès Eichmann : il concerne les preuves. A Nuremberg, très peu de témoins étaient venus témoigner. C'était la conséquence d'une décision prise assez tôt dans la préparation du procès par le Procureur américain, Jackson. Il craignait plus que tout que des témoins ne puissent pas conserver leur sang-froid, compte tenu de la proximité temporelle des atrocités dont ils avaient été victimes [548]. Il choisit donc de se servir essentiellement des archives des nazis eux-mêmes et des preuves amassées par les forces alliées qui avaient libéré les camps. Le tribunal de Nuremberg aura donc à sa disposition essentiellement des preuves photographiques, filmiques et des documents écrits. Cela explique d'ailleurs qu'un écran géant a pris la place usuelle des témoins dans la salle d'audience de Nuremberg [549]. Toute différente est la stratégie du procureur dans le procès Eichmann. C'est plus d'une centaine de témoins qui sont appelés à la barre, rendant la réalité du génocide et des crimes contre l'humanité bien tangibles et humains.

241. On ne peut pas parler du procès Eichmann sans évoquer Hannah Arendt. La philosophe, qui se transforme en reporter pour

546. Le tout nouveau Palais de Justice de Paris (porte de Clichy) comporte un tel dispositif dans toutes les salles appelées à servir de chambre pénale. Pour plus de détails, cf. *infra* chapitre 5.

547. La symbolique est marquante, tant le procès a été conçu pour tous les rescapés de la Shoah et leurs descendants.

548. Environ quatre-vingt témoins seront appelés à la barre de Nuremberg, beaucoup d'entre eux étant des témoins pour la défense.

549. Cf. *infra*, chapitre 5.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 6. Le procès Eichmann. *Paris Match* numéro 628 du 22 Avril 1969, reproduite avec l'aimable autorisation de *Paris Match*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'occasion, va témoigner de ce qu'elle voit durant quelques semaines. Son témoignage est important même s'il doit être pris avec grande précaution. En premier lieu, Arendt n'assiste qu'à une toute petite partie du procès [550], mais pense en savoir assez pour en tirer des enseignements généraux. Ensuite, s'il est vrai qu'elle est envoyée par le *New Yorker*, qu'elle a contacté pour faire financer son voyage et son séjour [551], elle aborde néanmoins le procès en philosophe engagée. Certes, devant le scandale [552] provoqué par ses livraisons au *New Yorker*, puis par la parution du livre, elle affirme à son amie Mary McCarthy : « Très chère Mary, … Je maintiens avoir écrit un reportage et ne pas faire de politique, juive ou autre. » [553] En troisième lieu, elle doit prendre une certaine « revanche » sur le fait qu'elle n'a pas assisté au procès de Nuremberg, qu'elle a « manqué » selon sa propre expression. Dans une lettre à la Fondation Rockefeller du 20 décembre 1960, pour justifier sa demande de report d'une bourse qui lui avait été attribuée, elle dit ceci : « … je dois couvrir ce procès, j'ai manqué Nuremberg, je n'ai jamais vu ces gens en chair et en os et c'est probablement la seule occasion qui me sera donnée ». Dans une lettre à Vassar du 2 janvier 1961, écrite pour annuler une conférence qui interférait avec le voyage à Jérusalem, elle ajoute : « Assister à ce procès est, d'une certaine manière, m'acquitter d'une obligation vis-à-vis de mon passé. » [554] Tout cela montre qu'elle n'a probablement pas la distance nécessaire du véritable « reporter » pour analyser ce qu'elle voit et ce qu'elle entend.

---

550. Elle arrive pour l'ouverture du procès et le 10 mai 1961, elle écrit de Bâle à Mary McCarthy (dans *Correspondance, op. cit. supra* note 542, p. 184). Elle a donc quitté Jérusalem lorsque débute l'interrogatoire principal de Eichmann, cf. « Présentation par Michelle-Irène Brudny-de Launay », dans Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem,* Folio Histoire, Gallimard, 2002, p.35. Dans la même lettre du 10 mai 1961 elle suggère qu'elle retournera peut-être à Jérusalem pour une semaine. Le 31 mai 1961, elle écrit à Mary McCarthy : « Je suis à moitié remise de la torture Eichmann, qu'accompagnait néanmoins un certain humour macabre. » (dans *Correspondance, op. cit. supra* note 542, p. 186).

551. Lettre à Mary McCarthy du 20 juin 1960 (confirmé par une lettre du 8 octobre 1960), dans *Correspondance, op. cit. supra* note 542, p. 137 et p. 160.

552. Les critiques, jusqu'à aujourd'hui, lui reprochent de s'être laissée prendre au jeu joué par Eichmann qui se présentait comme un petit fonctionnaire obéissant aux ordres, ce qui lui inspirera sa fameuse formule « la banalité du mal ».

553. Lettre datée du 30 septembre 1963, 370 Riverside Drive, New York 25, NY, dans *Correspondance, op. cit. supra* note 542, p. 225. De très nombreuses lettres feront allusions aux attaques dont elle est l'objet, d'autant qu'au même moment, McCarthy qui a enfin publié *Le Groupe* en août 1963 sera elle-même sous le feu des critiques.

554. Ces deux extraits de lettres sont cités dans la présentation du livre *Eichmann à Jérusalem*, cité supra note 550, à la p. 9.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

242. Le premier chapitre de son livre, *Eichmann à Jérusalem* [555], parle de la Cour et de l'organisation du procès. Elle fustige immédiatement la traduction en allemand, dont bénéficient l'accusé et ses défenseurs, en la qualifiant de « pure plaisanterie » [556]. Elle note : « … les trois juges …, tête nue, en robe noire, pénètrent dans la salle d'audience par une porte latérale et prennent place sur la partie supérieure de l'estrade » [557]. Et elle poursuit :

> « A aucun moment le comportement des juges n'est théâtral. Leur démarche n'est nullement étudiée. L'attention, sobre mais intense, qu'ils accordent au procès, est naturelle, visiblement raidie par l'affliction lorsqu'ils écoutent les récits des souffrances. Leur impatience devant les tentatives du procureur de faire durer les débats, est spontanée et stimulante. Leur attitude envers la défense est peut-être un peu trop polie, comme s'ils gardaient constamment à l'esprit la pensée que « le Dr Servatius [558] doit mener, pour ainsi dire seul, cette rude bataille dans un cadre inconnu de lui ». Leur comportement vis-à-vis de l'accusé est au-dessus de tout reproche. Tous trois sont des hommes si évidemment bons et droits qu'on ne s'étonne guère qu'aucun d'entre eux ne cède à la plus grande tentation de ce dispositif : jouer la comédie, faire comme si eux, tous trois nés et élevés en Allemagne, devaient attendre la traduction en hébreu. » [559]

Elle fustige ensuite l'attitude du Procureur qui a tendance à transformer le procès en spectacle, ce que refuse le Président, le plus souvent qu'il le peut. Elle contraste la voix du gouvernement (portée par le Procureur) avec la voix sévère de la justice qui veut se concentrer sur les faits et non transformer le procès en une revanche du peuple juif.

---

555. Pour la suite de l'exposé nous utilisons l'édition française de 2002, Gallimard, Folio, qui est une édition dont la traduction a été entièrement révisée par rapport à la traduction initiale de 1966.

556. *Op. cit. supra* note 550, à la p. 43 :

> « Excellente pour le français, supportable pour l'anglais, la traduction en allemand, souvent incompréhensible, est une pure plaisanterie. Vu la scrupuleuse impartialité avec laquelle fut mis au point l'aménagement technique du procès, le fait que le nouvel Etat d'Israël, avec sa forte proportion de citoyens d'origine allemande, ait été incapable de fournir un traducteur adéquat dans la seule langue comprise par l'accusé et son avocat est un petit mystère. »

557. *Op. cit. supra* note 550, à la p. 43.

558. L'avocat allemand de Eichmann. La loi israélienne a dû être amendée pour permettre à cet avocat étranger de plaider devant la juridiction de Jérusalem.

559. *Op. cit. supra* note 550, aux p. 44 et 45.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

243. Qui sont les trois juges du procès Eichmann ? Moshe Landau, le président du tribunal, est né à Gdansk, Pologne (anciennement Danzig, Allemagne), le 29 avril 1912. Il mourra à Jérusalem le 1er mai 2011. Il obtient son diplôme de juriste en 1930 à l'Université de Londres et il émigre en Palestine en 1933 où il ouvre un cabinet d'avocat. Le droit anglais et la structure du barreau étant à l'époque, en Palestine, modelé sur le système anglais (la Palestine est alors sous mandat britannique), il devient *barrister* en 1937 et juge en 1940. A l'époque où le procès Eichmann s'ouvre, il est juge à la Cour suprême d'Israël depuis huit ans. Il est connu pour avoir rendu des décisions en faveur de la liberté d'information, des droits des accusés (notamment contre le gouvernement), contre la torture et les méthodes musclées d'interrogatoire, ainsi que contre la construction d'implantations juives dans les territoires arabes confisqués illégalement [560].

244. Voici comment Michal Shaked décrit la nomination de Landau et son installation pour le procès Eichmann :

> « One day in early 1961, Chief Justice of the Israeli Supreme Court Yitzhak Olshan informed fellow justice Moshe Landau that he (Landau) was to be moved down to the Jerusalem District Court. When Landau voiced his surprise, Olshan – who was not known for his sense of humor – added solemnly : "Of course, with your consent." In this way, Landau learned of his appointment as the presiding judge in Israel's historic trial of Adolf Eichmann. Moshe Landau was forty-nine years old at the time. One of nine Israeli Supreme Court justices, he was respected, but neither senior nor patently distinguished. Ahead of him in these terms one could count the learned Shimon Agranat, the brilliant Yoel Zussman, or Moshe Zilberg, who was widely considered a genius. The judicial activist Zvi Berenson was Landau's equal in seniority and renown, and another leading light, Haim Cohen, had been appointed to the Supreme Court in 1960. Landau had to move his office – albeit temporarily – from the Supreme Court to the District Court, which he had left behind eight years earlier. His move took him from the old, uncomfortable, gloomy, and almost hidden Supreme Court building in the "Russian Compound" at the center of Jerusalem to the renovated Beit Ha'am ("the People's Home") building in narrow and noisy Bezalel Street in downtown

560. Ces dernières informations sont tirées de l'*Encyclopedia Britannica*, visualisée en ligne le 22 novembre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> Jerusalem – a characterless building designated as a major cultural center for the residents of the capital. A team of builders was hastening to complete the renovation so as to accommodate the trial of Adolf Eichmann. After many years of working diligently, but without glory, Landau became instantly famous both in Israel and in the world at large. » [561]

245. La nomination de Landau n'était pas conforme aux règles de l'organisation judicaire en vigueur en Israël à ce moment-là. Le procès se déroulant au sein du tribunal de district de Jérusalem, la chambre devait être composée de trois juges issus de ce tribunal désignés par le Président du tribunal. Toutefois, le Président, Benjamin Halévy, avait une personnalité et une expérience judiciaire qui n'étaient pas sans susciter des controverses, si bien que le gouvernement et le Président de la Cour suprême décidèrent d'amender la loi d'organisation judicaire afin de prévoir une disposition particulière selon laquelle un procès pour crime pouvant entraîner la peine de mort devait être présidé par un juge de la Cour suprême. La personnalité de Halévy posera d'ailleurs quelques difficultés durant le procès. Dans ses mémoires, Landau explique qu'il avait dû constamment retenir Halévy pour qu'il garde une distance raisonnable par rapport aux débats [562].

246. Benjamin Halévy était, à l'époque du procès Eichmann, le président du Tribunal de district de Jérusalem. Né le 6 mai 1910 à Weissenfels (Allemagne) il mourra le 7 août 1996. Il avait suivi ses études aux universités de Fribourg, Göttingen et Berlin. En 1933 il émigre en Palestine et poursuit ses études à l'Université hébraïque de Jérusalem. Il deviendra juge en 1938. C'est après le procès Eichmann qu'il sera promu à la Cour suprême. Le retard dans la promotion dont il bénéficia était dû, notamment, à la controverse que sa conduite du procès Kastner et son jugement (il en était le juge unique) avaient suscitée en Israël à l'époque. Le Procureur avait poursuivi en diffamation un certain Malchiel Gruenwald, juif hongrois, militant politique sioniste d'extrême droite [563] qui accusait Kastner d'avoir collaboré avec les nazis et d'avoir conclu un marché avec Eichmann

561. M. Shaked, « The Unknown Eichmann Trial : The Story of the Judge », dans *Holocaust and Genocide Studies* 29, n° 1, printemps 2015, p. 1-38.

562. Les mémoires du juge Landau ont été écrits en hébreu et aucune traduction, à notre connaissance n'a été faite de cet ouvrage. Ce que nous disons au texte est rapporté par Michal Shaked, *op. cit. supra*, note 561, à la p. 4.

563. Ce sont les qualificatifs utilisés par Michal Shaked, *op. cit. supra* note 561, à la p. 3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pour sauver des *« prominent Jews »* et sa propre famille [564]. La défense de Gruenwald consistait simplement à dire qu'il avait dit la vérité, ce qui fut accepté par le juge Halévy qui statua en faveur de Gruenwald. Dans son jugement, Halévy comparait métaphoriquement Kastner au Faust de Goethe. La suite s'avéra désastreuse. Alors que l'appel contre la décision d'Halévy était en cours, un juif d'extrême droite tua Kastner. Ce ne fut qu'à titre posthume que la Cour suprême réhabilita Kastner en décidant qu'il avait agi au mieux de ses possibilités dans une situation posant un dilemme moral impossible à résoudre. En 1969, B. Halévy quitta la magistrature pour entrer en politique.

247. Il n'existe pas beaucoup d'écrits sur le troisième juge du procès Eichmann, Yitzhak Raveh. Il est né Franz Reuss le 10 novembre 1906 à Aurich (Allemagne) et mort le 8 novembre 1989 en Israël. Il changera de nom quand il deviendra juge en Israël. En 1908 sa famille part à Berlin. Son environnement culturel est à la fois juif (son père était professeur et chercheur) et allemand. En 1927 il passe son diplôme de droit à l'université de Berlin et en 1929 il obtient un doctorat en droit de l'Université de Halle. Il devient juge en Allemagne en 1931. Il démissionnera en 1933, un jour avant que tous les juges juifs, ayant passé le barreau après le 1er août 1914, furent démis de leurs fonctions. Il émigra en Palestine peu de temps après. Il sera alors avocat jusqu'à ce qu'il soit appelé à occuper un poste de juge en 1952. Il semble qu'il ait été choisi pour participer au procès Eichmann en raison de sa profonde connaissance de la culture allemande, notamment de la culture philosophique allemande, en particulier de Kant. Durant le procès, c'est à lui que fut confié la tâche d'interroger Eichmann sur les questions de responsabilité personnelle en accord avec la philosophie de Kant qu'Eichmann avait étudiée.

248. Que nous apprend le procès Eichmann ? Il confirme tout d'abord le rôle essentiel du Président de la juridiction que nous avons mis en évidence ci-dessus à propos du procès Tehlirian. Non seulement Landau devait « tenir » son tribunal, mais il devait aussi contenir le procureur. En ce qui concerne les témoins, le Président attaché qu'il était à la stricte procédure pénale et à ne pas dévier de l'objet du procès qui consiste à rechercher si l'accusé est ou non coupable, accepta néanmoins que tous les témoins soient appelés et entendus, même si les témoignages étaient répétitifs. Toutefois, dans le jugement de condamnation, il indique clairement que le jugement n'est pas fondé sur ces témoignages qui

564. *Ibidem*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sont probablement indispensables pour l'histoire, mais uniquement sur les preuves directes des actes reprochés à l'accusé [565]. En second lieu, le procès Eichmann nous apprend que la personnalité des juges est essentielle d'autant plus que durant de longues semaines et mois, les juges formant la juridiction devront passer de nombreuses heures ensemble et travailler dans le même but. La collégialité, sur laquelle nous reviendrons dans le chapitre 11 sur la fabrique des décisions internationales, passe avant tout par la composition du tribunal. Cela vaut aussi pour l'arbitrage. C'est d'ailleurs pour cela, en partie, que la composition des tribunaux arbitraux prend autant de temps. Dans le pool toujours plus grand des arbitres potentiels, chaque partie doit nommer la meilleure personne possible, prenant en considération tous les aspects de la fonction d'arbitre. Quant à la nomination du Président, elle doit prendre en considération le fait qu'il devra être le ciment qui permettra aux membres du tribunal de travailler ensemble.

C. Le procès Pinochet, Londres, 1998

249. Vingt-neuvième Président du Chili, Augusto Pinochet arrive au pouvoir à la suite du coup d'Etat soutenu, voire provoqué, par les Etats-Unis d'Amérique, contre le gouvernement de Salvador Allende le 11 septembre 1973. Allende avait été élu démocratiquement, mais de justesse, en 1970. Socialiste, il avait eu le tort de mener une politique allant à l'encontre des intérêts économiques des grandes firmes américaines, dont la *United Fruit*. Le coup d'Etat qui voit mourir Allende [566], permet à A. Pinochet de prendre la tête d'une junte militaire qui gouvernera le Chili jusqu'au 11 mars 1990. Durant cette période, il se rendit coupable de nombreuses violations des droits de l'homme, ce qui lui valut d'être arrêté à Londres [567] en octobre 1998 à la suite d'un mandat d'arrêt international émis par le Juge Garzon, juge à Madrid, qui avait été saisi de la disparition et de la torture de citoyens espagnols durant les années de dictature au Chili.

250. Les poursuites du juge Garzon s'appuyaient sur le rapport de la Commission chilienne de la vérité et sur des informations contenues dans un rapport d'un agent du FBI à propos de l'opération

565. M. Shaked, *op. cit. supra* note 561, aux p. 18 ss.

566. Jusqu'à aujourd'hui les causes de sa mort demeurent controversées (suicide ou assassinat), malgré une décision de la Cour suprême chilienne en 2014 selon laquelle il s'est suicidé.

567. Il était présent sur le territoire britannique pour des raisons de traitement médical.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Condor [568]. Il demande l'extradition de Pinochet afin qu'il soit jugé en Espagne. La Cour suprême espagnole avait confirmé la compétence juridictionnelle de l'Espagne pour juger Pinochet. La décision sur l'extradition appartient au *Home Secretary* (le ministre de l'Intérieur) Jack Straw. En vertu du droit anglais, comme d'ailleurs de nombreux autres systèmes juridiques dans le monde, la décision d'extradition est un acte discrétionnaire. Comme Pinochet devait retourner au Chili le lendemain du mandat d'arrêt, un juge (le *Metropolitan Stipendiary Magistrate*) ordonne son arrestation à titre de mesure provisoire et conservatoire. Cette mesure était entachée de nullité car les crimes pour lesquels elle avait été prononcée n'étaient pas susceptibles de justifier une extradition au regard du droit anglais. Elle est donc annulée par la *Queen's Bench Divisional Court*. C'est pourquoi le juge Garzon émet un autre mandat d'arrêt basé sur d'autres faits, notamment des actes de torture et de détention illégale. Pinochet est arrêté sur la base de ce second mandat d'arrêt que ses avocats vont contester en justice. Mais ce second mandat est également annulé par la même cour [569]. Le 28 octobre, la *High Court* accorde néanmoins un droit de recours et suspend la décision d'annulation en attendant l'issue du recours. Il s'agit d'un recours direct devant la *House of Lords* [570], sous forme de *writ of certiorari*. Par une procédure d'urgence, la *House of Lords* admet l'affaire et les audiences se tiennent durant six jours début novembre 1998.

251. Les principaux griefs énoncés par les avocats d'A. Pinochet et admis pour l'appel tournent autour de la question de l'immunité dont pourrait jouir leur client, ainsi que de questions telles que l'acte de gouvernement (si l'on retient une qualification connue en France) ou *Act of State* (qualification connue aux Etats-Unis) ou *non-justiciability* (qualification retenue au Royaume-Uni). La Cour est composée de Lord Slynn of Hadley, Lord Llyod of Berwick, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn et Lord Hoffmann. La décision rendue le 25 novembre 1998 [571] est prise à la majorité des voix (3 contre 2) : Lord

568. L'opération Condor est une campagne d'assassinats et de lutte antiguérilla menée par les services secrets de plusieurs pays d'Amérique du Sud (Chili, Brésil, Argentine, Bolivie, Paraguay, Uruguay) alors tous sous régimes dictatoriaux.

569. La Cour est composée de Lord Bingham of Cornhill CJ, Collins et Richards, JJ.

570. La Cour suprême ne sera créée qu'en 2009 afin d'achever la parfaite séparation de la plus haute juridiction britannique du pouvoir législatif.

571. *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet, R* v. (1998) UKHL 41 ; (2000) 1 AC 61 ; (1998) 4 All ER 897 ; (1998) 3 WLR 1456 (25 novembre 1998).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Slynn et Lord Llyod of Berwick en faveur de Pinochet à la suite de deux longues opinions extrêmement détaillées ; Lord Nicholls contre Pinochet, opinion à laquelle se rallie Lord Hoffmann sans qu'il énonce ses motifs propres. Lord Steyn vote également contre Pinochet en émettant sa propre opinion. Cette décision est immédiatement saluée par tous ceux qui, depuis des années, luttent contre l'impunité des chefs d'Etat pour les violations des droits de l'homme qu'ils commettent. Tous pensent qu'une ère nouvelle a été inaugurée avec cette décision et espèrent que, désormais, leur bataille pour faire protéger et respecter les droits de l'homme prendra un nouvel essor. Malheureusement, l'affaire va être « polluée » par une accusation de partialité à l'encontre de Lord Hoffmann.

252. A peine rendue, les avocats de Pinochet contestent la décision de la *House of Lords*. Ils n'ont qu'une ligne d'argumentation : Lord Hoffman n'était pas impartial compte tenu de sa trop grande proximité avec *Amnesty International*, une ONG intervenante dans l'affaire et qui avait toujours milité pour l'arrestation de Pinochet. Lord Hoffmann est né à Cape Town, Afrique du Sud, en 1934, d'un père avocat *(solicitor)*. Il étudie le droit au Cap puis à Oxford ayant obtenu une bourse Rhodes. Il suivra ensuite la carrière habituelle des juges au Royaume-Uni : le barreau (au sens anglais du terme), *Queen's Counsel* et deviendra rapidement juge. En 1992, il est nommé *Lord Justice of Appeal*. En 1995 il devient *Law Lord*. Il exercera cette fonction jusqu'en avril 2009, date à laquelle il prendra sa retraite. Sa fiche Wikipedia est totalement muette sur sa participation dans l'affaire *Pinochet.* L'arrêt n'est pas cité dans la liste des décisions auxquelles il a participé. Ce n'est guère étonnant compte tenu des mots très durs que ses collègues de la *House of Lords* auront contre le fait qu'il ne s'était pas déporté dans cette affaire.

253. En effet, pour la première fois de son histoire judiciaire, et compte tenu des charges énoncées à l'encontre de Lord Hoffmann, la *House of Lords* décide de reprendre l'affaire, la Cour étant composée complètement différemment. Lors de cette seconde procédure, en effet, la Cour est constituée de Lord Browne-Wilkinson, Lord Goff of Chieveley, Lord Nolan, Lord Hope of Craighead and Lord Hutton. Elle rend son jugement oralement le 17 décembre 1998, la motivation étant publiée le 15 janvier 1999. La première décision du 25 novembre 1998 est renversée à l'unanimité. Que reproche-t-on à Lord Hoffmann ? Tout d'abord, son épouse travaille pour *Amnesty International*. Dans une lettre des avocats d'*Amnesty* du 1er décembre 1998, l'organisation confirme :

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « Further to our letter of 27 November, we are informed by our clients, Amnesty International, that Lady Hoffmann has been working at their International Secretariat since 1977. She has always been employed in administrative positions, primarily in their department dealing with press and publications. She moved to her present position of Programme Assistant to the Director of the Media and Audio Visual Programme when this position was established in 1994. Lady Hoffmann provides administrative support to the Programme, including some receptionist duties. She has not been consulted or otherwise involved in any substantive discussions or decisions by Amnesty International, including in relation to the Pinochet case. » [572]

254. Mais ce n'est pas tout. Il est également reproché à Lord Hoffmann d'avoir lui-même des fonctions importantes au sein d'une association sœur d'*Amnesty* qui s'occupe de levée de fonds pour l'organisation. Dans une lettre datée du 8 décembre, les avocats d'Amnesty confirment aux avocats de Pinochet :

> « On further consideration, our client, Amnesty International, have instructed us that after contacting Lord Hoffmann over the weekend both he and they believe that the following information about his connection with Amnesty International's charitable work should be provided to you.
>
> – « Lord Hoffmann is a Director and Chairperson of Amnesty International Charity Limited (AICL), a registered charity incorporated on 7 April 1986 to undertake those aspects of the work of Amnesty International Limited (AIL) which are charitable under UK law. AICL files reports with Companies' House and the Charity Commissioners as required by UK law. AICL funds a proportion of the charitable activities undertaken independently by AIL. AIL's board is composed of Amnesty International's Secretary General and two Deputy Secretaries General.
> – Since 1990 Lord Hoffmann and Peter Duffy Q.C. have been the two Directors of AICL. They are neither employed nor remunerated by either AICL or AIL. They have not been consulted and have not had any other role in Amnesty International's

572. Citation tirée de l'opinion de Lord Browne-Wilkinson, dans la décision de la *House of Lords* du 17 décembre 1998.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

interventions in the case of Pinochet. Lord Hoffmann is not a member of Amnesty International.

– In addition, in 1997 Lord Hoffmann helped in the organisation of a fund raising appeal for a new building for Amnesty International UK. He helped organise this appeal together with other senior legal figures, including the Lord Chief Justice, Lord Bingham. In February your firm contributed 1,000 to this appeal. You should also note that in 1982 Lord Hoffmann, when practising at the Bar, appeared in the Chancery Division for Amnesty International UK. »

255. Toute personne un peu au courant des questions de conflits d'intérêts aurait probablement conseillé fortement à Lord Hoffmann de se récuser de l'affaire Pinochet. Il ne l'a pas fait, cela lui appartient et loin de nous l'idée de le critiquer pour une décision qu'il a prise en son âme et conscience. Mais il y a un autre aspect de l'affaire qui n'est jamais mentionné. Telle que racontée par Lord Browne-Wilkinson dans son opinion, il ne semble pas faire de doute que les avocats de Pinochet auraient appris tous ces faits à la suite de la décision du 25 novembre 1998. Toutefois, on peut douter que cela soit exact. Tout d'abord, on note qu'ils forment un recours immédiatement après que la décision de novembre a été rendue. Ensuite, on note également que, préalablement à la décision du 25 novembre, ils auraient eu des soupçons, parce qu'ils auraient entendu des « rumeurs » sur les liens entre l'épouse de Lord Hoffmann et Amnesty [573]. De plus, il est avéré (voir le dernier paragraphe de la citation ci-dessus) que le cabinet défendant A. Pinochet avait lui-même contribué à un appel de fonds d'Amnesty lancé par Lord Hoffmann. Qui peut croire qu'un cabinet d'avocats aussi professionnel que celui recruté par A. Pinochet, et compte tenu de la personnalité de leur client, n'ait pas fait son *home work* en recherchant des informations qui, somme toute, au moins pour les liens de Lord Hoffmann lui-même avec *Amnesty International*, étaient de notoriété publique ? Enfin, le ministre de l'Intérieur *(Home Secretary)* n'attacha aucune importance aux requêtes des avocats de Pinochet concernant l'éventuelle partialité de Lord Hoffmann. Mais la *House of Lords* de l'époque jugea qu'elle ne pouvait pas demeurer silencieuse devant des accusations qu'elles considérait comme graves à l'encontre de l'un de ses membres, d'où une procédure inédite de réouverture de l'affaire en raison des accusations portées contre lui.

573. Ceci est mentionné dans l'opinion de Lord Browne-Wilkinson, dans la décision de la *House of Lords* du 17 décembre 1998.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Bien entendu, la cour précise qu'il n'est pas accusé d'avoir été partial en pratique. Mais comme le dit l'un des Lords, il suffit que l'impression soit donnée ou qu'un doute soit émis pour remettre en cause la crédibilité de la juridiction et de la justice dans son ensemble. Indéniablement, la seconde décision est prise pour protéger l'institution judiciaire.

256. Il s'ensuit que la décision qui avait été saluée par les spécialistes des droits de l'homme comme une grande avancée pour la reconnaissance d'une exception aux immunités des chefs d'Etat quand il s'agit de violation des droits de l'homme, a été réformée. Mais, compte tenu des raisons pour lesquelles la réformation est intervenue, on peut dire que la première décision Pinochet demeurera quand même dans les annales pour ce qu'elle a dit sur la substance de la question de la relation entre immunité et droits de l'homme. En ce qui concerne l'impartialité [574], cette décision aura probablement servi de sonnette d'alarme pour tout juge et arbitre afin qu'il prenne au sérieux les liens éventuels, même ténus, qu'il pourrait avoir avec l'une ou l'autre des parties ou avec l'un des tiers intervenants dans le procès. Il en va de la bonne administration de la justice.

D. Le procès Kiobel, Cour suprême des Etats-Unis, 2012-2013

257. Ce procès est emblématique des difficultés que rencontrent les victimes de violation des droits de l'homme par des entreprises pour obtenir gain de cause dans les procès en réparation qu'elles souhaitent entreprendre devant des juridictions nationales. L'affaire dont sont saisies les juridictions américaines voit des citoyens nigérians poursuivre la société *Dutch Shell Petroleum Co*. en raison des violations de droits de l'homme, notamment des atteintes graves à l'environnement, commises à l'occasion de l'extraction du pétrole dans le delta du Niger, sur les terres du peuple Ogoni. M[me] Kiobel, dont le nom est attaché à l'affaire, n'est qu'une parmi des centaines de victimes qui participent à l'action de groupe *(class action)* en réparation. Elles est elle-même réfugiée aux Etats-Unis et, au moment où l'affaire est engagée, réside légalement dans ce pays.

258. L'affaire est basée sur une application de l'*Alien Tort Statute* (ATS) qui, durant quelques années est connu sous le nom de *Alien Tort Claims Act* [575]. Il n'est pas nécessaire de revenir sur cette loi désormais fort bien connue, sauf pour rappeler qu'il s'agit d'un acte

574. Cf. *infra* chapitre 8.
575. Il n'est pas rare de le voir encore cité sous ce nom dans des écrits même récents.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

du premier Congrès des Etats-Unis de 1789 qui donne aux tribunaux fédéraux américains une compétence *ratione materiae* sur des procès intentés par des étrangers en vertu d'une violation du droit international *(law of nations)* ou d'un Traité auquel les Etats-Unis sont partie [576]. Sortie d'un endormissement digne de la belle au bois dormant dans les années 1980, cette loi était de plus en plus utilisée par des victimes étrangères d'activités économiques conduites par des entreprises. On peut probablement dire qu'elle est à l'origine du mouvement connu désormais sous l'appellation *business and human rights* [577].

259. Les accusations sont nombreuses : complicité de destruction de propriétés ; exil forcé ; assassinats ; violation du droit à la vie, la liberté, la sécurité et au droit d'association. Le 29 septembre 2006, le tribunal de première instance *(district court)* rejeta certaines demandes au motif que le droit international n'était pas suffisamment précis sur les incriminations alléguées. Toutefois, la Cour retient d'autres faits allégués comme la torture, ou des traitement dégradants et inhumains ainsi que des crimes contre l'humanité. La Cour autorise l'appel devant la Cour d'appel du deuxième circuit. Cette dernière, dans une décision 2 contre 1, renverse la décision de première instance le 17 septembre 2010 au motif que, en substance, en vertu de l'ATS, le droit international appliqué doit être précis, universel et obligatoire. Or, la responsabilité des entreprises, en vertu du droit international, ne revêt pas la précision ni l'universalité requises. La Cour suprême accepte de se saisir de l'affaire le 17 octobre 2011.

260. Procéduralement, cette affaire a également innové. Alors que l'audience eut lieu le 28 février 2012, la Cour suprême annonça le 5 mars 2012 qu'elle ré-ouvrait les débats et ordonnait aux parties de préparer d'autres mémoires sur une question qui, d'après elle, n'avait pas été posée lors du premier tour et dont elle faisait désormais le centre de la discussion. La question était formulée de la manière suivante :

> « Whether and under what circumstances the Alien Tort Statute, 28 USC §1350, allows courts to recognize a cause of action for

576. 28 USC par. 1350. « The district courts shall also have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuit courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States. »

577. Le 23 janvier 2019, un séminaire est enseigné à l'Académie de droit international de La Haye, au cours duquel est discuté, en sa présence et avec son concours, la proposition du Professeur Maya Steinitz pour une cour internationale civile chargée de juger de ce type d'affaires. Cf. *supra* note 100.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States. »

C'était poser clairement la fameuse question de l'extraterritorialité [578]. Une nouvelle audience eut lieu le 1er octobre 2012. Fait suffisamment rare pour être noté, la décision est rendue à l'unanimité le 17 avril 2013 [579]. Elle est écrite par le *Chief Justice* Roberts auquel se joignent les juges Scalia, Kennedy, Thomas et Alito, ces deux derniers écrivant une brève opinion séparée précisant qu'à leur avis le droit international à prendre en considération est seulement celui existant en 1789. Le Juge Breyer, auquel se sont joints les juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, écrit une opinion contribuante *(concurring)* charpentée, mais sans remettre en cause la solution donnée par la majorité selon laquelle l'application de l'ATS doit être limitée aux faits se déroulant sur le territoire des Etats-Unis.

261. On note tout d'abord que la Cour se concentre uniquement sur la question qu'elle a posée aux parties quand elle a ré-ouvert les débats, laissant dans l'oubli l'intégralité des questions qui avaient été discutées lors de la première audience. Et comme elle avait précédemment décidé que toute législation américaine était d'abord édictée pour couvrir des faits s'étant déroulés sur le territoire états-unien (la fameuse *presumption against extraterritoriality*) [580], elle n'a pas grand mal à décider qu'il en va de même pour l'ATS en l'absence de toute indication par le Congrès qu'une telle application visait aussi des faits survenus à l'étranger. Elle justifie sa position par le fait qu'il convient d'éviter un « clash » avec les pays étrangers car cela pourrait engendrer des désaccords internationaux préjudiciables à la paix entre les nations. C'est donc au vu de ces grands principes que la Cour se déclare contrainte de juger des allégations des victimes. Et après quelques pages de raisonnement, on doit le dire, un peu circulaire, la véritable raison apparaît à la fin du raisonnement :

578. Nous ne discutons pas ici de cette question qui est souvent très mal posée ou comprise. Beaucoup de situations supposément extraterritoriales ne le sont pas car elles possèdent un lien *(nexus)* avec le territoire des Etats-Unis. En revanche, la question serait mieux posée si l'on se demandait qu'elle est la nature exacte du lien requis (à la fois *ratione materiae* et *ratione personae*) pour que les Etats-Unis puissent appliquer leur droit ou que les juridictions américaines puissent connaître des affaires ayant un lien avec d'autres pays.

579. 569 U. S. 108 (2013).

580. *Morrison c. National Australia Bank Ltd*., 561 U. S. 247 (2010) et *Microsoft Corp. c. AT&T Corp*., 550 U. S. 437, 454 (2007).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the ATS would be required. » [581]

Pourtant, il est relativement simple de comprendre que les entreprises choisissent leurs structures en fonction de leurs intérêts et si elles décident de mener des activités sur le territoire d'un Etat, elles doivent s'attendre à rendre des comptes devant les juridictions de l'Etat où elles sont présentes, y compris pour des actes qui ont eu lieu à l'étranger. En vertu de la compétence générale du for du défendeur, les faits reprochés ne doivent même pas avoir un lien avec les activités qu'elles conduisent dans l'Etat du for du défendeur. Cette vision est une vision européenne de la compétence juridictionnelle internationale, qui n'est pas reçue aux Etats-Unis ou, plus exactement, qui n'est plus reçue aux Etats-Unis, la compétence générale ayant été critiquée à de nombreuses reprises [582].

262. Le juge Breyer de son côté, pense que la présomption à l'encontre de l'application extraterritoriale n'a pas lieu d'être invoquée dans cette affaire. Au contraire, il estime que les juridictions américaines devraient accepter de juger des affaires dans les trois circonstances suivantes : 1) lorsque les faits se sont déroulés sur le sol américain ; 2) si le défendeur est un citoyen américain ; 3) si la conduite du défendeur « substantially and adversely affects an important American national interest, and that includes a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe habor (free of civil as well as criminal liability) for a torturer or other common enemy of mankind. » Sur le premier point, il rejoint l'opinion du juge Roberts. Sur le deuxième point, on note le caractère un peu daté du critère qui, pour les individus, personnes physiques, a depuis longtemps été remplacé par le critère du domicile ou de la résidence habituelle. On note aussi que le critère de la nationalité est extrêmement difficile à appliquer pour les personnes morales. Quant au troisième point, c'est celui qui a probablement le plus de potentiel pour éviter le déni de justice. On comprend, tel que formulé par le juge Breyer, qu'il n'avait guère de chance de prospérer dans l'affaire *Kiobel*. En tout cas, depuis *Kiobel*, aucune affaire portée devant les juridictions américaines n'a posé le même type de questions [583].

---

581. 569 U. S. 108 (2013) à la p. 14.
582. On reviendra sur ces questions ci-dessous dans le chapitre 9.
583. L'affaire *Daimler c. Bauman*, décidée en 2014, 571 U.S. 117 (2014), la question qui se posait concernait la compétence *in personam* générale à l'égard du défendeur

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

263. On remarque pour clore cette section que les juges de la Cour suprême, quelle que soit leur affiliation politique, demeurent très prudents, voire frileux, lorsque des atteintes aux droits de l'homme sont en cause, ne voulant pas transformer les Etats-Unis, grâce à leurs tribunaux, en pays attirant les victimes d'agissements fautifs de part le monde, devenant ainsi une juridiction par défaut pour des affaires ayant peu ou pas de lien avec le territoire américain.

Conclusion

264. Si le juge national est effectivement le juge naturel du droit international, il n'en demeure pas moins que plusieurs difficultés s'ensuivent. Tout d'abord, il doit se reconnaître compétent pour juger au regard du droit international. Nous aborderons cette question plus précisément dans le chapitre 9 ci-dessous. Ce faisant et lorsqu'un Etat ou une entreprise publique ou un chef d'Etat ou de gouvernement est défendeur, des questions d'immunités se poseront. Nous n'aborderons pas spécifiquement cette question qui est déjà fort bien étudiée, y compris dans les cours professés au sein de l'Académie de droit international [584].

265. S'il se déclare compétent, il devra faire face à des normes pour lesquelles il n'a pas forcément la formation adéquate. La formation juridique dans de nombreuses facultés ou écoles de droit ne comprend pas toujours de cours approfondis de droit international. De plus, ces cours, lorsqu'ils existent, ne font pas forcément partie d'un curriculum obligatoire. Le cursus pour devenir magistrat, lorsque la nomination ne se fait pas par le mérite et l'ancienneté dans la pratique du droit, comme c'est le cas dans un grand nombre de pays de *common law*, ne se concentre pas du tout sur le droit international. Il est vrai que, dans une carrière de juge national, sauf si le juge appartient à une chambre spécialisée, ce qui est rare, un juge n'aurait pas forcément à juger un grand nombre d'affaires internationales. Et comme les juges n'ont plus le temps de procéder à des recherches par eux-mêmes [585], ils dépendront presque entièrement des parties et de ce qu'elles auront bien voulu ou pu fournir au juge.

---

pour des faits commis en Argentine au temps de la dictature. La décision est rendue par une Cour unanime contre une telle compétence, seule la juge Sotomayor signe une opinion contribuante.

584. Cf. par exemple, pour le plus récent d'entre eux, B. Hess, « The Public-Private Divide in International Dispute Resolution », *Recueil des cours*, tome 388 (2018), p. 49-266.

585. Les effectifs de la justice n'ont pas du tout suivi l'accroissement exponentiel du besoin de justice de la part des citoyens.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

266. Idéalement, un juge national appelé à statuer sur une question soumise au droit international, devrait aussi accéder à la jurisprudence des Etats qui sont liés par la même règle (par exemple s'il s'agit d'un traité multilatéral). Nous aborderons la question du dialogue transnational des juges dans le chapitre 12. Disons seulement ici qu'il existe une réticence de certains juges par rapport à la jurisprudence étrangère. Le juge Scalia, de la Cour suprême américaine, était bien connu pour cela. Mais même si un juge est plutôt favorable à l'usage d'une jurisprudence étrangère, encore faut-il, pour pouvoir y accéder, que le juge comprenne la langue dans laquelle cette jurisprudence est écrite. Bien entendu, il existe des traductions. Mais nous savons combien traduire est un exercice périlleux particulièrement lorsque les concepts spécifiques à un système juridique n'ont pas d'équivalents dans d'autres cultures juridiques. Il faut alors, pour comprendre la jurisprudence, avoir une connaissance plus large du système juridique en vertu duquel elle est rendue. Mais même si le juge a accès à la jurisprudence étrangère, celle-ci ne peut être qu'une inspiration sans garantie qu'il parviendra au même résultat. On connaît bien le problème par exemple en matière d'application de la Convention de Varsovie, la même règle étant appliquée très différemment par la France et les Etats-Unis [586].

267. Le juge doit aussi tenir compte des décisions des juridictions internationales elles-mêmes, lorsqu'elles existent. La Cour suprême américaine aura l'occasion de faire des références, notamment, à la jurisprudence de la CourEDH en 2003 lorsque la Cour statua sur une loi texane alors qu'elle devait décider de la question de la peine de mort pour les crimes commis par des mineurs. Dans un ensemble régional intégré comme l'est l'UE, un système de renvoi préjudiciel est organisé par le Traité sur le fonctionnement de l'UE de manière à ce que le juge national puisse poser une question de droit européen à la Cour de justice de Luxembourg [587]. Lorsque la Cour se prononce, sa décision a un effet *erga omnes* et doit être appliquée par toutes les juridictions nationales de l'Union. Le Protocole 16 à la CEDH, entré en vigueur en 2018, permet un mécanisme de demande d'avis par les juridictions des Etats membres du Conseil de l'Europe à la Cour de Strasbourg, similaire à certains égards à une demande préjudicielle. Toutefois, l'avis rendu, comme son nom l'indique, n'a pas d'effet

586. Cf. *infra* chapitres 9 et 12.
587. Article 267 TFUE.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

obligatoire ni pour la juridiction qui a envoyé la demande d'avis, ni pour les autres juridictions des Etats membres du Conseil de l'Europe.

268. Une telle possibilité de recours préjudiciel pour la justice internationale a été évoquée en 1929 par Hersch Lauterpacht, donc bien avant qu'il ne devienne lui-même juge à la CIJ. Il proposait que les cours suprêmes des Etats puissent interroger un tribunal international, de préférence à compétence générale comme la Cour permanente de Justice internationale, sur des questions difficiles ou ouvertes de droit international [588]. Cela fait penser aussi à la proposition du juge Guillaume, ancien Président de la CIJ, selon laquelle les tribunaux internationaux spécialisés devraient poser de telles questions à la CIJ afin d'éviter la fragmentation du droit international. Le but était donc un peu différent de celui que s'était fixé Lauterpacht. Pour ce dernier, le mécanisme devait être entièrement volontaire. Ce qui montre l'esprit du temps. On sait que pour la CJUE, les textes prévoient que la référence à la Cour est volontaire pour toutes les juridictions qui statuent en premier ressort. En revanche, quand le juge statue en dernier ressort la référence est obligatoire. Toutefois, elle nécessite une analyse de la part du juge qui doit estimer qu'une telle demande est nécessaire pour la solution de l'affaire dont il est saisi, ce qui engendre donc une certaine marge de manœuvre de la part du juge national. Enfin, comme la Cour refuse de revenir sur des questions auxquelles elle a déjà répondu dans une autre affaire portant sur des circonstances factuelles et juridiques identiques, le juge national peut également se servir de réponses précédentes de la Cour en opérant une interprétation de l'affaire qui lui est soumise pour la faire entrer dans le champ de la décision déjà rendue par la CJUE. Jessup, en son temps, a semblé approuver un tel mécanisme [589].

269. On ne peut pas non plus négliger la possibilité que le juge national viole le droit international, y compris lorsque celui-ci a donné lieu à une décision de la CIJ. L'affaire jugée par la CIJ qui opposa l'Allemagne et le Mexique d'un côté et les Etats-Unis de l'autre est significative à cet égard. Ces deux pays se plaignaient de ce que les Etats-Unis n'avaient pas informé des prisonniers, qui étaient leurs ressortissants, du droit qu'ils avaient, en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, d'entrer en contact avec leur consul. En 2004, la CIJ avait constaté cette violation et avait enjoint

588. *British Yearbook of International Law*, 1929, p. 95. Lauterpacht était conscient qu'une telle procédure nécessiterait une réforme du statut de la Cour.

589. Ph. Jessup, *op. cit. supra* note 74, à la p.78.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les Etats-Unis, par les moyens de leur choix, « d'assurer le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité et de la peine » infligés aux intéressés. En application de cette décision, le Président Georges W. Bush adressa un mémorandum à l'*Attorney General* lui précisant que les tribunaux des Etats fédérés étaient dans l'obligation de donner effet à la décision. La Cour suprême du Texas s'y refusa dans l'affaire *Medellin* et sa décision fut déférée à la Cour suprême des Etats-Unis. Par une majorité de 5 contre 4, la Cour donna raison à la Cour suprême du Texas et décida que ni l'arrêt de la CIJ, ni le mémorandum du Président, ne s'imposaient aux Etats-Unis ni au Texas. Heureusement, pour le droit international, l'opinion dissidente des juges minoritaires fut solidement charpentée et elle est là pour la postérité des rapports entre le droit national et le droit international.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 5

LE JUGE INTERNATIONAL EN SON PALAIS

> « We shape our buildings, and afterwards, our buidings shape us. »
>
> Winston Churchill[590]
>
> « La justice cherche une parole architecturale car elle est en quête de sa parole sociale. »
>
> Loïc Cadiet[591]

Introduction

270. Comme Paul Klee l'a dit de manière si pertinente : l'art permet de rendre visible ce qui est invisible[592]. Il en va de même pour l'architecture. Or, il n'est pas faux de dire que la justice doit être visible, pour le justiciable, mais aussi pour le pouvoir politique[593], et quelle meilleure visibilité que celle donnée par l'architecture[594] ? Celle-ci a, de tous temps et dans toutes les civilisations, été un signe permettant à la puissance de se montrer, au pouvoir d'asseoir son autorité, à la fois vis-à-vis de la communauté dont il est responsable, mais aussi vis-à-vis de l'extérieur. L'architecture judiciaire, bien que plus récente, n'échappe pas à la règle. C'est pour installer le pouvoir de la justice qu'un certain nombre de palais lui sont dédiés, permettant au juge de voir et d'être vu, d'exprimer la gravité et la solennité de l'acte de juger[595], la rigueur

590. *Speech before the British House of Commons in 1943 on the question of how the House building should be rebuilt after its destruction during the war*, cité par N. W. Spaulding, « The Enclosure of Justice : Courthouse Architecture, Due Process, and the Dead Metaphor of Trial », *Yale Journal of Law & the Humanities,* volume 24, 2012, à la p. 311.

591. L. Cadiet *et al.*, *op. cit. supra* note 215, p. 52.

592. P. Klee, *Théorie de l'art moderne*, Folio, Gallimard, 1998.

593. J. Resnik *et al.*, « Constructing Courts : Architecture, the Ideology of Judging, and the Public Sphere », University of Richmond – UR Scholarship Repository, 2013, p. 515-545.

594. Selon un auteur, des études empiriques démontrent qu'il existe un lien direct entre le respect du droit et la visibilité de la justice. Cf. D. Marrani, *op. cit. supra* note 20, p. 66 ss. On ne s'étonnera pas, dès lors, de la remise en cause par l'opinion publique de l'arbitrage qui demeure invisible par manque de lieu architectural symbolisant cette forme particulière de justice, alors même que le Palais de la Paix a été construit pour lui.

595. P. Ricœur, *Amour et Justice*, Seuil, 2008, p. 27, insiste sur le caractère grave de l'acte de juger, nous rappelant ainsi que pour Platon, cette fonction est la plus importante de la cité.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de la justice et l'intégrité du processus [596]. Discuter de l'architecture des bâtiments est donc discuter aussi de l'autorité qui les abrite [597].

271. A l'occasion de l'ouverture en 2009 du nouveau bâtiment de la CJUE, une exposition a été organisée autour de l'évolution de l'architecture des Cours suprêmes des Etats membres de l'Union [598]. Cette exposition était accompagnée d'un discours sur l'architecture judiciaire qu'il n'est pas inutile de rappeler ici.

> « Pour mettre en scène l'expression symbolique de la fonction d'arbitrage suprême, les cours suprêmes ont, selon le cas, emprunté aux valeurs de la tradition aristocratique des Lumières du XVIII[e] siècle, aux innovations de l'éclectisme européen du XIX[e] siècle, aux rhétoriques plus contemporaines du langage moderniste ou de la technologie high-tech. Chacune valorise les éléments architecturaux qui lui permettent de composer les signes de la valorisation du droit, sur lequel nos sociétés sont fondées. Au total, l'ensemble reflète la chronologie de l'architecture de prestige en Europe. Ainsi, quelle que soit l'époque où ces architectures ont été conçues, elles traduisent la nécessité d'une image symbolique exprimant tout à la fois l'idée intemporelle de justice et la légitimité de l'institution qui l'incarne. Alors que les systèmes juridictionnels dont est composée l'Union européenne sont assez différents, l'expression de la fonction d'arbitrage dévolue à leurs instances suprêmes paraît être le facteur commun qui lie entre eux ces monuments. Elle se traduit chaque fois par l'organisation quasi cérémonielle des espaces à partir des constituants architecturaux majeurs de la représentativité judiciaire que sont le marquage de la façade principale, le parcours d'accès magnifié jusqu'au lieu des décisions et le traitement théâtralisé de ce lieu même, à savoir la salle d'audience. » [599]

272. La terminologie pour désigner les « palais » de justice n'a pas toujours été identique. Ainsi, dans l'ouvrage sur l'architecture

---

596. Le *US Courts Design Guide* de 2007, cité par J. Resnik, *op. cit. supra* note 593, à la p. 523 s'exprime ainsi : « The architecture of federal courthouses must promote respect for the tradition and purpose of the American judicial process. To this end, a courthouse facility must express solemnity, integrity, rigor and fairness, … »

597. D. Marrani, *op. cit. supra* note 20, à la p. 75, citant Derrida et Wigley.

598. Cour de justice des Communautés européennes, L'architecture des Cours constitutionnelles et suprêmes des Etats membres de l'Union, Catalogue de l'exposition, 2009.

599. Nous aborderons l'agencement intérieur des palais de la justice internationale à la fin de ce chapitre.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

judiciaire, publié par le ministère français de la Justice en 2002, Vincent Lamanda, alors Président de la Cour d'appel de Versailles, relève qu'il y a trois époques dans l'histoire de l'architecture de la justice : le palais royal, le temple de Thémis [600] et l'hôtel des droits de l'homme. La justice internationale, nous le verrons dans ce chapitre, n'a pas respecté strictement ces trois périodes identifiées, mais en a mélangé les styles et la symbolique, ainsi que le montre excellemment le Palais de la Paix qui ressemble à la fois à une église [601] et à un palais, surtout avec sa tour monumentale abritant un carillon. Il faut dire que Carnegie voulait édifier un « temple à la paix » et que le dessin initial de Louis Cordonnier, l'architecte français qui gagna le concours d'architecture pour la construction du Palais de la Paix, avait donné l'impression d'une œuvre féérique entre château, mi-église et palais des merveilles [602]. Ce bâtiment ne fut jamais réalisé tel qu'initialement imaginé par Cordonnier car il dépassait les budgets alloués. Toutefois, il était parfaitement dans la ligne de pensée des XVII[e] et XVIII[e] siècles à propos des lieux de justice : « … splendid environments within which the arcane and esoteric rituals of trial procedure are conducted. » [603] On note, à cet égard, que la cour intérieure du Palais, dont on peut faire le tour par les couloirs des bâtiments qui l'encadrent, fait immanquablement penser à un cloître.

273. Pourtant, la justice a aussi de tous temps, y compris dans la période contemporaine, emprunté des bâtiments qui ne lui étaient pas destinés [604]. Ecoutons les propos du juge Burgenthal sur son expérience

600. Les bâtiments de la Cour suprême des Etats-Unis ou le Palais de la Paix, dans des styles complètement différents, ressemblent beaucoup plus à des temples qu'à des palais ou des hôtels. En revanche, toutes les constructions modernes de palais de justice (malgré le terme employé) sont beaucoup plus neutres, et offrent des bâtiments sans caractéristique particulière. Renzo Piano, l'architecte du Palais de justice de Paris inauguré en 2018 explique que, pour un architecte, devoir construire un bâtiment pour répondre à une symbolique est un cauchemar. En conséquence, ce nouveau Palais ne possède aucun des attributs habituels des palais de justice, ce qui a été voulu par l'architecte rompant ainsi avec les enseignements de C. Lévy-Strauss pour qui toute société possède une structure organisée autour de symboles. Cf. notamment C. Lévy-Strauss, *Le totémisme aujourd'hui,* PUF, 1962.

601. Cette impression est renforcée par les vitraux monumentaux et en ogive de la grande salle de justice dont nous parlerons brièvement au chapitre 6 ci-dessous.

602. L'histoire de la construction du Palais de la Paix est magnifiquement racontée et documentée par A. Eyffinger, *The Peace Palace – Residence for Justice, Domicile of Learning,* Carnegie Foundation, 1988, avec de nombreuses illustrations.

603. P. Haddar, « The Function of the Ornament in Quintilian, Alberti, and Court Architecture », dans C. Douzinas et L. Nead, *Law and the Image – The Authority of Art and the Aethetics of Law,* The University of Chicago Press, 1999, p. 117-136.

604. Spaulding rappelle que la Cour suprême américaine n'a pas eu de bâtiment à elle avant celui que nous connaissons à Washington DC qui n'a été construit qu'en

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

lorsqu'il prend ses fonctions à la nouvelle Cour interaméricaine des droits de l'homme :

> « Once the Court was constituted – it was formally inaugurated in San José, Costa Rica, on September 3, 1979 – our work began in earnest. Amon Gour's initial tasks was the preparation of a draft Statute for the Court, which had to be approved by the OAS General Assembly. We also had to submit a draft budget to the Assembly. First, however, we had to overcome an unexpected obstacle. Following the Court's festive inauguration, with all the pomp and ceremony Costa Rica could muster, we faced a sad reality : while our official seat was in that lovely country, its Government had not provided us with a place of our own – not even a suit of offices. As a result, we held our first working session in the bathhouse of the Costa Rican bar association. Here the voices of children swimming and jumping into the association's pool often drowned out our early drafting efforts, hardly an auspicious beginning for those of us who thought of ourselves as modern-day John Marshalls. Some time later, we moved to temporary offices in Costa Rica's Supreme Court and eventually to permanent quarters. » [605]

274. Le fait qu'une cour puisse être installée dans un bâtiment unique lui donne la visibilité voulue, mais la fige territorialement. Or, la justice internationale est un exercice universel qui aurait pu mériter une autre conception de la justice, sur le modèle du juge pérégrin de la Rome antique. Il a d'ailleurs été proposé que la CIJ rende la justice en chambres et que les chambres puissent se déplacer pour statuer dans d'autres lieux que La Haye afin que la Cour soit plus visible et plus accessible aux différents publics auxquels elle s'adresse et que ses travaux soient mieux connus [606]. Cette conception présente certains

---

1935. Il ajoute : « *Prior to that, the Court sat in the Royal Exchange building in New York, Independence Hall and City Hall in Philadelphia, various Chambers of the Capitol building in Whashigton DC, and even in a private home during the War of 1812.* » *Op. cit. supra* note 590, à la p. 314 et les références qu'il donne. Il rappelle aussi (p. 319) que la justice a souvent été rendue dans des lieux plus improbables telles que les tavernes.

605. D. Terris, C. R. P. Romano et L. Swigart, *op. cit. supra* note 71, p. 94, citant Th. Burgenthal, « Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights », *NYUJ of L. and Int'l Politics*, volume 37, 2005, n° 2, p. 260.

606. Ce fut, notamment, une proposition du Secrétaire d'Etat américain Rogers, rapportée par Jessup, *op. cit. supra* note 74, p. 61.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

avantages, mais est difficile à mettre en œuvre, notamment en termes de coûts. Car déplacer la Cour, même en formation restreinte, veut dire aussi déplacer une partie du greffe et des services annexes nécessaires à l'acte de juger. De plus, une cour qui emprunte des bâtiments divers, dans de multiples lieux, qui ne sont pas forcément dédiés à la justice, ne renforce pas sa visibilité. Les avantages et les inconvénients sont donc réels, mais la balance penche nettement en faveur de la conservation d'un lieu unique, emblématique et clairement identifiable.

275. Aujourd'hui que la permanence a saisi la fonction, les lieux de la justice internationale sont plus clairement identifiés et donc plus visibles. Toutefois, le plus souvent, les tribunaux internationaux s'installent, en tout cas dans un premier temps, dans des bâtiments qui ont eu d'autres fonctions, qui n'ont pas été construits pour eux, sauf cas exceptionnels comme le Palais de la Paix, le TIDM ou les bâtiments de la Cour pénale internationale, le premier et le troisième étant situés à La Haye, aux Pays-Bas. Or, l'absence de permanence, qui demeure celle de la justice arbitrale, et donc l'absence de lieu dédié à cette forme de justice, participe à la construction de l'idée selon laquelle la justice arbitrale est secrète, se déroule à l'abri des regards et donc, forcément, a quelque chose à cacher.

276. C'est récemment, à l'aune de l'histoire, que la justice, et particulièrement la justice internationale, bénéficie de ses propres bâtiments. Nous étudierons donc en les comparant, les deux bâtiments emblématiques de La Haye que sont le Palais de la Paix et la Cour pénale internationale (cf. image n° 7). Mais avant cela, il n'est pas inutile de se demander pourquoi la Haye est devenue la capitale de la justice internationale. Le droit international a toujours tenu une place importante aux Pays-Bas qui, durant plusieurs siècles, étaient constitués de provinces unies, demeurant en partie indépendantes juridiquement, si bien que l'on peut dire que le droit international privé a été en quelque sorte inventé par les Néerlandais. Parmi les maîtres du droit international public moderne, Grotius a pris une place tout à fait éminente [607]. Au tournant du XX^e^ siècle, le Royaume des Pays-Bas a été extrêmement actif en

607. L'auteur de ces lignes doit avouer une grande admiration pour ce penseur extraordinaire qui, emprisonné au château de Loevestein en 1918, après le coup d'Etat de Maurice de Nassau, n'hésita pas, pour sauver sa vie, à prendre place dans la malle de livres qu'il s'était fait livrer par son épouse, abandonnant tous ses ouvrages sur place et choisissant ainsi nettement la vie sur l'érudition.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

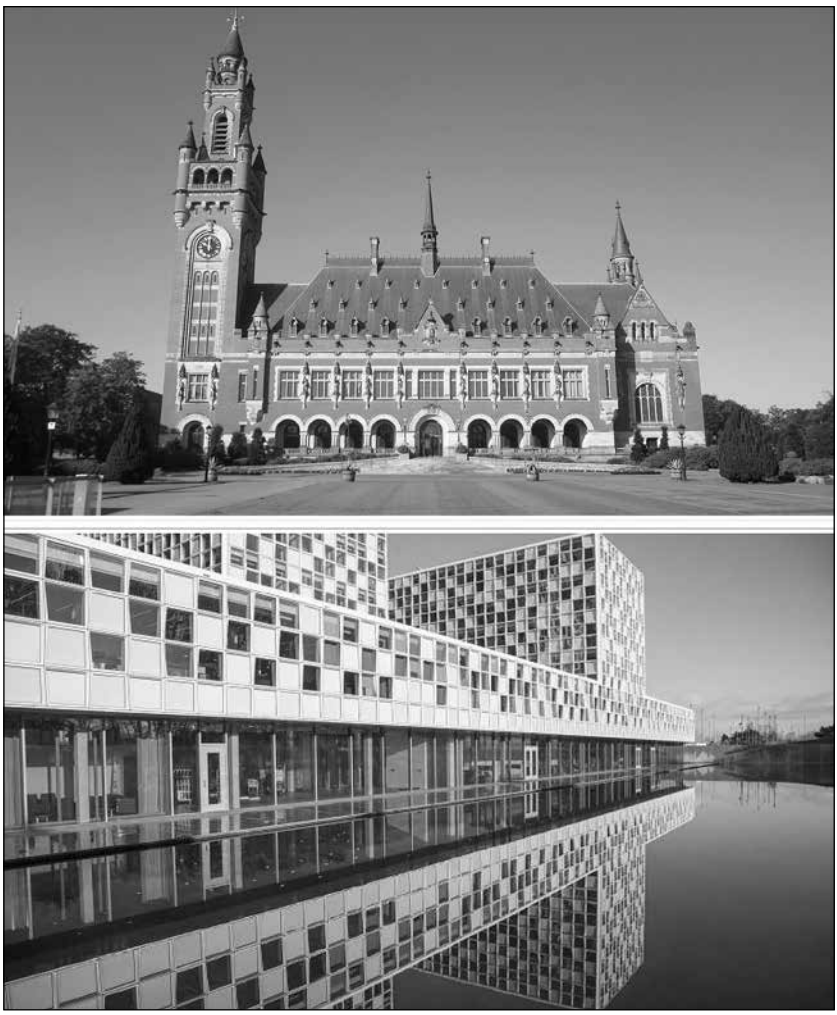

Image 7. Montage d'une photo du Palais de la Paix (en haut) et d'une photo de la Cour pénale internationale (en bas), reproduites avec l'aimable autorisation de chacune des cours ; la seconde étant, en outre, reproduite avec l'aimable autorisation du cabinet Schmidt Hammer Lassen.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

accueillant non seulement les deux conférences de la Paix de 1899 [608] et 1907, mais aussi en décidant, sous l'impulsion du jurisconsulte T. M. C. Asser, de créer et d'abriter la Conférence de La Haye de droit international privé en 1893 (qui deviendra une organisation intergouvernementale permanente à part entière en 1955) et en accueillant l'Académie de droit international en 1923, alliant ainsi tous les aspects du droit international : négociation de traités (tant en droit public que privé), justice internationale et enseignement du droit international. Depuis cette époque de nombreuses autres conférences ont été tenues à La Haye et un grand nombre d'autres instituts de recherche en droit international ont été créés [609], sans compter le développement de plusieurs facultés de droit dont les spécialités en droit international sont reconnues au-delà des frontières. Il existe donc un écosystème de droit international prospère dans lequel est venu se placer tout naturellement le centre de la justice internationale. La ville de La Haye a choisi comme slogan « la capitale de la justice internationale », titre qu'elle n'usurpe pas puisqu'elle est l'hôte d'au moins sept juridictions internationales ou institutions d'arbitrage international [610]. La seule juridiction internationale récente qui a échappé à La Haye est le Tribunal pour le droit de la mer qui a son siège à Hambourg.

277. Nous verrons également l'importance de l'agencement intérieur pour le déroulement de la justice. L'image n° 6, qui montre l'agencement de la maison du peuple à Jérusalem, transformée en cour de justice pour y tenir le procès Eichmann, nous sera utile également pour ce chapitre, comme le sera l'image n° 8, reproduite ci-après, afin de montrer la place accordée au public, qui est l'une des marques de la justice internationale.

---

608. Cette conférence a été demandée par le tsar Nicolas Nicolas II à qui la reine Wilhelmina ne put refuser.

609. Pour ne citer que les plus connus, l'Institut Asser, du nom du jurisconsulte Tobias M. C. Asser, et HIIL (*Hague Institute for the Internationalisation of Law*, changé en 2012 en *Hague Institute for Innovation of Law*) qui se concentre récemment sur un projet appelé « *innovating justice* ».

610. Par ordre temporel descendant : le Palais de la Paix a été construit pour la Cour permanente d'arbitrage international et abrite aussi la Cour internationale de Justice ; le tribunal d'arbitrage irano-américain faisant suite aux accords d'Alger (1980) ; le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ; le Tribunal pénal pour le Rwanda (cour d'appel) car le tribunal de première instance est à Arusha en Tanzanie ; le Tribunal spécial pour le Liban ; le Tribunal spécial pour la Sierra Leone ; la Cour pénale internationale. Le tribunal spécial constitué pour juger l'affaire dite de Lockerbie a été installé à Zeist, petite bourgade à 40 km d'Amsterdam, seule exception à la longue liste des juridictions installées à La Haye.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

A. L'emprunt de bâtiments qui n'ont pas été construits pour rendre la justice

278. La justice ne s'est pas toujours rendue à l'intérieur d'un édifice. Quand un cinéaste contemporain décide de filmer le procès du FMI, de la Banque mondiale et des programmes d'ajustement structurel qui ruinent l'Afrique, il place l'intrigue dans la cour de sa maison, à Bamako, où la vie réelle et le procès sont en complète symbiose [611]. En réalité, durant de nombreuses décennies, la justice est rendue à l'extérieur, sur les places ou les marchés. Elle est alors symbolisée d'abord par un arbre (tilleul ou orme) et ensuite par un arbre stylisé, que l'on appelle « pilier universel », généralement une colonne en pierre surmontée ou non d'une croix ou d'autres attributs [612]. L'arbre relie la terre au ciel, symbolisant le fait que la justice est rendue sur terre mais inspirée par le ciel (dieu). L'arbre ou le pilier sont entourés d'une petite barrière qui délimite l'espace dans lequel la justice est rendue. C'est l'origine de la séparation que l'on trouve encore dans les palais de justice entre la partie où se tient le débat (juges et auxiliaires de justice) et la partie où se tient le public. C'est cette barrière de bois qui est aussi à l'origine de la dénomination de la plupart des professions qui participent au débat judiciaire : parc, parquet ; barre, barreau [613].

279. Quand il s'est agi de trouver un lieu clos pour la justice, on a d'abord utilisé les portails d'églises ou de basiliques, qui comportaient parfois, comme à Moissac (Tarn-et-Garonne, en France), un assez vaste vestibule ouvert sur deux ou trois côtés créant un sas avec l'église proprement dite [614]. Mais assez rapidement, la séparation de la justice des hommes des lieux de célébration du religieux transporta les tribunaux

611. Il s'agit du film *Bamako* de Abderrahmane Sissako, 2006. Dans la vraie vie, les juges australiens connaissent aussi des audiences foraines dans les territoires autochtones qui se tiennent en plein air. Cf. J. Resnick *et al.*, *op. cit. supra*, note 593, p. 541 ss. L'Australie a, par ailleurs, développé un programme ambitieux d'architecture judiciaire prenant en considération des éléments centraux de la culture aborigène. Cf. Th. Anthony et E. Grant, « Courthouse Design Principles to Dignify Spaces for Indigenous Users : Preliminary Observations », *International Journal for Court Administration,* volume 8, n° 1, octobre 2016, p. 43-59.

612. R. Jacob, *Images de la Justice – Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-Age à l'âge classique,* Le léopard d'or, 1994, p. 93.

613. *Ibidem*, p. 94.

614. L'imprégnation de la religiosité dans la construction des palais de justice perdurera tout au long du XVIII^e siècle. Spaulding révèle (*op. cit. supra* note 590, p. 324) que Thomas Jefferson, lorsqu'il bâtit le capitole de Richmond s'est particulièrement inspiré de la Maison carrée de Nîmes en France. C'est ce même bâtiment qui inspira aussi l'architecture de la Cour suprême et d'autres bâtiments publics de Washington DC.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

vers les châteaux qui abritèrent une salle dévolue au service des « plaids ». Dans les villes, on combinait la halle, édifice utilitaire, lieu de marché, avec l'audience de la justice communale [615] se tenant à l'étage, quand le commerce s'établissait au niveau de la rue [616]. Ainsi, « au Moyen Age, les maisons de justice sont à deux étages, où l'enfer s'organise au rez-de-chaussée, lieu des cachots, des concierges et des geôliers, tandis que la justice éclatante se rend, elle, à l'étage supérieur » [617]. Dès la fin du XII[e] siècle, on conçoit des édifices spécifiquement prévus pour entendre les plaids [618] souvent appelés « auditoires » ou « maison des plaids ». Le fait que la justice se déroule désormais dans un lieu clos, magnifie sa rationalité et sa bonne administration, et permet de lui donner une place à part entière dans le gouvernement de la cité [619]. Elle dépend d'un rituel codifié qui évite les surprises et permet à chacun de jouer son rôle dans les limites rassurantes d'un scénario procédural bien rôdé essentiel au respect des droits fondamentaux des parties [620]. C'est également, à la même époque, la consécration du droit comme outil technique devant

615. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612 p. 95.

616. Aux Etats-Unis, le même phénomène est rapporté par Spaulding (*op. cit. supra* note 590, p. 320) :

> « Massachusetts town houses generally located at the heart of commercial centers and were built on the English model : a rectangular building featuring a first-floor (pour nous le rez-de-chaussée) open arcade and a second story divided into mlti-purpose "assembly rooms". Typically the ground floor served as a marketplace and financial exchange, while the second floor was dedicated to legislative, executive and judicial business. »

617. J.- Ch. Gaven, *op. cit. supra* note 20, p. 3.

618. Concept que l'on entend dans « plaideur », « plaidoirie » ou « plaider ».

619. A Sienne, l'hôtel de ville – dont la construction débute en 1237 – est orné de fresques dont la fameuse fresque du bon et du mauvais gouvernement. La salle du consistoire est ornée par une allégorie de la justice avec le glaive dressé et la balance. L'allégorie du bon gouvernement présente la personnification de la Justice sous l'image d'une femme (comme toutes les vertus le sont traditionnellement). La Sagesse tient la balance vers laquelle Justice pointe le doigt. Le mal est représenté à gauche par la scène d'un criminel auquel la tête est coupée. Le bien est représenté à droite par des personnages récompensés par les œuvres de la justice. Les autorités de Sienne (tous des hommes) sont réunies par Vertu et font face à un juge qui prend la place centrale de la peinture. La Paix est aussi représentée en complément de ce qui est généralement interprété comme une représentation idéale du gouvernement stable de l'époque à Sienne. Le message social s'accompagne d'un message religieux subtil puisque la Justice est représentée sous les traits de Marie, reine des cieux, patronne de la Ville de Sienne. Cette peinture est considérée comme révélant une transition dans l'art pictural, mais aussi comme une transition dans l'importance de la religion aux côtés d'éléments plus séculiers dans l'art de gouverner.

620. Cette idée nous a été suggérée par Spaulding, *op. cit. supra* note 590, à la p. 340. Toutefois l'auteur exprime des doutes ensuite sur l'immutabilité du modèle et semble plutôt pencher vers plus de flexibilité.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

échapper à la rhétorique qui, pour Hobbes, ne constituait qu'un moyen de soumettre les justiciables par la seule persuasion [621].

280. La pratique de l'emprunt s'est poursuivie avec les juridictions internationales. Tout particulièrement, les juridictions qui ne sont pas destinées à être permanentes ont emprunté des bâtiments qui avaient un tout autre usage avant de leur servir de siège. Avant que le Palais de la Paix ne soit construit, la CPA se réunissait dans un ancien palais de la famille royale des Pays-Bas à La Haye [622]. Devenu ensuite un musée, ce bâtiment est maintenant le siège d'une société commerciale. Le tribunal international pour le Liban est installé dans le bâtiment ayant abrité les renseignements généraux du Royaume des Pays-Bas. Il accueille les audiences du Tribunal pour la Sierra Leone, mais celui-ci a eu son propre bâtiment en Sierra Leone, même s'il a tenu des audiences foraines sur les lieux où les crimes ont été commis [623]. Quant au tribunal arbitral irano-américain, il est installé dans un bâtiment construit aux environs de 1875 et qui fut un hôtel (il n'est pas loin des dunes et du bord de mer de Scheveningen). Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie s'est installé d'abord dans le bâtiment préalablement occupé par la compagnie néerlandaise de téléphone KPN, pour ensuite déménager dans le bâtiment que nous connaissons le mieux et qui héberge encore aujourd'hui le mécanisme mis en place pour la fermeture du tribunal, c'est-à-dire le bâtiment connu sous le nom de *Aegongebouw*, puisqu'il a été construit pour la société d'assurance Aegon.

281. Le tribunal de Nuremberg a été installé dans un bâtiment qui était un palais de justice avant la guerre ayant hébergé la cour d'appel de la région de Nuremberg. Cette ville est choisie par les Alliés pour des raisons politiques et de commodité. Situé en zone d'occupation américaine, le palais de justice de Nuremberg est l'un des rares bâtiments à être resté intact. De plus, il est relié par un tunnel souterrain à la prison voisine, qui comprend de nombreuses cellules et un système de sécurité efficace. Mais l'agencement intérieur du tribunal est restructuré. Une

621. Cité par P. Haldar, « The Function of the Ornament in Quintilian, Alberti and Court Architecture », dans C. Douzinas et Lynda Nead (dir. publ.), *Law and the Image – The authority of Art and the Aesthetics of Law,* University of Chicago press, 1999, à la p. 119.

622. Il s'agit du palais sis Prinsegracht 71, qui servira de premier siège à la Cour permanente de 1901 à 1913.

623. La CCJA de l'OHADA peut aussi tenir des audiences foraines dans les dix-sept Etats membres de l'organisation, alors que son siège est à Abidjan. Elle emprunte alors les locaux d'autres juridictions.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

salle d'audience est spécialement aménagée afin d'accueillir les accusés, les différentes délégations qui composent le ministère public et le Tribunal, ainsi que les nombreux journalistes attendus pour cet événement unique. Le lieu est également hautement symbolique. C'est en effet dans le stade de cette ville que paradaient les organisations paramilitaires du parti nazi du temps de sa grandeur. Et c'est également à Nuremberg que les lois antisémites ont été promulguées en 1935.

282. Par contraste, le tribunal de Tokyo a été installé dans un bâtiment ayant abrité l'académie militaire du Japon dans le quartier de Ichigaya au centre de Tokyo. Durant la guerre le bâtiment avait abrité le ministère de la Guerre et le quartier général de l'armée japonaise. Il faut dire que peu d'autres bâtiments avaient survécu aux bombardements des forces alliées et, symboliquement, la transformation de ce bâtiment militaire en cour de justice permettait de signaler au peuple japonais que l'autorité sans partage des militaires sur le pays avait pris fin. Il n'était pas fortuit d'autre part que Tokyo ait été choisie pour servir de lieu à ce tribunal. Il était important que les Japonais puissent assister à ce procès qui devait être exemplaire et la presse devait y accéder facilement pour compléter l'éducation des masses.

283. La même exemplarité préside au choix du bâtiment pour y tenir le procès Eichmann. La salle utilisée est celle de la maison du peuple. C'est en fait un théâtre qui permet au public d'assister au procès en s'installant au balcon qui surplombe la scène où il se déroule. Un dispositif similaire est retenu pour les chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens créées en partenariat avec les Nations Unies et à la demande du gouvernement cambodgien. Les procès se déroulent dans un ancien auditorium militaire (cf. image n° 8) ayant nécessité des travaux importants pour le transformer en salle d'audience. On note qu'une large place est faite au public qui est cependant séparé de l'espace de la cour à proprement parler, par un immense mur de verre. Nous y reviendrons lorsque nous parlerons de l'agencement intérieur des bâtiments de justice.

B. Les bâtiments construits pour la justice internationale

284. Nous avons attribué ci-dessus à la permanence le changement de stratégie architecturale pour les bâtiments de la justice internationale. Si ce fait est indéniable, il existe aussi une autre raison pour laquelle l'architecture judiciaire prend son essor au XX^e^ siècle. L'origine en est probablement plus ancienne. A partir du moment où

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 8. Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, copyright Chor Sokunthea/Reuters, reproduite avec l'autorisation de Reuters.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'exercice du droit et de la fonction de juger se professionnalise, que les avocats et les juges veulent asseoir leur autorité à la fois vis-à-vis des justiciables et des autorités publiques dont ils dépendent, ils préfèrent avoir à leur disposition des bâtiments dédiés, qui les rend plus visibles et donc, probablement, plus légitimes [624]. Certes, ces premiers bâtiments sont limités à la salle du tribunal uniquement. Ce n'est que plus tard que les maisons de justice abriteront non seulement la salle du tribunal, mais aussi les bureaux pour le greffe, et des salles pour les avocats et les jurés [625].

285. Il est de notoriété publique qu'Andrew Carnegie a donné les fonds nécessaires à la construction du Palais de la Paix à La Haye pour qu'il devienne le siège de la CPA. Dans le même temps, fait moins connu, il finançait également le siège de la Cour de justice d'Amérique centrale, considérée comme la première institution « permanente » [626] de justice internationale [627], qui eut une vie brève puisque créée en 1907, elle fut dissoute en 1918 [628]. La Cour fut, en effet, établie par un traité de 1907 entre le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et le Salvador *(Convencion para el Establecimiento de una Corte de Justicia centroamericana)* [629], dont l'une des particularités était de n'être conclu que pour une période de dix ans. Les juges désignés pour siéger à cette cour lui devaient l'exclusivité, puisqu'ils n'avaient pas le droit d'accepter d'autres fonctions durant le mandat qui leur était ainsi confié pour une durée de cinq années renouvelable. Le bâtiment construit pour cette cour fut détruit en grande partie par un tremblement de terre en 1910 [630] et celle-ci fut transférée à San José. Comme pour La Haye, le bâtiment situé à Cartago, Costa Rica, est appelé le Palais de la Paix, montrant ainsi que le but principal des fondateurs de ces

624. Spaulding fait remonter ce changement au XVIII[e] siècle pour les Etats-Unis d'Amérique, cf. *op. cit. supra* note 590, à la p. 321. On note ainsi que l'installation de la Cour suprême du Royaume-Uni dans un bâtiment séparé du parlement de Westminster marque symboliquement dans ce pays l'aboutissement de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire.

625. Spaulding, *op. cit. supra* note 590, à la p. 322.

626. Par « permanente » on entend ici une cour qui n'est pas constituée pour juger d'une affaire en particulier comme c'était le cas à cette époque là. De très nombreuses commissions mixtes (sortes de tribunaux arbitraux) sont constituées pour un litige ou un groupe de litiges émanant des mêmes faits.

627. Cf. *supra* chapitre 2.

628. Manley O. Hudson, The Central American Court of Justice, 26 *AJIL,* 759 (1932).

629. 20 décembre 1907, 2 U.S.T. 2399.

630. J. Resnik et D. Curtis, *Representing Justice – Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, Yale U. Press, 2011, p. 241 et 242.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

institutions est la recherche de la paix et non pas de la justice pour elle-même.

286. A La Haye, le Palais de la Paix a été construit sur une période relativement longue (1907-1913). Il a été bâti pour la CPA qui, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas une Cour, contrairement à ce que son nom indique [631]. Il a été érigé avec les fonds d'Andrew Carnegie, sur un terrain acheté par le gouvernement des Pays-Bas. Il emprunte au Temple de Thémis la volée de marches (douze puis trois) qui établit la distance entre le justiciable et la justice [632] et symbolise la montée vers la justice destinée à inspirer la peur à toute personne qui s'aventure dans un palais de justice. Voici ce que Robert Jacob dit :

> « Une prévention qui s'établit dans la crainte. Gravir les marches, que ce soit en tant qu'inculpé d'une transgression ou plaideur à un procès civil, c'était déjà un comportement suspect, ce n'est pas le propre d'un honnête homme. Le mieux est de se tenir à l'écart. L'architecture classique inspire une peur respectueuse ou plutôt, elle noue avec la peur des relations nouvelles différentes de celles qu'avait connues le Moyen Age. » [633]

Il ressemble à un Palais par son côté imposant. Mais la mentalité de l'époque, la paix par la justice et surtout la justice arbitrale, incite à lui donner le nom de Palais de la Paix et pas de Palais de l'arbitrage ou Palais de la justice internationale. En effet, c'est l'arbitrage qui est considéré comme un facteur de paix, faute de mieux puisque la Conférence de la Paix de 1899 échoue à créer un véritable tribunal judiciaire permanent.

287. Le Palais de la Paix est construit à la suite d'un appel à projet assez largement diffusé. Sa construction est attribuée à Louis Cordonnier, architecte français de Lille qui remporte ainsi le premier prix du concours international d'architectes organisé par la fondation créée pour la mise en œuvre de l'idée d'un « Temple de la Paix ». Ce projet qui comprenait notamment quatre tours monumentales a finalement

631. On peut comparer cette appellation avec celle de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, créée en 1923 (alors que la CCI existe depuis 1919). Malgré tout, la Cour de la CCI mérite probablement plus son nom de Cour puisqu'elle est chargée de « contrôler » les sentences arbitrales rendues par les tribunaux arbitraux indépendants qui statuent sous l'égide de la CCI.

632. D. Marrani, *op. cit. supra* note 20, p. 37.

633. R. Jacob, *La justice et ses temples*, Errance et Brissaud, 1992, p. 213.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

été considéré comme trop coûteux et a été considérablement réduit par l'intervention d'un architecte néerlandais, van der Steur, à la demande des commanditaires. Au lieu des quatre tours initialement prévues, une seule, majestueuse, a été construite, avec en pendant latéral une plus petite [634]. De très nombreux pays participent à cette édification en offrant des matériaux de construction, du mobilier et des œuvres d'art. Si bien que les différents sites Internet qui s'adressent aux touristes et les guides qui font visiter le Palais n'hésitent pas à dire qu'il doit être considéré comme un « élément unique du patrimoine mondial » ou comme un exemple de design universel. On doit cependant reconnaître que, loin de cette image idéalisée, le Palais de la Paix est le signe d'une époque européenne centrée sur une conception datée de la justice. On constate l'évolution à la fois à travers le monde mais aussi à La Haye.

288. « Au XIX^e^ siècle, lorsque la France se couvre de nouveaux palais de justice, les canons architecturaux se figent ; les archétypes classiques, invariants, soulignent à la fois la majesté de la justice et la gravité d'avoir affaire à elle. Car aller en justice reste et doit rester un acte exceptionnel, qu'on ne saurait banaliser, à rebours des nouveaux palais de justice, dont les signes -ou l'absence de signes- marquent la volonté contemporaine de désigner des lieux accessibles. » [635] Au XX^e^ siècle un nouveau programme de palais de justice est lancé dans certains pays. En France, comme aux Etats-Unis, un service de l'administration détermine les canons de construction des palais de justice (matériaux, superficie des bureaux et des salles d'audience, etc.). Mais, en France, les architectes de renom qui obtiennent les contrats pour créer ces palais reçoivent une liberté quasi totale tant pour l'aspect extérieur du bâtiment que pour son design intérieur.

289. Après la partition du Penjab en 1947, la partie indienne de la province ayant perdu sa capitale, Lahore, qui se trouvait désormais au Pakistan, Nehru décida de créer une ville qui pourrait rivaliser avec Lahore. Ce fut Chandigarh. Le plan et les principaux bâtiments de la ville furent confiés à l'architecte franco-suisse connu sous le nom de Le Corbusier (de son vrai nom Charles-Edouard Jeanneret-Gris). Nehru n'était en effet pas satisfait des plans proposés par l'architecte américain

634. J. Resnick raconte comment le projet a, de son temps, été vertement critiqué pour être ringard, et uniquement tourné vers le passé. J. Resnick et D. Curtis, *op. cit, supra* note 630, à la p. 251.

635. J.-Ch. Gaven, *op. cit. supra* note 20, p. 3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

initialement contacté. Il voulait quelque chose de monumental [636]. Le Corbusier construit le Palais de justice, maison de la *High Court of Punjab and Haryana*, selon les mêmes canons que ceux qu'il a toujours favorisés pour la construction de tous ses bâtiments de l'époque (1951-1956). Le double toit monumental est surtout fonctionnel. Il est destiné à protéger la Cour contre le soleil puissant de la région et les attaques de la mousson. Il sert de ventilation naturelle au bâtiment tout entier. Celui-ci est construit de telle manière que les bureaux ne reçoivent aucun soleil direct, sauf le soir. Mais le plus remarquable est que ce bâtiment est totalement pionnier dans l'architecture judiciaire moderne. Il est bâti de plain-pied, si bien que le justiciable n'a plus d'escalier à gravir pour se hisser au niveau de la justice. Il est rectiligne et simple, mais majestueux. Compte tenu des matériaux utilisés, il est aussi transparent que possible. Le rapport entre le béton et les fenêtres est significatif de l'art de Le Corbusier mais permet aussi de donner une certaine légèreté au bâtiment. On gagne en accessibilité ce que l'on perd en majesté. Les canons de l'architecture judiciaire contemporaine suivront cet enseignement. Le Palais est complété par une immense sculpture représentant une main ouverte dont le pouce est transformé en bec d'oiseau, symbolisant la colombe de la paix.

290. Les bâtiments contemporains de la justice internationale nous permettent de constater les différences dans la conception de la justice. Le bâtiment de la CJUE [637], installée à Luxembourg, sur le plateau du Kirchberg, donne à voir une justice majestueuse, riche, presque arrogante. Certes, on y entre par un parvis de plain-pied pour aboutir à un atrium surmonté d'un chandelier immense. Mais cet atrium, contrairement à une salle des pas perdus qui vibre de vie et de discussions entre les avocats et leurs clients, est vide et froid. Il ne sert qu'au passage vers d'une part les bureaux des juges et leurs référendaires (dans les étages desservis par des ascenseurs) et, en contrebas, la grande salle d'audience à laquelle on aboutit par une immense volée de marches. La symbolique est ici inversée, on doit descendre vers la justice plutôt

636. On retrouve à la fois la demande de visibilité et de puissance.

637. Le bâtiment dont nous parlons est l'œuvre de l'architecte Dominique Perrault. Il est dit que pour créer l'imposant dais de métal doré de la grande salle de justice, il s'est inspiré du Camp du drap d'or, nom donné à l'entrevue entre François 1er et Henri VIII d'Angleterre en juin 1520, alors que l'Europe est en proie aux guerres nourries par la rivalité entre Charles Quint et François 1er. Au chapitre 3 ci-dessus, nous avons parlé de la médiation du pape Paul entre ces deux rivaux. Perrault a aussi déclaré que la couleur de la justice est, pour lui, la couleur or (entretien visualisé sur le site de Dominique Perrault, le 13 septembre 2018).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qu'y monter. Il sert aussi de lieu officiel de réception, sans toutefois perdre sa froideur [638].

291. La Cour pénale internationale accueille ses visiteurs, une fois la sécurité passée, par un petit pont enjambant un bassin d'eau longeant toute la façade qui peut symboliser les canaux si présents dans le pays de son siège. L'eau n'est pas souvent associée à la justice et pourtant sa symbolique est appropriée dans ce cadre. Insaisissable par sa structure, en constant dynamisme, prenant la forme de tous les contenants sans en conserver aucune, capable de percer la roche sans pourtant s'opposer à quoi que ce soit, bonne à tous les êtres et à tous les usages, elle est indispensable à la vie et porteuse de régénérescence. Tadao Ando, l'architecte de génie, affirme que l'architecture doit permettre de créer un lieu qui parle au cœur des humains [639]. C'est aussi l'architecte des transitions si bien que son nom et ses conceptions de l'architecture ne peuvent que résonner au cœur du bâtiment de la Cour pénale internationale, alors même qu'il n'a eu aucune part dans sa conception. Œuvre de l'atelier d'architecture Schmidt Hammer et Lassen (Danemark), ce projet a été choisi par ses commanditaires pour sa totale adéquation avec l'idée de transparence, concept essentiel à la justice du XXIe siècle [640]. Toutefois, la transparence pour elle-même n'est rien. Elle doit être au service d'objectifs partagés par le personnel de la justice et par les justiciables. Parmi ces objectifs, ceux qui ont formé la base du concept architectural de l'atelier Schmidt Hammer et Lassen, sont : « trust, hope, faith in fairness of justice, credibility, essence of democratic architecture ». Ce sont les termes employés par les architectes dans leur note d'intention [641]. On peut également ajouter que la justice du XXIe siècle doit être accessible, à la fois au sens physique du terme, mais aussi et surtout, au-delà du symbole de l'accessibilité

638. On note également que la salle des pas perdus du Palais de la Paix sert d'écrin à de nombreuses réceptions tout au long de l'année et peut même être privatisée, ce qui permet de donner un revenu à la Fondation Carnegie, chargée de gérer ce grand bâtiment.

639. Entretien avec Lydia Bacrie, publié dans l'Express, https://www.lexpress.fr/culture/art/tadao-ando-l-architecture-est-aussi-affaire-de-spiritualite_1570947.html, 31 août 2014, site visité le 22 novembre 2018.

640. On note que le premier bâtiment de justice internationale à utiliser le verre pour symboliser la transparence est celui de la CourEDH à Strasbourg.

641. Note d'intention visualisée sur le site de l'agence d'architecture le 13 septembre 2018. Pour les architectes danois, les valeurs de « transparence démocratique » sont celles inhérentes à toute l'architecture danoise. Ils déclarent aussi que le défi était multiple car le niveau de sécurité que le bâtiment de la CPI devait respecter est le plus haut du monde.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

physique, au sens conceptuel du terme [642]. Elle doit inspirer le respect, car l'acte de juger est l'un des plus difficiles que la société requiert, mais elle doit être humaine et à portée des justiciables [643]. Dans son discours lors de l'inauguration du bâtiment, la Présidente de la Cour s'exprime ainsi : « L'achèvement des locaux de la CPI est un témoignage de l'appui de la communauté internationale à la lutte mondiale contre l'impunité. Donner à la Cour un siège permanent symbolise la confiance des Etats et leur engagement à continuer à la soutenir. » Au vu des critiques sévères, et parfois injustes, dont la Cour a été l'objet depuis, ces paroles semblent partiellement en décalage avec la réalité. On peut d'ailleurs douter que le bâtiment remplisse complètement cette nécessité affirmée de transparence. Les carrés de verre qui ornent la façade sont en réalité opaques de l'extérieur et reflètent le ciel et ses nuages, l'eau du bassin ou les autres éléments de l'environnement immédiat. C'est donc une conception de la transparence qui paraît discutable [644]. On note d'ailleurs que la plupart des salles d'audience des palais de justice contemporains (et la CPI ne fait pas exception) sont « aveugles », en ce sens qu'elles ne comportent aucune fenêtre donnant sur l'extérieur, contrairement au Palais de la Paix, par exemple, dont la grande salle de justice est ornée d'immenses baies ornées de vitraux, à la mode de l'époque [645].

292. Comme à son habitude, le gouvernement des Pays-Bas a investi pour permettre l'érection de ce bâtiment. Tout d'abord il a mis gratuitement le terrain à la disposition de la Cour. Il a payé intégralement le concours d'architecture. Le budget de construction s'élevant à 206 millions d'euros a été financé par les Etats membres de la CPI.

---

642. Il y a quelques années une exposition a été montrée à la CJUE sur les bâtiments des cours suprêmes des Etats membres de l'UE. La même transformation est mise en évidence dans les architectures anciennes et nouvelle. L'usage du verre est omniprésent dans l'architecture contemporaine. Et cela n'est pas seulement dû à la transformation technologique des matériaux de construction.

643. La notion d'accessibilité conceptuelle est parfaitement reflétée aussi dans le bâtiment de la Cour constitutionnelle allemande à Karlsruhe. Œuvre de l'architecte Paul Baumgarten, ce bâtiment est emblématique de la simplicité, symbolisant la dignité de la justice au service du citoyen. F. Jaeger, BVerfG et BMUB (dir. publ.), *Transparenz und Würde – Das Bundesverfassungsgericht und seine Architektur*, Jovis Verlag, Berlin 2014 ; A. Menting, *Paul Baumgarten – Schaffen aus dem Charakter der Zeit*, Gebrüder Mann Verlag, Berlin, 1988.

644. Pour une discussion de la transparence en architecture, voir D. Marrani, *op. cit. supra* note 594, chapitre 3, « Contemporary spaces of justice – Use and abuse of transparency », p. 66 ss. Il affirme (p. 83) que la relation opacité/transparence relève de la psychanalyse. Il fait aussi référence à Benjamin pour qui l'utilisation du verre en architecture fait partie de l'hypocrisie bourgeoise (p. 89 et 92).

645. Sur les vitraux de la grande salle de justice du Palais de la Paix, cf. *infra* chapitre 6.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Toutefois les Pays-Bas ont mis en place des prêts pour les Etats qui n'avaient pas les moyens de participer financièrement dans l'immédiat. Les locaux de la Cour offrent un espace au sol de 54 600 m², trois salles d'audience, 1 200 postes de travail, une bibliothèque, un espace public et une enceinte de 72 000 m². Six bâtiments séparés mais reliés entre eux abritent les différents organes et sections de la Cour. Les salles d'audience sont situées au centre, dans un bâtiment plus haut que les autres. Chacun des cinq patios reliant les six bâtiments entre eux est conçu pour symboliser une région du monde, y compris avec des espaces végétalisés propres à chaque région, en espérant que les plus fragiles survivront aux rudesses du vent de sable et de sel propre aux villes balnéaires. Seul le premier étage permet de traverser l'intégralité du bâtiment dans sa longueur par un long couloir dans lequel s'ouvrent, de part et d'autre, les bureaux de certains des employés de la Cour.

293. La comparaison entre les deux bâtiments du Palais de la Paix d'un côté et de la Cour pénale internationale de l'autre est significative de l'évolution de la conception de la justice à pratiquement cent ans d'intervalle. Les deux bâtiments requièrent silence et respect. Mais l'un (le Palais de la Paix) par la fermeture vis-à-vis de l'extérieur dégage une atmosphère de lieu de culte, alors que l'autre (la CPI) accueille l'extérieur ne serait-ce que par le reflet du ciel changeant de La Haye sur ses innombrables surfaces de verre. La Cour pénale fait corps avec son environnement. Elle s'intègre dans les dunes qui forment un nid naturel, paysage classé dont les architectes ont pleinement tenu compte. C'est le site d'une ancienne caserne, non loin du centre de détention dans lequel sont incarcérés les accusés ou les condamnés des tribunaux internationaux siégeant à La Haye.

294. Par contraste avec ce qui précède, les arbitres se réunissent dans des hôtels ou dans des bâtiments neutres, comme celui de la Banque mondiale, ou des centres d'affaires comme le centre d'audience de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international à Paris. Les centres d'arbitrage de par le monde, comme celui de Singapour ou d'Abu Dhabi, sont installés dans des bâtiments de bureaux sans aucune spécificité, bâtiments qui hébergent des entreprises. Cette justice ne se donne pas à voir. Elle est opaque pour ceux qui s'intéressent à son fonctionnement et pour les personnes qui peuvent être affectées par ses décisions. Il n'est pas étonnant, en conséquence, que l'arbitrage soit la cible de nombreuses interrogations et critiques de la part d'ONG et même de certains gouvernements.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. L'agencement intérieur des palais de justice et leurs salles d'audience

295. L'agencement intérieur des palais de justice représente l'écrin dans lequel le « théâtre de la justice » [646] prend place. Ainsi, Robert Jacob explique :

> « La figure de l'*axis mundi* n'articule pas seulement les expressions plastiques des idéaux de la justice médiévale. Elle confère aussi ses structures à l'organisation matérielle de l'audience et, au-delà, à l'architecture au cœur de laquelle elle s'installe. » [647]

C'est pourquoi, nous avons décidé de consacrer quelques développements à l'architecture intérieure des lieux de la justice internationale.

296. Le Palais de la Paix accueille le visiteur par un grand vestibule qui rappelle la salle des pas perdus des tribunaux d'antan. Le dallage de l'entrée est remarquable. Il est orné d'une double rose des vents entourée de cette maxime : *« Sol Justitia Illustra Nos »*, « Que le soleil de la Justice nous éclaire » [648]. L'immense escalier de marbre à double volets, réplique en plus petit du grand escalier de l'Opéra de Paris, accueille comme dans un écrin la statue de la paix, en marbre blanc, don des Etats-Unis d'Amérique de 1924. Une mosaïque au plafond du hall central, œuvre de Herman Rosse, créée pour le Palais de la Paix, représente quatre déesses antiques : Diké, Thémis, Eirene et Eunomia [649]. Une autre allégorie au plafond de l'une des salles de réunion représente Thémis avec la balance et la main de justice (et non pas le glaive).

297. L'architecture à l'intérieur de la salle d'audience est aussi significative. Dans un tribunal habituel, avocats, témoins et experts font face à la Cour et sont dos au public. Lorsque les parties à un procès sont à égalité, ce qui est le cas dans les affaires civiles ou dans les litiges entre Etats, chaque partie, ses conseils et ses experts, sont installés face à la Cour, les deux équipes étant seulement séparées par une travée. Toutefois, dans les procès pénaux des pays de tradition

---

646. Robert Jacob, *Images de la Justice – Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-Age à l'âge classique,* Le léopard d'or, 2004, p. 93.

647. *Ibidem.*

648. On note que cette devise est également celle de l'Université d'Utrecht. Sur cette devise, voir *infra* chapitre 6.

649. Diké est la déesse du droit et de la justice humaine ; Thémis la déesse de la justice (plutôt la justice divine) ; Eiréné, fille de Zeus et de Thémis représente la paix ; Eunomia est une déesse mineure de la loi et la législation, mais aussi du printemps.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

romano-germanique, l'accusé est installé dans un box, sur l'un des côtés de la Cour, faisant face au Procureur. Les avocats de l'accusé sont placés devant le box. Les parties civiles sont généralement dans le public derrière leurs avocats qui occupent le premier rang avec, devant eux, une table ou un pupitre, pour y installer leurs dossiers. La barre des témoins est au milieu, face à la Cour. Dans les pays de *common law*, les témoins sont généralement sur la même ligne que le juge, un peu en deçà de l'estrade du juge, faisant face à l'accusé et au public, les jurés étant situés à angle droit du juge et donc du témoin. Le juge est, en général, installé sur une estrade, surplombant plus ou moins les parties, leurs avocats et le public, montrant ainsi physiquement son autorité [650]. C'est le cas dans la grande salle d'audience de la CIJ, mais ce n'est plus le cas dans les salles d'audience de la CPI, et de la plupart des arbitrages, sauf ceux qui, exceptionnellement, utilisent les anciennes salles du Palais de la Paix dans lesquelles une estrade existe encore.

298. A Nuremberg, comme nous l'avons dit, c'est l'ancien Palais de justice qui sert à l'installation du tribunal militaire. Toutefois, la salle doit être ré-agencée complètement pour s'adapter aux besoins à la fois du procureur et des spécificités des audiences. Cet agencement est confié à l'architecte américain Dan Kiley. On note immédiatement que l'arrangement habituel des salles d'audience n'est pas respecté. Par exemple, la barre des témoins fait face au public. Il convenait aussi de faire place à un grand écran sur lequel Jackson, le Procureur principal, de nationalité américaine, prévoyait de projeter les documents d'archives (essentiellement en provenance des allemands eux-mêmes) et les images tournées par les allées lors de la libération des camps, sur lesquels il fondait son accusation, puisque les victimes n'avaient pas été autorisées à comparaître, Jackson craignant que l'émotion ne détruise la crédibilité de leurs témoignages. Ce fut donc un procès essentiellement fondé sur des documents provenant du régime nazi, des alliés et les dépositions des accusés. L'écran prend en réalité la place généralement réservée aux témoins. Voici ce qu'en dit Christian Delage :

> « In light of these arrangements, one could wonder whether the Allies were giving in to the temptation of a "show trial", siding with spectacle over the serene unfolding of the court's proceedings.

650. D. Marrani, *op. cit. supra* note 594, p. 38.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> During trial preparation, Robert H. Jackson deliberately sought to build what he termed a "documentary" case. » [651]

Il faut aussi faire de la place pour les interprètes qui, rappelons-le, traduisent pour la première fois en simultané [652]. Le procès est prévu pour se dérouler en quatre langues : l'anglais, le français, le russe et l'allemand. Or, jusqu'à Nuremberg, seule l'interprétation consécutive était la règle. Si elle avait été utilisée, avec les quatre langues, le procès aurait duré beaucoup plus longtemps. L'équipe américaine du Procureur demanda donc à IBM s'il était possible de créer un système différent. C'est ainsi que les ingénieurs imaginèrent ce que nous connaissons aujourd'hui sous l'appellation « interprétariat en simultané ».

299. Nous n'avons pas d'images du procès Tehlirian, celle que nous avons montrée lors du cours oral en janvier 2019 n'est qu'une reconstitution cinématographique, tout à fait plausible, de la salle d'audience du tribunal de district de Berlin en 1921. C'est un procès assez simple, avec dix experts et une petite vingtaine de témoins. Rien d'extraordinaire. Le procès ne dure qu'un jour et demi. A Jérusalem, nous sommes dans un processus complètement différent. Tout d'abord, ce qui marque le plus, c'est le box ou la cabine en verre dans laquelle est placé l'accusé [653]. C'est, à notre connaissance, la première fois dans l'histoire de la justice que ce dispositif est utilisé. Le choix ainsi fait par le gouvernement israélien de l'époque était motivé à la fois par la protection de l'accusé contre les réactions éventuelles des survivants et du public en général, mais aussi par une protection contre tout acte inconsidéré de celui qui avait été enlevé et dont on ignorait s'il pouvait devenir véhément. En France, c'est à l'occasion du procès de Klaus Barbie, accusé de crimes contre l'humanité, que l'accusé se retrouve dans une cage de verre, sauf que celle-ci, contrairement à celle d'Eichmann, est fermée seulement sur trois côtés. Plus récemment, des dispositifs de fermeture complète voient le jour de manière

---

651. Nous n'avons eu accès qu'au livre en anglais de ce cinéaste qui s'est fait une spécialité du cinéma judiciaire, Ch. Delage, R. Schoolcraft et M. Byrd Kelly, *Cought on Camera – Film in the Courtroom from the Nuremberg Trials to the Trials of the Khmer rouge,* University of Pennsylvania Press, 2014, à la p. 225. V. aussi M. Somos et M. Gostwyck-Lewis, « A New Architecture of Justice : Dan Kiley's Design for the Nuremberg Trial's Courtroom », disponible sur SSRN, MPIL Research Papers n° 2018/04.

652. Notons que la mère de Michael Kerr, avocat puis juge anglais de renom, a été recrutée par l'équipe américaine pour être interprète à Nuremberg. Cf. M. Kerr, *op. cit. supra* note 450, à la p.200.

653. Au chapitre 4, *supra*, nous avons appelé cela la « cage de verre ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

habituelle. Ainsi, la plupart des salles d'audience pour les affaires pénales du nouveau tribunal de Paris, inauguré en 2018, contiennent un tel dispositif [654] au désespoir des avocats qui n'ont plus un accès direct avec leur client durant l'audience. En effet, avec un tel dispositif, toute conversation confidentielle entre l'avocat et son client est devenu impossible. Parfois, le micro dans la cage est tellement bas que l'accusé qui, normalement, doit être debout quand la Cour s'adresse à lui, doit s'asseoir pour répondre [655]. La CourEDH, dans une série de décisions concernant la Russie et l'Ukraine, a eu à se prononcer sur le caractère potentiellement inhumain de l'enfermement d'accusés dans des cages en métal ou en verre et a condamné la Russie en 2014 [656]. Le verre a remplacé le métal, est-ce beaucoup mieux ? A la CPI, les accusés sont, au contraire face à la cour, sans aucune protection. Il en allait de même au TPIY. L'absence de mesures de sécurité apparentes peut étonner. Elle a permis la commission d'un suicide au TPIY, l'accusé Slobodan Praljak s'étant procuré une fiole de poison qu'il boit alors que le juge est en train de lire le verdict le condamnant à vingt ans de prison [657].

300. A Pnom Penh, la salle d'audience est située dans une salle de spectacle suffisamment grande pour pouvoir accueillir un public nombreux [658]. La partie de la salle destinée au public est séparée par un mur de verre, permettant d'isoler celle où le tribunal siège. Apparemment la justification d'un tel arrangement était de préserver les défendeurs contre les membres du public qui auraient pu réagir à leurs dépositions notamment si, parmi eux, se trouvaient des survivants. Les salles d'audience de la CPI, comme du TPIY avant elle, comportent également une partie réservée au public, en tribune, derrière un mur de verre. Les deux parties de la salle sont donc insonorisées. La partie où se tient l'audience n'est pas « dérangée » par le public. Un juge note que la salle dans laquelle prend place le tribunal est particulièrement

654. Le nouveau tribunal de Paris, construit par Renzo Piano, est particulièrement significatif à cet égard.

655. « Box des accusés, les prétoires aggravent leur cas », *Libération*, 3 novembre 2017, p. 14. Les transcriptions du procès Eichmann montrent aussi cette difficulté, même si le micro était suffisamment puissant pour qu'il puisse être entendu alors qu'il était debout.

656. *Svinarenko et Slyadnev c. Russie* (GC), 32541/08 et 43441/08, 17 juillet 2014 (violation de l'article 3 de la CEDH).

657. L'enquête interne diligentée par le Tribunal ainsi que l'enquête de la police néerlandaise concluront à l'absence de lacune dans les dispositifs mis en place par le Tribunal.

658. La salle offre cinq cents places au public.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

silencieuse. Le public n'entend pas ce qui se passe dans la salle d'audience, sauf si chaque personne utilise le casque audio mis à sa disposition. Si un huis clos est prononcé, il suffit de baisser le rideau qui isole la salle d'audience du public et de couper le système audio. Le public ne peut donc plus voir ni entendre.

301. On remarque aussi que les salles d'audience contemporaines sont toutes équipées d'ordinateur à chaque place occupée par les juges, le procureur, le greffe, les avocats, les assistants, dénotant une digitalisation croissante (voire complète) des actes de procédure et des documents nécessaires à la conduite du procès [659]. Disons simplement ici que cela change profondément la concentration des participants, y compris des juges. Tout d'abord, plus personne ne se regarde vraiment. Tous les participants ont le regard essentiellement fixé sur l'écran qui est devant lui. A la CPI, comme d'ailleurs dans les arbitrages qui utilisent le système de la transcription immédiate du déroulé de l'audience, le texte de la transcription apparaît sur l'écran placé devant les juges. L'un des juges est chargé de vérifier en temps réel que la transcription est exacte. Autant dire qu'il doit avoir le don d'ubiquité : être attentif à la salle et au procès, tout en notant les erreurs de transcription afin de permettre une correction immédiate.

302. Quand aux salles où se tiennent les audiences d'arbitrage, elles dénotent une complète égalité des parties et du tribunal arbitral qui sont tous installés à la même hauteur. La seule exception peut concerner les arbitrages entre Etats pour lesquels, parfois, le tribunal arbitral est installé sur une estrade, comme dans certaines salles du Palais de la Paix. Le plus souvent, les parties, leurs conseils et experts se font face, ayant le tribunal arbitral à leur gauche ou leur droite, selon leur place dans la salle. Une convention veut que l'arbitre désigné par une partie se trouve assis du côté de l'autre partie. Les témoins, s'il y en a, témoignent assis, au milieu de la pièce, face au tribunal arbitral. Ils auront l'interprète à leurs côtés si la salle n'est pas équipée de cabines d'interprétariat simultané. Les arbitres et chaque partie avec son équipe bénéficient de salles séparées qu'ils utilisent durant les pauses afin de leur permettre de discuter en toute confidentialité.

303. Pour les médiations, il est recommandé de se réunir autour d'une table ronde, ce qui n'est pas toujours possible pour les médiations commerciales qui peuvent mettre en présence de nombreuses personnes. On s'installe alors dans un format plus semblable à un arbitrage, autour

659. Nous analyserons la digitalisation de la justice *infra* dans le chapitre 14.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

d'une table en U, les parties se faisant face et le médiateur s'installant dans la partie fermée du U. Renzo Piano et son équipe ont créé une table en œuf (ou en goutte d'eau) pour les salles de médiation du nouveau Tribunal de Paris qui peuvent être utilisées aussi pour les audiences dans les affaires familiales. Chaque partie s'installe comme elle l'entend. Un médiateur aguerri pourra déjà tirer quelque enseignement de la manière dont les parties s'installent. Toutefois, la salle ainsi décrite n'est utilisée que pour les plénières. L'essentiel de la médiation se passe parfois dans les salles adjacentes où se déroulent les apartés, le médiateur faisant la navette entre les parties. Pour certaines médiations, essentiellement centrées sur les apartés, la salle de plénière ne sert qu'à la première réunion, jamais aux suivantes.

Conclusion

304. Pour conclure ce chapitre, signalons que les bâtiments des juridictions internationales sont ornés d'œuvres d'art données par les Etats membres. Dans le chapitre qui suit nous allons explorer la représentation de la justice au travers des âges avec ses différents attributs. A partir des œuvres données par les Etats au Palais de la Paix et à la CPI, nous tenterons de réfléchir à ce que pourrait être la meilleure représentation de la justice internationale. Signalons que tout ce qui a été dit au présent chapitre et le sera au chapitre suivant sera obsolète le jour où le juge deviendra un algorithme [660]. C'est pourquoi, la justice internationale devra à nouveau réinventer ses lieux pour les transformer en lieux publics destinés à recevoir de multiples activités, revenant ainsi, d'une certaine manière, à la justice du Moyen Age qui se rendait dans des lieux non dédiés.

660. Voir chapitre 14 ci-dessous.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 6

QUELLE ALLÉGORIE POUR LA JUSTICE INTERNATIONALE ?

Introduction

305. L'art est un langage à part entière qui raconte une histoire. Tout visiteur du Musée Groeninge de Bruges qui contemple le diptyque décrivant le Jugement de Cambyse [661], même s'il ne sait pas qu'il s'agit de l'histoire du juge perse Sisamnès, comprend le message qui exige de celui qui rend la justice une grande probité, en représentant le juge pris en flagrant délit pour avoir accepté un pot-de-vin [662], arrêté et écorché vif. La partie droite en haut du second panneau montre le fils de Sisamnès, installé à son tour dans la fonction de juge, assis sur un siège recouvert de la peau de son père, afin de lui rappeler à tout moment ce qu'il en coûte de rompre la confiance des justiciables et de l'autorité publique [663].

306. L'histoire de la justice internationale pourrait être racontée par le truchement des images qu'elle a suscitées. Mais pour conter une telle histoire, encore faudrait-il posséder, en plus des talents de juriste, tout à la fois des talents d'historien et d'historien de l'art, ce qui n'est pas notre cas. Nous avons cherché en vain des écrits consacrés à la représentation de la justice internationale au travers des âges. Celle-ci ne semble pas avoir fait l'objet d'études spécifiques [664], à part sur le Palais de la Paix [665], si bien qu'il n'existe pas d'équivalent, pour la justice internationale, des études menées par Robert Jacob pour la justice dans l'histoire [666] et celles en cours de préparation par Valérie

---

661. Œuvre peinte par Gérard David, 1498.

662. Il tient une bourse dans sa main droite.

663. Pour l'origine de l'histoire, cf. R. Vestegen, « The Judgment of Cambyses : A Rich Iconographical Topic with Multiple Sources and a Long Tradition », dans S. Huygebaert et al. (dir. publ.), *The Art of Law*, Springer, 2018, p. 125 ss.

664. Un ouvrage tel *The Art of Law*, publié en 2018, donne à voir et à lire l'iconographie de la justice durant une assez longue période. Mais, si plusieurs pays sont abordés par les différents chapitres de cet ouvrage, même s'ils appartiennent tous à une zone géographique relativement limitée, ils ne traitent pas de justice internationale au sens plein du terme.

665. Les travaux sur le Palais de la Paix par Arthur Eyffinger sont bien connus de toute personne qui s'intéresse à la justice internationale.

666. R. Jacob, *Images de la Justice – op. cit. supra* note 612.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Hayaert sur les allégories de justice [667]. En l'absence d'une telle étude, plusieurs questions nous ont guidée : *a)* puisque la justice internationale doit être universelle, peut-elle se contenter d'une représentation qui est ancrée dans une histoire européenne, même si l'on retrouve des allégories similaires, voire adaptées, dans d'autres régions du monde ? *b)* Pourquoi la justice internationale n'a-t-elle pas développé sa propre allégorie, se contentant de faire créer des sceaux qui s'apparentent plus à des logos ? *c)* Quelles sont les philosophies, les messages, les idées ou les sous-jacents aux cadeaux effectués par les Etats aux différentes juridictions internationales ? *d)* Quel enseignement tirer de tout cela pour mieux comprendre la justice internationale et celui ou celle qui l'incarne, le tiers impartial et indépendant ? *e)* Quels sont le rôle et l'influence de la caméra dans le prétoire de la justice internationale ? *f)* Quelle est la représentation de la justice dans les autres arts vivants de fiction (opéra, théâtre, cinéma) ?

307. Nous ne pourrons pas répondre à toutes ces questions dont chacune aurait probablement mérité un cours à elle seule. Notre ambition est de donner quelques pistes qui nous permettent de réfléchir collectivement et peut-être susciter quelques vocations pour des recherches futures et une réflexion sur ce que pourrait être une représentation adéquate de la justice internationale.

308. L'allégorie la plus classique de la justice est personnifiée par une femme (souvent attractive, voire très séduisante) tenant une épée ou un glaive et une balance ; ayant parfois les yeux bandés ; parfois accompagnée d'un livre ou des tables de la loi ; parfois avec un serpent. Ces images sont-elles aptes à représenter la justice internationale ? Tout va dépendre des significations de ces différents attributs. C'est pourquoi nous nous attacherons à en donner une première analyse à partir des significations les plus généralement admises (A) et (B). Dans un second temps, nous nous interrogerons, à partir de certains des dons d'œuvres d'art effectués par les Etats aux différentes juridictions internationales sur la représentation de la justice internationale (C). Enfin, nous aborderons, d'une part, le rôle de la caméra dans le prétoire international comme outil de mémoire et peut être plus [668] (D) et, d'autre

667. Voir Hayaert, *An Anatomy of Lady Justice*, à paraître, CUP, 2019. Nous tenons à remercier très sincèrement Valérie Hayaert pour les échanges fructueux que nous avons eus avec elle au cours de la préparation de ce chapitre.

668. Nous n'aurons pas le temps d'étudier la représentation de la justice internationale à travers des œuvres de fiction, notamment cinématographiques. Nous renvoyons au travail effectué par Nathalie Goedert, et le site qu'elle anime IMAJ, www.Imaj.hypotheses.org.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

part, la représentation de la justice dans quelques exemples tirés des arts vivants (E).

A. La symbolique traditionnelle de la justice

309. Nous empruntons à M. Sbriccoli [669] l'idée selon laquelle l'allégorie de justice n'est ni décorative ni accessoire, mais correspond au contraire à la justice pratiquée au moment de la création de l'allégorie et à l'évolution du droit à cette même époque. L'évolution des attributs de la justice atteste des développements de cette pratique et des interrogations de politique judiciaire du moment. L'image, dit-il, est verbe, d'autant plus importante que la vaste majorité des populations est illettrée et a besoin des images pour comprendre l'importance et le rôle de la fonction qui fait l'objet de l'allégorie. Ceci est parfaitement transposable aujourd'hui pour notre interrogation sur la représentation du tiers impartial et indépendant et celle de la justice internationale.

310. Contrairement à ce que pourrait faire penser « la dame à la balance » [670], le juge, de tout temps, et le juge international ne fait pas exception, est rarement une femme [671]. Nous verrons cela dans le chapitre suivant. Pour l'heure accompagnons cette allégorie pour en mieux comprendre l'évolution. La femme semble donc représenter la justice. Déesses du monde grec, les vertus sont toujours représentées sous les traits de personnages féminins. Thémis [672] symbolise la Force, la Prudence, la Vérité, la Raison, la Science, la Religion, même, … tandis que le Crime, la Malignité, la Fourberie, tentent en vain d'échapper à ses coups [673].

---

669. M. Sbriccoli, « La Triade, le bandeau et le genou », *Crime, Histoire & Sociétés /Crime, History & Societies,* volume 9, n° 1, 2005, à la p. 3.

670. C'est ainsi que Robert Jacob nomme la représentation de la justice, dans *op. cit. supra* note 612 p. 219. Sur l'allégorie de la justice, voir notamment, C.-N. Robert, *Une allégorie parfaite. La justice, vertu, courtisane et bourreau,* Genève, Georg, 1993.

671. Quatre femmes seulement, jusqu'à aujourd'hui, ont été nommées à la CIJ, dont trois sont en poste en 2018. Dame Rosalyn Higgins a été la première (1995) et longtemps la seule femme au sein de la Cour. Elle fut élue Présidente en 2006 et termina son mandat en 2009. La juge Xue Hanqin fut élue en 2010. En 2018 elle est élue Vice-Présidente. La juge Joan E. Donoghue est élue en 2010. La troisième et dernière femme élue en date est la juge Julia Sebutinde, élue en 2012. On note que de tous les juges *ad hoc* en fonction en 2018, il n'y a aucune femme. Il y en a quatre seulement durant toute l'histoire de la CIJ. Sur la diversité au sein des juridictions internationales, cf. *infra*, chapitre 7.

672. Thémis, la déesse de la loi et de la justice, est fille d'Ouranos et de Gaïa (le ciel et la terre). Epouse de Zeus, auprès de qui elle siège dans l'Olympe, elle engendre une des Heures, Diké, et Astrée chargée de diffuser parmi les hommes les sentiments de Justice et de Vertu.

673. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612, p. 241.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

311. Cette femme possède de nombreux attributs (cf image n° 10) qui ont évolué avec le temps et dont la symbolique a également évolué. C'est au XIII^e siècle que certains auteurs placent l'apparition de la balance [674]. Pourtant l'attribut de la balance est attesté sous l'Empire romain, règne de Tibère, en l'an 22 ou 23 de notre ère. Certes, la première monnaie qui y fut frappée, semble-t-il une pièce de deux as, à l'effigie de la justice, ne représentait pas de balance. La dame à qui Livie, veuve d'Auguste et mère de l'Empereur, avait prêté ses traits, était représentée en tête, de profil et sans attribut particulier. Seule la légende *Justitia* permettait de l'identifier [675]. C'est vers l'an 80 que les Empereurs Vespasien et Titus firent graver, au verso des monnaies les représentant, l'image d'*Aequitas* sous la forme d'une femme tenant une balance, parfois appuyée sur un long bâton et portant une corne d'abondance [676]. Même en Grèce, si Thémis ou Diké avaient pu être représentées par des femmes, jamais celles-ci n'étaient affublées d'une balance alors même qu'il a été prouvé que la balance à deux plateaux a été utilisée dans certains rituels judiciaires [677]. En revanche Robert Jacob explique qu'il convient de privilégier les sources égyptiennes datant de la IV^e dynastie dans lesquelles l'âme des morts est pesée au jugement dernier. Anubis, Dieu des morts, accompagné de la déesse Maât, soupesait les cœurs des défunts sur un plateau pour révéler leur pureté (cf. image n° 9). Lorsque leur poids était inférieur à celui de la plume que la déesse déposait sur l'autre plateau de la balance, le jugement leur était favorable et la vie éternelle leur était accordée. C'est pourquoi la déesse Maât est représentée avec une plume surplombant sa coiffure ainsi que le montre la statue offerte à la CIJ par la République d'Egypte en 2006. Dans les religions du livre, la balance représente le jugement ultime. Job, personnage de la Bible dont l'histoire pose le problème du mal qui s'attaque au juste, exprime ainsi sa demande de justice devant Dieu : « Qu'il me pèse dans la balance de la justice et qu'Eloah connaisse ma perfection. » [678] Dans le vocabulaire moderne, on a inversé le sens de la pesée puisque le plaideur qui a raison est celui

674. Ch.-N. Robert, « La justice dans les lieux publics. Un message ambigu (XVI^e et XVII^e siècles) », à paraître aux *Cahiers de la Justice* 2019 dans un numéro spécial intitulé « Bien juger ».
675. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612, p. 220.
676. *Ibidem*.
677. *Ibidem*, citant l'Iliade à partir d'études menées dans les années 1990. Athena, la déesse de la Raison, est souvent considérée comme celle qui institue la justice humaine.
678. Ancien Testament, La Pléiade, Livre de Job, XXXI, 6.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 9. Statue de la déesse Ma'at, offerte en 2006 à la Cour internationale de Justice par la République arabe d'Egypte, représentée par Son Excellence M. Ahmed Fathalla, ambassadeur d'Egypte aux Pays-Bas, aile des juges, Palais de la Paix, La Haye, reproduite avec l'aimable autorisation de la Cour.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dont les arguments pèsent le plus lourd [679]. Cependant, comme le dit fort bien Robert Jacob, Maât ne permet pas de comprendre l'allégorie de la justice que nous connaissons car, dans l'iconographie égyptienne, Maât ne rend pas la justice elle-même. Elle fournit l'aune du juste mais c'est Osiris qui rend la justice [680].

312. L'allégorie de la Justice peinte par Giotto pour la Chapelle des Scrovegni à Padoue montre une femme assise les deux pieds bien plantés dans le sol, genoux écartés pour l'équilibre, revêtue d'une longue robe et d'un long manteau, dont les deux mains, à égale hauteur, portent les plateaux de la balance et semblent s'assurer qu'elle restera équilibrée. La balance elle-même, à peine visible, est suspendue par le fléau à l'aide d'un fil très fin qui disparaît dans le plafond de la chapelle qui l'entoure. Cela fera dire à un auteur que la justice des Scrovegni ne pèse pas, car la personne qui pèse doit tenir la balance. Celle-ci se transfigure donc en équité [681]. Une autre allégorie de la justice dans laquelle la balance ne pèse pas est celle représentée par Lorenzetti, pour la salle du Palazzo pubblico de Sienne, dans l'ensemble appelé « le bon gouvernement ». La Fresque est commandée et payée entre 1338 et 1339 par la Commission des Neuf qui gouvernait Sienne à l'époque. C'est Sapienza, figurée en haut de la fresque, au-dessus de la justice, qui tient la balance en équilibre entre les plateaux desquels se tient Justice. En dessous de Justice se tient Concordia [682] qui tient le fil issu de la justice et un grand rabot destiné à aplanir les rugosités de la justice. Le tout est complété par une inscription : *« Diligite justitiam qui judicatis terram »* (Aimez la justice, vous qui êtes juges de la terre [683]).

---

679. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612, à la p. 221.

680. *Ibidem*, p. 222. Une autre explication permet de comprendre que la Maât est principe de vie car elle est principe d'ordre ;

> « en tant que principe de vie, elle est un principe de vérité ; et en tant que principe de vérité, elle est un principe de justice – une justice à la fois cosmique, sociale et individuelle. Lorsqu'il était attendu du roi qu'il 'amène la Maât et repousse l'ifset', c'était ce souci de la culture dans l'ensemble des actes d'administration, de politique, et de guerre attachés à sa fonction »,

L. de Sutter, *Après la loi,* PUF, 2018, p. 195. Et p. 202, il poursuit :

> « On comprend pourquoi, malgré son caractère à première vue peu technique, la Maât, dans l'Egypte ancienne, constitua aussi le principe gouvernant la fonction de juger au sens traditionnel du terme : celui de la juridiction. Il était attendu des juges qu'ils se conformassent à elle, au sens où leur travail ne consistait pas à appliquer une règle à un cas, mais à vérifier que le principe de solidarité eût qualifié la situation de fait qu'ils avaient à examiner. »

681. M. Sbriccoli, *op. cit, supra* note 669, au n° 25.

682. Il s'agit donc d'une triade comme le dit M. Sbriccoli.

683. On cite ici le début du livre « La Sagesse de Salomon », Ancien testament, *La Bible*, La Pléiade, p. 1654.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

313. La très grande majorité des justices représentées avec une balance, contrairement à celle de la chapelle des Scrovegni, montre Justice tenant la balance de telle manière qu'elle puisse procéder à la pesée [684]. Pour ce faire la balance doit être tenue par le milieu, ainsi que le décrit Homère dans l'Iliade : « Mais quand Hélios fut parvenu au faîte de l'Ouranos, Zeus étendit ses balances d'or … Il éleva les balances, les tenant par le milieu, et le jour fatal des Akhaiens s'inclina … » [685] Un auteur [686] s'interroge sur le fait qu'au XVI[e] siècle, les marchandises ne se pèsent pas mais se mesurent, les balances étant réservées aux professions d'orfèvres, de changeurs, de prêteurs. Il se demande ainsi pourquoi la justice est affublée à cette époque encore d'une balance de changeur. Il nous semble que l'image reflète la précision et la délicatesse que ces pesées devaient revêtir puisque, parfois, ce n'était que de fines feuilles de métal qui seraient pesées. N'est-ce pas alors le plus beau symbole pour dire combien la justice doit être pesée au plus près, dans tous les détails, même les plus menus ? C'est le symbole de l'équilibre, de l'harmonie, de l'ordre qui doivent être les apanages de la justice. Lorsque la justice est symbolisée avec des plateaux n'étant pas à la même hauteur, elle peut être prise comme une critique de l'auteur de l'œuvre sur une justice qui oublie l'équité et l'équilibre. En France, dans la période contemporaine, l'architecte ayant construit le nouveau Tribunal de Paris, Renzo Piano, a dessiné une balance qui n'est pas

> « parfaitement symétrique et rappelle ainsi que la justice est une œuvre humaine, décrypte l'architecte Stefano Marrano, associé de Renzo Piano. Quelque chose d'aérien s'en dégage. Elle s'accorde avec le sens même du moment judiciaire qui est une suspension du temps ordinaire [affirme Antoine Garapon] » [687].

Ce déséquilibre montre que l'œuvre de justice est de plus en plus difficile dans un monde complexe et polymorphe et en constante mutation. C'est le Moyen Age qui fait de la balance l'attribut le plus fréquent de la justice à laquelle s'ajoute le bandeau, le glaive (plus rare jusqu'au

684. V. Hayeart nous a fait remarquer que seules les justices tenant la balance entre le pouce et l'index peuvent mener la pesée. C'est une question de pure règle physique. C'est la seule prise qui permette l'exactitude de cette pesée.

685. Homère, L'Iliade, chant VIII, pub. Atramenta, 2011, disponible sur Internet, visualisé le 15 juillet 2018.

686. Ch.-N. Robert, *op. cit, supra* note 674, p. 15 du manuscrit.

687. Journal *La Croix*, 10 avril 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 10. Dessin représentant Thémis aves les principaux attributs généralement associés à Justice, créé par Alexandre Senegacnik pour ce livre et reproduit avec l'aimable autorisation de l'artiste.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

XV^e^ et XVI^e^ siècles dans lesquels le port de l'épée se généralise [688]), parfois le miroir.

314. Le bandeau n'apparaît qu'au XV^e^ siècle (entre 1495 et 1530) [689], alors même qu'une monnaie romaine représentant *Justitia* la montre déjà les yeux bandés. Aucune représentation de Thémis, les yeux bandés, ne nous est parvenue et les historiens du droit et de la justice n'attestent pas de cette antériorité. Ch.-N. Robert situe aux alentours de 1530 l'apparition du bandeau en Europe [690], alors même qu'il mentionne un égyptologue du XIX^e^ siècle, J. G. Wilkinson, qui découvre en Egypte une figure de justice aux yeux clos (la justice de Ma) [691].

315. Sa signification est sujette à controverse [692]. Pour Ch.-N. Robert, cette représentation de la justice aveuglée possède deux filiations : l'une satirique, l'autre savante. La première date de 1494 quand Sébastian Brant fait paraître *La nef des fous* [693] dont une des gravures représente un fou bandant les yeux de la justice. La vignette qui accompagne la gravure proclame : « Aux fous, je veux carder le poil, qui font des querelles d'enfants et croient tromper la vérité. » [694] Est-ce à dire alors que la justice ne doit plus voir qui elle juge ? Qu'ainsi aveuglée, sa balance sera vraiment équilibrée ? Que dans l'ignorance du statut des plaideurs, elle sera vraiment impartiale ? Que ce faisant elle ne sera guidée que par la raison [695] ? C'est certainement l'interprétation dominante. La justice doit être rendue objectivement, sans faveur, ni crainte, ni parti pris, indépendamment de l'identité des parties, de leur

688. Le glaive est alors le plus souvent brandi vers le ciel et prend probablement la signification de la force de l'autorité publique attestant que la force privée est interdite, cf. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612, p. 225.

689. R. Jacob*, op. cit. supra* note 612, p. 244.

690. Ch.-N. Robert, *op. cit. supra* note 674, p. 7 du manuscrit, il cite comme source E. Panofsky, *Studies in Iconology,* Harpers and Row, 1972.

691. Voir aussi, P. Goodrich et V. Hayaert, *Genealogies of Legal Vision,* Routledge, 2015, à la p. 218.

692. Deux auteurs rappellent que les textes bibliques et classiques interdisent d'utiliser les animaux aveugles pour des sacrifices. De la même manière, les personnes aveugles se verraient refuser la porte du paradis. J. Resnik et D. Curtis, « Epistemological Doubt and Visual Puzzles of Sight, Knowledge and Judgment : Reflections on Clear-Sighted and Blinfolded Justices », dans P. Goodrich et V. Hayaert, *Genealogies of Legal Vision,* Routledge, 2015, à la p. 207. V. Hayaert revient sur ces controverses dans « The Paradoxes of Lady Justice's Blindfold », dans S. Huygebaert *et al.*, *op. cit. supra* note 663, p. 201 ss.

693. S. Brant, *La nef des fous,* traduction publiée en facsimilé par J. Corti édition, 1997. Sbriccoli situe à cette date l'apparition du bandeau et considère donc qu'il s'agit immédiatement d'une critique envers la justice, bien reçue et donc propagée par le peuple qui devant être mécontent de ses juges (*op. cit. supra* note 669, au par. 60.

694. Traduction de l'Allemand, *ibidem* p. 225.

695. Interprétation de Jacques Gouthière (1618) citée par V. Hayaert, *op. cit. supra* note 663, p. 215.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

influence et de leur puissance. Cette signification sera reprise par les commanditaires des fontaines de justice qui ornent certaines villes suisses au moment où la réforme va éclore contre l'ordre établi, si bien que ces commanditaires, lettrés pour la plupart (et c'est l'origine savante), qui sont au fait des images égyptiennes, donnent à voir leurs espoirs dans une justice qui saura porter des jugements équitables dans la bataille qui s'annonce. Toutefois, la cécité est parfois donnée comme métaphore de la perte de la sagesse [696]. La justice aveugle est ainsi, plus tardivement certes, interprétée de manière négative comme une justice ignorant les réalités de la vie et incapable de s'adapter aux besoins des populations [697]. Elle donne lieu à une représentation double, l'allégorie avec deux visages, l'un aux yeux ouverts, l'autre aux yeux bandés [698]. Tout cela ne doit pas être confondu avec une autre représentation, cette fois d'un œil éclairé, grand ouvert porté en pendentif ou directement sur le plexus ou sur le buste de la justice [699]. Cet œil est, en fait, un œil symbolique et intérieur qui « voit » sans voir car il s'agit d'une vision spirituelle ou morale. Cette image n'est donc pas incompatible avec la justice aux yeux fermés ou bandés, elle en est même le complément indispensable [700]. On remarque que cet œil intérieur, appelé « Œil de la Providence » apparaissait sur le premier emblème de la CPA, entouré de nuages pour symboliser le caractère surnaturel de la justice et son inaccessibilité aux hommes [701]. De cet œil, derrière les nuages percent des rayons de soleil qui doivent « éclairer » ceux qui rendent

696. M. Sbriccoli, *op. cit. supra* note 669, par. 58.

697. M. Sbriccoli explique que lors de l'apparition de la gravure du mauvais tribunal *(Tribunal of fools)* où l'on voit cinq juges portant bonnets de fou et bandeau, Charles Quint avait adopté la Carolina, réforme du droit pénal substituant un procès inquisitoire et des juges formés au droit romain (considéré comme un droit étranger) en remplacement d'une procédure locale ou coutumière plus accusatoire dont les juges n'avaient pas beaucoup de science (par. 62 et 63). Cette image est reprise par J. Resnik et D. Curtis, *op. cit. supra* note 630, à la p. 212.

698. Sbriccoli reproduit cette allégorie en marge du par. 67.

699. Une très belle représentation de cet œil intérieur se voit sur une œuvre de 1739 intitulée *Allegoria della Giustizia trionfante sull'Ingiustizia per la solenne entrata dell'arcivescovo Stampa in Milano*, où Justice porte non seulement l'œil en sautoir, mais celui-ci est aussi représenté sur le bâton de justice qu'elle tient de la main droite. Œuvre reproduite, dans A. Cascetta et D. Zardin (dir. publ.), *Giustizia e iniustizia a Milano fra Cinque e settecento,* Biblioteca Ambrosiana, Bulzoni Editore, 2016, encart aux p. 686-687.

700. V. Hayaert rapporte ce qui suit : « … the blinfold aims to clarify knowledge. It prevents the use (of) falso judgment and keeps justice's reason free of bad influences : it indicates that justice is a matter of inner conscience », dans *op. cit. supra,* note 663, à la p. 215.

701. Pour une explication de la symbolique de cet « œil », y compris quand il est placé sur la poitrine du roi, voir P. Goodrich, *op. cit. supra* note 691, à la p. 65.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la justice [702] et combattre les nuées sombres desquelles procèdent des éclairs contre lesquels la justice doit ainsi se battre. Ces rayons de soleil ne sont pas sans rappeler la devise inscrite sur le sol de l'entrée du Palais de la Paix, ainsi que nous l'avons dit au chapitre précédent. Mais, ce troisième œil nous rappelle aussi que ce qui est visible n'est pas ce qui est le plus significatif [703]. L'œil de l'âme est celui qui perce à jour l'être profond des individus qui sont jugés.

316. Mais la justice est aussi parfois représentée avec deux visages l'un dont le regard est aveuglé par un voile ou bandeau, l'autre avec les yeux ouverts [704]. On note que dans cette allégorie, le visage qui regarde est tourné vers le glaive alors que le visage aux yeux bandés est tourné vers la balance. Sa signification exacte demeure controversée [705]. Il vient mettre un terme à l'échange des regards qui, jusque-là apparaît entre la justice et les autres personnages représentés dans les images, sans que l'on sache très bien si ce voile renforce la puissance dont doit faire preuve la justice, signe son indépendance plus grande vis-à-vis des contingences de la fonction ou une meilleure allégeance aux inspirations spirituelles et donc le lien entre justice et religion. Le voile peut aussi signifier que la justice est impartiale en ce qu'elle ne juge pas par rapport aux apparences ou ne se laisse pas influencer par les images qui peuvent troubler sa réflexion, mais demeure attentive au monde [706]. Dans l'opinion commune des justiciables du monde contemporain, en tout cas, il est souvent assimilé à l'aveuglement de la justice qui corrobore les critiques qui lui sont adressées de ne pas être en harmonie avec l'évolution de la société, notamment. Dans un sens plus favorable, il symbolise la neutralité que doit strictement respecter le juge en ce sens qu'il ne doit tenir compte d'aucune des caractéristiques du justiciable et doit juger les actes et seulement les actes sans tenir compte de la richesse ou de l'indigence de celui (celle) qui est jugée. La littérature foisonne d'exemples de juges plus ou moins influencés par de telles particularités. Une caricature du XIX[e] siècle, représente la justice avec le visage d'un juge masculin à perruque, mais

---

702. Voyez les explications *infra* par. 328 et note 731.

703. P. Goodrich, *op. cit. supra* note 691, à la p. 72. En marge du texte, l'auteur montre une gravure du XVI[e] siècle dans laquelle la justice aveuglée porte un troisième œil au centre du front.

704. Frontispice de J. de Damhoudere, *Praxis rerum civilium,* Anvers 1567, Bibliothèque nationale, Paris, reproduit et explicité par R. Jacob, *op. cit. supra* note 612*,* p. 230.

705. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612*,* p. 234 ss.

706. Cette interprétation est donnée par C. Douzinas et L. Nead, *op. cit. supra* note 603, p. 12

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

un corps de femme, dont l'un des yeux seulement est bandé, l'autre posant un regard concupiscent sur l'argent qui est placé par une main inconnue dans la main de la justice qui s'ouvre derrière son dos, alors que l'autre main tient la balance de la justice dont l'un des plateaux soutient l'honneur (très léger) et l'autre plateau soutient une grosse bourse d'argent beaucoup plus lourde que l'honneur [707].

317. La justice est également représentée portant un glaive ou une épée. Il semble que l'apparition du glaive date du XIV[e] siècle [708], au moins en Italie, dans un contexte d'insécurité sociale, la justice devenant surtout une justice pénale destinée à garantir la paix publique. On note d'abord que la représentation du glaive varie assez drastiquement d'une figure à l'autre. Il existe un invariant, cependant. Le glaive est sorti de son fourreau, pour symboliser le fait que la justice n'est jamais achevée, l'épée ne pouvant être au repos à aucun moment. Le glaive est associé à la force sans laquelle la justice est démunie ainsi que le dit Jacques Derrida [709]. Le juge tranche entre les prétentions des parties. Il est d'ailleurs à double tranchant, signifiant ainsi qu'il peut frapper n'importe laquelle des parties au litige. La décision qu'il rend est exécutoire et met fin au litige. Dans la mythologie grecque, l'épée est l'un des attributs de Némésis, déesse de la bonne vengeance. Ce serait alors la vengeance de la société contre celui ou celle qui trouble l'ordre social. Mais certaines représentations montrent le glaive enchâssé dans un livre, signifiant que la force du verbe l'emporte sur la violence de l'épée [710]. La justice de Salomon en est peut-être un exemple. Figure biblique bien connue, le glaive dont Salomon menace les deux mères du nouveau-né qu'elles se disputent, finalement ne servira pas en pratique puisque la sanction imaginée par le Roi n'est pas mise en œuvre concrètement, tant elle est inique. Par le seul verbe et la menace qu'il profère, le roi parvient à départager la vraie mère de l'usurpatrice, cette dernière restant muette devant la menace de la sanction alors que la vraie mère est prête à renoncer à l'enfant pour le voir vivre.

---

707. L'image de cette caricature est reproduite par C. Douzinas et L. Nead, *op. cit. supra* note 603 p. 198.

708. M. Sbriccoli, *op. cit. supra* note 669, par. 40 ss.

709. J. Derrida, « Force of Law : The "Mystical Foundation of Authority" », dans D. Cornell, M. Rosenfeld et D. Gray Carlston (dir. publ.), *Deconstruction and the Possibility of Justice,* Routledge, 1992, p. 5 cité par C. Douzinas *et al.*, *op. cit. supra* note 603.

710. P. Goodrich, « The Evidence of Things not seen », dans P. Goodrich, *op. cit. supra* note 691, à la p. 58.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

318. Le glaive est tenu parfois la pointe en bas, parfois levée vers le ciel. Le glaive orienté vers le ciel, outre le rappel de la source divine de la justice, indique qu'il ne sait où il va porter son coup. Tout est possible. Cela rejoint le bandeau, double aveuglement de la justice. Lorsqu'il pointe vers le bas, il symbolise l'ancrage terrestre de la justice et son pragmatisme. Il n'en demeure pas moins que le glaive apparaît souvent d'une lourdeur disproportionnée par rapport au corps de la justice, souvent frêle, en tout cas, élancé. Il symbolise la force de la justice, son pouvoir de « trancher », c'est le cas de le dire, de faire la part entre ce qui est juste et injuste, bon ou mauvais. Il est à double tranchant, signifiant qu'il peut rendre une décision en faveur ou en défaveur de n'importe quelle partie au litige. Il rejoint ainsi la balance aux plateaux à égale hauteur. Cela peut aussi signifier le pouvoir de faire exécuter les décisions prises. Mais nul mieux qu'Edmond Giscard, lors de la réception de son épée d'Académicien, n'a pu en définir la symbolique :

> « Elle a servi jadis au combat, mais aujourd'hui elle sert surtout à incarner ce qui est irréfutable, ce avec quoi on ne transige pas. Elle est ce qui est droit, simple, direct, sans détours. Elle est la représentation de toutes les qualités qui nous obligent à penser juste … »[711]

Qui ne pourrait être fier de l'avoir dans ses attributs professionnels, alors qu'il semblerait que ce soit la balance, symbole des comptables et des merciers, qui l'ait supplantée au sein du monde judiciaire.

319. Valérie Hayaert nous fait remarquer que le double port de la balance et du glaive par la même personne atteste que la justice est ambidextre. Nous en déduisons que ceux qui créent cette double allégorie veulent montrer une puissance, un talent et une capacité hors du commun. Pour s'assurer que la balance sera maintenue stable et les plateaux en équilibre, la justice la tient généralement avec le pouce et l'index, seul geste permettant d'assurer une parfaite stabilité. Elle empoigne le glaive qui paraît bien lourd et difficile à manier.

320. D'autres attributs y sont parfois ajoutés (ou parfois remplacent l'un ou l'autre). Il arrive en effet qu'au lieu du glaive, Justice tienne les tables de la loi, ou que son pied repose sur un livre ou que la balance

711. Discours d'investiture à l'Académie des sciences morales et politiques rappelé par Jean Cazeneuve, vice-président de l'Académie des sciences morales et politiques de France, lors de la séance du 18 octobre 1982, à l'occasion du décès de Edmond Giscard d'Estaing, *Revue des sciences morales et politiques*, 1982, n° 4, p. 727.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

soit elle-même représentée sur un livre ouvert [712]. Les tables de la loi symbolisent l'origine divine de la justice. On retrouve ici la double appartenance de la justice symbolisée par Thémis [713] et Diké que nous signalions dans le chapitre précédent. C'est à la Bible hébraïque que se rattache le symbole des Tables de la Loi, définies par les livres de l'Exode et du Deutéronome comme des tables en pierre sur lesquelles Dieu a gravé les Dix Commandements remis à Moïse [714]. Les tables furent ensuite placées dans la légendaire Arche d'alliance qui trôna pendant de nombreuses années dans le Temple de Salomon à Jérusalem. Depuis l'Antiquité, les premiers accords politiques et militaires entre les puissances de l'ancien Orient étaient établis sur des tables en pierre installées dans les temples religieux correspondants afin qu'ils puissent être lus à tout moment par tous. Paradoxalement, les Tables de la Loi ne sont pas rejetées comme les autres symboles religieux par les révolutionnaires de 1789 en France. C'est probablement le terme de « Loi » qui a séduit les révolutionnaires. Le message dont ils souhaitaient se faire porteurs se fondait sur une loi juste et égale pour tous, par opposition à l'arbitraire royal. Ainsi, dans certaines images que l'on trouve dans les palais de la justice en France, mais aussi dans d'autres lieux publics où la République se donne à voir (mairies notamment), la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adoptée le 26 août 1789, est représentée comme inscrite sur des Tables de la loi. Exemple probant, l'emblème des Tables de la Loi figure parmi les ornements de la Cour de cassation ; dans la Chambre du Conseil, la salle d'audience ainsi que l'atrium des premiers présidents ou le vestibule d'entrée du public. Dans les allégories de la justice plus récentes, les tables de la loi sont transformées en livre, en tout cas pour les pays de tradition civiliste. Ce livre symbolise la sécularisation de la justice et l'usage des codes, et donc de la loi, comme base solide de l'acte de juger.

321. Parfois, la justice est représentée le genou [715] dénudé. Ce n'est que récemment que les commentateurs se sont intéressés à ce genou. Les écrits antiques matérialisaient le genou comme l'attribut corporel de

712. C'est le cas de la statue d'angle du tombeau des ducs de Bretagne dans la Cathédrale de Nantes, en France. C'est aussi le cas de l'emblème de la CJUE.

713. Thémis, première épouse de Zeus, fille de Gaia (la terre) et Ouranos (le ciel) survit au combat des Titans et des dieux. Jamais la justice ne périra.

714. Cette idée est tirée de la notice explicative publiée par le ministère de la Justice français sur son site Internet (visualisé le 10 août 2018).

715. Voir aussi le portrait de Carlo VI, Duomo de Milan, œuvre reproduite dans A. Cascetta et D. Zardin (dir. publ.), *Giustizia e iniustizia a Milano fra Cinque e settecento*, Biblioteca Ambrosiana, Bulzoni Editore, 2016, p. 707.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la piété, de la magnanimité et de la clémence du puissant : à chaque fois que l'on appelait au secours ou que l'on implorait la pitié, on enlaçait les genoux du puissant à qui l'on demandait protection. Réadaptée par la liturgie romaine, la symbolique refait son apparition à la Renaissance pour connaître son âge d'or sous les monarchies absolutistes des XVI^e^ et XVII^e^ siècles. En effet, l'iconographie royale s'est mise à représenter les souverains avec une jambe découverte pour exprimer à la fois la force, la puissance et la mansuétude royale. La position du genou est une marque de pouvoir. Le portrait de Louis XIV, par Nicolas-René Jollain, conservé au Musée de Versailles, est, pour une française, l'image la plus connue. Seule la jambe droite, dénudée jusqu'en haut du genou, est visible, d'autant plus que, gainée de blanc, elle est le point d'attraction de toute la toile puisqu'elle attire la lumière. Dans la toile de Sebastiano Ricci [716] explicitée dans le chapitre 3 sur la médiation, François I^er^ est représenté la jambe gauche dénudée jusqu'en haut du genou. Le genou est un motif de majesté, le garder immobile, sans qu'il ne tremble, est un signe de résolution et de courage [717]. Le plier est un signe d'humiliation, mais aussi d'humilité. M. Sbriccoli fait le lien avec la clémence en ces termes :

> « C'est vers les genoux du puissant que l'on se dirigera, donc, si l'on doit demander, supplier, implorer, parce que l'endroit où réside la force est aussi nécessairement celui auquel il faudra recourir pour obtenir la clémence. » [718]

On dit alors que ce genou dénudé est le « genou d'équité ». La Justice se veut donc réceptive au malheur humain.

322. Il est plus rare que la justice soit elle-même représentée tenant la main de justice, sceptre surmonté d'une main. Celle-ci, en effet, est en France, du XIII^e^ siècle jusqu'en 1792, l'emblème du pouvoir judiciaire des rois, pouvoir conféré par Dieu. La main est ouverte vers l'extérieur signe de confiance, de paix et de concorde. Le pouce symbolise le roi lui-même, l'index la raison et le majeur la charité. La foi catholique est représentée par l'annulaire et l'auriculaire. Les deux derniers sont repliés sur la main ouverte, symbole de paix. On trouve cette main avec le sceptre royal sur la porte d'entrée du Grand Appartement du Roi au château de Versailles et dans de nombreux tableaux des rois de France. Napoléon I^er^ en fera lui-même un des attributs de son sacre. C'est cette

716. Cf. *supra* image n° 4.
717. M. Sbriccoli, *op. cit. supra* note 669, au par. 84.
718. *Ibidem*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

main dont une partie de la paume est transformée en colombe que Le Corbusier représente par une sculpture monumentale dans la ville de Chandigarh, alliant ainsi justice et paix.

323. Le serpent est également plus récent. Il symbolise le vice. La plupart du temps, Justice le foule au pied, sauf lorsqu'il devient le centre de l'allégorie pour signifier la bataille inégale du vice et de la vertu comme dans cette allégorie montrée sur la couverture d'un livre consacré à l'impartialité et l'indépendance de la justice. Pour Robert Jacob, le serpent associé au miroir symbolise la science qui éclaire la justice [719].

B. La justice internationale peut-elle s'approprier les attributs traditionnels de la justice ?

324. Aucune allégorie de la justice, que l'on va appeler « classique » pour la facilité de langage, n'a été reprise jusqu'à maintenant par la justice internationale. Le visiteur qui pénètre dans les lieux de la justice internationale serait bien en peine de trouver une quelconque allégorie de la justice au sens où nous l'avons décrite dans la section qui précède. Lorsqu'il pénètre au Palais de la Paix, à part la rose des vents dont nous avons parlée avec la maxime *Sol Justitia Illustra Nos*, il est accueilli par une allégorie de la paix qui orne le hall d'entrée. Certes, il trouvera deux représentations de la justice sur les plafonds du hall d'entrée, d'une part, et d'une petite salle de réunion d'autre part. Mais ce sont des images qu'il faut rechercher car elles ne s'offrent pas facilement au regard. De plus, il faut un visiteur très averti pour savoir que la devise *Sol Justitia Illustra Nos* fait référence à Platon qui pensait que rien ne peut échapper à l'œil de la justice éclairé par les rayons du soleil [720] et donc clairvoyant.

325. Dans la grande salle d'audience, les juges écoutent, réfléchissent et jugent sous le regard de l'allégorie de la paix peinte par Albert Besnard (1849-1934), offerte par la France (cf. image n° 11). L'intitulé du tableau de Besnard est ambigu. Il est généralement désigné comme « La paix par la justice » [721]. Cependant, la notice de

719. R. Jacob, *op. cit. supra* note 612, p. 238.

720. C. Ripa et J. Baudoin, *Iconologie ou Explication Nouvelle de Plusieurs Images, Emblèmes et autres Figures Hiéroglyphiques des Vertus, des Vices, des Arts, des Sciences, des Causes naturelles, des Humeurs différentes et des Passions humaines,* tome II, Paris, Matthieu Guillemot, 1643, p. 56, cité par V. Hayeart, « Allégories de Justice », *Imaj-hypotheses.org*, 2015.

721. J. Eyffinger, *op. cit. supra*, note 602, p. 159.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

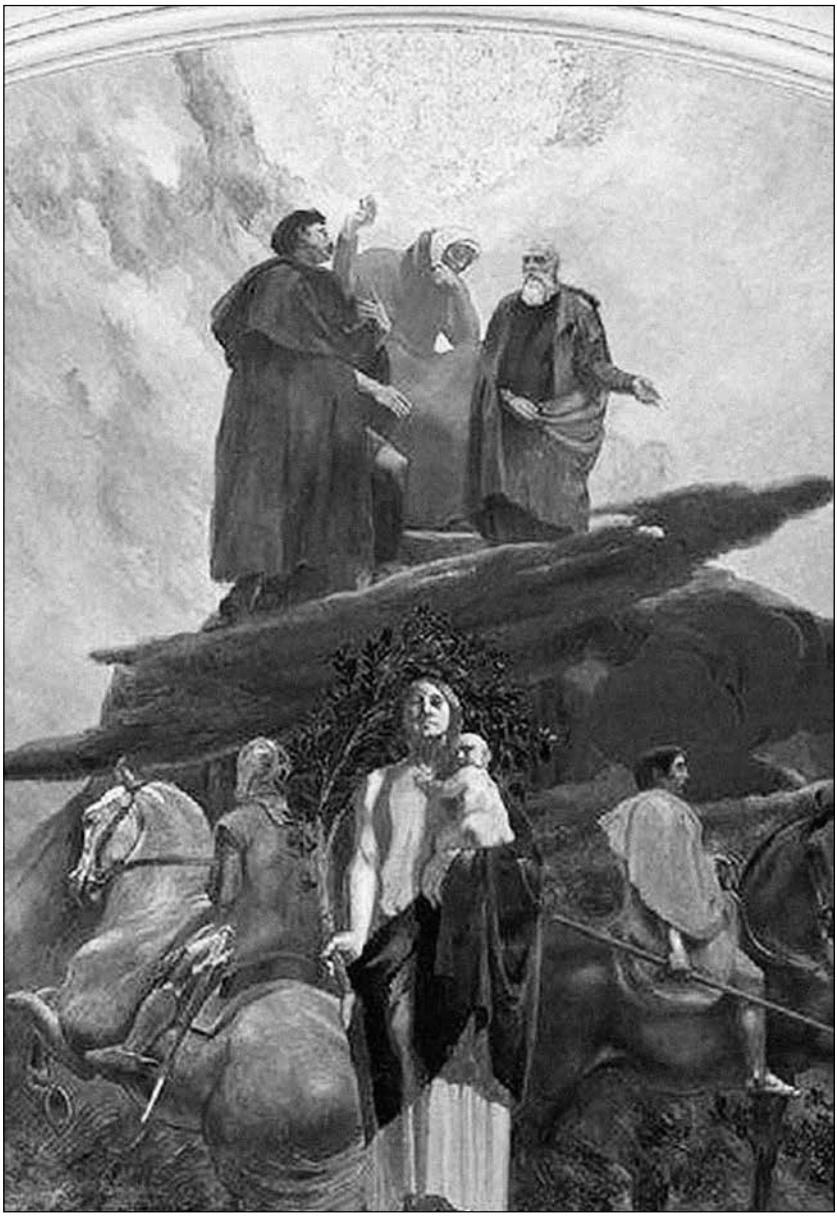

Image 11. Albert Besnard, La paix par la justice, huile sur toile, 1912, don de la France au Palais de la Paix, grande salle de justice, reproduite avec l'aimable autorisation du Palais de la Paix et de la Fondation Carnegie.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'œuvre par le Musée d'Orsay à Paris, donne un autre titre pour une étude préparatoire de 1912 [722] : « La paix par l'arbitrage. » [723] Ce dernier titre est probablement le titre original donné par l'artiste, compte tenu de la date de l'œuvre (1914) et du fait qu'elle était destinée au Palais de la Paix construit pour la CPA. Toutefois, comme l'œuvre n'a pas pu être livrée du fait de la survenance de la guerre et qu'elle ne sera installée qu'en 1926, date à laquelle la CPJI existait et siégeait dans le grand hall de justice, l'œuvre a changé de nom sans que l'on sache qui, de l'artiste ou des commanditaires, a été à l'origine de ce changement. L'interprétation de l'œuvre prête aussi à confusion, car elle a été remaniée par l'artiste entre le dessin préparatoire de 1912 et l'œuvre finale de 1914. Elle se lit de haut en bas. Dans l'empyrée, la balance de la justice apparaît clairement dans le dessin de 1912, mais a été effacée dans l'œuvre finale sans que l'on sache pourquoi. Pourtant, comme le dit Henry Cochin dans son exégèse, sans la Justice il n'y a point de paix [724]. Ensuite vient la partie la plus évidemment remaniée. Sur un tertre (1912) ou plutôt une large pierre traversant presque l'intégralité du tableau (1914), se tiennent trois personnages. Le personnage central, réflexif dans les deux œuvres, est vêtu de rouge et pourrait donc symboliser un arbitre ou un juge [725]. Les deux autres personnages sont profondément différents d'une œuvre à l'autre. Dans l'œuvre de 1912, le personnage de gauche, relativement jeune et fort, se tient debout dans une attitude agressive, prêt à se servir du glaive qu'il tient fermement de sa main droite. Le personnage à droite, beaucoup plus âgé et quasiment nu, est agenouillé dans une attitude d'imploration, entourant de ses deux bras les genoux du personnage central [726]. Dans l'œuvre

722. Les archives du Palais de la Paix conservent une lettre de Besnard (dont il est supposé qu'elle a été écrite en 1913) où il mentionne un dessin sur papier relevé à l'aquarelle, marouflé sur carton, qui doit être installé provisoirement pour l'inauguration du Palais à laquelle il doit assister et lui permettant ainsi de constater les modifications qu'il devra ensuite apporter à la toile définitive. Mais cette lettre ne mentionne pas le titre de l'œuvre. L'œuvre elle-même est datée du 26 juillet 1914. Nos remerciements vont à M^me^ Jacobine Wieringa, Fondation Carnegie, qui nous a aidée dans nos recherches.

723. I. Compin et A. Roquebert, Catalogue sommaire illustré des peintures du Musée du Louvre et du Musée d'Orsay, Réunion des musées nationaux, Paris, 1986. I. Compin, G. Lacambre et A. Roquebert (dir. publ.), Musée d'Orsay. Catalogue sommaire illustré des peintures, Réunion des musées nationaux, Paris, 1990.

724. H. Cochin, *L'œuvre de guerre du peintre Albert Besnard,* Paris, La renaissance du livre, 1918, p. 4.

725. H. Cochin mentionne un arbitre. Il indique aussi que le visage de ce personnage est celui de Dante Alighieri (dit Dante), celui-là même qui clamait : *Pax, Pax Pax !*, dont la ressemblance s'est probablement imposée au peintre.

726. Cf. *supra* par. 321, la symbolique de ce geste.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de 1914, les deux personnages entourant le juge sont richement vêtus, la différence d'âge entre les deux étant maintenue, leur gestuelle étant moins marquée si bien que le geste d'apaisement du juge à l'adresse du plus jeune (que l'on retrouve dans les deux œuvres) perd un peu de sa signification première[727]. La femme placée au premier plan du tableau et en troisième tiers de l'œuvre représente Irénée, déesse de la Paix, tient une branche d'arbre (probablement un olivier) symbolisant l'arbre de la justice et de la paix. Elle tient dans ses bras un enfant en bas âge, renouveau de la vie que seule la paix peut susciter. Elle sépare les belligérants qui s'éloignent sur leur fier destrier de part et d'autre du tableau en se tournant le dos.

326. Pour compléter l'inspiration des juges, le grand hall de justice est éclairé par la lumière diffuse des vitraux monumentaux représentant les différentes époques de la paix, offerts par le Royaume-Uni. La narration qu'ils nous donnent à voir concerne : l'époque primitive, l'époque de la conquête, l'époque actuelle, et l'époque de l'accomplissement de la paix [728].

327. Le sceau de la CIJ reprend l'allégorie de la justice sous la forme d'une femme au vêtement qui pourrait être romain. Au premier plan se trouve un arbre qui n'est ni un tilleul ni un orme, mais un olivier, alliant ainsi le symbole de la justice et de la paix. Ornant le piédestal sur lequel trône Justice, un globe terrestre représenté en plan plane, est centré sur l'Europe. L'accès difficile à la justice est symbolisé par les marches du piédestal, tellement hautes qu'aucun être humain ne peut les gravir sans d'immenses difficultés. Justice elle-même est assise, portant de sa main gauche la balance et de sa main droite une branche de palme, qui remplace donc le glaive ou l'épée. Cela symbolise l'absence de pouvoir coercitif de la justice internationale, l'absence de police sur lequel Justice pourrait s'appuyer [729]. La feuille du palmier est symbole de vitalité, donc de victoire. Les Grecs et les Romains feront de la palme l'insigne de la victoire, qu'elle soit obtenue dans les compétitions sportives et littéraires, par des jeux, ou bien qu'elle soit fêtée lors du triomphe des généraux romains. Sur la coupole du baptistère des Ariens à Ravenne, ce sont douze palmiers qui figurent l'arbre de vie pour

727. Une autre interprétation de l'œuvre finale il pourrait s'agir de trois sages ou philosophes débattant de l'ordre des choses, installé sur la pierre philosophale établissant un pont entre la justice (dans l'empyrée) et la paix (sur la terre). Ils sont placés au-dessus de la mêlée et on peut espérer qu'ils inspirent l'acte de juger.

728. D. Litwin, « Stained Glass Windows, Peace Palace, The Hague », dans J. Hohmann et D. Joyce (dir. publ.), *International Law's Objects*, OUP, 2019.

729. Voyez ce qui est dit *supra* par. 317 ss de la symbolique du glaive.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

scander la procession des douze apôtres qui représentent la foule des bienheureux décrits par l'Apocalypse. Cet arbre est particulièrement riche de symbolisme car il offre son ombre rafraîchissante et ses fruits réconfortants dans le désert dangereux. Ses propres feuilles deviennent elles-mêmes symbole de victoire sur la mort et le mal et c'est pour cela qu'elles rappellent la glorification des martyrs [730].

328. Le sceau de la CPA a évolué dans le temps. Il est inspiré d'une gravure de 1726 intitulée « Traitez de Paix », figurant deux rois qui se jurent Alliance sous l'œil de la Providence [731]. Le sceau initial conserve l'œil de la providence dans les nuées, mais il a disparu du sceau modernisé montrant ainsi la déconnexion de la justice contemporaine avec la justice divine. L'alliance scellée par les princes prend place devant le Palais de la Paix, figuré en arrière-plan. Nul tiers impartial et indépendant n'est figuré sur ce sceau. L'alliance se fait entre les princes, symbole de l'acte de volonté sans lequel l'arbitrage ne peut avoir lieu.

329. L'emblème des Chambres extraordinaires du Cambodge pour juger les Khmers rouges reprend une figure connue des Khmers qui figurait déjà au centre de la peinture murale qui ornait la salle d'audience de l'ancienne Cour d'appel de Phnom Penh. La position en lotus du personnage peut rappeler la balance et la stabilité. La main droite tient une épée à double tranchant pointe en l'air. Les yeux sont clos. La main gauche est appuyée sur la poitrine dont le majeur pointe l'œil intérieur situé au creux du cou. Le tout est entouré par les deux branches d'olivier, formant couronne, symbolisant les Nations Unies.

330. Pourquoi la justice internationale ne peut-elle pas reprendre à son compte l'allégorie classique de la justice telle que nous l'avons

730. Lorsque le peuple d'Israël arriva en Terre sainte, « ils prirent des produits du pays des palmes » (Josué 5,12).

731. Le texte complet accompagnant la gravure dit ceci :

> « Ce tableau est une image de la Paix. On y voit deux Rois, qui se jurent Alliance, accompagnez de leurs Ministres d'Etat, Conseillers, et Herauts d'Armes.
>
> Sur un Autel, au milieu du théâtre, la Justice et la Paix s'embrassent, et les huit autres figures qui sont placées tout autour, sur des piédestaux, sont reconnoifables, par leurs noms et leurs attributs. Dans le haut, au milieu des Tonnerres, et des Eclairs, qui foudroyent quelques Harpyes, on y voit l'oeil de la Providence, a qui rien n'est caché, environné de nuages impénétrables aux Hommes ; mais qui étant présente partout, ne manquera pas de punir les parjures, et les violateurs de leur foi. Sur le devant on y voit l'Ambition, la Discorde, la Fraude, et l'impiété enchainées avec la guerre. B. Picart. Traitez de paix. Frontispice. 1726. »

Nous remercions B. Daly, Secrétaire général adjoint de la CPA, de nous avoir fourni ces renseignements. L'œil de la Providence fait partie des emblèmes des francs-maçons comme le montre une tapisserie du XX^e^ siècle, Musée du Risorgimento, Milan, reproduite dans U. Eco, *Sur les épaules des géants*, Grasset, 2018, p. 342.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

décrite ? Les raisons sont multiples. La première d'entre elles tient au fait que pour qu'une allégorie soit acceptable encore est-il nécessaire qu'elle soit en phase avec ce qu'elle est sensée symboliser et avec son temps. Or, la justice internationale a vocation à être universelle. Elle doit donc satisfaire les différentes cultures du monde et ne peut simplement emprunter au monde occidental une allégorie qui, pour être pluri-centenaire, n'en est pas moins marquée par la civilisation qui l'a créée. Est-ce à dire que la femme doit être éliminée de l'allégorie ? Pas forcément. En revanche, si la femme peut probablement être conservée, elle ne peut pas apparaître nue, ni partiellement dénudée, son habit laissant voir sa poitrine, ni sa jambe ou toute autre partie de son corps. On pourrait imaginer que l'allégorie représente un couple femme/homme afin de représenter l'intégralité de la population du monde. Toutefois, en ces temps où le sexe n'est plus seulement binaire, cela pourrait être considéré comme laissant de côté les minorités qui ne se considèrent ni homme ni femme. Il vaut mieux donc éviter toute allégorie personnifiée et conserver une image abstraite.

C. Les œuvres d'art données au Palais de la Paix, à la CIJ et à la CPI

331. Des objets d'art offerts par les Etats au Palais de la Paix, le rapport à la justice n'apparaît pas de manière évidente ainsi qu'il a déjà été dit. C'est la paix qui a été au centre des préoccupations des bâtisseurs du Palais et c'est à une ode à la paix que les Etats donateurs ont voulu participer. Si l'on regarde simplement les bustes qui ornent le Palais de la Paix, quelques juristes sont représentés (Grotius, T. M. C. Asser et Jean Monnet), mais ils sont en minorité par rapport aux personnages qui sont entrés dans l'histoire pour leurs actions en faveur de la paix : Gandhi, Nehru, Erasmus, Mandela, Andres Bello, Henri Dunant, William Stead, de Martens, Albert Schweitzer, et, bien entendu, Carnegie. Un seul buste de femme orne les couloirs du Palais, celui de Aletta Jacobs, physicienne et médecin néerlandaise qui se fit connaître pour son activisme en faveur du vote des femmes et du contrôle des naissances. Son buste a été donné par le *Women's International League for Peace and Freedom*.

332. En revanche, lorsque les Etats donnent des œuvres d'art à la CIJ elle-même, le droit et la justice sont un thème beaucoup plus largement représenté. On note d'abord les bustes des juges qui ont présidé la Cour

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

(Basdevant, Elias, Lachs, Singh, Spender, Viniarski) ou de juristes éminents (Francisco de Vitoria). Un grand nombre de portraits des juges qui se sont succédé à la Cour ornent aussi les murs de l'aile des juges. La statue de la déesse Maât, dont nous avons parlé plus haut (image n° 9), et la plaque de cuivre offerte par le Sri Lanka représentant une médiation (image n° 5), dont il a été fait état au chapitre 3, sont directement en rapport avec la justice.

333. La République d'Irak a donné une représentation du Code d'Hammourabi, considéré comme le premier code de lois connu de l'histoire universelle. La Thaïlande a offert la collection complète des écritures fondatrices du bouddhisme, connues sous l'appellation *Tipitaka*. La République hellénique a offert un moule de la Table VI du Code de Gortys. Le cadeau de la République tunisienne est constitué d'une mosaïque romaine représentant le droit qui prime la force. Israël a donné ce qui est décrit comme un « cornet en argent ». C'est probablement un shofar ancien reconstitué avec des parties en corne (le shofar est fait d'une corne d'animal propre à la consommation) et de parties en argent. La symbolique du shofar n'est pas aisément liée à la justice. Dans la tradition hébraïque, Rosh-Hashana, la journée « prolongée » du nouvel an (elle est parfois célébrée sur deux jours) porte trois noms différents : le jour du jugement, le jour du souvenir et le jour de la sonnerie (du shofar). Certaines interprétations disent que le son du shofar est destiné à réveiller Dieu et lui rappeler que sa miséricorde doit prendre le pas sur sa rigueur. Faire du bruit pour « réveiller » la divinité à laquelle le mortel s'adresse par ses prières est un acte commun à certaines religions orientales. Devant les temples, par exemple au Japon, on voit soit des cloches que l'on actionne avec une corde, soit des cliquets de bois. En l'absence de tout instrument, la personne qui prie frappe dans ses mains en début et en fin de prière. Mais la sonnerie du shofar peut, selon une autre interprétation, être destinée à chasser les démons maléfiques. Une autre explication serait de réunir la communauté, notamment lorsqu'il faut changer de camp ou partir au combat.

334. A la CPI le visiteur trouvera, proche de l'entrée, une œuvre contemporaine d'un artiste portugais, appelée « Illusoire », dont nous avons parlé dans l'introduction. Il s'agit d'un carreau de céramique en trois dimensions (dont l'effet est différent selon la position du regardeur) qui rappelle la structure de la façade de la Cour. Plusieurs éléments se détachent ou sont manquants, signifiant l'inachèvement de la tâche impossible de rendre la justice dans un monde polymorphe en

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

constante évolution[732]. Plusieurs autres œuvres sont liées aux atrocités des guerres et de la violation des droits de l'homme. La sculpture extérieure, donnée par les Pays-Bas, est une œuvre abstraite s'inspirant des cristaux de sel que l'on trouve dans les larmes ou dans l'eau de mer formant une partie du décor naturel de la CPI, dont la structure est visible seulement au microscope. Œuvre de l'artiste Navid Nuur, elle symbolise l'expression universelle de la joie et du chagrin, mais aussi le lien que constitue les océans entre tous les continents[733].

D. La caméra dans le prétoire

335. Grâce à la caméra dans le prétoire, les murs du tribunal sont abolis, le rituel de la justice est visible par toute personne intéressée, même si elle n'a pas été admise à assister au procès, si bien que la présence de cet outil de captation visuelle n'est pas aussi neutre qu'il pourrait paraître à première vue, « the entire operation of filming and broadcasting, rather than fostering transparency, feels rather like the expression of a neoliberal manipulation than anything else »[734].

336. Le 2 mai 2018 s'ouvre à la Cour d'appel de Paris le procès en appel d'Octavien Ngenzi et Tito Barahira, condamnés en première instance à la réclusion criminelle à perpétuité pour crimes contre l'humanité et génocide, en raison, dit l'acte d'accusation, d'une pratique massive et systématique d'exécutions sommaires liée à un plan concerté tendant à la destruction des Tutsis vivant dans la commune de Kabarondo, dans l'Est du Rwanda, où ils ont été tous deux bourgmestres. On l'aura reconnu, ces faits ont trait au génocide qui eut lieu au Rwanda en 1994. A la demande de la Présidente de la Cour d'appel, M^me^ Rada Marinova, chef des projets audiovisuels au ministère de la Justice, a été chargée d'organiser la captation visuelle de ce procès, en raison de son importance historique. Etant donné que l'archive filmée de ce type de procès est versée aux Archives nationales, Martine Sin Blima-Barru, la responsable du Département de l'archivage électronique et des archives audiovisuelles, entretient un dialogue constant avec Rada Marinova et avec les spécialistes des procès filmés,

732. Cf. *supra* par. 37.
733. *Artist statement*, reproduit sur la plaque apposée devant l'œuvre, don de 2016.
734. C'est la position de D. Marrani, *op. cit. supra* note 20, chapitre 4, « The abolition of the judicial walls – Cameras in courts and the reshaping of judicial spaces », p. 95 ss, à la p. 110. L'auteur base sa critique sur une analyse freudienne. Plus tard, dans le même chapitre (p. 116 ss), il se base aussi sur le travail de J. Baudrillard sur la simulation et (p. 124 ss) celui de R. Barthes sur le cinéma.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Caroline Moine et Christian Delage (cinéaste), sur les conditions d'enregistrement audiovisuel des procès. Des recommandations ont été faites sur la manière d'enregistrer au mieux les audiences. Celles-ci ont été prises en compte dans la rédaction du cahier des charges de la captation, ce qui constitue un infléchissement sensible dans la politique française très restrictive suivie jusqu'ici dans ce domaine [735].

337. La caméra dans le prétoire participe de la politique d'ouverture ou de transparence de la justice [736], témoin que celle-ci est rendue selon les normes de droit fondamental, notamment les droits de la défense, et qu'elle est prête à rendre compte de ses actes, que le public en ait connaissance et comprenne ses actions [737] pour mieux apprécier les décisions qui sont rendues [738]. Toutefois, de nombreux inconvénients ont été soulignés en doctrine sur ce que certains considèrent comme une « intrusion » néfaste à la sérénité de la justice. Notamment, on comprend aisément que selon le placement de la caméra, la « vision » du procès ne sera pas la même. De plus, les caméras sont normalement statiques afin de déranger le moins possible le déroulement de l'audience et ne peuvent donc pas refléter l'atmosphère complète expérimentée dans la salle par tout observateur qui peut passer d'une personne à l'autre et attraper une expression sur le visage des acteurs qui écoutent un témoignage ou les explications du Président.

338. Comme la justice internationale, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est relativement récente [739], il n'est guère étonnant que nous n'ayons pas encore de fresques à la gloire des juges internationaux. Mais peut-être ne le veulent-ils pas ou la précarité de l'emploi (les mandats sont souvent limités dans le temps) ne permet-elle pas de

735. Un retour d'expérience a dû être présenté lors des rencontres de l'histoire de Blois en octobre 2018. Malheureusement, nous n'avons pu assister à ces rencontres et nous n'avons pas trouvé sur Internet une vidéo ou d'autres documents qui nous auraient permis de prendre connaissance des analyses qui en ont été faites.

736. On retrouve encore une fois ce paradigme de la justice contemporaine dont nous avons déjà discuté au chapitre 5 ci-dessus.

737. La caméra se voit reconnaître alors un rôle éducationnel. Cela permet de ne plus faire dépendre l'information des citoyens des œuvres de fiction judiciaire seulement. En ce sens, D. Marrani, *op. cit. supra* note 20, p. 102 ss.

738. Sur l'ouverture de la justice comme pilier indispensable de la justice du XXI^e^ siècle, voir Lord Thomas of Cwmgiedd, « The Centrality of Justice – Its Contribution to Society and Its Delivery », dans J. Cooper (dir. publ.), *op. cit. supra* note 226, p. 149-167. Notons que la Cour suprême du Royaume-Uni fut autorisée à retransmettre live sur Internet l'intégralité des audiences concernant la question de savoir si le referendum sur le Brexit permettait, au regard du droit constitutionnel britannique, de ne pas en référer à un vote du parlement.

739. Cf. *supra*, chapitre 2.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

faire naître des légendes. Une exception récente concerne le juge Lemonde, l'un des juges français au sein des Chambres extraordinaires du Cambodge autour de qui R. Lainé a créé un documentaire *Khmers rouges, une simple question de justice* [740]. De toute manière, ce sont plus les procès que les juges eux-mêmes qui sont intéressants pour les cinéastes. Un certain nombre de films ont été tournés autour des procureurs, notamment Carla del Ponte [741]. Christian Delage nous rappelle que tous les préparatifs du procès de Nuremberg, la collecte des preuves, les interrogatoires des dirigeants nazis inculpés, notamment, ont fait l'objet de captations filmiques [742]. De plus, les organisateurs du procès ont fait appel à des professionnels du cinéma (John Ford, par exemple) pour filmer le procès lui-même. Tout cela procédait d'une volonté de conserver des documents pédagogiques pour l'éducation des générations futures. Cela permit d'ailleurs, plus tard (en 2006), à Christian Delage, de créer un documentaire à partir de ces documents d'archives, *Nuremberg, les nazis face à leurs crimes*. Les archives du procès Eichmann, notamment les 275 heures d'interrogatoires ont permis de tourner le film *Eichmann*, parmi d'autres [743]. Ainsi, comme le dit si bien Jacques Rancière, « le cinéma n'enregistre pas simplement l'événement historique mais crée cet événement » [744]. En cela, il donne à voir l'histoire telle que les vainqueurs souhaitent la raconter.

339. Les tribunaux pénaux internationaux, depuis le TPIY, font désormais usage des possibilités de retransmission sur Internet en très léger différé et ont même pris l'initiative de créer une chaîne Youtube. Pour le TPIY, l'ONG SENSE a été autorisée à retransmettre sur des télévisions locales dans les pays de l'ex-Yougoslavie des émissions hebdomadaires tirées des enregistrements du procès [745]. Pour la CPI, la captation des audiences est encadrée par des règles strictes. Le tournage

740. Documentaire Andanafilms, 80', 2011. Le juge Lemonde a également écrit des mémoires (en collaboration avec Jean Raynaud), *Un juge face aux Khmers rouges*, Seuil, 2013.

741. M. Schüpbach, *La liste de Carla*, 55', 2007. Voir aussi B. Stevens, *Le Procureur*, 95', 2010.

742. Ch. Delage, « Cinéma (documentaire) », dans O. Beauvallet (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger Levrault, 2017, à la p.167. Christian Delage est historien, cinéaste et producteur. Il est le co-auteur du film documentaire *Caméras dans le prétoire*, 2007.

743. *Eichmann,* dirigé par Robert Young, scenario de Snoo Wilson, 2007. On peut voir aussi *Eichmann : le fugitif nazi* (titre original : *The Hunt of Adolf Eichmann*)*,* 1994, dirigé par Dan Setton, scénario de Ron Frank, avec Gregory Peck. Voir aussi *Adolf Eichmann : The Secret Memoirs,* 2002, scenario et direction par Nissim Mossek et Alan Rosenthal.

744. J. Rancière, *Figures de l'histoire*, PUF, 2019, p. 32.

745. *Op. cit. supra* note 738.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

est réalisé par les équipes du greffe. La captation des témoignages ne peut être interrompue en montrant, par exemple, l'accusé ou les juges pour tenter de discerner leurs réactions par rapport à ce qu'ils sont en train d'écouter [746].

340. La CPA a également reçu l'autorisation par des parties que certaines audiences soient filmées. Une liste de ces vidéos est disponible sur le site de la CPA. Tout comme la CPI, la CPA a créé des lignes directrices sur la manière de filmer dans la salle d'audience, de manière à ce que la présence de la caméra interfère le moins possible avec le bon déroulement de l'audience.

341. On pourrait imaginer une autre utilisation de la caméra à l'instar de ce que fait le programme *Skype a Justice* mis en place par la Cour suprême du Royaume-Uni. Voici ce que l'on peut lire sur le site de cette haute juridiction :

> « The Supreme Court is offering students the opportunity to have a live question and answer session with a Justice from their own classroom. These sessions give students with a keen interest in law a unique chance to meet and speak with a Justice. » [747]

E. La justice dans les arts vivants de fiction [748] *ou documentaires*

342. Autant la figure du juge national est présente dans les arts de toute nature, y compris le théâtre [749], l'opéra [750] et le ciné-

746. Ch. Delage, *op. cit. supra* note 651, à la p. 167.

747. Site de la Cour suprême du Royaume-Uni, visualisé le 14 septembre 2018.

748. Un auteur rapproche le théâtre et le procès en ce qu'ils partageraient de nombreux traits : une langue particulière, une dramaturgie, un lieu clos, notamment. Voir Gérard Soulier, « Le théâtre et le procès », *Droit et Société,* n° 17-18, 1991, p. 9.

749. Lors de la Nuit du droit, à Paris, le 4 octobre 2018, la Cour d'appel de Paris organise le procès fictif de l'intelligence artificielle. Le scénario veut que le procès a lieu en raison d'un carambolage de voitures autonomes qui a entraîné la mort d'une centaine de personnes. Il se place en 2041. On note toutefois, que les organisateurs n'ont pas pu imaginer complètement comment se déroulerait un procès en 2041 qui, vraisemblablement, sera aussi, au moins en partie, jugé par des robots ou des machines (voir chapitre 14). Récemment, un acteur, Richard Berry, a décidé de faire vivre sur scène, par la seule force de son talent, cinq procès qui ont jalonné l'histoire judiciaire française. En 2016, Yan Duyvendak et Roger Bernat ont écrit une pièce *Please continue (Hamlet*), procès d'un jeune homme de banlieue difficile (Hamlet) qui a tué d'un coup de couteau le père de sa petite amie Ophélie qu'il avait pris pour un rat un soir de beuverie. Les acteurs de la pièce sont de vrais avocats et magistrats, sauf pour l'accusé, la partie civile et le témoin qui sont joués par des acteurs professionnels. Le public est constitué en jury à l'issue du procès.

750. Songeons au Comte Almaviva, suzerain d'Aguas Frescas, que Mozart et da Ponte mettent en scène en qualité de juge à l'Acte III de l'Opéra *Les Noces de Figaro*, alors même que le Comte est, d'une certaine manière, juge et partie et donc pas vraiment l'exemple le plus prometteur du juge.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ma [751], autant le juge international n'a pas encore donné lieu à des représentations mémorables qui en fixeraient les traits les plus marquants. De plus, l'on remarque que les films de fiction qui se déroulent entièrement dans un prétoire, se concentrent beaucoup plus sur les accusés, éventuellement les parties civiles, et les avocats, que sur les juges. Les avocats sont beaucoup plus cinématographiques car ils peuvent se lever et « faire des effets de manche ». Le juge, qui doit se tenir assis, derrière ses dossiers, et maintenant derrière un ordinateur, n'a que rarement la puissance pour attirer la caméra [752]. Feront exception quelques films célèbres de fiction, par exemple le film de Ettore Scola, *La plus belle soirée de ma vie* [753], qui met en scène le procès fictif, dans un château suisse, d'un homme d'affaire italien dont la voiture est tombée en panne. Il est recueilli par trois vieux magistrats à la retraite (et un ancien greffier) dont le passe-temps favori est d'organiser le procès de leurs visiteurs, en reconstituant sa vie, au milieu d'agapes mémorables. Le film bénéficie du talent d'acteurs fabuleux [754] et se situe dans la grande tradition du cinéma italien, à la fois comédie et drame, l'ange de la mort étant symbolisé par la soubrette, seul personnage féminin qui sert d'appât [755].

343. On pense aussi à la magnifique pièce de théâtre de David Ives, *New Jerusalem – The Interrogation of Baruch de Spinoza at Talmud Torah Congregation : Amsterdam, July 27, 1656*, mettant en scène

751. La juge Ruth Bader-Ginsburg a fait l'objet récemment (mai 2018) d'un documentaire de Betsy West et Julie Cohen. Pour une étude succincte des films de fiction autour de crimes de masse et de la justice, voir Philippe Rouquier, « Cinéma (fiction) », dans O. Beauvallet (dir. publ.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale,* Berger Levrault, 2017, à la p. 169. Voir également, E. Hamon et M. Olivier, *Maurice Papon, itinéraire d'un homme d'ordre,* film, France, 2010, 84 mns ; B. Stevens, *Le Procureur (The Prosecutor),* film Canada, 2010, 95 mns ; A. Aghion, *Mon voisin, mon tueur,* film France 2011, 80 mns.

752. Quand Rithy Panh, rescapé du génocide commis par les Khmers rouges, consacre des films aux procès des Khmers rouges, il s'intéresse quasi exclusivement aux auteurs des crimes et aux victimes. Ses films sont *S21* (2003) et *Duch, le maître des forges de l'enfer* (2011). Il faut dire que sa requête de filmer le procès lui a été refusée. A son tour, quand le tribunal lui demandera l'autorisation de verser aux débats les enregistrements qu'il a effectués, il refusera. Ch. Delage (*op. cit. supra* note 651, à la p. 168) qui relate ces faits, n'en explique pas les raisons.

753. Titre original, *La Più bella serata della mia vita*, 1972 pour l'Italie et 1979 pour la France. Le film est adapté du roman de Friedrich Dürrematt, *La panne.*

754. Alberto Sordi (qui joue l'accusé), Michel Simon (le procureur Zorn), Charles Vanel (le juge Dutz), Claude Dauphin (le greffier Buisson) et Pierre Brasseur (avocat de la défense). Pierre Brasseur mourut pendant le tournage, obligeant Ettore Scola à changer la fin qu'il avait initialement prévue.

755. C'est Janet Agren qui joue le rôle.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

le procès du jeune Spinoza [756] par sa congrégation à la demande du Prévôt des Marchands d'Amsterdam. Spinoza, par les théories qu'il développait sur Dieu, la religion et la vie en général, remettait en cause les fondamentaux de la société très catholique de l'époque. Mais rien, dans la loi civile, ne permettait de le contraindre à changer d'idées ou à se taire, si bien que c'est sa communauté, sous la pression des autorités de la ville, qui se charge d'organiser son « interrogatoire ». Le metteur en scène, Jeremy Skidmore, organise la scène afin que les spectateurs, installés sur trois côtés, jouent silencieusement le rôle de la communauté. Le lieu est censé être la salle commune de la synagogue à laquelle Spinoza appartient. Celui qui mène l'interrogatoire est le chef de cette congrégation, savant juif pour qui la tradition religieuse est fondamentale pour maintenir le bien-être de la communauté dans son ensemble, surtout face aux pressions de toutes sortes dont elle est la cible. Le spectateur sort de la pièce en se disant que, certes les idées de Spinoza étaient troublantes, mais ce qui était le plus dérangeant pour la communauté c'est qu'elles déplaisaient au pouvoir en place si bien que la collectivité dans son ensemble pouvait en faire les frais. Comme dans toutes bonnes pièces de théâtre, l'amour joue aussi son rôle, puisque Spinoza est tombé amoureux de Clara van den Enden, une jeune fille catholique d'une des puissantes familles d'Amsterdam, qui aime Spinoza en retour malgré leurs divergences sur la religion. Dans la vraie vie, Spinoza fut effectivement excommunié *(cherem)* le 27 juillet 1656. La congrégation ne reviendra jamais sur cette décision. Spinoza meurt très isolé en 1677. On sait d'ailleurs qu'il ne put rien publier sous son nom de son vivant. Le *Tractatus theologico-politicus* paraît non seulement de manière anonyme, mais également avec une fausse adresse d'éditeur. L'essentiel de ses œuvres sont publiées à titre posthume grâce aux quelques amis qui lui restent.

344. Il faut également dire quelques mots de l'appel fictif accordé à Shylock organisé au moment des commémorations du 500e anniversaire du ghetto de Venise en 2015 [757]. Le lieu est splendide : la *Schola Grande San Rocco*, l'une des plus riches fraternités de la ville établie dans un bâtiment qui date du milieu du XVIe siècle. Ce bâtiment est connu pour

756. Spinoza est né à Amsterdam en 1632, dans une famille juive originaire du Portugal. La famille fait partie des juifs qui quittèrent le Portugal attirés par la liberté de culte nouvellement garantie par les Provinces unies. La famille est très connue, bien que de fortune très moyenne. Baruch est un excellent élève de l'école Talmud Torah de sa congrégation.

757. La représentation de cette audience d'appel sera réitérée à la *Library of Congress*, Washington DC, en 2017.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

abriter des œuvres nombreuses et splendides du Tintoret, reconnues pour être parmi les plus belles qu'il ait produites. On note aussi la présence, notamment, de quelques peintures du Titien. Le chœur de la grande salle permet d'admirer des panneaux de bois magnifiquement sculptés, se lisant de droite à gauche, retraçant la vie de Saint-Roch, le saint patron de la fraternité. Dans la pièce de Shakespeare, la scène I de l'acte IV est probablement la plus importante car le procès de Shylock affecte tous les personnages d'une manière ou d'une autre. Le Duc de Venise fait office de juge. La scène s'ouvre sur une remarque du Duc qui marque non seulement qu'il s'est déjà forgé son intime conviction, mais qu'il a une piètre opinion du demandeur, Shylock. S'adressant à Antonio, le débiteur incapable de rembourser sa dette : « I am sorry for thee : thou art come to answer – A stony adversary, an inhuman wretch – uncapable of pity, void and empty – From any dram of mercy. [758] » On connaît la suite. Portia finira par trouver la faille dans le pacte passé entre Antonio et Shylock. Ce dernier a certes le droit à une livre de chair, mais l'accord ne dit rien sur le sang qui sera immanquablement versé. Or, Portia analyse le contrat comme permettant le prélèvement d'une livre de chair, mais pas de verser une goutte de sang. S'adressant à Shylock, Portia explique :

> « Tarry a little ; there is something else. – This bond doth give thee here no jot of blood ; – The words expressly are "a pound of flesh" : – Take then thy bond, take thou thy pound of flesh ; – But, in the cutting it, if thou dost shed – One drop of Christian blood, thy lands and goods – Are, by the laws of Venice, confiscate – Unto the state of Venice. [759] »

On le sait, la suite du procès permettra de trouver un arrangement.

345. *Bamako* d'Abderrahmane Sissako est un magnifique exemple d'une œuvre de fiction ancrée dans la réalité. Nathalie Godaert analyse ce film sur Amicus Radio [760]. Ce qui suit est une adaptation personnelle

758. On peut traduire par : « Je suis fâché pour toi. Tu as affaire à un adversaire dur comme la pierre, à un misérable tout à fait inhumain et incapable de pitié, et dont le cœur n'a pas un grain de sensibilité ».

759. Traduction libre :

> « Arrête un instant. Ce n'est pas tout. Le billet ne t'accorde pas une goutte de sang : les termes sont exprès ; une livre de chair. Prends ce qui t'est dû ; prends ta livre de chair. Mais si, en la coupant, tu verses une seule goutte de sang chrétien, les lois de Venise ordonnent la confiscation de tes terres et de tes biens au profit de la République. »

760. Emission écoutée le 8 octobre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que nous donnons après avoir entendu l'analyse de N. Godaert, basée sur les souvenirs que nous avons nous-même du film que nous avions vu à sa sortie en France, sans que l'on puisse le visionner à nouveau au moment d'écrire ce texte. Bamako est un procès fictif opposant les institutions monétaires internationales (Banque mondiale et FMI) et le peuple africain lésé par l'activité de ces organisations. Ce sont de vrais professionnels de justice qui jouent les différents rôles, alors que le réalisateur revendique le fait qu'il a créé un scénario et un film de fiction. Le film fait immanquablement penser aux tribunaux du peuple dont nous avons parlé au début de ce cours. Le procès se tient dans la cour d'un ensemble de maisons de Bamako où les gens interagissent entre eux. Ce dispositif rappelle à la fois que la justice s'est de tous temps rendue dans des lieux non spécialement conçus pour elle[761], mais qu'elle peut aussi être itinérante, comme en Australie, ou comme le montre par exemple le film *Le dernier voyage du juge Feng*. Dans ce cas, ce n'est pas tant l'architecture qui fait la justice, mais le juge. Dans le film de Sissako, rien n'a été écrit des scènes du procès. Il s'agit d'une juxtaposition du rituel de la justice et de la vie courante. Dans le prétoire, ce sont des récits de vie qui sont reconstitués. Sissako nous donne des images montrant la vie quotidienne du peuple africain telle qu'affectée par les organisations internationales en procès. Le juge est un acteur – Sissako montre les robes des juges sur le même portant que les costumes de scène d'une chanteuse qui vit là. En fait chaque scène montre un exemple des conséquences néfastes de la fameuse politique d'ajustement structurel que le film critique. L'un des juges est un juge malien. Il applique la justice, mais on ne sait pas quelle justice. Est-ce une justice malienne ? En quoi est-elle malienne ? En quoi est-elle différente de la justice occidentale ? Le temps du procès est filmé *in extenso*, à son rythme et dans sa séquence logique. Mais au montage, des plans ont été supprimés, des scènes interrompues, ce qui rend la trame narrative un peu confuse.

Conclusion

346. Pour clore ce chapitre sur la représentation de la justice et donc du tiers impartial et indépendant, et en lisant François Ost qui nous rappelle opportunément les traditions musulmane et juive de l'irreprésentabilité de Dieu[762], nous nous sommes demandée si la

761. Cf. *supra* chapitre 5.
762. F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2012 (2e édition), p. 177.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

justice internationale n'est pas également irreprésentable. Voici ce qu'il dit de la puissance (ou de la nuisance) de l'image :

> « C'est que l'image, plus que le mot, peut susciter l'illusion de la possession et de la maîtrise : montrer une chose n'est-ce pas la détenir toute ? Aussi bien existe-t-il des idolâtres et non des *logolâtres*[763]. L'idole, comme le fétiche, c'est la représentation prise pour la chose, l'image confondue avec le réel. »

Ne serait-ce pas la raison pour laquelle les différents tribunaux et cours internationaux n'ont pas cherché à se représenter autrement que par des sceaux, que l'on se risquera à qualifier de basiques, reprenant simplement, pour la plupart, la balance plus ou moins stylisée et la couronne d'olivier pour rappeler la paix, ajoutant simplement un élément caractéristique de la compétence spéciale qui le caractérise (des vagues pour le droit de la mer, le Palais de la Paix pour la CPA, le globe pour la CPI, etc.) ? C'est peut-être la sagesse.

347. Pourtant, on ne nous convaincra pas que la recherche d'une image propre à représenter la justice internationale ne serait pas propice à faire comprendre, grâce à l'œil des créateurs, comment cette justice est vue. A bien y réfléchir, le seul symbole vraiment universel est celui de la balance. Il pourrait former le seul axe commun de la recherche d'une représentation valant pour tous les continents et toutes les cultures. Le glaive n'aurait pas cette vertu, en revanche, car il ne nous paraît pas judicieux d'associer la justice internationale au symbole de la vengeance. De plus, nous le savons, la justice internationale ne possède pas, au moins en ce qui concerne les Etats, les moyens de faire appliquer les décisions qu'elle prend. Le bandeau ou l'œil de l'âme sont des symboles trop ambigus, controversés et mal compris, pour pouvoir être utilisés par la justice internationale.

348. Nous pencherions donc plutôt pour une œuvre abstraite. Pour qu'une telle œuvre puisse voir le jour, encore faudrait-il susciter l'intérêt d'artistes du monde entier, par le truchement d'un concours international. Le choix de l'œuvre qui représenterait la justice internationale et qui pourrait être utilisée par toutes les juridictions internationales se ferait par deux méthodes cumulatives. Tout d'abord un jury professionnel et international, dont seraient membres à la fois des acteurs de la justice et des artistes ou professionnels de l'art, en proportion à déterminer,

763. En italique dans le texte.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sélectionnerait un petit nombre de finalistes. Ensuite l'œuvre retenue serait choisie à partir d'un vote universel via Internet. Elle pourrait être déclinée par chaque juridiction, en y apposant son nom ou ses initiales ou par tout autre moyen respectant l'œuvre originelle.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 7

QUI EST LE TIERS IMPARTIAL ET INDÉPENDANT INTERNATIONAL ?

> « On ne naît pas nu, délesté de tout …, On arrive au monde tout habillé, avec toutes les couches plus ou moins secrètes de l'histoire familiale et même nationale qu'on porte sur les épaules comme un gros manteau … »
>
> Akira Mizubayashi [764]

> « Obviously . . . any lawyer would like to be a judge on a very high court, at least on the highest court. »
>
> Ronald Dworkin [765]

Introduction

349. Les chapitres précédents nous ont convaincue de la place centrale que le tiers impartial et indépendant a prise en droit international. Il est donc légitime de se demander qui est ce juge international. On pourrait débuter l'analyse par l'éducation et la formation de ces juges [766]. Newman et Thorburn [767] prêtent au juge Learned Hand les exigences suivantes pour être un « bon » juge (au moins en droit constitutionnel) :

> « I venture to believe that it is important to a judge called upon to pass on a question of constitutional law [768], to have at least a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare and Milton, with Machiavelli, Montaigne and Rabelais, with Plato, Bacon,

764. *Un amour de mille ans,* Gallimard, 2017, p. 34.

765. Entretien avec Adam Liptak, pour le magazine *The Law School*, Automne 2005, p. 22.

766. Plusieurs études sont en cours de réalisation et ont été présentées lors de la conférence « Inside the mind of international decision-makers », BIICL, 3 mai 2017. On se réfèrera notamment à E. Abrusci, « Inside human rights adjudication : the impact of the educational and work background of judges and members of human rights bodies on judicial convergence and fragmentation ».

767. Newman et Thorburn, *The Dignity of Law : The Legacy of Justice Louis LeBel*, LexisNexis Canada, 2015, à la p. 2. Sur l'influence de la formation sur la fonction de juger, cf. L. Prott, *The Latent Power of Culture and the International Judge,* Professional Books, 1979, p. 191 ss.

768. Cette pensée est valable aussi pour le juge international car l'on peut dire que le droit international est, au moins en partie, le droit constitutionnel de la société internationale.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> Hume and Kant, as with the books which have been specifically written on the subject. »

Le juge LeBel appelle cela « une obligation de culture et d'initiative pour que l'acte de juger demeure pertinent et efficace dans la vie de la société » [769]. A. de la Pradelle, dressant le portrait de Alejandro Alvarez, juriste chilien né en 1868, dit ceci à propos de son élection à la CIJ [770] :

> « … il fait entrer la théorie qui est la sienne, souple, dynamique et, pour tout dire, vivante, au sommet de l'ordre judiciaire international… Avec lui, c'est l'esprit du droit nouveau qui pénètre à la Cour : esprit de vie, qui lui permet tantôt de fortifier les raisons de ses collègues par une opinion individuelle, tantôt de leur montrer la voie du progrès, dans la divergence caractérisée d'une opinion dissidente » [771].

Les confidences des juges sur l'influence de leur éduction et de leur formation ne sont pas aisées à trouver. C'est plus facile quand les juges ont publié des mémoires. La période de formation est alors généralement assez bien documentée [772]. Elle peut l'être aussi, dans une moindre mesure, lorsque les juges acceptent de donner des entretiens [773]. Dans le cas contraire, le chercheur est confronté à un manque criant de documentation, seules quelques juridictions internationales publiant sur leur site Internet une biographie assez complète des juges [774].

350. Pour le moment, s'il existe bien une Académie de droit international, il n'existe pas d'école de la « magistrature internationale », néologisme autorisé par l'article 2 du Statut de la CIJ qui prévoit (en français) : « La Cour est un corps de magistrats indépendants … »

769. L. LeBel, « L'acte de juger entre connaissance et distance du monde », OHRLP p. 37.

770. Il fut juge de 1946 à 1955.

771. A. de la Pradelle, *Maîtres et Doctrines en droit des gens*, 2e édition, Paris, Les éditions internationales, 1950, p. 434.

772. M. Kerr, *op. cit. supra* note 450, aux p. 184 ss. Voir aussi N. P. Chapalgaonkar, *Three Judges and Their Times – Colonial Education – Nationalist Consciousness,* LexisNexis, 2013, qui montre à quel point les juges sont sensibles à l'éducation qu'ils reçoivent et à leurs idées politiques qui ne peuvent pas être complètement séparées de leur activité en qualité de juge. En fait le côté inconscient est plus dangereux que la conscientisation des biais ou des prismes par lesquels nous passons un jugement.

773. Les auteurs de l'ouvrage *The International Judge*, (OUP 2007) ont conduit trente-deux entretiens avec des juges appartenant à diverses juridictions internationales. Ces entretiens contiennent certaines informations sur la formation de la personne interviewée.

774. D. Terris, C. P. R. Romano et L. Swigart, « Toward a Community of International Judges », 30 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.* 419 (2008), font la liste des juridictions qui publient ou ne publient pas les informations sur les juges qui les composent.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

On ne devient pas « juge international » après des études spécifiques dispensées selon un curriculum qui aurait été approuvé par les institutions judiciaires internationales. Il n'existe pas d'examen pour devenir juge international, sauf pour les juges de compétitions sportives [775]. Il convient donc de chercher ailleurs les critères selon lesquels quelqu'un peut prétendre devenir juge international. On doit cependant noter qu'il existe une Ecole régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) dans le cadre de l'OHADA. Elle est basée à Porto Novo au Bénin. Elle a pour mission de former les magistrats de l'espace OHADA, pas seulement ceux qui forment la Cour de Justice et d'arbitrage mais tous les magistrats des Etats membres [776], au droit harmonisé et en droit des affaires et participe à leur formation continue. Elle travaille aussi à une harmonisation de la jurisprudence, projet beaucoup plus ambitieux que n'importe quelle autre école de magistrats. Un auteur regrette que les juges de la CCJA de l'OHADA ne soient pas obligés de faire un stage « d'imprégnation » en droit de l'OHADA avant de pouvoir prétendre être candidat à un poste de juge à la CCJA [777].

351. Pour mener à bien cette recherche, nous aurions aimé avoir à notre disposition les mémoires ou les biographies des juges qui se sont succédés dans les différentes juridictions internationales. Non seulement, cela n'existe pas, mais en plus, la multiplication des juridictions internationales (y compris l'arbitrage) et la multiplication des personnes en charge du règlement des différends (y compris les processus de bons offices ou de médiation) ne nous permettraient pas d'avoir accès à une somme suffisante, ni encore moins, exhaustive de biographies. De plus, selon les cultures, les juges ne se laissent pas approcher si aisément. Ceux qui sont familiers du système judiciaire des Etats-Unis d'Amérique et qui savent que le juge, dans ce pays, possède un pouvoir politique important et n'hésite pas à s'exprimer publiquement, sont également habitués à lire des biographies de juges qui ont pris une place non négligeable dans l'évolution du droit états-unien [778]. Ces juges sont plus à même de réfléchir sur leur pratique et

775. En tentant une recherche par internet avec l'entrée « formation des juges internationaux », de très nombreuses références aux formations pour les juges de compétitions internationales par diverses fédérations sportives sont apparues.

776. Th. Some, « La formation des magistrats africains par l'OHADA », dans *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique,* Bruylant, 2000, *passim*.

777. Tchantchou, *op. cit. supra* note 86, p. 81.

778. Par exemple, voir W. Domnarski, *Richard Posner*, OUP, 2016, B. A. Murphy, *Scalia – A Court of One,* Simon & Schuster, 2014. Voir aussi la biographie croisée des juges Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg par L. Hirshman, *Sisters in Law,* Harper Collins, 2015.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les influences qui la nourrissent. Dans d'autres traditions, quand il est question d'honorer un juge, on pourra à la rigueur lui consacrer des mélanges (le juge Shomburg ou encore le juge Posner [779] en sont de bons exemples), ou un recueil de ses propres textes (voir par exemple pour le juge Meron et le juge Guillaume), mais certainement pas une biographie et encore moins des mémoires [780]. Quelques heureuses exceptions peuvent être signalées. Ainsi, en France, le juge Robert Falco a écrit ses mémoires à la suite de son expérience en qualité de juge suppléant à Nuremberg [781] ou le juge Lemonde qui a écrit sur son expérience au sein des Chambres extraordinaires du Cambodge [782]. Aux Etats-Unis, les mémoires de la juge Ginsburg [783], ou un texte critique sur l'exercice de la fonction judiciaire comme celui de R. Posner [784], sont riches d'enseignement. De la même manière, les mémoires de Michael Kerr [785] au Royaume-Uni sont une mine d'information à la fois sur la période historique dans laquelle il a vécu, mais aussi sur les influences qui ont constitué la base sur laquelle il s'est forgé ses convictions de juge et d'arbitre. Il est regrettable que ce genre littéraire n'ait pas été utilisé plus souvent par les juges internationaux, car nier la personnalisation de la justice c'est nier un prisme important de compréhension de cette justice et donc du droit créé ou dit par le juge. Le verbe écrit dans les décisions rendues ne dit pas tout [786] et même si elles sont complétées par

779. Des recueils équivalents à des mélanges ont été publiés en 2007 tant par la *Harvard Law Review* que par la *University of Chicago Law Review* (cité par Domnarski, p. 202).

780. Dans certaines cultures, parler de soi frise l'indécence.

781. On doit noter toutefois que ces mémoires ont été publiés tardivement, dans une maison d'édition inconnue, et ne nous sont parvenus que par la sérendipidité sur la recherche réservée aux plus persévérants : Robert Falco, *op. cit. supra* note 139. On note également que, à notre connaissance, les juges américains de Nuremberg n'ont pas laissé de mémoires contrairement à un certain nombre de membres de l'équipe du procureur et du procureur lui-même.

782. M. Lemonde (avec la collaboration de Jean Raynaud), *Un juge face aux Khmers rouges,* Seuil, 2013.

783. R. Bader Ginsburg (avec M. Hartnett et W. W. Williams), *My Own Words*, Simon & Schuster, 2016. Plusieurs autres livres ont été publiés sur RBG (ainsi qu'elle est désormais connue), un film documentaire et un film de fiction ont également été tournés. Notre livre préféré est toutefois celui de Linda Hirshman (*op. cit. supra* note 778), qui retrace la relation amicale et de travail qui s'est installée entre Sandra Day O'Connor, première femme à avoir été nommée à la Cour suprême des Etats-Unis, et Ruth Bader Ginsburg. Notons également qu'un opéra comique a été composé à partir des décisions de la juge Ginsburg et du juge Scalia par Derrick Wang (livret et musique) intitulé *Scalia/Ginsburg*.

784. R. Posner, *Divergent Paths – The Academy and the Judiciary,* Harvard U. Press.

785. M. Kerr, *op. cit. supra* note 450.

786. Toutefois, les recherches entreprises à partir des décisions elles-mêmes (par exemple Edoardo Stoppioni, thèse en préparation au Max Planck de Luxembourg sur les décisions prises par les panels de l'OMC et les tribunaux arbitraux en matière

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des écrits de nature plus doctrinale, tout cela ne donne qu'une vision partielle du terreau qui nourrit l'acte de trancher un différend [787].

352. Une précision terminologique s'impose. Quand nous utilisons ici l'expression « juge international », nous ne signifions pas qu'une personne doit être « internationale » intrinsèquement. D'ailleurs, comment une personne humaine parviendrait-elle à cette qualification [788] ? Certes, la naissance dans une famille relevant de plusieurs cultures, voire de plusieurs nationalités, permet probablement de mieux préparer le juge appelé à devenir membre d'une juridiction internationale. Mais cela n'est pas suffisant. Il apparaîtra à l'issue de ce chapitre que la plupart des juges internationaux maîtrisent plusieurs langues et, donc (en tout cas on peut l'espérer) plusieurs cultures juridiques ; qu'ils ont résidé dans des pays différents ; qu'ils ont étudié dans diverses universités de par le monde ; qu'ils ont probablement, au moins pour certains d'entre eux, rempli diverses fonctions au sein d'une ou plusieurs institution(s) internationale(s).

353. Une chose est certaine, en tout cas, quel que soit le parcours, quelle que soit la personnalité, quelle que soit la diversité des expériences acquises, chaque juge international entre en fonction avec un bagage naturellement riche, comme le dit si bien Akira Mizubayashi dans l'extrait que nous avons placé en exergue de ce chapitre. Les historiens du droit nous enseignent aussi comment, strate par strate, réforme par réforme, les systèmes juridiques et judiciaires ont évolué avec le temps si bien que tout juriste formé dans un système juridique donné est l'héritier de cette histoire et de cette évolution [789]. C'est cet héritage qui, au lieu d'être considéré comme un poids, peut être une réelle richesse dans la composition des juridictions internationales et un défi pour le chef de juridiction [790]. Une chose est certaine, toutefois,

---

d'investissement, à paraître en 2019 ou 2020) si elles sont indispensables pour les juristes, ne remplacent pas la mise en perspective que donne l'analyse des spécificités personnelles des juges.

787. Les études sociologiques sur les juges des tribunaux internationaux commencent à voir le jour. Cf., par exemple, A. Marissal, *Entrer dans la cour des grands – Les carrières des juges de la Cour internationale de Justice de 1945 à nos jours,* Mémoire de sociologie, Institut d'études politiques de Paris, 2016-2017. Nous remercions l'auteur de nous avoir confié son manuscrit avant publication.

788. C'est cette même expression malheureuse qui est utilisée pour désigner les juges étrangers qui participent aux juridictions nationales qui sont ainsi « internationalisées ».

789. P. Brand et J. Getzler, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law – From Antiquity to Modern Times,* CUP, 2012.

790. Nous n'insisterons jamais assez sur l'influence marquante que le chef de toute juridiction possède sur le fonctionnement de celle-ci. L'importance de la personnalité du président de la juridiction ne doit pas être minimisée. Certes, il a pour tâche aussi de gérer la juridiction et d'organiser son fonctionnement. Mais même dans ces tâches

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

quelle que soit la formation des personnes qui deviennent juges internationaux, il est préférable qu'ils soient juristes (si possible avec des formations complémentaires pour en faire de vrais hommes et femmes des lumières) [791]. En 1918, Hans Wehberg, consacre la première section du chapitre IV à ce qu'il considère être l'idéal de la composition d'une cour internationale de justice. Sa conclusion est directe : il nous faut des juristes, pas des diplomates [792].

354. Si l'on compare la composition des juridictions permanentes et l'arbitrage, on est frappé par l'autonomie de la volonté qui préside à la composition des juridictions arbitrales, que ce soit en matière d'arbitrage du commerce international ou d'arbitrage d'investissement. Dans ce dernier domaine, l'importance pour les parties (et surtout l'investisseur) de pouvoir nommer l'un des trois arbitres composant le tribunal arbitral et la possibilité d'influencer la nomination du Président du tribunal constituent l'un des points sur lequel ils basent leur confiance dans le système. En cela, il s'agit aussi d'une des pierres d'achoppement dans les négociations au sein de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats. Certains Etats estiment en effet que ce type d'arbitrage met en présence trop d'intérêts publics pour confier ces litiges à des tribunaux dont ils ne contrôleront pas d'une manière ou d'une autre la composition. La proposition de l'UE, acceptée, notamment, par le Canada, d'une cour permanente, hybride entre une vraie cour et un système d'arbitrage [793], se rapproche d'un système tel que l'OMC dans la mesure où les tribunaux chargés d'un litige en particulier seraient composés à partir d'une liste établie à l'avance par les Etats parties à l'accord sans que les parties au litige puissent intervenir dans cette composition au cas par cas. Les Etats peuvent ainsi se sentir « sécurisés » dans la mesure où

---

organisationnelles, il peut influencer le cours de la justice. A titre d'exemple, dans l'entretien que M.-C. Runavot publie à la fin de sa thèse (p. 393-396), son interlocuteur indique clairement que sous sa présidence la Cour interaméricaine des droits de l'homme a publié dix-huit avis consultatifs alors qu'ensuite elle n'en a publié qu'un et qu'elle a refusé de se saisir de deux autres demandes d'avis qui lui avaient été faites. Cf. M.-C. Runavot, *La compétence consultative des juridictions internationales : reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale,* LGDJ, 2010.

791. Michael Kerr explique dans ses mémoires, *op. cit. supra* note 450, à la p. 119, pourquoi il avait choisi le droit comme étude à Cambridge : « But the excuse was that Law was supposed to be a cultural and educational subject, at any rate in the early stages. The concepts of arbitration and other methods of dispute resolution, which were to dominate my later working life, were then unknown in any law syllabus. »

792. Dr Hans Wehberg, *op. cit. supra* note 227, à la p. 315.

793. Pour une analyse de cette proposition, voir C. Kessedjian et L. Vanhonnaeker, « Les différends entre investisseurs et Etats hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTDeur*, 2017, p. 633-656.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ils auront participé à constituer la liste des juges/arbitres qui serviront ensuite dans les tribunaux appelés à juger les litiges. Mais, dans ce système, l'investisseur n'a plus son mot à dire pour la composition du tribunal. Dans un système comme l'OMC, cette formule peut être acceptée dans la mesure où les litiges surviennent entre Etats, même si l'on sait que ceux-ci représentent en réalité les intérêts privés en cause. Le contentieux investisseur-Etat, par contraste, est un contentieux mixte qui ne se présente pas de la même manière qu'un contentieux entre Etats. Il faut donc analyser plus avant l'intégralité du système proposé avant de se prononcer sur l'équilibre de ce qu'il offrira [794]. Le système des listes est aussi connu par la CPA et le CIRDI. Toutefois, ces listes établies par les Etats membres de ces institutions ne sont pas exhaustives, les parties pouvant toujours désigner des arbitres hors de ces listes.

355. Les débats sur la composition des tribunaux internationaux sont multiples. De nombreuses questions se posent notamment sur la diversité des membres de ces juridictions, sur la durée des mandats, leur renouvellement ou non, sur les procédures de nomination (l'aspect politique de ces nominations, élections, cooptations, etc.), la nomination aux juridictions d'appel ou de recours lorsqu'il y en a (CIRDI, OMC, ORD), la question de savoir si la nationalité commune entre un juge et une des parties disqualifie le juge, etc. Nous ne pourrons pas étudier l'ensemble de ces questions de manière exhaustive, mais nous proposerons quelques focus sur les questions qui nous paraissent les plus problématiques.

A. Les qualités requises pour devenir juge international

356. Pour travailler sur cette question, il y a bien entendu les textes. Mais ils ne disent pas tout et il convient donc aussi de regarder au-delà.

a) *Les textes*

357. Pour le plus grand nombre de juridictions, la probité morale des candidats constitue la première qualité requise. Ainsi l'article 2 du Statut de la CIJ prévoit que seules les personnes «jouissant de la plus

794. A l'heure où nous écrivons, les négociations au sein de la CNUDCI, Groupe de travail III, ont débuté depuis deux ans. Cinq réunions d'une semaine chacune ont eu lieu. Tous les débats sont enregistrés et disponibles sur le site de la CNUDCI. Au 30 octobre 2019, les premiers débats de fond ont eu lieu concernant l'éventuelle formation d'un Centre consultatif qui aiderait les Etats, dont les moyens sont les plus faibles, à faire face à leurs besoins juridiques. Ont également été discutés pour la première fois, le financement par des tiers et un code de conduite pour les arbitres.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

haute considération morale …» peuvent prétendre accéder à la Cour. L'article 4 du Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine reprend cette exigence. Il en va de même pour la CPI [795] ou la Cour-EDH [796] ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme [797], pour n'en citer que quelques-unes. Par contraste, on note que l'article 2 du Statut du TIDM ne reprend pas cette condition de moralité. On ne trouve dans aucun règlement d'arbitrage, sauf le CIRDI [798] et la CPA [799], l'équivalent de cette exigence pour les arbitres. Les lois nationales sur l'arbitrage sont également muettes à cet égard.

358. Certaines juridictions exigent en outre que le candidat présente les qualités d'impartialité et d'intégrité. C'est le cas de la CPI, notamment. Nous renvoyons l'étude de cette question au chapitre suivant.

359. La troisième qualité a trait à la compétence professionnelle. Un premier modèle est celui du Statut de la CIJ. Son article 2 prévoit que les juges sont choisis parmi les personnes qui «… réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international». L'article 4 du statut de la Cour de justice de l'Union africaine reprend cette exigence [800]. La compétence demandée est très générale et reflète la compétence *ratione materiae* de la juridiction qui est appelée à statuer sur toutes sortes de différends relevant du droit international, sans que cette compétence soit autrement spécifiée. En conséquence, les membres de cette juridiction ne doivent pas connaître un pan du droit international en particulier, mais être des généralistes capables de se prononcer sur des sujets variés.

360. Le second modèle est celui suivi par les juridictions spécialisées qui exigent que l'expertise des candidats soit plus spécifique et corresponde à la compétence de la juridiction. Ainsi, l'article 36 3. *a)* du statut de la CPI prévoit que «les juges sont choisis parmi des personnes … réunissant les conditions requises dans leurs Etats

795. Article 36 du Statut de Rome.
796. Article 21 de la Convention.
797. Article 4.1 du Statut de la Cour.
798. Article 14 de la Convention de Washington de 1965.
799. Article 23 de la Convention de 1899.
800. Cependant, on note que le texte rattache au pays d'origine du candidat au poste de juge non seulement les qualités pour exercer les fonctions judiciaires, mais aussi la compétence en droit international, ce qui ancre le candidat de manière plus marquée que ce que demande le statut de la CIJ.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires» (c'est le premier modèle). Mais le paragraphe *b)* ajoute :

> «Tout candidat à un siège à la Cour doit : *i)* avoir une compétence reconnue dans les domaines du droit pénal et de la procédure pénale ainsi que l'expérience nécessaire du procès pénal, que ce soit en qualité de juge, de procureur ou d'avocat ou en toute autre qualité similaire ; ou *ii)* avoir une compétence reconnue dans les domaines pertinents du droit international, tels que le droit international humanitaire et les droits de l'homme, ainsi qu'une grande expérience dans une profession juridique qui présente un intérêt pour le travail judiciaire de la Cour.»

Il en va de même pour l'article 4 du statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'article 21 de la CEDH ou l'article 17 de l'OMC. Pour ces juridictions spécialisées, il est préférable non seulement de réunir des experts de droit international, mais surtout de bénéficier de spécialistes du domaine particulier pour lequel la juridiction a été créée. Le *Compliance Committee* de la Convention Aarhus demande à ce que ses membres possèdent une compétence en matière environnementale. La question de l'expertise *ratione materiae* du médiateur est encore ouverte, certains estimant qu'elle est nécessaire, d'autres pensant que l'on est meilleur médiateur lorsque l'on ne connaît rien au domaine dans lequel se situe le différend en médiation.

361. Pour les juges de la CCJA de l'OHADA, il faut qu'ils aient quinze années d'expérience professionnelle et qu'ils soient compétents en droit (avocats, magistrats, professeurs de droit) [801]. Mais seuls deux membres de la Cour peuvent appartenir à la catégorie des avocats ou des professeurs. En d'autres termes, les magistrats doivent être majoritaires dans la composition de la Cour. De plus, ils doivent avoir exercé de «hautes fonctions juridictionnelles». Ceci se comprend aisément dans la mesure où la Cour a une fonction de véritable Cour de cassation, il est nécessaire qu'elle soit composée de personnes comprenant le travail particulier de cassation. Ces fonctions peuvent avoir été exercées dans d'autres cours internationales ou régionales, compte tenu du silence du texte qui ne précise pas que les fonctions juridictionnelles préalables aient été exercées dans un des Etats membres de l'OHADA.

801. Article 31 du Traité OHADA.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

362. Les membres des juridictions internationales doivent-ils être des juristes ? La question peut étonner. Mais elle s'est posée au moins lors de la création des juridictions permanentes au début du XX^e^ siècle. De plus, il existe des spécialistes, notamment les diplomates ou les spécialistes de relations internationales, ou bien des ingénieurs et autres professions spécialisées qui peuvent être appelés à siéger dans une juridiction internationale (notamment en arbitrage) sans avoir nécessairement des connaissances juridiques. Pour toutes les juridictions que nous avons citées dans cette section, la qualité de juriste est requise (sauf si dans le pays dont relève le candidat, il est possible d'accéder à la magistrature sans posséder de connaissance juridique, ce qui est rare). Il est possible aussi que la juridiction puisse être composée de juristes et de non-juristes. Ce sera le cas en matière d'arbitrage, dans certains domaines comme la construction, où les connaissances spécialisées en dehors du droit sont extrêmement utiles. La Commission Aarhus prévoit que ses membres sont plutôt des non-juristes, mais qu'en aucun cas ils ne doivent être seuls à siéger, certains des neuf membres devant être des juristes, sans que la proportion des uns par rapport aux autres ne soit précisée [802].

363. La nationalité des candidats n'est pas forcément un critère dans leur sélection. Dans toutes les juridictions qui ne possèdent pas un nombre de membres égal aux Etats partie (CIJ, CPI, TIDM, par exemple), la nationalité n'entre pas directement en considération dans l'élection des juges. Dans toutes les juridictions qui possèdent un juge par Etat partie (CourEDH, CJUE et Cour interaméricaine, par exemple), un Etat peut parfaitement désigner une personne ressortissante d'un autre Etat s'il n'a personne à désigner parmi ses propres ressortissants. En revanche, dans nombre de juridictions, il n'est pas possible d'avoir deux juges de la même nationalité. En arbitrage, il n'est pas rare que le tribunal arbitral soit composé de personnes dont aucune ne possède la nationalité des parties au litige. Cette règle, généralement non écrite, n'est pas observée par tous les arbitrages et encore moins en médiation.

364. Outre les qualités individuelles dont nous venons de faire état, l'article 9 du statut de la CIJ exige que le corps des magistrats accédant à la Cour assure « dans l'ensemble, la représentation des

802. « The Compliance Committee consists of nine individuals serving in their personal capacity. The members are required to be nationals of the Parties or Signatories to the Convention and must be persons of high moral character and recognized competence in the areas to which the Convention relates, including persons with legal experience. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde ». Cette double diversité est due aux opinions divergentes qui se sont fait jour au sein du Comité des juristes chargé de préparer le statut de la CPJI en 1920. De la Pradelle insistait pour que ce ne soit pas les « systèmes juridiques » qui soient représentés [803] puisque, pour lui, le droit international devait être unitaire et que peu importait de quelle manière il était vu par les différents systèmes juridiques du monde. Il insistait sur le fait que ce qui importe vraiment c'est que la Cour soit représentative des différents « centres de civilisation ». En revanche, pour d'autres membres du Comité des juristes (Root et Phillimore), les systèmes juridiques étaient importants. Si bien que, finalement, ils se mirent d'accord pour que les deux concepts soient utilisés. On remarque aussi que l'article 9 du Statut de la CIJ a sagement écarté la notion de « nation civilisée » utilisée dans l'article 38 du Statut [804].

365. Comme le dit très justement Sir Robert Jennings :

> « [t]he intention of this provision [art. 9] is presumably something more than the attainment of an approximation to a fair distribution of membership ; it is surely that the "principal organ of the United Nations" should broadly be representative of different parts of the world and of all the principal legal systems. In a word, if the Court is to speak with the authority of a world court – and this is essentially a question of authority – it must itself be a world court ; only thus can it acceptably promulgate generally binding interpretations, applications and developments of international law. Though seated in The Hague, it must be global in its collective thinking. » [805]

366. Intuitivement, on comprend que la quête de représentativité, au sein d'une juridiction internationale donnée, des cultures et des systèmes juridiques du monde entier permet de jeter les bases d'une légitimité accrue de la justice internationale. On ne doit pas, cependant, se laisser aveugler par cette condition textuelle car, en pratique, même

803. Procès-verbal des délibérations du Comité des juristes, p. 200.

804. Comme le dit R. Kolb, *La Cour internationale de Justice,* à la p. 131, l'expression de « nations civilisées » était en 1920, date de son origine, centrée sur le monde occidental. Dans le monde multipolaire dans lequel nous vivons, la diversité des systèmes juridiques est telle que l'on se demande comment il est possible de reconnaître les principaux systèmes juridiques du monde, jusqu'à quel niveau de nuance, et d'influence cela doit-il être fait.

805. R. Y. Jennings, « The Internal Judicial Practice of the International Court of Justice », 59 *BYIL* 35 (1988).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

si les juges viennent de pays et de cultures différentes, et qu'ils ont reçu leur formation de base dans leur propre pays ou dans la région, il est extrêmement fréquent qu'ils aient, de surcroît, été éduqués dans une université d'un pays occidental. Il suffit à cet égard d'étudier les curriculum vitae des juges internationaux sur une longue période pour constater qu'un petit nombre d'universités dans le monde forment le noyau dur des études de droit international [806] et que la plupart des juges internationaux ont fréquenté l'une ou l'autre de ces universités, toutes situées dans l'hémisphère nord. Bien entendu, le droit international n'est pas enseigné de manière identique dans ces universités, mais le socle demeure commun. Ce socle est influencé de manière subtile, mais réelle, par les valeurs occidentales et la conception occidentale du monde. En conséquence, il y a probablement plus de communauté d'esprit entre les membres des juridictions internationales qu'il ne pourrait paraître a priori.

367. Cela n'empêche pas que de réelles divergences persistent entre les traditions juridiques, ne serait-ce que du point de vue de l'accès à la magistrature ou dans la conception de la procédure. Sur la première question, il existe essentiellement deux modèles dans le monde qui sont appliqués avec diverses nuances selon les pays. Selon une première formule, les futurs juges suivent une formation spécifique, après une première formation de base commune à tous les juristes [807], et passent un examen ou concours pour accéder à la profession. Ils deviennent juges à un jeune âge, sont nommés dans des juridictions de première instance et « font carrière » grâce à la mobilité qui leur permet d'être promus dans diverses fonctions jusqu'aux juridictions les plus élevées. La seconde formule privilégie la nomination de juges chez les juristes seniors, membres du barreau, préférant des juges avec de l'expérience et reconnus par leurs pairs. Pour ce qui est des différences procédurales, celles-ci sont bien connues, ce qui nous permettra d'être brève. Deux « modèles » sont en concurrence : l'un se fonde sur un système dit « accusatoire » et l'autre sur un système dit « inquisitoire », le juge ayant, dans ce second modèle, plus de pouvoir de gestion de la procédure que dans le premier. Cette divergence de modèles est particulièrement évidente pour les procédures pénales. Tous les juges internationaux qui ont participé aux diverses juridictions pénales internationales ont témoigné sur la difficulté de réconcilier ces deux traditions comme

806. Cambridge, Harvard, Oxford, Paris, Yale.
807. Parfois, il est possible que la formation de base ne soit pas des études de droit.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

le montrent les multiples ajustements aux règlements de procédure intervenus au fur et à mesure de l'expérience acquise dans la pratique.

368. Pourrait-on augmenter la représentativité de la CIJ en augmentant le nombre de ses membres ? Cela fait partie d'une des solutions possibles. La CPI compte maintenant dix-huit juges, ce qui favorise une meilleure représentation des cultures et systèmes juridiques. Toutefois, à la différence de la CIJ, la CPI travaille essentiellement en chambres, ce qui est rarement le cas pour la CIJ malgré le fait que cela soit possible. Or, plus le nombre de juges augmente et moins les plénières sont envisageables. On note à cet égard que le *Compliance Committee* de la Convention Aarhus comprend neuf membres seulement. Certes, ce comité constitue une « quasi-juridiction » comme le dit Ellen Hey [808] et a donc moins de pouvoirs qu'une véritable juridiction. De plus, sa compétence *ratione materiae* est plus limitée que celle de la CIJ par exemple.

b) *Au-delà des textes*

369. Nous débuterons cette section par quelques exemples tirés de l'expérience française dans la nomination des juges français au sein de deux juridictions historiques, celle de Nuremberg et celle de Tokyo.

370. Les récits pour la nomination des juges français au Tribunal de Nuremberg ne sont pas nombreux. Nous nous en tenons à celui du juge Robert Falco, juge suppléant du juge Donnedieu de Vabres. Robert Falco est juif et, en tant que tel, avait été « démissionné » de ses fonctions de magistrat par le gouvernement français en vertu du décret du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs [809]. A la Libération, Robert Falco avait été réintégré dans la magistrature en tant que conseiller à la Cour de cassation, le 27 octobre 1944. Il explique sa nomination à Nuremberg de la manière suivante :

> « … au début de juin [1945], alors que je poursuivais mon labeur paisible à la cour de cassation, une note m'apprit que les conseillers parlant l'anglais et désirant éventuellement siéger comme juge au

808. E. Hey, *op. cit. supra* note 192.

809. JORF 18 oct. 1940. Robert Falco formera un recours contre cette décision devant le Conseil d'Etat mais sa requête sera rejetée par une motivation extrêmement succincte : « il ne résulte pas des pièces du dossier que M. l'avocat général Falco ait rendu dans ces domaines à l'Etat français des services présentant, au sens de la disposition législative visée, des services exceptionnels qui pourraient seuls justifier la dérogation dont s'agît ». Ces informations sont tirées du texte de M. Jean-Paul Jean présenté au cours d'un colloque tenu à la Cour de cassation française en 2016, disponible sur le site de la Cour de cassation (visualisé le 6 octobre 2018).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> tribunal international en voie de création, étaient priés de se faire connaître. J'hésite en raison de mon expérience incomplète d'une langue que je n'ai pas pratiquée depuis plus de quarante ans, mais sur les conseils de certains membres de mon entourage, je finis par m'inscrire sur une liste où je suis d'ailleurs le seul à figurer » [810].

Il sera donc désigné et c'est lui qui a signé, au nom de la France, le 8 août 1945, les accords de Londres, intégrant la répression du crime contre l'humanité. Pour participer à la conférence préparant le statut du tribunal international, pour laquelle il n'a reçu aucune instruction précise, il était assisté d'un universitaire, le professeur André Gros. Il explique comment Robert Jackson, juge à la Cour suprême des Etats-Unis, va dominer les débats et imposer ses points de vue durant ces conférences préparatoires.

371. Falco apprend, de manière relativement fortuite, que Henri Donnedieu de Vabres (1880-1952) est désigné en qualité de juge français [811]. Le cas de Donnedieu de Vabres est emblématique de la doctrine positiviste française de l'époque. Il enseigne le droit pénal à la Sorbonne. Depuis les années 1920, il est reconnu comme comparatiste, spécialisé en droit pénal allemand. Il est décrit par Robert Falco comme « professeur savant et protestant austère » [812]. Il a été dit qu'il a commenté les textes de Vichy, dont ceux créant les sections spéciales et ceux sur le statut des Juifs, ce même texte qui a servi de support à l'exclusion de Robert Falco de la magistrature française de 1940 à 1944 [813]. D'autres auteurs estiment que Donnedieu de Vabres a aussi pris position pendant l'Occupation contre la législation de Vichy [814]. C'est lui l'inventeur de l'expression « droit pénal international » et de son contenu [815]. Donnedieu de Vabres parle couramment allemand et il dira à Falco

---

810. R. Falco, *op. cit. supra* note 139, p. 126-127.

811. Le tribunal était composé de quatre juges titulaires et quatre juges suppléants. Chaque partie signataire de l'Accord de Londres désignait un des juges et un des suppléants. Les juges titulaires étaient les suivants : Biddle pour les Etats-Unis, Lawrence, pour le Royaume-Uni et Nikitchenko pour la Russie et Donnedieu de Vabres pour la France.

812. R. Falco, *op. cit. supra* note 139, p. 28.

813. Le texte de J. P. Jean cité *supra* note 809 ne donne aucune référence et malgré nos recherches, nous n'avons pu trouver aucun de ces commentaires.

814. A. Tisseron, *La France et le procès de Nuremberg – Inventer le droit international*, Les prairies ordinaires, 2014, p. 140.

815. H. Donnedieu de Vabres n'a pas publié de mémoires. Son cours à l'Académie de La Haye, sur le procès de Nuremberg, est un modèle du genre positiviste en ce qu'il décrit les mécanismes et les commente le moins possible. Cf. H. Donnedieu de Vabres, *op. cit. supra* note 225.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « qu'il s'est rendu à plusieurs reprises à des congrès juridiques nazis – avant-guerre NDR – au cours desquels il eut l'occasion de dîner chez le président de l'Académie de droit allemand, Hans Frank, et d'y rencontrer Streicher deux des accusés du procès actuel, situation qui le gêne » [816].

L'un et l'autre seront condamnés à mort. On note que Philippe Sands, quand il visite la salle d'audience 600 à Nuremberg, s'y retrouve avec Niklas Frank, le fils de Hans, qui était un petit garçon au moment de la guerre [817]. Ainsi que nous le dirons au chapitre suivant, Donnedieu de Vabres, selon Falco, se demandait s'il aurait l'impartialité nécessaire pour porter un jugement.

372. Durant les recherches qui nous ont permis d'écrire ce chapitre, nous nous sommes étonnée que Jules Basdevant, l'ancien conseiller juridique du ministère français des Affaires étrangères, spécialiste de droit international reconnu, ne fut pas désigné pour le procès de Nuremberg. Il est avéré que son nom a effectivement été mentionné à plusieurs reprises, comme ceux de Cassin et de Jolliot de la Morandière [818]. Toutefois, une note anonyme du Secrétariat des conférences, datée du 28 décembre 1945, retrouvée par M. G. Mouralis dans les archives du ministère français des Affaires étrangères, indique : « M. Basdevant, partant de l'idée que ce procès était mal engagé, n'a voulu s'en mêler, ni de près ni de loin, et n'a donné aucun avis. L'affaire a donc été presque entièrement remise aux mains de la Justice. » [819].

373. Le tribunal de Tokyo, de son côté, comprenait onze juges. L'article de Jean Esmein éclaire un peu les difficultés auxquelles ce procès a donné lieu, notamment en raison des choix effectués par le Président, l'Australien Webb, qui avait une conception très précise de ce qu'il voulait entendre ou non, notamment de la part de la défense. Selon lui, la sélection des accusés avait été mal faite et tous les accusés étaient coupables, la seule décision à prendre étant sur le degré de la culpabilité [820]. D'après Esmein, les choix effectués

816. Mémoires de Robert Falco, *op. cit. supra* note 139, p. 41-42.
817. Ph. Sands, *East West Street,* Weidenfeld & Nicolson, 2016, à la p. xxiii.
818. Cela nous a été confirmé par G. Mouralis, au cours d'un échange de correspondance que nous avons eu avec lui en 2018.
819. G. Mouralis, *Le moment Nuremberg. Les lawyers, le procès international et la color line*, à paraître, Presses de Sciences Po, 2019. Nous reviendrons sur cette histoire un peu plus en détail au cours du chapitre 8, para. 465.
820. J. Esmein, « Le juge Henri Bernard au procès de Tokyo », dans *Vingtième siècle, Revue d'histoire,* n° 59, 1998, à la p. 10.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

par Webb ont privé les historiens de sources importantes concernant la résistance intérieure au Japon même contre les ordres reçus par les militaires et la partie du pouvoir politique qui soutenait la guerre. On peut aussi probablement expliquer, au moins en partie, l'opposition totale que les verdicts prononcés par le tribunal ont suscitée au Japon, par la manière dont le procès a été conduit. Toujours est-il que le juge français Henri Bernard, voyant comment le procès était mené, adressa un mémorandum au Président Webb daté du 30 janvier 1947. Il le prévenait que, à son avis, le procès contre les prévenus de la classe A manquait de fond et que si l'on ne trouvait pas une solution permettant de parvenir à une décision acceptable pour les juges, il serait amené à faire connaître publiquement son désaccord. C'est d'ailleurs ce qu'il fit en 1949 puisqu'il est l'un des juges qui signa une opinion dissidente [821].

374. Qui était le juge Henri Bernard ? Grâce à un fonds d'archives constitué par son fils, Jean-François Bernard, il est possible de le mieux connaître. La courte biographie qui suit est tirée de la fiche de présentation de ces archives [822]. Né le 8 ocobre 1899 (Arles, France), le juge Henri Bernard effectue ses études universitaires à la faculté d'Aix-en-Provence où il obtient sa licence en droit. Il occupe successivement plusieurs postes dont ceux de substitut du procureur de la République à Conakry (1931), de juge d'instruction au tribunal de Dakar (1933), de procureur de la République au tribunal de Bangui (1938), de substitut du procureur général (1941) et d'avocat général (1943). C'est en sa qualité d'avocat général de première classe des Colonies qu'il est amené à faire droit, avec un certain courage, à des demandes indigènes contre les prétentions des « blancs », mettant ainsi sa carrière en danger. Toutefois, il bénéficie du soutien du ministre des Colonies, Georges Mandel. Dès le début de l'Occupation, il s'engage dans la Résistance et manifeste son soutien à la France Libre à Brazzaville, lors de la rébellion du 28 août 1940. Sa participation à l'insurrection lui vaudra d'être condamné par contumace, en juillet 1941, par le tribunal militaire de Gannat. Dans la Résistance, il est nommé colonel avant d'assurer la fonction de commissaire du gouvernement à Beyrouth, en 1944. A la Libération, il retrouve son poste de magistrat colonial. La nomination du juge Bernard au poste de juge [823] à Tokyo, sur proposition du ministre

821. *Ibidem*.
822. http ://www.calames.abes.fr/plus/doc/920509801/FileId-548.pdf, consulté pour la dernière fois le 3 décembre 2018.
823. La biographie mentionne par erreur qu'il était nommé procureur.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de la France d'Outre-Mer, résulte du désistement de son collègue Henri Heimburger. Il sera accompagné dans sa mission par Robert Oneto, procureur de la République à Melun. Les deux juges français pratiquaient peu l'anglais si bien qu'ils bénéficièrent du concours de Jacques Gouëlou (professeur d'anglais au Lycée Michelet de Paris) [824]. Cette biographie ne dit pas qu'initialement c'est le Professeur Jean Escarra qui est pressenti par la France pour occuper ce poste, mais il refusa sa nomination compte tenu de ses intérêts en Indochine [825]. Ce n'est qu'après l'intervention insistante du Comité de l'Indochine, que la France se résolut à nommer un juge colonial [826].

375. Au-delà de ces trois exemples historiques et qui ne concernent qu'un seul pays, on s'interroge sur les conditions de nomination des membres des juridictions internationales. Philippe Sands et Ruth Mackenzie rapportent une anecdote qui en dit long sur les discussions que les Etats mènent avant de donner leur accord à la nomination d'un juge à l'un des tribunaux internationaux. Il s'agit de la note du Conseil juridique du *Foreign Office* du Royaume-Uni à propos de la candidature de M. Nisot, de nationalité belge [827]. La première partie de la note se préoccupe du caractère « difficile » du candidat. La seconde partie se concentre sur son honnêteté totale, ses excellentes capacités intellectuelles et de juriste. Enfin, la note mentionne le caractère conservateur de ses idées et termine en insistant sur le fait que la CIJ aurait bien besoin d'une voix conservatrice supplémentaire compte tenu de l'orientation qu'elle est en train de prendre. Nous sommes en 1960 à une époque où le monde change et où les Etats du Nord s'inquiètent de la décolonisation et de l'influence grandissante du Groupe des soixante-dix-sept au sein des Nations Unies. Tous ces facteurs sont essentiels pour un Etat.

376. Mais il y a aussi les tractations moins glorieuses entre Etats, les *quid pro quo*, les échanges de vote, en un mot, une stratégie plus large

824. Rappelons que seuls l'anglais et le japonais étaient les deux langues officielles du procès de Tokyo. Or le procureur français lu l'acte d'accusation en français malgré les protestations de la défense.

825. D'après J. Esmein, *op. cit. supra* note 820, p. 3-14, « les personnes suivantes ont été pressenties avant Bernard : le Professeur Jean Escarra qui suggéra qu'on le remplace par Hugueney ou Lampué, et Henri Heimburger ».

826. L'article de Jean Esmein est aussi intéressant pour une meilleure connaissance des failles du procès de Tokyo, au moins en ce qui concerne la partie de l'accusation menée par la France.

827. La note est reproduite dans R. Mackenzie et Ph. Sands, « Judicial Selection for International Courts : Towards Common Principles and Practices », dans K. Malleson et P. H. Russell (dir. publ.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power,* Toronto U. Press, 2007, p. 213.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que la simple nomination à un tribunal donné, qui s'apparente à un certain marchandage entre les Etats [828]. D'autres facteurs, que les seules qualités des candidats, sont pris en considération et parfois, un vote est donné à une candidature loin d'être idéale parce que cela favorisera le vote pour une autre candidature dans une autre enceinte internationale, qui peut d'ailleurs parfaitement ne pas être un tribunal, mais une autre organisation intergouvernementale.

377. Et puis il y a les candidats qui savent « se vendre » et ceux qui pensent que leurs seuls mérites feront leur élection. En arbitrage, depuis une vingtaine d'années environ on a vu croître le phénomène des listes, résurgence de pratiques très anciennes attestées notamment dans l'Europe médiévale [829]. Dans les années 1970-1980, les listes n'existaient pas ou alors, elles étaient un secret bien gardé. En droit international public, notamment pour la CPA, les Etats avaient insisté pour maintenir une liste et le système perdure jusqu'à aujourd'hui. C'est également le cas pour le CIRDI ou le TAS. Apparaître sur une de ces listes est considéré par beaucoup comme une marque de confiance de la part des Etats ou des institutions, un signe de reconnaissance. Mais comme ces listes sont très limitées par le nombre de noms qui peuvent y apparaître, certains jouent sur leur double ou triple nationalité leur permettant ainsi d'être nommé par un autre pays si la liste de leur nationalité effective est déjà complète. De plus, un Etat peut parfaitement choisir un non-national, marque de reconnaissance suprême, même si cela est rare [830].

378. Le parcours de vie est essentiel pour chaque juge. Nous en avons déjà parlé dans la section précédente. Il convient d'y revenir un peu. Quel juge et arbitre était Michael Kerr quand on sait que durant la première partie de sa vie à Londres il avait connu l'extrême pauvreté, son père, très connu en Allemagne pour avoir été un grand critique littéraire, étant dans l'impossibilité de gagner suffisamment d'argent pour sa famille depuis leur exil en Grande-Bretagne ? Il est particulièrement émouvant de lire qu'il a été enfermé dans un camp en 1940, en tant que *Enemy Alien*, alors qu'il était Juif réfugié d'Allemagne [831]. Dans

828. R. Mackenzie et Ph. Sands, « Judicial Selection for International courts », *op. cit. supra* note 827, p.225.

829. Y. Jeanclos, « La pratique de l'arbitrage du XII^e^ au XV^e^ siècle », *Rev. arb.*, 1999, à la p. 444.

830. On note par exemple que B. Stern, après avoir été nommée sur la liste de la France au CIRDI durant une vingtaine d'années, est désormais nommée par la Géorgie avec un mandat qui se termine fin novembre 2019.

831. M. Kerr, *op. cit. supra* note 450, à la p. 125.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ce même camp il rencontre Kurt Lipstein, qui avait été son professeur. Ce dernier lui confie cette ironie suprême qui a voulu qu'il participe lui-même à l'élaboration des lois qui permettront leur arrestation. A côté de cela, le fait qu'il n'ait pas pu voyagé jusqu'en 1947, puisqu'il n'avait pas de passeport, semble mineur, mais a certainement marqué cet esprit fin et incisif. Il découvre alors le droit international, grâce à Arnold McNair, qui plus tard deviendra le Président de la CIJ et dont il est l'assistant. Ils vont ensemble en 1947 à une réunion de l'Institut de droit international et il y retourne en 1950 [832]. Il raconte que lors de la réunion de 1947,

> «One of the main participants was Edward Hambro, a Norwegian who was then Secretary-General of the International Court of Justice at the Hague. He said that they were looking for a Registrar and that I would be ideal for the job. The salary was munificent and tax free, and the job carried diplomatic status. This meant that I would immediately be able to buy a car free of tax and duty, for which the waiting time was normally a year, and for about half the price. And although I would have to live in The Hague for most of the year, the workload was not at all heavy and there would be long holidays.»

Malgré ces consitions matérielles alléchantes, il refuse cependant, ce qui, après tout, dit-il, ne devait être qu'un *office job* [833].

379. En ce qui concerne la formation des juges internationaux, il est avéré désormais que la plupart de ceux qui sont désignés, pour servir au sein des juridictions internationales, ont étudié non seulement dans de très bonnes universités de leur pays, mais ont obtenu des diplômes supérieurs dans l'une ou l'autre des facultés ou écoles de droit à l'étranger. On peut dire que le peloton de tête de ces universités comporte Paris, Cambridge, Harvard, Columbia et Oxford [834]. Depuis quelques années, avec l'essor de la mobilité estudiantine, d'autres noms s'ajoutent à cette liste qui se diversifie en fonction des opportunités offertes. Cette concentration des universités dans lesquelles les futurs juges étudient pour une partie de leur formation contribue indéniablement à l'occidentalisation du droit et de la justice internationaux.

---

832. M. Kerr, *op. cit. supra* note 450, à la p. 197. Il dit qu'il va à Prague pour la réunion de l'IDI en 1947, mais les archives de l'IDI montrent que la réunion de 1947 s'est tenue à Lausanne.
833. M. Kerr, *op. cit. supra* note 450, aux p. 215-216.
834. Voir notamment D. Terris *et al*., *op. cit. supra* note 71, à la p. 425.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

380. Le débat qui a agité le monde de l'arbitrage des années 1970-1980 était autre. La question était de savoir si les parties pouvaient nommer un arbitre qui n'apparaîtrait pas sur la liste maintenue par l'une ou l'autre des institutions. Dans un premier temps, la réponse n'a pas été unanimement positive. Mais très rapidement les institutions qui maintenaient une liste fermée ont été critiquées, les parties préférant nommer l'arbitre qu'elles avaient le droit de nommer comme bon leur semblait, en dehors de la liste de l'institution si besoin était. D'où l'obsolescence de ces listes dans ces années-là.

381. Leur intérêt a ressurgi plus récemment, sous couvert de transparence et d'égalité dans l'information pour les parties qui, moins habituées à nommer que les grands cabinets d'avocats dont le département d'arbitrage est ancien et bien équipé, ont probablement besoin de mieux connaître le *pool* d'arbitres potentiels. Une des difficultés avec cette résurgence des listes c'est qu'en réalité, leur constitution est particulièrement opaque. De plus, quand les listes sont constituées par la seule appartenance à l'une ou l'autre des associations, il suffit de payer une cotisation, et/ou une participation aux frais de maintenance de la liste, pour pouvoir y apparaître. Il s'agit alors d'un effet de club dont le seul critère d'appartenance est la cotisation. Pour pallier en partie cet effet de club, plusieurs projets existent destinés à accroître la connaissance disponible sur les arbitres potentiels. Parmi ces projets, on peut citer celui initié par la Professeure Catherine Rogers, appelé *Arbitrator Intelligence*, qui s'est donné le mandat de réunir le plus d'informations possibles sur les personnes susceptibles d'être désignées comme arbitre. Ces informations concernent, pour le moment, les préférences procédurales ainsi que les compétences en matière de gestion des processus arbitraux et de délibération [835]. L'idée qui sous-tend cette orientation pour la banque de données en préparation repose sur le fait que la plupart des personnes en position de nommer un arbitre disent être guidées en grande partie par l'expertise et l'efficacité des candidats potentiels. Or, ces qualités ne sont pas visibles sur leur *curriculum vitae*. C'est pourquoi, il a été considéré comme nécessaire de constituer une base de données avec ces informations non accessibles ailleurs [836].

382. Les qualités requises pour être membre d'un tribunal arbitral sont variées et diffèrent selon que l'on parle des co-arbitres *(wing*

835. On consultera avec profit le site de *Arbitrator Intelligence* http ://www.arbitratorintelligence.org/.

836. Voir également *infra*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

arbitrators), du Président ou de l'arbitre unique. Pour le Président et l'arbitre unique, il est essentiel que ces personnes soient attentives aux règles de procédure et sachent structurer l'organisation du processus, du dossier, des audiences et du travail de rédaction *(case management)* [837]. Pour les co-arbitres, l'attention se portera sur leurs connaissances du droit applicable, de l'activité en cause dans le dossier (surtout si des usages professionnels doivent être appliqués ou pris en considération) et, plus généralement, leur expérience du monde du commerce international ou des investissements internationaux.

383. Les parties bénéficient d'une très grande liberté pour déterminer, dans chaque affaire, les qualités des arbitres qui statueront sur leur litige. L'affaire *Jivraj c. Haswani* a montré cette liberté à l'œuvre. La clause compromissoire disposait : « All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community. » Le demandeur décida de désigner une personne ne respectant pas ces qualités, si bien que le défendeur saisit les tribunaux anglais afin d'invalider cette désignation en violation de l'accord d'arbitrage. Le débat fut immédiatement recentré sur la validité de l'accord d'arbitrage qui, selon le demandeur à l'arbitrage, aurait été une violation des règles de lutte contre la discrimination, notamment en vertu du droit européen. Les juridictions du fond furent d'un avis opposé. Il revint donc à la Cour suprême de décider en dernier ressort. Fort heureusement, elle valida l'accord, en substance, sur le fondement de l'autonomie de la volonté non contraire à l'ordre public [838].

384. D'une manière générale, l'arbitrage a influencé la composition de la CIJ et, avant elle, de la CPJI, puisque dans ces deux juridictions, un Etat dont aucun juge ne siège, au moment où la Cour est saisie de l'affaire à laquelle il est partie, a le droit d'en nommer un. C'est ce que l'on appelle les juges *ad hoc* [839]. Bien que, la plupart du temps, le juge *ad hoc* possède la nationalité de l'Etat qui le désigne, certains Etats choisissent des personnes n'étant pas leur national. Ainsi dans l'affaire *Belgique c. Suisse*, la Belgique opta pour le professeur Pocar, italien. Bien que les raisons de ce choix ne soient pas publiques, on peut penser que la Belgique a cherché à nommer une personne dont la compétence substantielle de la question que devait trancher la Cour était difficile à

837. Voir par exemple E. Vidak-Gojkovic *et al.*, « Puppies or Kittens ? How to Better Match Arbitrators to party Expectations », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 août 2016.
838. [2011] UKSC 40, voir *Rev. arb.* 2011.1007, commentaire J.-B. Racine.
839. Article 31 du Statut de la CIJ.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

égaler. Son expertise en la matière aurait eu [840], sans nul doute, un poids considérable dans le délibéré, ayant été le rapporteur, auteur du rapport explicatif, du processus de révision de la Convention de Lugano dont l'interprétation était demandée à la Cour.

385. Tout cela nous fait penser au fait que toute personne, et le juge international ne fait pas exception, s'adresse à un auditoire [841] comme le disait Chaïm Perelman, repris par Jean Salmon [842]. Cet auditoire est multiple. Perelman en distinguait trois : l'auditoire universel (l'humanité dans son ensemble) [843] ; l'interlocuteur précis à qui l'on s'adresse (pour nous ce serait les parties au litige) ; le sujet lui-même qui s'exprime quand il délibère ou se représente les raisons de ses actes (cela justifie l'expression d'opinions individuelles, ainsi que la nécessité pour les juges de mener une réflexion sur leur rôle en qualité de juge) [844]. Quand Perelman pense à l'universel, ou à l'humanité toute entière, on songe aux propos de M. Bedjaoui qui, dans son discours à l'occasion de l'audience solennelle de la CIJ lors de son 50e anniversaire, dit que la Cour rend la justice au nom des peuples des Nations Unies [845].

386. Le juge, toutefois, doit avant tout se préoccuper des parties au litige qui forment son premier auditoire. Or, ainsi que nous l'avons dit en introduction, les litiges internationaux mettent en présence soit des Etats entre eux, soit des parties privées entre elles, soit un Etat et une partie privée. Chaque fois qu'un Etat ou une collectivité publique est partie à un procès, c'est un auditoire plus vaste qui est concerné, celui du pays tout entier et éventuellement de tous les pays qui participent à une même organisation régionale d'intégration ou communauté régionale. Pour les juges de la CIJ, leur auditoire est l'ensemble de la communauté des Etats. Certains passages se veulent pédagogiques, comme dans les affaires *Nottebohm*, pour la nationalité, ou *Barcelona Traction*, pour la protection diplomatique [846]. Cela implique que les juges soient de

840. L'affaire a été retirée du rôle à la demande de la Belgique à la suite du mémoire de réponse déposé par la Suisse.

841. Nous retrouverons cette idée dans le chapitre 11 sur la fabrique de la décision.

842. J. Salmon, « L'auditoire de la Cour internationale de Justice : Du bilatéral à l'universel », conférence donnée en 1996, reproduite dans J. Salmon, *Droit international et argumentation,* Bruylant, 2014, p. 131.

843. A cet égard, voir Th. Meron, « The Role of Judges in Public Life », dans *The Making of International Criminal Justice – A View from the Bench,* OUP, 2011, p. 267-277.

844. Ce que nous disons au texte, est adapté de J. Salmon, *op. cit. supra* note 842, à la p. 137.

845. M. Bedjaoui, dans C. Peck et R. S. Lee (dir. publ.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice,* p. 506.

846. Pour d'autres affaires, voir J. Salmon, *op. cit. supra* note 842, à la p. 134.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

bons pédagogues et ne soient pas seulement intéressés de trancher un litige. Cette qualité est encore plus importante quand la juridiction dans laquelle ils siègent a le pouvoir de rendre des avis sur un point de droit, comme c'est le cas, notamment, pour la CIJ et plus récemment pour la CourEDH grâce à l'entrée en vigueur en 2018 du Protocole 16 [847].

387. Les mêmes idées sont développées par Lawrence Baum [848] dans un ouvrage qui étudie la conduite des juges à partir d'un angle différent de celui pris habituellement par les spécialistes de sciences politiques. Il pense que la psychologie a tout à voir avec la fonction de juge et le modèle qu'il propose est celle du juge qui s'adresse à un auditoire, un peu comme dans une pièce de théâtre [849]. Cette intuition scientifique est confirmée dans de nombreux domaines de la création humaine. Quand Verdi écrit *Simon Boccanegra*, il a perdu sa femme et ses enfants. Or, la musique de cet opéra est sombre, au moins au début. Le rôle principal (ainsi que celui de Pietro) sont écrits pour des barytons, ce qui contribue à donner à l'ensemble une tonalité de gravité qui correspondait bien à l'état d'esprit de Verdi à ce moment-là. L. Baum reconnaît que l'influence de la psychologie sur l'acte de juger est encore un sujet controversé en sciences sociales. De plus, il admet que les preuves de l'influence sont difficiles à trouver [850]. Néanmoins, il considère que le juge est un acteur dont le script est préalablement écrit en matière de procédure et s'élabore au fur et à mesure sur le fond. Pour l'auteur, le juge ne considère pas seulement l'auditoire immédiat que sont les parties au litige, mais aussi les futures parties à un litige dont la cour serait saisie ultérieurement. Cela est vrai pour les juridictions nationales (objet de l'étude de Baum), mais aussi pour les juges internationaux. Et si le juge s'exprime publiquement sur une question de principe, il est fort possible que dans une affaire subséquente, une des parties demande sa récusation et l'obtienne [851]. Le juge a aussi un autre auditoire qui est celui des groupes sociaux et professionnels dans lesquels il évolue.

---

847. Cf. Chapitre 12 sur le dialogue des juges.

848. L. Baum, *Juges and Their Audiences : a Perspective on Judicial Behaviour,* Princeton University Press, 2008.

849. Voir aussi les travaux de R. Jacob et A. Garapon.

850. L. Baum, *op. cit. supra* note 848, à la p. 21. A la p. 24 il dit ceci :

> « In their essence, the premises of my inquiry into judges and their audiences are simple : 1. People want to be liked and respected by others who are important to them. 2. The desire to be liked and respected affects people's behaviour. 3. In these respects, judges are people. »

851. L'auteur donne l'exemple de Scalia qui s'était prononcé dans un discours public sur une décision d'une cour d'appel fédérale concernant les relations entre l'Eglise et

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Cela n'est pas très difficile à comprendre : la reconnaissance sociale est la motivation d'un grand nombre de personnes. Peu en effet sont des misanthropes. La communauté des juristes a un impact extrêmement important sur le comportement de ses membres [852].

388. En matière d'arbitrage, il est fort possible qu'il existe un véritable « marché » des arbitres qui se présente un peu différemment pour l'arbitrage du commerce international et pour l'arbitrage d'investissement. Pour ce dernier domaine, une grande partie des arbitrages sont publiquement connus parce qu'ils sont administrés par une institution d'arbitrage qui rend public l'essentiel des documents relatifs à ces procédures, y compris les noms des arbitres, tels le CIRDI et la CPA. Pour l'arbitrage du commerce international, il est beaucoup plus difficile de connaître précisément le personnel disponible ainsi que les caractéristiques de chaque membre de cette non-liste, qui peuvent être significatives pour la désignation d'un arbitre ou d'un président de tribunal arbitral. Chaque cabinet d'avocats actif dans le domaine de l'arbitrage conserve, pour ses propres besoins, une liste d'arbitres avec lesquels les avocats du cabinet ont travaillé dans des dossiers en agrémentant cette liste de remarques plus ou moins sophistiquées qui peuvent servir de référence pour des désignations futures. Mais cette documentation est totalement confidentielle. Elle ne peut pas bénéficier au « marché » dans sa généralité. Elle ne fait que renforcer les positions dominantes de ces cabinets et ne permet pas aux structures moins aguerries de bénéficier de ces informations.

389. C'est en raison de l'absence d'information disponible publiquement que des projets tels que celui piloté par Catherine Rogers et appelé un peu pompeusement, mais de manière assez exacte si l'on aime les romans d'espionnage, *Arbitration Intelligence* a vu le jour, et dont nous avons déjà mentionné l'existence ci-dessus [853]. *Arbitration Intelligence* se limite (si l'on peut dire) à documenter l'expérience décisionnelle des arbitres ainsi que leurs préférences concernant les grandes questions procédurales qui se posent immanquablement en arbitrage [854]. La collecte d'informations a utilisé les sentences arbitrales

---

l'Etat. Quand une affaire semblable vint devant la Cour suprême, l'une des parties demanda à ce qu'il se récuse de l'affaire, ce qu'il a fait.

852. L. Baum, *op. cit. supra* note 848, à la p. 88.

853. Si nous citons seulement ce projet ce n'est pas qu'il est le seul à avoir été lancé, mais qu'il est le plus facilement accessible et que le dialogue avec C. Rogers est toujours aisé et informatif.

854. C. Rogers se réfère volontiers au célèbre livre de Michael Lewis, *Moneyball*, porté à l'écran dans un film éponyme, racontant l'histoire d'un club de baseball qui

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

disponibles dans le domaine public parce qu'elles avaient donné lieu à une décision de justice ou avaient été autrement publiées. En exploitant les informations contenues dans ces sentences, il devient assez facile de déterminer les domaines dans lesquels un arbitre a été actif. Pour ce qui est des autres éléments concernant son expérience, notamment ses préférences procédurales, elles n'apparaissent pas toujours de manière évidente à partir des sentences rendues. L'idée est aussi que la documentation réunie pourra ainsi permettre à des arbitres moins expérimentés de se faire connaître et permettre une plus grande diversité dans les désignations.

B. La diversité

390. La diversité est un sujet difficile, complexe, présentant de multiples facettes qui mériteraient probablement un ouvrage à soi tout seul [855]. Si l'on prend la diversité au sérieux, elle exige que la composition de toute juridiction internationale soit le reflet de la composition de la société pour laquelle elle est constituée. En conséquence, la diversité n'est pas seulement une question de genre, mais aussi de culture, d'âge, d'origine sociale, de religion ou de croyance, etc. [856] Ne pouvant traiter ici de l'ensemble du phénomène, nous nous arrêterons essentiellement sur la question du genre [857]. (cf. images n° 12 et 13)

391. Les raisons pour lesquelles la diversité doit être respectée est parfaitement mise en lumière par Lady Hale, Présidente de la Cour suprême du Royaume-Uni depuis 2017 :

---

sélectionna une équipe de talents sans avoir à payer des sommes folles, uniquement en collationnant des informations sur tous les joueurs disponibles qui ne sont pas des stars.

855. F. Baetens, « Identity and Diversity on the Bench : Implications for the Legitimacy of Interantional Adjudication », Séminaire, PluriCourts, 7 novembre 2018, à paraître dans F. Baetens (dir. publ.), *Identity and Diversity on the International Bench,* à paraître.

856. En cours d'écriture de ce livre, est survenue l'affaire *Jay-Z* (de son vrai nom Shawn Carter) qui, ayant un différend sur la distribution de sa ligne de vêtements, réalise que l'AAA n'a quasiment pas d'arbitres noirs sur son panel d'arbitres pour les affaires dépassant un certain montant.

857. Parmi la littérature abondante, on peut lire St. Hennette Vauchez, « More Women – But Which Women ? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights », *Eur. J. Int. L.*, 2015, volume 26 (1), p. 195-221 ; F. Tulkens, « More Women- But Which Women ? A Reply to Stephanie Hennette Vauchez, *Eur. J. Int. L.*, 2015, volume 26 (1), p. 223-227 ; F. Ni Aolain, « More Women – But Which Women ? A Reply to Stéphanie Hennette Wauchez, *Eur. J. Int. L.*, 2015, volume 26 (1), p. 229-236. U. Schultz & G. Shaw (dir. publ.), *Gender and Judging,* Hart Publishing, 2013.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 12. Photographie du Tribunal arbitral, Affaire *Indus Waters Kishenganga*, Cour permanente d'arbitrage, photo publiée par la CPA sur son site internet et reproduite avec l'aimable autorisation de la CPA.

Image 13. Jessica Campbell-Swanson manifestant perchée sur la statue de la Justice à l'extérieur de la Cour suprême, Washington DC, reproduite avec l'autorisation de J. Scott Applewhite / AP Photo/ HH.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « I take the view that "difference" is important in judging and that gender diversity, along with many other dimensions of diversity, is a good, indeed a necessary, thing for several reasons. The principal reason is democratic legitimacy – the judiciary should reflect the whole community, not just a small section of it ; the public should be able to feel that the courts are their courts, that their cases are being decided and the law is being developed by people like them, not by alien beings from another planet ; and this should enhance rather than undermine public confidence in the law and the legal system. » [858]

392. Que constate-t-on dans la composition de la CIJ ? Historiquement, aucun des juges élus en 1969 n'était membre de la CIJ auparavant. Le renouvellement est donc important, ce que plusieurs auteurs ont salué, malgré l'absence de femmes, après ce qui est parfois appelé la « désastreuse affaire du Sud-Ouest africain » [859]. Le monde change et la composition de la Cour aussi, mais pas sous tous les angles souhaités. La non-réélection du juge anglais à la CIJ en 2018 a envoyé une onde de choc dans les milieux autorisés. Mais elle ne doit pas étonner. La suprématie de l'Occident se fane peu à peu et la Cour doit être le reflet des évolutions du monde. Le droit et la justice ne sont pas épargnés par le courant de pensée que l'on nomme, en histoire ou en socio-ethnologie, les *post-colonial studies* [860]. Il se concrétise non seulement par un renouvellement des idées, mais aussi des personnes qui sont le mieux à même de porter ces idées. Le juge prend part dans le grand ensemble que l'on pourrait nommer « la justice internationale » et parce que cette justice doit répondre aux « standards internationaux de l'administration de la justice » et à l'évolution de la société internationale, le juge, qui est l'être humain qui participe à l'acte de juger, doit lui aussi répondre aux critères que la société dans son ensemble, à un moment T donné, considère comme essentiel. Il en va de la représentativité de la justice, de sa légitimité et de sa crédibilité [861].

---

858. Lady Hale of Richmond, « How Diverse Are Judges ? », dans J. Cooper (dir. publ.), *op. cit. supra* note 226, à la p. 184.

859. Voir notamment R. Jennings, *op. cit. supra* note 805.

860. Issu des Etats-Unis d'Amérique, on trouve les fondements des études post-coloniales dans les ouvrages de Frantz Fanon, notamment *Peau noire, masques blancs,* 1952. Récemment, en France, Thomas Brisson nous donne *Décentrer l'Occident,* La Découverte, 2018.

861. Les statistiques géographiques des juges sont délicates à interpréter. En effet, les trois juridictions européennes (CJUE, CourEDH et Cour AELE) se taillent la part du

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

393. Mais la nomination de femmes au sein des juridictions ne va pas de soi, contrairement à ce que l'on pourrait penser. Nous empruntons à nouveau à Lady Hale l'idée suivante :

> « Her physical appearance threatens to upset aesthetic norms ; her presence is an inescapable irritant, simultaneously confirming and disrupting the established masculinity of the bench. Like Andersen's mermaid, she is induced to deny herself and sell her voice ; her dangerous siren call is silenced and in the silence difference is lost. » [862]

Cette remarque, nous remet en mémoire l'esthétique très différente des photos de la Cour suprême des Etats-Unis à partir du moment où la première femme a rejoint cette juridiction et que la Juge Ginsburg a commencé à porter des cols de dentelle ou autrement ornés [863].

394. Pour la CIJ, il est indéniable que si nous avons fait quelques progrès récemment (la Cour comprend trois femmes pour la première fois de son histoire), nous sommes loin de la parité. On note d'ailleurs que la première femme ne sera nommée à la CIJ qu'en 1995, c'est la juge Rosalyn Higgins, et elle est longtemps restée la seule, même si elle sera élue présidente de 2006 à 2009. Dans cette même institution, l'on n'a compté que 4 femmes juges *ad hoc* pour 112 hommes [864], chacune d'entre elles n'ayant été nommée que pour une seule affaire, alors que nombre d'hommes ont été nommés pour de multiples dossiers. La répartition culturelle est un peu meilleure, bien que les juges *ad hoc* viennent de manière prépondérante de pays occidentaux.

395. La première femme nommée au sein du règlement des différends de l'OMC l'a été en 2003. En 2004, sur les 42 juges de la CourEDH seules 10 étaient des femmes. La proportion s'est un peu améliorée en septembre 2018 car la Cour comprend 47 juges dont 15 femmes [865]. A la CJUE, en 2018, sur 39 membres (28 juges et 11 avocats

---

lion dans les statistiques globales du nombre de juges. Pour avoir une image plus exacte de la diversité géographique des juges, il convient de ne prendre en considération que les juridictions à vocation universelle.

862. Lady Hale of Richmond, *op. cit. supra* note 858, à la p. 180.

863. Dans le documentaire RBG, dont nous avons déjà parlé, la juge Ginsburg montre les différents cols qu'elle utilise au moment de l'annonce des décisions de la Cour selon qu'elle siège dans la majorité, la minorité ou qu'elle a signé une opinion dissidente.

864. Au TIDM, aucune femme n'a encore été désignée juge *ad hoc*.

865. Ceci est dû en partie au fait que le comité chargé d'étudier les candidatures proposées par les Etats membres du Conseil de l'Europe a pris la décision en 2004 de refuser d'étudier toute liste qui ne comprendrait pas au moins un candidat de chaque

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

généraux) seules 7 sont des femmes, la proportion étant similaire pour le Tribunal : 10 femmes pour 46 juges [866]. Pour la CPI, seule cour à vocation universelle créée avec un souci de « représentation équitable des femmes et des hommes » [867], la proportion est un peu meilleure puisqu'elle est composée de 6 femmes pour 12 hommes, mais elle s'est aggravée par rapport à sa composition initiale, puisqu'elle était paritaire alors. Par comparaison, les chambres spéciales pour le Kosovo sont composées de 15 hommes et 5 femmes, le Président étant une femme. Mais le TIDM ne comprend que 3 femmes pour 21 membres [868].

396. Comme le révèle une chercheuse, on ne doit pas s'étonner du petit nombre de femmes ayant pu accéder à la fonction de juge dans une juridiction internationale quand l'on sait que dans 21 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, aucune femme n'a jamais été désignée juge dans l'une des juridictions de ces pays [869]. Il suffit de se rappeler que, jusqu'à une période relativement récente, l'université n'était pas ouverte aux femmes ou que, si elle était ouverte, des raisons, familiales pour la plupart, les empêchaient de poursuivre leurs études afin d'obtenir les diplômes nécessaires pour entrer dans la profession [870]. Sans compter que dans nombre de pays, la profession judiciaire n'était pas ouverte aux personnes n'ayant pas le droit de vote [871]. On relève également le manque de transparence dans les processus de sélection si bien que, même si les qualités sont listées dans les textes portant

---

sexe. On peut douter, cependant que cette mesure soit aussi efficace qu'il ne paraissait à l'époque.

866. Les récentes nominations ne vont pas améliorer la situation. Un communiqué de presse du Conseil de l'UE du 1er février 2019 nous apprend que onze juges ou avocats généraux ont été désignés à la Cour. Parmi eux, on compte seulement trois femmes.

867. Article 36.8 du Statut de Rome. Avec une exigence similaire, on peut citer l'article 12 de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

868. Une seule femme sur onze membres siège à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins.

869. St. Hennette Vauchez, *op. cit. supra* note 857, à la p. 200.

870. U. Schultz *et al.*, *op. cit. supra* note 857, à la p. 7. On doit d'ailleurs noter le fait que même si les facultés de droit sont maintenant peuplées de plus de 50 % d'étudiantes, les femmes juges ne parviennent pas à atteindre ce pourcentage dans beaucoup de pays.

871. *Ibidem*. Les auteurs ont publié un tableau très éclairant sur quarante pays (tous les continents sont représentés) donnant la date à laquelle la première femme juge a été nommée et le pourcentage de femmes juges ou procureurs dans le pays au début des années 2000. Il n'y a pas forcément adéquation entre les deux faits. Ainsi, la première femme juge est nommée en Allemagne en 1927, alors que c'est seulement en 1946 que la première femme juge est nommée en France. Toutefois, l'Allemagne ne compte aujourd'hui que 38 % de femmes juges alors que la France en compte 64 %. Au Royaume-Uni, en 2018, on note que trois femmes seulement pour neuf hommes sont juges à la Cour suprême et ce chiffre n'est atteint qu'en 2018 grâce à la nomination de Lady Arden en remplacement de Lord Mance.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sur les candidatures, le poids de chacune de ces qualités n'est généralement jamais mentionné. Il est donc extrêmement difficile de contrôler le processus de nomination ou d'avancement [872]. En 2013 (seulement) un comité judiciaire indépendant a été établi pour aider le comité chargé des nominations de juges au Royaume-Uni. Ce comité est actif non seulement dans le processus de nomination, mais aussi avec des programmes de *outreach* et de *mentoring* [873]. Le changement ne surviendra pas de lui-même et il convient de l'accompagner de mesures positives. Comme le disait le Lord Chief Justice :

> « I believe strongly that it is imperative to improve the diversity of the judiciary. The judiciary must be truly open to everyone of the requisite ability. I simply do not accept that this is an issue where we should be content to sit back and just wait for things to happen. » [874]

On aurait pu espérer que les sages du Comité article 255 [875] chargés d'évaluer les candidats proposés par les Etats membres de l'UE pour accéder à la fonction de juge de la CJUE et du Tribunal puissent jouer ce rôle. Manifestement, compte tenu des statistiques dont nous avons fait état, ils ne l'ont pas fait jusqu'à maintenant.

397. Mais au-delà des statistiques, la revendication de certaines féministes porte plus loin. Elles se demandent si les femmes juges sont prêtes à intégrer dans leur jugement les méthodes, les pratiques et les structures de pensée féministes [876]. Cette interrogation est particulièrement pertinente si on la rapproche de la théorie de la « partialité inconsciente » dont les sciences cognitives parlent de plus en plus et qui ferait que les jugements « masculins » seraient eux-mêmes biaisés. Schultz et Shaw mentionnent des études sur les femmes juges en Allemagne qui démontrent que les hommes sont plus enclins à appliquer le droit tel qu'il est, alors les femmes seraient plus imaginatives dans leur approche au droit [877]. Tout cela nous renvoie aussi au débat de

872. *Ibidem*, à la p. 19.
873. Lord Thomas of Cwmgiedd, *op. cit. supra* note 226, p. 179 ss.
874. Speech for the Temple Women's Forum, Leeds, 19 octobre 2015, cité par Lady Hale of Richmond, « How Diverse Are Judges ? », dans J. Cooper (dir. publ.), *op. cit. supra* note 226, p. 188.
875. Il s'agit du Comité créé par le Traité de Lisbonne, à l'article 255 du TFUE.
876. F. Ni Aolain, *op. cit. supra* note 857, à la p. 230.
877. Schultz *et al.*, *op. cit. supra* note 857, à la p. 27. Elles mentionnent également des études concordantes aux Etats-Unis d'Amérique.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'acquis et de l'inné et, immanquablement au fameux « on ne naît pas femme on le devient » de Simone de Beauvoir [878]. Nous n'entrerons pas plus avant dans la discussion, n'ayant pas les compétences pour ce faire. Mais la question mérite certainement d'être posée.

398. Les difficultés liées à la diversité de genre se ressentent aussi dans l'arbitrage. Les statistiques des arbitres au sein du CIRDI ne sont pas meilleures que celles que nous avons données pour la CIJ, que ce soit dans les listes des personnes désignées par les pays, celles désignées comme arbitres ou celles dont les *curriculum vitae* apparaissent dans la banque de données constituée par le Centre. En revanche, la liste des arbitres et conciliateurs désignés par le Président du Conseil administratif est paritaire (5 femmes, 5 hommes) en mars 2019. A la même date, l'image est très différente pour les nominations dues aux Etats membres du CIRDI. Sur 162 Etats, les listes de 59 d'entre eux ne comprennent aucune femme. Très peu d'Etats ont nommé une majorité de femmes (Bahamas -4/4-, Etats-Unis d'Amérique -5/8-, France -5/8-, Macédoine du Nord -4/6-). Un petit nombre a respecté la parité (Haïti, Mexique, Rwanda et Zimbabwe).

399. Pourtant, des textes anciens attestent des qualités exceptionnelles que les femmes démontrent dans leur fonction de juge, de sage, d'arbitre ou de médiateur. Plutarque, dans son ouvrage *Des Vertus des femmes* [879], atteste ainsi :

> « Il se produisit chez les Celtes – à une époque précédant leur traversée des Alpes et leur établissement dans la région d'Italie où ils sont à présent – un soulèvement violent et si difficile à réprimer qu'il dégénéra en guerre civile. C'est alors que les femmes s'interposèrent au milieu des armes et, ayant pris les choses en main, elles réglèrent le conflit par un arbitrage si parfait qu'une amitié remarquable et sans faille s'établit entre les cités et entre les familles. A la suite de cela, c'est toujours avec leurs femmes que les Celtes ont délibéré de la guerre et de la paix, et par leur truchement qu'ils ont réglé les malentendus avec leurs alliés. Ainsi dans les traités conclus avec Hannibal, ils stipulèrent qu'en cas de différend l'affaire serait jugée par les préfets et les généraux carthaginois résidant en Espagne, si c'était les Celtes

878. S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, 1949.

879. *Des vertus des femmes*, Mille et une nuits, 2013. Le même ouvrage est publié sous le titre *De l'excellence des femmes*, Arléa, 2012. Le texte que nous reproduisons ci-dessus est tiré de cette dernière édition, p. 37 et 38.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> qui eussent à se plaindre des Carthaginois, et par les femmes des Celtes dans le cas inverse. »

La Bible atteste aussi de Déborah qui jugeait Israël en ces temps-là. Elle siégeait donc sous le Palmier de Déborah, entre Ramah et Béthel dans la montagne d'Ephraïm et les fils d'Israël montaient vers elle pour le jugement [880]. Toutefois, l'héritage du Code Justinien (VI^e^ siècle – C.II.6.56) a la vie dure. Par cette disposition, la femme est écartée des affaires de la Cité en raison de sa faiblesse supposée. Elle ne peut donc être nommée arbitre. Tout au long de l'histoire, cette supposée incapacité perdure. Ainsi pour l'époque médiévale en Europe, un auteur affirme :

> « Malgré les textes égalitaires des Evangiles, la femme est tenue enfermée dans un étroit carcan juridique à l'époque médiévale, sa capacité juridique étant opacifiée par celle de son mari. Elle trouve cependant grâce aux yeux de certains auteurs de droit savant ou de droit coutumier, qui admettent qu'elle peut trancher en équité et non pas en droit. Elle ne peut jouer ce rôle que dans trois cas : lorsqu'elle possède le droit de juger, ou est autorisée par la coutume, ou est une personne d'un rang social éminent. » [881]

Il faudra attendre l'autorisation pontificale donnée aux femmes d'être arbitres en 1202 (X.1.43.4) pour que le rôle des femmes commence à changer. Au XIII^e^ siècle, la Comtesse de Champagne est nommée plusieurs fois pour trancher des différends, notamment en qualité d'amiable compositrice [882].

400. Pour certains, l'une des solutions serait d'accroître le nombre de juges, par exemple à la CIJ, et d'autoriser cette Cour à statuer en chambres. La possibilité existe déjà [883] mais a très peu été utilisée. Il faut dire que la constitution d'une chambre ne peut être ordonnée que si les parties sont d'accord. La composition de ces chambres doit être le résultat d'un vote à bulletin secret des membres de la Cour à une majorité absolue, après que le président de la Cour a consulté les parties pour connaître leur avis sur le nombre de juges qui doivent composer

880. *La Bible*, Ancien Testament, La Pléiade, Le livre des Juges, chapitre IV-4.
881. Y. Jeanclos, « La pratique de l'arbitrage du XII^e^ au XV^e^ siècle – Eléments d'analyse », *Rev. arb.*, 1999, à la p. 445.
882. *Ibidem*. Pour d'autres exemples, voir p. 446.
883. Article 71 des Règles de la Cour.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la chambre. L'article 31.4 prévoit que le mécanisme des juges *ad hoc* s'applique aussi aux chambres, mais la nomination de ce ou ces juge(s) suit des règles particulières ainsi que le prévoit ce texte.

401. Il a également été proposé que la Cour forme des chambres régionales [884] ce qui serait possible implicitement en vertu de l'art. 26.1 du statut. Mais comme le dit très bien Jessup [885], si l'on imagine que la Cour organise une chambre pour l'Afrique et qu'elle soit composée de seuls juges africains, cette chambre est-elle plus légitime à traiter des affaires de la région que la Cour elle-même ou qu'une autre chambre autrement composée ? On revient par là à la question que nous aborderons dans le chapitre suivant sur l'impartialité et l'indépendance quant au paradoxe apparent entre ces deux propositions. De plus, on sait aujourd'hui que le continent africain n'a pas attendu cette possibilité pour constituer des cours régionales, si bien qu'une telle proposition a perdu de son attrait à supposer qu'elle n'en ait jamais eu.

402. La diversité religieuse ou de croyance, sujet extrêmement délicat, est aussi importante comme formant partie de la culture qui marque chacun d'entre nous. En disant cela, nous pensons évidemment aussi aux personnes qui se revendiquent agnostiques ou athées. Or, il est très difficile de trouver des informations fiables sur la religion des juges, ou leur absence de religion, sauf, de temps en temps, lors d'entretiens dans lesquels la personne interviewée en parle. Ainsi, le juge Antonio Cassese raconte l'histoire de la recherche du premier Procureur en Chef du TPIY :

> « I asked if Goldstone was Jewish ? And he said : 'I refuse to answer that question as a matter of principle.' I explained I was asking because to us, a Jewish prosecutor would be excellent because we would have to deal with Catholics, the Croats, with Muslims, the Bosniacs, and with Orthodox Serbs. So a Jewish prosecutor would be an outsider. And I told him that, perhaps by coincidence, none of the four judges from Muslim countries were Muslims. The Pakistani judge was Zoroastrian, the Nigerian was a Protestant, the Malaysian was Hindu and the Egyptian was Catholic. » [886]

884. Proposition faite par le Secrétaire d'Etat Rogers, citée par Jessup, *op. cit. supra* note 74, p. 61.

885. *Op. cit. supra* note 74, à la p. 65.

886. « The Judge : Interview with Antonio Cassese », entretien par H. Verrijn Stuart et Marlise Simons, dans *The Prosecutor and the Judge,* p. 50.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

La personne qui conduit l'entretien demande au juge « et vous, quelle est votre religion ? » A. Cassese de répondre : « I was brought up as a Catholic, but I'm an agnostic, and I respect any religion. My wife is Jewish, but she is also secular. » [887]

403. Au-delà de la diversité, il est important que les juges de toutes ces juridictions forment une « communauté » un peu comme cet *invisible college* dont parlait Oscar Schachter à propos des juristes internationaux [888]. Les témoignages qui nous sont parvenus du Tribunal de Nuremberg nous rappellent que la ville était en ruine et que le seul lieu de sociabilité était le Grand Hôtel où juges, procureurs, et personnel du tribunal avec leurs familles et visiteurs de passage, se retrouvaient le soir pour dîner, danser, et assister à des spectacles [889]. On peut imaginer qu'une véritable communauté se créait ainsi qui permettait un meilleur travail dans la journée au sein du tribunal. Cela nous fait d'ailleurs penser à ces remarques du Juge Kotaro Tanaka du Japon [890] :

> « [n]ine years of experience on the International Court of Justice have led me to conclude that a common basis of jurisprudence and a common language exist among the judges whereby they are able to make mutual assertions, discuss, reach agreements and disagree, in spite of their different religions, racial and cultural backgrounds. Differences perceptible among the judges in handling affairs are purely a personal character and not ones of group or regional nature. For instance, Judge A may be rather liberal while Judge B may be more or less conservative. The Judges also differ in that some are speculative and theoretical while others are practical and empirical. Naturally, one cannot say definitely that these characteristics are unrelated to such facts as, for example, whether a judge is a Christian, and whether he was trained in the Anglo-American legal system or in Continental Law. » [891]

887. *Ibidem*. Le récit de A. Cassese se poursuit par une anecdote amusante. Quand il apprit que R. Goldstone avait finalement été élu par l'assemblée générale des Nations Unies au poste de Procureur, il écrivit à ses collègues juges qui étaient rentrés dans leurs pays : *« Dear friends, Habemus papam »*.

888. O. Schachter, « Invisible College of International Lawyers », 72 *Nw. U. L. Rev.* 217 (1977-1978).

889. Falco, *op. cit. supra* note 139.

890. Il fut juge à la CIJ de 1961 à 1970.

891. K. Tanaka, « The Character of World Law in the International Court of Justice, 15 *Japanese annual of International Law* 15 (1971).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

L'existence de cette communauté est confirmée par les travaux entrepris par de nombreux chercheurs dans les années 2000 [892]. Malgré l'hétérogénéité de l'origine et des personnalités des juges internationaux, ils forment

> « a community of knowledge-based experts where similarities across the group are more important than differences. These judges tend to share similar backgrounds in terms of education and experience in the international community, which has led to considerable harmony in matter of judicial temperament, outlook, and style. A shared undersatnding of the judicial function, and what it entails, binds them together. And a common commitment to the aims of international justice animates their growing sense of belonging to a single professional group » [893].

Le danger, toutefois, est de développer un esprit de corps qui peut être nuisible à l'acte de juger quand la solidarité qu'il induit passe avant, dans le délibéré, des considérations juridiques exactes [894].

C. Les modes de nomination

404. La composition des juridictions internationales et la nomination des médiateurs ou des conciliateurs constituent l'une des questions les plus délicates de la gestion des différends. La preuve réside notamment dans le fait que si la Conférence de 1899 a échoué à établir une juridiction internationale permanente, comme cela avait été envisagé au départ, c'est en grande partie parce que les participants à cette conférence n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur les modalités de nomination des juges. Les Etats, comme généralement toutes les parties à un conflit international, sont particulièrement vigilants sur la composition des tribunaux qui seront appelés à trancher leur litige. L'autonomie de la volonté joue un rôle prépondérant dans le processus de nomination. C'est d'ailleurs pourquoi l'arbitrage a pris l'essor que nous lui connaissons aujourd'hui. Les parties tiennent beaucoup à la possibilité qu'elles ont d'influencer la composition de la juridiction

892. Voir par exemple D. Terris *et al.*, *op. cit. supra* note 71. La recherche menée essentiellement à partir des hommes et des femmes qui forment cette communauté a été conduite entre 2004 et 2006 et a donné lieu à la publication d'un livre *The International Judge : An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases,* OUP, 2007.

893. D. Terris *et al*., *op. cit. supra* note 71, aux p. 419-420.

894. Nous en reparlerons dans le chapitre 11 sur la fabrique des décisions.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

arbitrale. C'est aussi de cette manière-là que l'on explique l'institution du juge *ad hoc* dont nous avons déjà parlé. Toutefois, tout le monde s'accorde également sur le fait que les tiers doivent être indépendants des parties qui les nomment, si bien que les modes de nomination doivent garantir cette indépendance [895].

405. Les contrats internationaux que les opérateurs économiques sont appelés à conclure contiennent, la plupart du temps, soit une clause d'arbitrage, soit une clause d'élection de for. Dans ce dernier cas, le choix d'une juridiction nationale en particulier, si elle ne peut garantir sa composition, garantit au moins les règles de procédure qui seront utilisées ainsi que le respect des droits fondamentaux des parties et une bonne administration de la justice [896]. Quant aux clauses d'arbitrage, lorsque le tribunal envisagé est tripartite, elles sont généralement rédigées pour permettre à chaque partie (ou groupe de parties) de désigner un arbitre et à ces arbitres de désigner le troisième arbitre qui assumera les fonctions de président. Parfois, certaines qualités sont exigées. Cela peut être à propos de la compétence substantielle par rapport au domaine d'activité pour lequel le contrat est conclu. Cela peut-être une question de langue. Il en va de la confiance que les parties auront dans le tribunal qui sera appelé à statuer sur leur litige.

406. On retrouve l'autonomie de la volonté pour toutes les juridictions internationales établies par un nombre relativement restreint de pays, chacun d'eux ayant le droit de désigner un membre de cette juridiction. Ainsi la CJUE ou la CourEDH sont composées d'autant de juges que d'Etats membres. A la CJUE, si les Etats nomment chacun un juge, en revanche, les Avocats généraux sont moins nombreux (en 2018, ils sont au nombre de 11) [897]. Quant au Tribunal qui fait partie

---

895. Voir le chapitre 8 consacré à l'indépendance. L'indépendance de la justice internationale est probablement bien mesurée par l'indépendance du personnel qui fait cette justice. Et cette indépendance est garantie ou non par un certain nombre de critères tels la personnalité des juges, leur formation, leur carrière avant de rejoindre la justice internationale, la représentativité des juges, les modes de nomination/élection, la durée du mandat, la possibilité pour eux de remplir plusieurs mandats. Comme un juge canadien le disait, l'indépendance de la justice exige « that judges refrain from exercising their authority to further any partisan cause, whether that is the interest of a particular litigant or the judge's own ideological agenda », Cf. Dwight Newman et Malcolm Thorburn, « Introduction », dans D. Newman *et al.*, *The Dignity of Law – The Legacy of Justice Louis LeBel*, LexisNexis, 2015.

896. On peut, en effet, supposer que les parties choisiront un système judiciaire selon ces critères.

897. Les avocats généraux sont seulement désignés auprès de la Cour et non du Tribunal, alors même que la possibilité est prévue par les textes.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

du système judiciaire de l'UE, il est composé de 45 juges après la fusion qui a été effectuée avec le Tribunal de la fonction publique. Il en va différemment pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples [898], établie par l'Union africaine, qui est composée de 11 juges selon une répartition géographique équitable entre les différentes régions du continent.

407. Le choix de 15 juges pour la CIJ, suivant celui effectué pour la CPJI, est apparu à la fois suffisant pour assurer la représentativité dont nous avons parlé ci-dessus, permettre une bonne administration de la justice en plénières et aussi travailler en chambres si nécessaire. Ce chiffre, en effet, n'est pas trop élevé pour œuvrer en plénière et il permet une délibération efficace de cette formation, même si parfois, dans une affaire spécifique, deux juges *ad hoc* sont nécessaires, portant ainsi à 17 la composition de la Cour.

408. La composition de la CPI a été influencée par l'expérience acquise au sein des Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Dans ces juridictions, le nombre de juges a été augmenté au fur et à mesure de l'évolution du rôle. C'est pourquoi, les Etats parties au statut de Rome ont décidé que la CPI devait être composée de 18 juges. Compte tenu de l'activité actuelle de la Cour, ce chiffre est probablement trop élevé. Mais il est difficile de savoir comment cette Cour va évoluer. On peut comparer ce nombre avec celui du TIDM qui est composé de 21 membres. Mais, dans cette dernière juridiction, les juges ne sont pas désignés à temps complet et n'accomplissent leurs fonctions que si des affaires sont enrôlées. Le même système de juge *ad hoc* qu'à la CIJ est aussi en vigueur au TIDM.

409. A la CIJ les candidats sont proposés par les groupes des membres de la CPA ou, si l'Etat n'est pas membre de la CPA, par un groupe national nommé de manière similaire à celui de la CPA. Ce sont donc les jurisconsultes désignés sur les listes de la CPA qui, formellement, présentent les candidats au poste de juge à la CIJ. Le fait que ce ne soit pas les gouvernements directement qui forment la liste des candidatures aurait pu être un gage de « dépolitisation » du processus de nomination. Toutefois, aucun Etat ne se désintéresse de ce processus et sans l'appui du gouvernement la liste des candidats ne sera pas proposée par les jurisconsultes. Ils agissent donc en étroite

898. En 2008, il a été décidé de fusionner la Cour africaine de justice (qui n'avait jamais vu le jour) et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pour devenir la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Toutefois, cette Cour ne semble pas encore opérationnelle en 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

coopération avec leur gouvernement [899]. Les juges sont élus par l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité et doivent réunir la majorité absolue sur leur nom, ce qui nécessite parfois plusieurs tours de scrutin.

410. Pour le TDIM, chaque Etat partie peut désigner deux candidats et les juges sont élus par l'assemblée des Etats parties. Pour la CourEDH chaque Etat membre désigne trois candidats ; ces candidatures sont examinées par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et l'élection d'un juge est ensuite faite sur la liste ainsi établie. La liste des trois candidats doit être présentée par ordre alphabétique afin que l'Etat ne signale pas sa préférence pour l'un ou l'autre des candidats. Evidemment, dans les coulisses les Etats ne se privent pas de faire connaître leur préférence.

411. Pour la CJCA de l'OHADA, soit 7 juges à l'origine (chiffre porté à 9 depuis la réforme de 2008), c'est le Conseil des ministres de l'OHADA qui procède à l'élection. La nomination se fait par les Etats qui présentent une liste de deux candidats. Ils doivent nécessairement avoir la nationalité des Etats membres, sans que la Cour puisse compter plus d'un représentant par Etat [900]. Le vote a lieu à bulletin secret à la majorité absolue des Etats présents et votant.

412. La nomination des juges *ad hoc* à la CIJ est uniquement basée sur le choix de la partie qui a le droit de désigner un tel juge. Aucune limitation n'est apportée à ce choix, sauf les critères de moralité et de compétence énoncés ci-dessus qui s'appliquent aussi aux juges *ad hoc*. Les Etats peuvent, et le font souvent, nommer un juge de leur nationalité, mais ils peuvent aussi nommer un juge d'une autre nationalité. Dans ce cas, c'est souvent une compétence spécifique qui est recherchée, comme nous l'avons dit en parlant de l'affaire *Belgique c. Suisse*.

413. Les candidats doivent faire campagne. Selon les moyens du gouvernement et l'importance qu'il accorde à cette nomination, un soutien matériel leur sera ou non apporté. Ces campagnes peuvent prendre des formes très diverses : un document de présentation du candidat, (parfois préparé avec l'aide d'un conseil en communication) plus ou moins sophistiqué ; des réceptions, des dîners plus formels.

899. Mackenzie et Sands, *op. cit. supra* note 827, p. 226, expliquent que la pratique varie grandement d'un Etat à l'autre. Ils analysent des documents rendus publics par le *Foreign Office* au Royaume-Uni qui montrent que la coopération avec le gouvernement est très étroite, celui-ci étant largement engagé dans la campagne pour faire élire son candidat, même si apparemment, les représentants du gouvernement avaient conscience qu'il convenait d'être plus discret…

900. Cette règle se retrouve dans toutes les juridictions que nous avons étudiées.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Les ambassadeurs dans les pays dont le vote n'est pas acquis doivent se mobiliser. Certains candidats rencontreront non seulement des représentants des Etats, mais aussi des représentants de la société civile pour les pays dans lesquels leur influence est indéniable. L'influence des sociétés savantes dans ce processus ne doit pas être sous-estimée.

414. Parfois les candidats sont auditionnés par un comité. C'est le cas pour la CourEDH. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a créé un panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges par une résolution du 10 novembre 2010[901]. Mais parfois les personnes composant le comité n'ont pas forcément les compétences requises des juges eux-mêmes[902]. Pour la CJEU, durant de très nombreuses années, les Etats membres de la CEE puis de la CE étaient entièrement libres de nommer qui ils souhaitaient sans aucun contrôle. Le Traité de Lisbonne a créé, pour la première fois, un comité appelé à vérifier que les nominations envisagées par les Etats correspondaient bien aux critères énoncés à l'article 254 TFEU pour la nomination des juges et des avocats généraux. Les rapports de ce comité sont publics, mais succincts. Ils indiquent les nominations agréées et celles qui ont été rejetées sans toutefois nommer les candidats.

415. Pour les nominations à la CIJ et dans d'autres juridictions internationales, la France demande à un comité (généralement composé des personnes désignées sur la liste de la CPA) de recueillir les candidatures, éventuellement en les suscitant et de proposer au gouvernement une liste de un ou plusieurs noms pour être le candidat de la France. Pour la première fois, la France a ouvert publiquement un appel à candidatures pour lui permettre de désigner les quatre arbitres et les quatre conciliateurs sur les listes du CIRDI. La composition du comité chargé de recueillir les candidatures a été rendue publique. Toutefois, ni la procédure suivie par ce comité, ni les délais dans lesquels son avis serait rendu n'ont été spécifiés. Le comité est chargé de remettre au gouvernement une liste de six candidats pour chacune des deux listes pour que celui-ci procède au choix des personnes qu'il nommera.

416. L'exemple de la Cour des Caraïbes est intéressant. Voici ce qu'en disent Mackenzie et Sands :

901. CM/Res(2010)26. En 2018, ce comité comprend sept membres. Les avis sont confidentiels. Le comité publie un rapport général de ses activités.

902. Mackenzie et Sands, *op. cit. supra* note 827, p. 229.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « In an unusual innovation for an international court, the agreement establishing the Caribbean Court of Justice provides for judges to be appointed by a newly established Regional Judicial and Legal Services Commission. Formally, then, rather than seeking to improve national nomination processes, the agreement establishing the court seeks to remove states parties from direct involvement in the nomination and election process. This mechanism is designed to insulate the court from political interference both at the judicial selection stage and during the court's operation. » [903]

La composition de cette Commission est un important test d'indépendance. Plutôt que des représentants des Etats, elle est composée de juges, de représentants du barreau, de la société civile et d'universitaires. Cela ressemble à la réforme mise en place au Royaume-Uni, pays dans lequel les juges sont choisis exclusivement par une commission indépendante dont le mandat est de ne choisir que sur des critères de mérite [904].

417. Pour les tribunaux pénaux internationaux la quête des juges est complétée par la quête d'un procureur. Nous avons déjà relaté ce qu'en disait Cassese dans ses mémoires à propos de la recherche d'un procureur pour le TPIY. Voici ce que dit l'ancien ambassadeur des Etats-Unis, Scheffer [905]. Le veto russe empêchait qu'un national d'un pays de l'OTAN ou un musulman soit nommé ce qui bloquait la nomination de Cherif Bassiouni, l'un des universitaires les plus compétents en matière de droit pénal international, et certainement un précurseur, qui avait été désigné pour présider la Commission des Nations Unies pour l'investigation initiale des crimes dans les Balkans. Il décrit ensuite comment la nomination de Richard Goldstone (Afrique du Sud) fut possible grâce à un concours inhabituel de pression de la part du Président de l'époque du Tribunal (Cassese) (ce qui aurait pu rendre suspicieux sur l'indépendance du Procureur par rapport aux juges et vice versa) et l'accord de Mandela de ne pas nommer Goldstone à la

903. *Ibidem*. Voir Aussi, S. Caserta et M. R. Madsen, « Between Community Law and Common Law : The Rise of the Caribbean Court of Justice at the Intersection of Regional Intergration and Post-Colonial Legacies », 79 *Law & Contemp. Probs.* 89 (2016).

904. Section 63 (2) Consitutional Reform Act 2005 (c.5), cité par Lord Thomas of Cwmgiedd, « Independence in a changing Landscape », dans J. Cooper (dir. publ.), *op. cit. supra* note 226, p. 179.

905. D. Scheffer, *op. cit. supra* note 160, aux p. 30-33.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud pour le temps où il exercerait à La Haye.

418. Depuis quelques années, certaines juridictions internationales sont vigilantes sur le processus de nomination. Ainsi la Cour de l'AELE a eu à se prononcer sur la composition de la Cour en lien avec l'indépendance des juges [906]. L'affaire concernait le juge Christiansen, nommé par la Norvège. Le statut de la Cour prévoit que les juges sont nommés pour six ans, mandat renouvelable. Or, la Norvège qui, semble-t-il, n'était pas satisfaite de ce juge, le renommait pour seulement trois ans au mépris de la règle mais sous prétexte qu'il aurait atteint soixante-dix ans à la fin des trois ans, âge de la retraite des juges en Norvège. La Cour constate que les règles de nomination ne permettent pas de nommer un juge pour une période inférieure à six ans. De plus, elle note également que les règles de nomination des juges ne font aucune référence à l'âge de la retraite dans leur pays d'origine. De plus, le comité de nomination, qui avait accepté de ne nommer le juge Christiansen que pour trois ans, précisait dans sa décision : « [this nomination] is without prejudice to the term of office of any judge who may be reappointed in the future ». Dès lors la Cour s'interroge sur la question de savoir si le renouvellement du juge Christiansen pour un mandat tronqué était décidé sur une base objective [907]. La Cour rappelle que la durée du mandat participe à l'indépendance de la justice [908]. Mais comme la Norvège a annulé la première nomination et a renouvelé le juge pour une période de six ans, la Cour en conclut qu'elle est désormais composée de manière valide [909].

D. Durée du mandat

419. On le constate avec l'affaire analysée au paragraphe précédent, la durée du mandat et l'éventuel renouvellement dont les juges peuvent bénéficier sont des questions importantes pour le bon fonctionnement de la justice internationale. L'étude montre que la durée des mandats de juge diffère assez grandement d'une juridiction à l'autre. Ainsi la CCJA de l'OHADA prévoit un mandat de sept ans renouvelable une fois seulement. Le mandat des juges à la Cour africaine des droits de l'homme est de six années renouvelable une fois. A la CourEDH, en

906. *Pascal Nobile et DAS Rechtsschutz-Versicherungs AG*, affaire E-21/16, 14 février 2017.
907. Par. 19.
908. Par. 20.
909. Par. 23.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

revanche, le mandat est de neuf ans non renouvelable. Les juges de la CIJ sont élus pour neuf années. Leur mandat est renouvelable sans limitation.

420. Si les juges internationaux peuvent être renouvelés, un autre auditoire s'ajoute pour eux à ceux dont nous avons déjà parlé ci-dessus. Il s'agit du corps électoral lui-même. Pour la CIJ, le corps électoral se confond avec l'auditoire des parties au contentieux dont elle est saisie. Toutefois, au sein des Etats, la personne qui influencera le choix des juges ne sera pas forcément la même que celle à qui s'adressent les juges par leur décision. Il y a donc une complexité plus grande dans la détermination de l'auditoire du juge. Pour nombre de tribunaux internationaux qui jugent des individus (c'est le cas des tribunaux pénaux internationaux), le juge va se préoccuper des Etats dont dépend le renouvellement de son mandat alors qu'ils ne sont pas partie en tant que tel dans le contentieux. L'auditoire changera aussi en fonction des évolutions politiques au sein des Etats dont sont ressortissants les inculpés. Il n'est pas rare en effet que l'inculpation concerne des personnes qui étaient affiliées au gouvernement et à la majorité politique qui a changé. Les juges sont concernés par leur propre carrière et on ne saurait les en blâmer. Ils seront donc tentés d'agir dans les dossiers dont ils auront à connaître en fonction de ce qu'ils perçoivent, au moment où ils statuent, comme étant dans leur meilleur intérêt.

421. Si le juge international est désigné pour un mandat non renouvelable, son auditoire change. Il sera circonscrit à son propre pays (s'il souhaite y retourner) ou un autre pays dans lequel il souhaite continuer sa carrière. Son auditoire sera soit l'Etat (s'il est un fonctionnaire public) soit les cabinets privés s'il ne souhaite plus poursuivre sa carrière dans le public. Souvent, lorsqu'ils ne sont pas renouvelables, les juges s'enquièrent de la prochaine étape assez tôt pour être prêts le jour où ils doivent quitter la juridiction.

422. Il n'en va pas différemment des arbitres. Ceux-ci dépendent quasi entièrement des parties et de leurs conseils pour leur nomination. Dans une moindre mesure, ils dépendent des institutions d'arbitrage lorsque les parties ne désignent pas l'arbitre qu'elles doivent choisir ou si les arbitres ainsi nommés ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le nom d'un président de tribunal arbitral.

Conclusion

423. Qui d'autre mieux que Bruno Cotte, le premier juge français à la CPI, peut conclure ce chapitre ? Ecoutons ce qu'il a à nous dire sur

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les qualités des juges internationaux. Il s'intéresse aux juges de la CPI, mais son avis est utile, *mutatis mutandis*, pour les autres juridictions internationales.

> « Les conditions de nomination sont contraignantes. Il faut en effet respecter une répartition équitable entre continents, entre systèmes juridiques et entre sexes. Par ailleurs, si le Statut a prévu que dix des dix-huit juges doivent avoir une compétence reconnue en droit et en procédure pénale et avoir l'expérience du procès pénal en qualité de juge, de procureur ou d'avocat, les huit autres juges doivent seulement avoir une compétence reconnue en droit international tel le droit humanitaire et les droits de l'homme ainsi qu'une grande expérience dans une profession juridique présentant un intérêt pour la Cour. Il s'agira le plus souvent de diplomates ou de professeurs de droit. Certains se coulent très vite dans leurs nouvelles fonctions ; d'autres rencontrent de réelles difficultés et il leur faut oublier au plus vite d'où ils viennent, quitter la toge de l'universitaire et revêtir celle du juge.
>
> Soyons clairs : il faut que les juges témoignent d'emblée d'un engagement total, ne s'en remettent pas à leurs assistants, travaillent en équipe et donnent l'exemple. Etre juge dans une juridiction pénale internationale n'est pas le couronnement d'une vie professionnelle. C'est un recommencement, une remise en cause, un nouveau départ imposant à celui qui accède à ces fonctions … de se placer dans la situation de quelqu'un qui découvre un monde nouveau, qui a tout à apprendre et qui doit, avec modestie et détermination, faire à nouveau ses preuves. A cet égard, le recrutement, qui intervient dans une proportion de six juges tous les trois ans, s'est incontestablement amélioré. Mais là se trouve, si l'on n'y prend garde, un des facteurs de fragilité de la Cour. » [910]

910. B. Cotte, « La justice pénale internationale », dans G. Guillaume (dir. publ.), *La vie internationale et le droit*, Hermann, 2017, à la p. 66.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 8

INDÉPENDANCE, NEUTRALITÉ ET IMPARTIALITÉ [911]

> « Dans les Etats despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : la constitution serait détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis : on verrait cesser toutes les formalités des jugements ; la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verrait la pâleur sur tous les visages ; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sureté, plus de monarchie. »
>
> Montesquieu [912]

Introduction

424. La confiance que la justice doit inspirer est fonction de l'impartialité et de l'indépendance du tiers qui participe à son administration. (cf. image n° 14) Il est même possible d'affirmer que la légitimité et l'efficacité des procédures judiciaires internationales dépendent de l'indépendance des membres des juridictions internationales et de l'impartialité avec laquelle ils décident des litiges qui leur sont confiés [913]. Indépendance et impartialité, souvent traités en doctrine sous couvert d'éthique [914] ou de la psychologie des personnes en position de

---

911. Nous n'aborderons pas dans cette section un certain nombre de questions qui auraient pu être abordées. En premier lieu, nous ne dirons rien de l'intervention des tiers financeurs (*third party funders*) qui peuvent chercher à influencer le cours du procès auquel ils participent par le financement. Nous n'aborderons pas non plus la question de la partialité des juges en raison d'actes de corruption ou, autrement dit, de la corruption judiciaire. L'iconographie est riche d'œuvres puissantes sur le juge corrompu, comme dans le diptyque flamand du XV^e^ siècle, connus sous le nom « la justice de Cambyse » dont nous avons parlé *supra* chapitre 7. Un autre exemple de ce type d'iconographie nous est donné par la fresque « les juges aux mains coupées » (aux alentours de 1604) qui orne l'Hôtel de ville de Genève.

912. *De l'esprit des lois,* Livre V, chapitre 5.

913. Le rapprochement entre indépendance et légitimité est implicitement inhérent dans le texte des principes dit de *Burgh House* relatifs à l'indépendance de la magistrature internationale, adoptés en juin 2004 par le Groupe de travail formé sous les auspices de l'*International Law Association*. On pourrait évidemment contester que la communauté des membres des juridictions internationales puisse constituer une véritable « magistrature ». Mais on note que le statut de la CIJ en son article 20 prévoit que la Cour est composée de « magistrats ». Un lien entre indépendance et légitimité est opéré par Theresa Squatrito, « A Comparative Analysis of Formal Independence », dans R. Howse *et al.* (dir. publ.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals,* CUP, 2018, p. 405-431.

914. C'est ce que fait la recommandation d'Oslo du *Brandeis Institute for International Judges*. Datée du 26 juillet 2018, elle comporte une section B intitulée *« Ethics and Juidicial Integrity »* dans laquelle est insérée la disposition suivante :

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 14. Justice au lance-pierre, dessin de Ajubel, paru dans *El Mundo*, Madrid, reproduit dans *Courrier international* nº 1460, 25-31 octobre 2018, reproduite avec l'aimable autorisation de l'artiste.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

juger [915], sont au cœur de l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme [916] et de l'article 6 de la CEDH [917], comme elles sont au centre des très nombreux travaux menés par les juges eux-mêmes, tels ceux ayant abouti à l'adoption du « Statut universel du Juge » par l'Union internationale des magistrats [918]. L'importance de ces questions est aussi attestée par le fait que les Nations Unies ont mis en place un rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats [919] ou que la CJUE y a trouvé le fondement d'une des très rares limites qu'elle admet à la confiance mutuelle entre les Etats membres [920].

« *Judges should behave in a manner that does not cast doubt upon their independence, integrity and impartiality.* » Codes d'éthique de la AAA et du *Chartered Institute of Arbitrators*. Cf. aussi le code d'éthique adopté par la Cour pénale internationale. Parmi une littérature très abondante, cf. C. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, OUP, 2014 ; G. Keutgen (dir. publ.), *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, 2012. Une partie de la littérature étudie la question sous l'angle psychologique. Cf. par exemple P. Ayton et G. Helleringer, « Bias, Vested Interests and Self-Deception in Judgment and Decision-Making : Challenges to Arbitrator Impartiality », dans T. Cole (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, p. 21-44. Voir aussi S. Nappert et D. Flader, « A Psychological Perspective on the Facilitation of Settlement in International Arbitration – Examining the CEDR Rules », *J. Int'l Dispute Settlement*, 2011, volume 2, p. 459-470 ; S. Nappert et D. Flader, « Psychological Factors in the Arbitral Process », dans D. Bishop & E.G. Kehoe, *The Art of Advocacy in International Arbitration,* 2e édition, JurisNet, 2010, p. 121-148.

915. Pour une bibliographie très complète sur cet aspect, cf. E. Sussmann, « Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making : Reflections on How to Counteract or Play with Them », dans T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914, p. 45-74.

916. Le texte de l'article 10 se lie ainsi : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. ».

917. Texte de l'article 6 :

> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale... »

Tous les textes régionaux en matière de droits de l'homme reprennent ces deux exigences.

918. La Charte a d'abord été adoptée à Taïwan le 17 novembre 1999. Elle a ensuite été mise à jour lors de la réunion de Santiago du Chili le 14 novembre 2017. Son texte peut être visualisé sur le site https ://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_french.pdf.

919. Depuis décembre 2016, il s'agit de Diego Garcia-Sayán. Avant de devenir spécial rapporteur, il était juge à la Cour interaméricaine des droits de l'homme et auparavant ministre de la Justice et ministre des Affaires étrangères du Pérou. Voir notamment, le rapport du 25 juillet 2017, A/72/140.

920. *LM*, affaire C-216/18 PPU, 25 juillet 2018 : « L'existence d'un risque réel et individualisé de violation du droit fondamental à un tribunal indépendant s'oppose à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

425. Comme nous l'avons dit dans le chapitre qui précède, ces principes sont aussi au cœur de la représentation pluriséculaire de la justice, la dame à la balance [921], avec ses yeux bandés, portant une balance aux deux plateaux parfaitement équilibrés [922]. Traditionnellement, il est soutenu que la justice doit être aveugle, c'est-à-dire ne pas se laisser influencer par la personnalité des parties, leur richesse et leur pouvoir. Relisons Esope, réinterprété par La Fontaine, qui, dans la fable *Les animaux malades de la peste*, nous rappelle que « Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir ». Aveugle aux parties, certes, mais néanmoins ouvert à l'évolution du monde dans son ensemble, le juge international doit prendre en considération le développement des relations internationales dans les jugements qu'il rend. D'où le fait que certaines allégories de la justice la dépeignent avec un œil ou les deux yeux grands ouverts ou même avec deux visages l'un au regard bandé et l'autre avec les yeux grands ouverts [923].

426. Pour débuter la recherche sur ce point, il nous a semblé judicieux de collecter le texte des serments que doivent prêter les juges internationaux avant d'entrer en fonction ou, en l'absence de serment, de la déclaration qu'ils doivent signer. Cela vaut pour les juges au sens strict et les arbitres statuant sous l'égide d'une institution d'arbitrage [924]. Cela vaut parfois aussi pour les médiateurs, alors même que pour ces derniers, l'indépendance et l'impartialité revêtent une signification différente. N'ayant aucune décision à rendre, ni a fortiori aucune décision contraignante, leur impartialité n'est pas mise en œuvre de la même manière que pour un juge ou un arbitre. De plus, dans les apartés qu'ils conduisent avec l'une ou l'autre des parties, ils peuvent agir comme ne pourrait jamais le faire un juge ou un arbitre. Tout juste doivent-ils s'assurer qu'ils ne passent pas trop de temps avec l'une des parties sans avoir un temps équivalent avec l'autre, sauf à expliquer clairement à cette autre partie pourquoi cette disparité est justifiée. Il en

921. Expression que nous empruntons à Robert Jacob, *op. cit. supra* note 633, à la p. 219

922. Robert Jacob estime que la dame à la balance ne remonte pas à la Grèce mais à l'Egypte et servait à peser le cœur des morts pour le jugement dernier. Cf. R. Jacob, *op. cit. supra* note 633, à la p. 221.

923. R. Jacob, *op. cit. supra* note 633, à la p. 230. Pour plus de développements sur la représentation de la justice internationale, cf. *supra* chapitre 7.

924. Voyez en annexe la liste des serments ou déclarations des juges et arbitres dans un certain nombre de juridictions internationales. Nous nous sommes arrêtée aux juges et arbitres, mais pour mieux faire, il aurait été nécessaire d'étendre la recherche aux référendaires ou assistants des juges.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

va de l'égalité (neutralité) à conserver par rapport à chaque partie, mais celle-ci n'est jamais strictement appréciée en médiation.

427. Que constatons-nous quand on adopte une vision transversale des serments et déclarations ? Nous constatons une différence majeure entre les juges des juridictions permanentes internationales ou régionales et les arbitres du commerce international, d'une part et les juges des cours régionales de droits de l'homme, d'autre part. Les exigences vis-à-vis des arbitres dans le domaine des différends d'investissement constituant encore une troisième catégorie. Pour les juridictions permanentes internationales, le serment des juges ne comporte pas de référence à l'indépendance. Par exemple, les juges de la CIJ prêtent le serment suivant : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience. » [925] De la même manière, le serment des juges désignés pour siéger à la CPI, est silencieux sur l'indépendance. En revanche, le code d'éthique judiciaire publié par la Cour, mais qui n'est pas un document contraignant [926], comprend un article 3 consacré à « l'indépendance de la magistrature ». Ce texte prévoit : « 1. Les juges défendent l'indépendance de leur charge et l'autorité de la Cour et se comportent en conséquence dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. » La première partie de cette disposition traite clairement de ce qu'il est convenu d'appeler « l'indépendance collective » ou l'indépendance externe, c'est-à-dire de l'institution elle-même, alors que la seconde partie est plus ambiguë. Mais l'interprétation la plus plausible est qu'elle traite de l'indépendance individuelle des juges ou de l'indépendance interne [927].

428. Les juges qui siègent dans les cours régionales des droits de l'homme, en revanche, prêtent le serment de demeurer indépendants et impartiaux et de statuer soit avec honnêteté, soit avec honneur. Ainsi l'article 11 du statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme prévoit : « Je jure ou je déclare solennellement que j'exercerai mes fonctions avec honnêteté, indépendance et impartialité… » L'article 3

925. Article 20 du Statut de la Cour et article 4 du règlement de la Cour. Les juges ad hoc doivent faire la même déclaration à la première séance publique tenue dans l'affaire pour laquelle ils ont été désignés. Des serments quasi identiques sont prêtés par les juges du Tribunal du droit de la mer, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, *the Court of Justice of the Common Market for Eastern and Southern Africa*, la Cour de l'AELE, le TPIY et le TPIR.

926. Code d'éthique judiciaire de la Cour pénale internationale, ICC-BD/02-01-05.

927. Voir *infra* la discussion sur l'indépendance.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

du règlement de la CourEDH dispose : « Je jure ou je déclare solennellement que j'exercerai mes fonctions de juge avec honneur, indépendance et impartialité, … ». Le serment de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne fait pas référence à l'indépendance [928].

429. En ce qui concerne les arbitres, l'indépendance et l'impartialité sont visées dans les déclarations qu'ils doivent faire au moment où ils sont désignés (les arbitres ne prêtent pas de serment). L'article 11 du règlement d'arbitrage de la CPA de 2012 [929], prévoit :

> « Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait. »

Les règlements de la plupart des grands centres d'arbitrage reprennent peu ou prou les mêmes termes dans leur règlement [930]. Il en va de même pour le Tribunal permanent du Mercosur dont l'article 35.2 dispose :

---

928. L'article 11 du protocole portant statut de la Cour dispose : « Je, … prête solennellement serment (ou affirme ou déclare) que j'exerce loyalement mes fonctions de juge de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme en toute impartialité et conscience, sans crainte ni faveur, affection ou malice, … »

929. Le tout premier règlement adopté en 1899 et amendé en 1907 ne comprenait aucune référence ni à l'indépendance ni à l'impartialité.

930. Article 11 (1) règlement 2017 d'arbitrage de la CCI : « Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause. » On notera que l'ancien règlement de la CCI comportait une anomalie puisqu'il ne visait pas l'impartialité. Règlement 2014 de la LCIA, article 5.3 :

> « All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties ; and none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party. No arbitrator shall advise any party on the parties' dispute or the outcome of the arbitration. »

Voir aussi l'article 11.1 du règlement du HKIAC et l'article 13.1 du règlement de la AAA/ICDR. L'article 13 (1) du règlement du SIAC (2016) dispose : « Any arbitrator appointed in an arbitration under these Rules, whether or not nominated by the parties, shall be and remain at all times independent and impartial. » On notera que ce centre est attentif à préciser que la règle vaut pour tous les arbitres, mettant ainsi fin, en ce qui concerne les arbitres statuant sous l'égide de ce centre, à la controverse sur le rôle éventuellement « partial » des arbitres nommés par les parties. Le Tribunal arbitral du Sport prévoit dans l'article S18, 2e alinéa de son statut, « Upon their appointment, CAS arbitrators and mediators shall sign an official declaration undertaking to exercise their functions personally with total objectivity, independence and impartiality, and in conformity with the provisions of this Code. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « Los árbitros deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Publica Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia. Serán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio. » [931]

430. Ce que nous venons d'exposer pour les arbitres trouve une exception notable mais ambiguë dans la Convention CIRDI dont les différentes versions linguistiques jettent le trouble sur le standard retenu. L'article 14(1), dans la version en anglais, prévoit : « Persons designated to serve on Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. » La version française est identique à la version anglaise. En revanche, la version espagnole du même texte mentionne que l'arbitre doit « inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio ». En pratique, toutefois, c'est bien d'indépendance et d'impartialité (les deux) dont il est question, ainsi que l'affirme un arbitre contre qui une demande de récusation avait été formulée par une des parties à l'arbitrage :

> « I do not wish to comment on the merits of the proposal, but to state that I have always considered it my duty as an arbitrator to be impartial and exercise independent judgment and that I intend to comply with such duty in these arbitrations as in all others in which I serve. » [932]

431. Ayant procédé, dans l'annexe de ce chapitre, à un tour d'horizon des serments que les tiers internationaux doivent prêter ou des déclarations solennelles ou non qu'ils doivent signer, il convient de tenter une synthèse des trois concepts que nous avons décidé de retenir pour les besoins de notre discussion. En premier lieu nous devons expliquer pourquoi nous retenons trois concepts alors que tous les serments et déclarations étudiés n'en retiennent que deux (A). En deuxième lieu, nous étudierons chacun de ces trois concepts (B) (C) et (D). Enfin, nous expliquerons les processus par lesquels les parties

---

931. Le serment prévu à l'article 21 du règlement du tribunal prévoit :

> « Me obligo a juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, así como a no recibir ninguna remuneración relacionada con esta actuación excepto aquella prevista en el Protocolo de Olivos. »

932. Déclaration citée dans la décision sur la récusation, 22 octobre 2007, CIRDI ARB/03/17 et ARB/03/19, par. 15.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

peuvent, en pratique, mettre en œuvre leur droit à être jugées par des tiers indépendants, neutres et impartiaux (E).

A. Pourquoi trois concepts ?

432. Trois ouvrages ont attiré notre attention sur le fait que, en plus de l'indépendance et de l'impartialité, les juges devaient être « désintéressés » [933]. Le premier est celui d'Alexandre Kojève dont nous avons parlé en introduction de ce cours et qui en a été l'inspiration, sur lequel nous ne revenons pas. Le deuxième de ces ouvrages s'intitule *Les vertus du juge* [934] et ne traite pas particulièrement du juge international, mais les développements qui y sont consignés proposent une vision philosophique de la question qui peut être très utile pour notre réflexion. En troisième lieu, la contribution d'Emmanuelle Jouannet au livre collectif sur l'indépendance et l'impartialité des juges internationaux [935] appelle notre attention sur ce même concept de désintéressement. Ces auteurs placent le désintéressement comme troisième vertu inhérente à la fonction de juger et à la distance que le juge doit maintenir entre lui-même et la justice qu'il représente ou incarne le temps du procès. Cette distance lui permet de ne pas se laisser influencer par l'autorité qui l'institut (c'est l'indépendance), par les parties (c'est l'impartialité), par les intérêts ou valeurs en jeu (c'est le désintéressement) [936]. Toutefois, comme nous l'avons dit en introduction de ce cours, le concept de désintéressement est ambigu. Si l'on retient l'acception behavioriste qu'en donne Kojève, savoir que le jugement ou sa mise en exécution ne rapporte rien au tiers, ne lui nuit en rien et le laisse indifférent [937], ce concept est probablement inapproprié dans un grand nombre de cas en droit international, surtout lorsque l'on songe aux juges dont le mandat est limité dans le temps et renouvelable ou aux arbitres dont les nominations dépendent des parties [938], de leurs conseils et/ou des

933. La traduction en anglais de ce concept n'est pas aisée. Nous proposons de retenir *« for a purpose other than its own benefit »* ou *« selflessness »*. Voir I. Pingel, « Intervention et désintéressée », dans E. Jeuland et S. Lalani (dir. publ.), *Recherche lexicographique en procédure civile*, IRJS Editions, tome 85, 2017, p. 169.

934. A. Garapon *et al*., *op. cit. supra* note 208.

935. « Propos conclusifs », dans H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Pedone, 2010, p. 293 ss.

936. A. Garapon *et al*., *op. cit. supra* note 208, à la p. 35.

937. A. Kojève, *op. cit. supra* note 1, p. 75 ss.

938. Il faut également mettre cette exigence en regard du fait que les parties à un arbitrage considèrent que l'un des avantages de cette forme de règlement des différends consiste pour elles à composer le tribunal arbitral (ou au moins une partie de celui-ci) selon leurs souhaits.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

institutions d'arbitrage pour leurs prochains mandats[939]. C'est pourquoi, si ce triptyque est séduisant, il est désormais difficile à maintenir dans la sphère internationale. On le constate, par exemple, dans les statuts du médiateur qui, selon les pays, reprend ou non l'exigence de neutralité aux côtés de l'indépendance et de l'impartialité. En conséquence, tout en reprenant l'idée du triptyque, nous le transformons afin qu'il devienne indépendance, neutralité et impartialité, en donnant à chacun de ces concepts le sens que nous allons expliciter.

433. La grande difficulté avec ces concepts est leur caractère vague, en grande partie subjectif et sujet à interprétations multiples. La littérature montre que les auteurs ne sont pas toujours très précis dans l'utilisation qu'ils font de l'un ou l'autre de ces concepts, si bien que la diversité d'analyse ne clarifie pas vraiment le débat[940].

434. Avant d'aller plus avant, précisons quelques éléments de base. Tout d'abord nous partageons l'idée selon laquelle neutralité, impartialité et indépendance sont des valeurs qu'il convient de mettre en œuvre dans des contextes particuliers ainsi que le fait un tiers lorsqu'il lui est demandé d'intervenir dans un conflit entre deux parties[941]. Ces valeurs doivent être adaptées selon le contexte. On ne demandera pas la même impartialité à un juge ou à un médiateur, ce dernier ne rendant aucune décision, a fortiori aucune décision obligatoire pour les parties. Quant à l'indépendance, elle doit être atteinte à la fois par l'institution, donc de manière collective, et par chaque membre de cette institution[942]. Mais ce sont des valeurs qui s'appuient sur des procédures afin de leur donner une assise concrète et une effectivité qui seule peut établir la confiance dont nous parlions en début de chapitre. Les parties ont à leur disposition l'arme de la récusation si elles constatent qu'un tiers n'est pas indépendant, neutre ou impartial.

435. En second lieu, la confiance et l'impartialité sont des concepts essentiellement psychologiques comme l'illustre l'histoire suivante[943].

---

939. Kojève reconnaît lui-même qu'il n'existe pas de juge « désintéressé » au sens théorique du terme, *op. cit. supra* note 1, à la p. 78.

940. Par exemple Pierre Tercier, dans l'article qu'il consacre à l'éthique des arbitres, parle « des devoirs d'indépendance » dans lesquels il inclut le devoir de révélation, le devoir d'impartialité et l'interdiction de contacts directs. Dans G. Keutgen (dir. publ.), *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, 2012, p. 17-35.

941. En cela nous partageons le constat fait par Diego M. Papayannis, « Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* volume 28 Revus (2016) p. 33 ss.

942. Certains auteurs appellent cela l'indépendance personnelle par opposition à l'indépendance institutionnelle.

943. Cette histoire est racontée par H. Verrijn Stuart, « The Palace of the Judges », dans Bob Duynstee *et al.* (dir. publ.), *The Building of Peace, A Hundred Years of Work*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Lorsque la CIJ fut saisie de l'affaire du mur érigé par Israël pour s'isoler des territoires de la Palestine, Israël adressa une lettre au greffe pour se plaindre de la partialité du juge égyptien Nabil Elaraby et demander sa récusation en raison de ses prises de position, tant en sa qualité de diplomate dans les débats qui avaient eu lieu à l'Assemblée générale des Nations Unies, que dans les médias. La Cour décida de mener ses propres investigations qui révélèrent à la fois que le juge Elaraby avait déjà quitté son poste diplomatique à New York quand le débat avait eu lieu à l'Assemblée générale et qu'aucune prise de position de sa part dans les médias ne pouvait être trouvée. Cette affaire doit être mise en parallèle avec celle du juge pakistanais qui s'était récusé dans l'affaire du Sud-Ouest africain car il avait pris position pour le retrait de l'Afrique du Sud lorsqu'il représentait son pays aux Nations Unies. Il avait aussi été nommé juge *ad hoc* dans cette même affaire par l'Ethiopie et le Liberia avant qu'il ne soit élu juge à la Cour. Il ne pouvait donc pas siéger dans cette affaire, ce qui entraîna vraisemblablement une difficulté dans le délibéré alors que la décision a été considérée par beaucoup comme une décision désastreuse qui écorna pour un certain temps le prestige de la Cour et la confiance que les Etats pouvaient lui accorder. On peut aussi mettre en parallèle l'histoire du juge Tomka qui servait comme arbitre dans une affaire entre un investisseur néerlandais et la République slovaque, tribunal arbitral qui se déclara incompétent. La partie néerlandaise chercha à disqualifier le juge Tomka sur le fondement de sa nationalité et le fait qu'il avait besoin du gouvernement slovaque pour une réélection potentielle à la CIJ. Le Président de la Chambre de commerce de Stockholm, chargé de décider sur cette demande de récusation, la rejeta sans que sa décision soit motivée.

436. En troisième lieu, nous avons assez peu de décisions motivées à notre disposition, même si plusieurs institutions d'arbitrage ont décidé de publier périodiquement soit des synthèses, soit des extraits de décisions sur les demandes de récusation. Pour l'arbitrage d'investissement, une thèse récente a recensé soixante-deux affaires dans lesquelles l'impartialité des arbitres a posé des difficultés dans le cadre du CIRDI (ce qui est beaucoup, compte tenu du nombre d'affaires total soumis au CIRDI) et onze affaires soumises au règlement de la

on Peace Through Law – The Peace Palace 1913-2013, Carnegie Foundation, 2013, à la p. 416. On notera aussi que plusieurs contributions sur la partialité et les concepts associés ont été incluses dans le livre T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CNUDCI [944]. Nous reviendrons sur ces questions section E ci-dessous. Il est désormais temps de regarder de plus près le contenu de ces trois concepts.

B. L'indépendance [945]

437. Lord Mance nous rappelle « the rise and fall of Francis Bacon Lord Chancellor (1618-1621) » qui, dans ses essais, dit ceci : « Let judges also remember, that Salomon's throne was supported by lions on both sides : let them be lions, but yet lions under the throne ; being circumspect that they do not check or oppose any points of sovereignty. » [946] Nous sommes tentée de dire que ce rappel qui apparaît contraire à la conception contemporaine de l'indépendance des juridictions, au moins au sein des systèmes démocratiques nationaux [947], pourrait bien encore être d'actualité pour les juges internationaux. C'est en tout cas l'impression que certaines personnes jugées par les tribunaux établis par le Conseil de sécurité ont eu après avoir été contraintes de comparaître devant ces juridictions, utilisant ainsi ce qu'il est convenu d'appeler « une défense de rupture » [948]. C'est également, dans l'histoire récente, ce que nous rappelle la suspension du *Southern African Development Community Tribunal* (SADC) après que l'un des panels de ce tribunal a décidé à l'encontre des intérêts du Zimbabwe. Entraînés par ce dernier Etat,

---

944. M. N. Cleis, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*, Brill, 2017, p. 274-280. Plus généralement, les institutions d'arbitrage publient régulièrement des synthèses sur leurs décisions de récusation. Cf. par ex SCC Practice Note, SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators, 2016-2018, by A. Ipp, R. Caré et V. Dubeshka, août 2019. Ce texte indique que sur la période considérée, sur 551 affaires soumises à l'institution, 46 ont donné lieu à une demande de récusation.

945. On se réfèrera autant que de besoin aux seize points de la conclusion du rapport de la Commission de Venise (Commission européenne pour la démocratie par le droit) sur l'indépendance des juges de 2010. La même année était aussi publiée la recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités *(adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010)*. Les 17 et 19 novembre 2010, le Conseil consultatif des juges européens publiait la *Magna Carta* du juge, *op. cit. supra* note 145. Notons que l'indépendance est liée également au secret du délibéré en ce que le secret permettrait de protéger l'indépendance. Dans ce sens, voir par exemple *Nobel China Inc. c. Lei*, Ontario Supreme Court, 1998 CanLII 14708. Pour le secret du délibéré, cf. *infra* chapitre 11.

946. J. Mance, « The Independendce of Juges », dans Nils A. Engstad *et al.* (dir. publ.), *The Independence of Judges*, Eleven, 2014, à la p. 55.

947. A cet égard, cf. L.-A. Sicilianos, « Le droit subjectif du juge à l'indépendance : quelques réflexions sur l'interprétation de l'article 6, par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en l'honneur d'Emmanuel Decaux*, Pedone, 2017, p. 563-572.

948. On pense aux procès Tadic et Milosevic devant le TPIY.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les Etats membres de l'organisation décidèrent que le Tribunal devait cesser ses fonctions [949].

438. Commençons par les définitions que nous donnent les dictionnaires. Le dictionnaire de droit international public Salmon donne la définition suivante pour l'indépendance : « le fait pour une personne ou une entité de ne dépendre d'aucune autre autorité que la sienne propre » [950]. Cette définition rejoint en substance celle que nous donne les dictionnaires de langue française, à commencer par le Larousse :

> « Etat de quelqu'un, d'un groupe qui juge, décide, etc., en toute impartialité, sans se laisser influencer par ses appartenances politiques, religieuses, par des pressions extérieures ou par ses intérêts propres. Formuler une critique en toute indépendance. Qualité d'un groupe, d'un pouvoir, etc., qui n'est pas soumis à un autre, qui est libre de toute sujétion. »

Les principes de *Burgh House*, prévoient : « The Court and the judges shall exercise their functions free from direct or indirect interference or influence by any person or entity. » [951]

439. Il est habituel, dans la littérature appropriée, de séparer l'indépendance formelle, que l'on pourrait aussi appeler l'indépendance institutionnelle, de l'indépendance informelle qui serait l'indépendance à l'aune de la pratique. Nous n'utiliserons pas cette dichotomie qui nous paraît un peu artificielle, d'autant que, comme il sera dit ci-après, l'indépendance « informelle » est mieux désignée par le concept de neutralité [952]. De plus, les deux types d'indépendance sont intimement liés comme le montre excellemment la décision de la CourEDH dans les affaires *Mutu* et *Pechstein* à propos du TAS. Si ce tribunal est effectivement considéré comme indépendant des organisations sportives internationales, il n'en demeure pas moins, dit la Cour, que dans les affaires étudiées des garanties supplémentaires auraient dû être respectées [953].

---

949. Cette affaire a donné lieu à une décision de la *High Court* de l'Afrique du Sud qui considéra que la décision du président de ce pays de voter en faveur de la suspension de la SADC était inconstitutionnelle car *« unlawful [and] irrational »*. Cf. *Law Society of South Africa and Others c. President of the Republic of South Africa and Others*, 1er mars 2018, (20382/2015) [2018] ZAGPPHC 4.

950. Dictionnaire de droit international public, p. 570.

951. Principe 1.1.

952. Cf. *infra* par. 452 ss.

953. *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes no 40575/10 et 67474/10, arrêt du 2 octobre 2018 avec une opinion dissidente vigoureuse. Voir F. Latty, « Quand Strasbourg juge Lausanne. Le TAS marque des points devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Jurisport*, no 193, décembre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

440. L'indépendance se comprend aisément quand elle est évaluée pour le système judiciaire interne d'un Etat. Elle fait désormais partie de la séparation des pouvoirs qui, depuis Locke et Montesquieu, constitue le pilier de l'Etat de droit. Pour les juridictions internationales, cela est un peu plus compliqué. En effet, l'existence des trois pouvoirs est plus problématique car ces pouvoirs sont relativement éclatés en une multitude d'entités qui ne sont pas établies hiérarchiquement les unes par rapport aux autres. C'est ainsi que si les conventions internationales peuvent être considérées comme l'équivalent du droit « légiféré », nous serions bien en peine de dire qu'il existe un « législateur » international. Quant au pouvoir exécutif international, il est lui aussi éclaté entre les multiples organisations intergouvernementales qui, chacune pour elle-même, administre la mise en œuvre des textes législatifs qui émanent de ces entités. C'est pourquoi l'indépendance des juges internationaux, si elle existe, ne peut pas être étudiée autrement que dans la multiplicité de ses expressions et vis-à-vis à la fois des Etats, pris individuellement, mais aussi lorsqu'ils sont assemblés au sein des organisations qui donnent le jour aux juridictions internationales. C'est pourquoi l'indépendance des juges internationaux se rapproche de ce qu'un auteur appelle « l'autonomie politique » [954], dont on peut se demander si elle est vraiment réalisée [955].

441. Comme nous l'avions déjà dit, l'indépendance n'est pas visée dans le serment des juges de la CIJ (comme, avant elle, celui des membres de la CPJI) alors que, pourtant, l'article 2 du statut de la Cour prévoit :

> « La Cour est un corps de magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international. »

De la même manière, le serment de la plupart des juridictions internationales permanentes, qu'elles soient à vocation universelle ou régionales, qu'elles soient généralistes ou spécialisées, ne reprend pas le concept de l'indépendance. La CPI ne fait pas exception,

954. E. Jouannet, dans *op. cit. supra* note 935.

955. M. Andenas et D. Fairgrieve en doutent qui disent que la CIJ « is firmly placed in the other camp of a predominantly "diplomatic" culture », dans G. Canivet *et al.* (dir. publ.), *Independence, Accountability and the Judiciary,* BIICL, 2006, à la p. 17.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mais rappelle à l'article 40 de son statut que les juges décident en toute indépendance et qu'ils ne doivent pas exercer une activité qui pourrait être incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou pourrait faire douter de leur indépendance. En outre, la Cour a publié un code d'éthique judiciaire [956], document non contraignant, selon lequel les juges doivent défendre l'indépendance de leur charge et l'autorité de la Cour [957]. Diverses explications peuvent être apportées à cette absence dans les serments prêtés par les juges internationaux. Celle que nous privilégions consiste à dire que les juridictions internationales sont la création des Etats assemblés dans une organisation internationale qui gère en son sein une juridiction. Certes, la plupart des juridictions internationales ont la personnalité juridique et possèdent donc l'autorité nécessaire pour négocier, avec l'Etat hôte, leurs accords sur les privilèges et immunités. Cependant, ce n'est pas le cas de la CourEDH qui dépend du Conseil de l'Europe pour cela [958]. Indépendamment de cet aspect formel dont il ne conviendrait pas de surestimer l'importance, toutes les juridictions internationales dépendent de l'organisation qui les crée, c'est-à-dire de la communauté des Etats membres de cette organisation, pour leur existence et leur continuité, ne serait-ce que par l'allocation des ressources nécessaires à leur fonctionnement [959].

442. La question des moyens financiers alloués aux juridictions, pour qu'elles soient en mesure de fonctionner correctement, a toujours été considérée comme essentielle pour mesurer l'indépendance. A tel point que, récemment, la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle dans le cadre d'un litige opposant l'association syndicale des juges portugais à la Cour des comptes de ce pays en raison des réductions temporaires du montant des rémunérations versées aux membres de cette juridiction [960]. La question préjudicielle portait sur l'interprétation de l'article 19.1 du TUE et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux prévoyant que les Etats membres doivent organiser des voies

956. ICC-BD/02-01-05.

957. Article 3.1. Dans sa version complète, il se lie : « Les juges défendent l'indépendance de leur charge et l'autorité de la Cour et se comportent en conséquence dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. » S'y ajoute un article 3.2. : « Les juges n'exercent aucune activité qui pourrait être incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou faire douter de leur indépendance. »

958. D. Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court of Justice,* 2012, aux p. 513 ss.

959. Les Principes *Burgh House* (*supra* note 904) traitent de cette question à l'article 1.2

960. CJUE, C-64/16, arrêt du 27 février 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de recours effectives. La Cour devait donc répondre à la question de savoir si la réduction de la rémunération des membres de la juridiction en cause ne mettait pas en péril l'indépendance de cette juridiction [961]. La Cour répond par la négative en soulignant que les mesures de réduction des budgets de l'Etat sont de nature générale, dictées par des décisions d'austérité, alors qu'elles sont liées à des contraintes d'élimination d'un déficit budgétaire excessif ainsi qu'à un programme d'assistance financière de l'UE. Cette réponse laisse le lecteur un peu perplexe dans la mesure où elle ne répond pas vraiment à la question de principe qui était posée à la Cour.

443. Dans la sphère internationale, ce sont les juridictions elles-mêmes qui présentent le budget qu'elles estiment nécessaire à leur fonctionnement, ce qui influence la gestion de la juridiction, l'importance du personnel qui participe à l'acte de juger et les délais dans lesquels les décisions sont rendues. La CourEDH, qui ne présente pas elle-même son budget, a le droit d'y apporter ses commentaires [962]. Il n'en reste pas moins que ces juridictions sont vulnérables, comme le sont d'ailleurs les juridictions nationales, qui voient la demande de justice de la part des citoyens augmenter exponentiellement et leurs budgets ne pas suivre la même courbe, loin s'en faut.

444. Au-delà du budget, ce sont les processus de nomination qui sont plus problématiques [963]. La résolution d'Oslo intitulée « Enhancing the Legitimacy of International Courts » [964], prévoit de manière assez vague, mais cependant significative, que « the nomination and selection authorities should ensure that juges may work independently and in security ». A cette fin, la résolution requiert que le processus de sélection et de nomination soit ouvert et transparent et que seuls les critères de compétence forment la base de la sélection, sauf à respecter les exigences de diversité. A l'aune de cette résolution, on peut évaluer de manière

961. Au par. 17 de la décision, la Cour note : « La juridiction de renvoi souligne, à cet égard, que l'indépendance des organes juridictionnels dépend des garanties attachées au statut de leurs membres, y compris en termes de rémunération. »

962. Une importance assez grande est donnée à ce point par D. Zimmermann, *op. cit. supra* note 958, à la p. 514.

963. D. Zimmermann, *op. cit. supra* note 958, à la p. 514. H. Ruiz Fabri, « Le choix des juges », dans *op. cit. supra* note 181, p. 635. M. Bobek, *Selecting Europe's Judges – Acritical Review of the Appointment Procedures to the European Courts,* OUP, 2015.

964. Résolution du 26 juillet 2018, adoptée lors du séminaire d'Oslo du *Brandeis Institute for International Judges,* texte disponible sur https://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/biij/index.html.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

critique, comme cela a été fait en doctrine, la trop grande dépendance des arbitres du TAS car ils sont désignés, à la suite d'une procédure relativement opaque, par l'*International Council of Arbitration for Sports* [965]. Les tiers participant aux juridictions internationales sont nommés essentiellement par les parties. C'est le cas de la CIJ puisque son rôle est limité aux litiges entre Etats et que la nomination des juges dépend des Etats. Certes, contrairement à l'arbitrage ou la médiation, la nomination se fera non pas pour un litige en particulier (sauf pour les juges *ad hoc*), mais pour un mandat de plusieurs années. La durée du mandat et son éventuel renouvellement est souvent considéré en doctrine comme influençant directement l'indépendance des tiers. La résolution de l'IDI de 2011 recommande un mandat long (neuf à douze ans) non renouvelable [966]. En l'état actuel de ce qui existe dans les juridictions internationales seule la CPI et la CourEDH respectent cette résolution [967]. Toutefois, le non-renouvellement des mandats de juge peut engendrer des difficultés pour les membres de ces juridictions lorsqu'ils ont encore une relativement longue carrière à poursuivre. Parfois, ils auront du mal à trouver un poste dans leur pays d'origine qui correspondrait aux fonctions internationales qui ont été les leurs. Cela peut être un frein pour certains candidats potentiels qui renonceront à se porter candidats alors même qu'ils seraient particulièrement bien préparés pour ces fonctions. En outre, la CourEDH est la seule à avoir un âge de retraite obligatoire, fixé à soixante-dix ans, ce qui peut être considéré comme favorable à une plus grande indépendance [968]. Une telle limitation par l'âge avait été proposée pour la CIJ mais a été rejetée [969].

---

965. A. Vaitiekunas, *The Court of Arbitration for Sport : Law-Making and the Question of Independence*, Stämpfli Verlag, 2014.

966. IDI, résolution session de Rhodes, 2011, *Recueil*, volume 74, article 2.1. En outre, la résolution recommande que durant toute la durée de leur mandat les juges soient inamovibles. La CIJ et le Tribunal du droit de la mer respectent la durée de neuf ans, mais leurs mandats sont renouvelables. Les mandats des membres du tribunal pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pour le Rwanda étaient de quatre ans. Toutefois, ces exemples ne sont pas significatifs puisque ces juridictions n'étaient pas appelées à devenir permanentes.

967. Les membres de ces deux juridictions sont désignés pour neuf ans et ne sont pas renouvelables.

968. D. Zimmermann, *op. cit. supra* note 958, p. 497. Cependant, puisque le mandat des juges de la CourEDH n'est pas renouvelable, il n'est pas évident que cela ait une réelle incidence. Au contraire, les Etats peuvent être empêchés de nommer quelqu'un au-delà de soixante-et-un ans ce qui serait dommageable pour la juridiction puisqu'elle ne pourrait pas bénéficier de l'expérience de membres plus âgés. La Cour a elle-même recommandé que les Etats n'agissent pas ainsi, mais ne nomment pas quelqu'un qui ne pourrait pas accomplir au moins la moitié d'un mandat.

969. D. Zimmermann, *op. cit. supra* note 958, à la p. 498.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

445. Les Etats peuvent retirer leur soutien au renouvellement d'un juge dont ils estiment qu'il n'a pas « bien jugé » ou pour toute autre raison, politique ou non. Un cas récent à la Cour de l'AELE est emblématique de cette hypothèse. Il a été évoqué au chapitre précédent [970]. Finalement l'Etat a cédé devant la désapprobation que sa décision avait suscitée. L'attitude actuelle des Etats-Unis d'Amérique à propos de la nomination des membres de l'organe d'appel de l'OMC entrave le bon fonctionnement de ce système de règlement des conflits tel qu'il avait été imaginé par les Etats-Unis eux-mêmes, lors de la création de l'OMC. Mécontent de l'orientation prise par la jurisprudence de l'ORD, ce pays a d'ores et déjà bloqué la nomination ou le renouvellement de quatre des sept arbitres de l'organe d'appel. Selon les termes du ministère français de l'Economie :

> « Lors de la réunion de l'organe de règlement des différends (ORD) qui s'est tenue le 27 août 2018, les Etats-Unis ont indiqué qu'ils s'opposaient au renouvellement du mandat de l'arbitre mauricien Servansing qui arrive à son terme le 30 septembre prochain. A compter de cette date, l'organe d'appel de l'ORD ne sera donc plus composé que de trois membres au lieu de sept. Sachant qu'il faut au minimum 3 personnes pour rendre valablement une décision, cette situation risque d'entraver le bon fonctionnement de l'Organe d'appel : en termes notamment de délais de traitement des contentieux et d'obligation de déport en cas de risque de conflits d'intérêts. » [971]

C'est d'ailleurs pour cela que l'IDI a recommandé que les groupes nationaux jouent un rôle plus indépendant et plus actif dans la proposition des candidatures aux postes de juges dans les juridictions internationales, notamment en procédant aux consultations des autorités judiciaires et universitaires prévues à l'article 6 du Statut de la CIJ [972]. On connaît aussi la pratique des tractations de vote entre Etats pour les différents postes qui sont à pourvoir. Cette pratique est fustigée par l'IDI[973]. Malheureusement, elle est encore bien vivante. De la même manière, l'IDI préconise une période de latence *(cooling off)* de trois ans entre une fonction politique et la fonction de juge et, en sens inverse entre la fonction de juge et une autre fonction.

970. Affaire *Pascal Nobile et DAS Rechtsschutz-Versicherungs AG*, affaire E-21/16, 14 février 2017, voir *supra* chapitre 7.
971. Note postée par le ministère sur sa page Internet le 11 septembre 2018.
972. IDI, résolution session de Rhodes, 2011, *Recueil*, volume 74, article 1.
973. *Ibidem*, article 1.6.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

446. A cet égard, on doit se demander si la nationalité peut participer au défaut d'indépendance. Trois juridictions régionales sont composées d'autant de juges que d'Etats parties et chacun de ces Etats désigne un juge qui est, dans la très grande majorité des cas, un ressortissant de cet Etat [974]. A l'inverse, le statut de la CIJ prévoit que les juges sont désignés, « sans considération de leur nationalité », ce qui se comprend aisément, puisque le nombre de juges est très inférieur au nombre d'Etats parties. Toutefois, il ne peut être dénié que les juges sont désignés par des groupes géographiques et que leur nationalité est au moins indirectement prise en considération. De plus, la pratique du juge *ad hoc* à la CIJ ne donne pas le bon exemple. Décider que chaque Etat partie au conflit dont la Cour est saisie doit avoir un juge qu'il désigne (souvent de sa nationalité) [975] ne confère pas à la Cour l'apparence d'indépendance dont elle a besoin [976], d'autant qu'il a été démontré que la quasi-totalité de ces juges décident dans le sens de l'Etat qui l'a nommé. Au-delà de la nationalité, on doit aussi se demander si les appartenances culturelles ou aux mêmes clubs de pensée ou universités ne sont pas aussi des facteurs à prendre en considération pour l'indépendance de la juridiction.

447. Les incompatibilités de fonction participent aussi à l'indépendance. La résolution de l'IDI de 2011 prévoit que les membres de juridictions internationales « ne peuvent exercer aucune fonction politique ou d'administration, ni aucune fonction d'agent, avocat ou conseil devant quelque juridiction que ce soit » [977]. De plus, une période de trois ans est recommandée avant que de telles fonctions puissent être exercées devant la même juridiction dont la personne est issue [978].

---

974. Il s'agit, au moins, de la CJUE, la CourEDH et la Cour de l'AELE.

975. Récemment la Belgique a désigné un juge italien en qualité de juge *ad hoc* dans l'affaire qui l'opposait à la Suisse. Ce juge a été désigné en raison de son expertise dans le domaine concerné par le litige et de sa grande connaissance de la convention qui devait être appliquée par la Cour. La Belgique se désista de l'affaire après réception de la réponse de la Suisse.

976. La question a déjà été soulevée au début du XX^{e} siècle par les auteurs qui ont travaillé sur l'élaboration d'une cour permanente de justice internationale. Ainsi Wehberg affirme-t-il : « The principle that no one can be a judge in his own case must be strictly applied not only in national but also in international law as well. » Cf. Dr. H. Wehberg, *op. cit. supra* note 227, à la p. 55. Il poursuit en disant que l'on accorde généralement trop d'importance au fait que le juge doit connaître le système juridique de l'Etat partie au litige.

977. IDI, résolution session de Rhodes, 2011, *Recueil*, volume 74, article 3.2.

978. *Ibidem*, article 3.6.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

448. La question de savoir si les activités connexes, annexes ou, comme l'on dit en anglais, le *moonlighting*, sont autorisées est aussi souvent considéré comme participant de l'indépendance [979]. Le Statut de la CIJ (art. 16) prohibe les fonctions annexes [980] par un texte clair et comminatoire. Toutefois, l'ajout d'un second paragraphe au même article 16 disposant « en cas de doute, la Cour décide », laisse supposer que le paragraphe premier n'est pas aussi comminatoire qu'il y paraît à première vue. L'origine de ce texte doit être trouvée dans le rapport du Comité des juristes de 1929 qui préparait le statut de la CPJI, prédécesseur de la CIJ et dont le statut est très proche, voire identique. Ce rapport affirme :

> « Il va sans dire qu'il n'y aurait pas d'incompatibilité pour les membres de la Cour de figurer sur la liste des membres de la CPA, ni d'exercer, si leurs occupations à la Cour leur en laissent le loisir, des fonctions d'arbitre ou de conciliateur, à la condition, toutefois, que l'acte qui leur confie ces fonctions ne prévoie pas un recours devant la Cour, à la suite de l'arbitrage ou à défaut de conciliation. »

En pratique, la Cour a, très tôt dans son histoire (1949), confirmé que là était bien l'intention du texte. En d'autres termes, un membre de la Cour peut accepter des fonctions d'arbitre, de président d'une commission de conciliation ou autres fonctions similaires, sauf s'il existe une possibilité juridiquement organisée que la décision puisse être référée à la Cour ultérieurement [981]. En réalité, les exemples d'une telle hypothèse sont assez limités, si bien que les membres de la Cour, sauf exception, acceptent nombre de mandats en plus de leurs fonctions, alors même qu'ils sont rémunérés à temps complet pour leurs fonctions de juge au sein de la CIJ.

449. Dans la période récente, le phénomène des occupations annexes est devenu d'une ampleur si large pour certains membres de la Cour qu'il a pu susciter quelques interrogations. Une étude de l'Institut pour le développement durable [982] pose la question de savoir

979. D. Zimmermann, *op. cit. supra* note 958.

980. L'article 16.1 prévoit : « Les membres de la Cour ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative, ni se livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel. »

981. Annuaire de la CIJ 1953-1954, p. 96.

982. N. Bernasconi-Osterwalder et M. Dietrich Brauch, *Is « moonlighting » a problem ? The role of ICJ judges in ISDS*, novembre 2017. L'étude révèle que 10 % des arbitrages fondés sur un traité bilatéral d'investissement a été jugé par un tribunal arbitral comprenant au moins un membre de la CIJ.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

si les mandats d'arbitre à répétition qu'ont accepté et acceptent encore certains membres de la Cour n'entache pas leur indépendance [983]. Le juge A. Cassese expose un exemple tiré de son expérience de Président du TPIY :

> « . . . I had to fight with one of my best friends, an outstanding judge. He said that it should be acceptable for ICTY judges to sit on arbitrations. The Judges of the International Court of Justice do, so why couldn't we do the same ? But I wouldn't allow it. He had two arbitrations scheduled, and he also wanted to stay home and teach. However, I told him that he has a full salary as an international judge and could not stay at home and come only to The Hague for the plenary meetings of judges and on top of that also sit on arbitrations. . . . He resigned. » [984]

En tout état de cause, on peut au moins douter que ces juges aient suffisamment de temps pour à la fois remplir pleinement leurs fonctions à la Cour (alors que le contentieux y est toujours plus important et complexe) et faire face à la charge de travail que représente la participation à un tribunal arbitral. De plus, cela peut remettre en cause le caractère « désintéressé » que certains auteurs considèrent comme inhérents à la fonction de juge international [985]. Sur ce point la résolution de l'IDI tente de concilier les intérêts divergents en présence [986]. A l'article 3.3., il est dit :

> « S'ils se livrent à d'autres activités extérieures, telles que l'enseignement ou l'arbitrage, lorsque ces activités ne sont pas interdites par leur statut, ils doivent accorder priorité absolue aux travaux de la juridiction à laquelle ils appartiennent. Tout juge doit en outre s'interdire toute activité de nature à porter atteinte à son indépendance ou à jeter un doute sur son impartialité dans une affaire donnée. »

L'article 3.4. ajoute : « Il n'est pas souhaitable, dans le cas de juridictions ayant une lourde charge de travail, que les juges s'engagent dans

983. Indépendamment de leur disponibilité pour les affaires dont la Cour est saisie.
984. « The Judge : Interview with Antonio Cassese », entretien par H. Verrijn Stuart et Marlise Simons, dans *The Prosecutor and the Judge,* p. 55.
985. Voir par exemple E. Jouannet, *op. cit. supra* note 935, à la p. 295.
986. On notera que l'article 8 des Principes de *Burgh House* (supra note 904) est, dans un premier temps, plus sévère que la résolution de l'IDI sur la question de *moonlighting*. Cette sévérité est cependant atténuée puisque l'article 8.3. prévoit que chaque juridiction met en place un mécanisme destiné à guider les juges dans leurs activités extrajudiciaires.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des arbitrages ou des activités substantielles d'enseignement. »[987] Finalement, c'est le Président Yusuf qui tirera les leçons du débat, dans son discours à l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 octobre 2018. Il s'exprime de la manière suivante :

> « J'aimerais à présent saisir l'occasion de ma présence devant vous pour aborder, dans un esprit de transparence, la question des activités extrajudiciaires que les membres de la Cour peuvent de temps à autre être appelés à mener, notamment dans le domaine de l'arbitrage international. La Cour n'ignore pas que, bien que la Charte leur offre la possibilité de lui confier le règlement judiciaire de leurs différends, des Etats peuvent, pour diverses raisons, souhaiter régler un différend par la voie d'un arbitrage. Ainsi, des membres de la Cour ont à l'occasion été priés de siéger à un tribunal arbitral, parfois pour connaître d'un différend entre Etats et parfois, d'un différend entre un Etat et un investisseur – ce qui témoigne, bien sûr, de la haute estime en laquelle la communauté internationale tient les membres de la Cour. Au fil des ans, la Cour a estimé que, dans certaines circonstances, il était loisible à ses membres de participer à des procédures d'arbitrage. Toutefois, sa charge de travail ne cessant de s'accroître, elle a décidé il y a quelques mois de réexaminer cette pratique et de concevoir des règles claires pour réglementer de telles activités. En conséquence de ce réexamen, les membres de la Cour ont décidé le mois dernier de ne plus accepter, en principe, de prendre part à des arbitrages internationaux. En particulier, ils ont décidé de ne plus participer à des arbitrages opposant un Etat à un investisseur ou à des arbitrages commerciaux. Cela étant, dans l'éventualité où ses membres seraient sollicités, à titre exceptionnel, par un ou plusieurs Etats préférant recourir à l'arbitrage plutôt qu'au règlement judiciaire, la Cour a décidé que, afin de rendre service aux Etats concernés, les juges en question seraient autorisés à prendre part à la procédure d'arbitrage interétatique envisagée, pourvu que les circonstances le justifient. Même dans ce cas exceptionnel, le juge ainsi autorisé ne pourra participer qu'à une procédure arbitrale à la fois. Il devra au préalable en avoir obtenu l'autorisation au moyen

987. L'article 3.5. ajoute qu'il faut que chaque juridiction mette en place une procédure pour régler ces questions en son sein et qu'une autorisation du président de la juridiction doit en tout état de cause être sollicitée avant de pouvoir exercer ces activités annexes.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> du mécanisme établi par la Cour. En revanche, les membres de la Cour refuseront d'être nommés arbitres par un Etat qui serait également partie à une affaire pendante devant la Cour, quand bien même cette affaire et l'arbitrage en question n'auraient aucune incidence l'un sur l'autre. Il est en effet essentiel que l'impartialité et l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires soient irréprochables. Enfin, je ne saurais trop insister sur le fait que toute participation de membres de la Cour à de tels arbitrages entre Etats est strictement subordonnée à la condition que les activités judiciaires des intéressés aient la priorité absolue. » [988]

450. La manière dont la juridiction est gérée *(court management)* participe de l'indépendance collective et individuelle. L'article 5 des lignes directrices de l'IDI explique :

> « L'indépendance d'une juridiction est fonction, non seulement des conditions de nomination des juges et de leur statut, mais encore des modalités d'organisation et de fonctionnement de cette juridiction. A cet égard, les greffes des cours et tribunaux, tout en jouissant de l'autonomie nécessaire à une bonne gestion, doivent en dernier ressort demeurer sous l'autorité de la cour ou du tribunal concerné. La cour ou le tribunal doit en outre rester seul responsable des propositions à faire aux autorités budgétaires et doit pouvoir les défendre directement devant ces autorités. Ces dernières ne sauraient se substituer leur appréciation à celle de la cour ou du tribunal dans la gestion de son personnel. »

Par exemple, il a été suggéré que la limite de temps accordée par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies aux tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda avait influencé le cours de la justice dans certaines affaires soumises à ces juridictions.

451. Pour finir, il n'est pas inutile de rappeler l'aventure qui serait arrivée à Richard Goldstone concernant l'attitude du Secrétaire général des Nations Unies lorsqu'il avait décidé d'émettre un mandat d'arrêt contre Karadzic, ex-Président de la Republika Srpska. Le Secrétaire général d'alors estimait qu'un tel mandat aurait dû être discuté avec lui.

---

988. Texte disponible sur le site de la CIJ https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-FR.pdf, visualisé le 15 novembre 2018. La question demeure de savoir si une période de latence *(cooling off)* doit être imposée lorsque le juge quitte ses fonctions.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Goldstone lui aurait rappelé que son statut l'empêchait de recevoir des ordres de quiconque. « C'est pourquoi je ne pouvais venir vous voir », aurait répondu le Secrétaire général, « mais vous auriez dû venir me parler de vous-même » [989]. On peut également se demander comment un ambassadeur en poste peut poursuivre une fonction juridictionnelle au sein d'une juridiction internationale [990], sans mettre en cause son indépendance (voire sa neutralité et son impartialité). C'est pourtant la situation qu'a acceptée une majorité de juges de la CPI le 4 mars 2019, en vertu de l'article 40 du Statut de Rome, alors que l'affaire *Ntaganda* est en délibéré et que statuer autrement aurait nécessité l'anéantissement de plusieurs années de procédure. Toutefois, cette décision a été contestée par la défense, tant et si bien que la juge concernée a démissionné de son poste d'ambassadeur et demeure à la CPI [991].

C. La neutralité

452. Quand l'Union soviétique, au début des Nations Unies, proposait que le poste de Secrétaire général soit divisé en trois parties, l'un représentant l'Occident, l'autre représentant les Etats communistes et le troisième les pays non alignés, il est rapporté que Nikita Khrouchtchev aurait justifié sa proposition en disant : « Nous savons qu'il existe des pays neutres, mais il n'existe pas d'homme neutre. » [992] Selon cette acception, notre quête serait vouée à l'échec. Pourtant, il ne peut en aller ainsi. On doit reconnaître que les textes utilisent rarement le concept de neutralité en tant que tel. Que l'on en juge par la médiation. La directive européenne de 2008, en son article 3, évoque l'efficacité, l'impartialité et la compétence du médiateur,

989. « The Judge : Interview with Antonio Cassese », entretien par H. Verrijn Stuart et M. Simons, dans *The Prosecutor and the Judge,* p. 55. Ce récit est fait par la personne qui conduit l'entretien avec Cassese.

990. Sur le principe, il n'est pas rare qu'un juge cessant ses fonctions poursuive son travail temporairement tant que les affaires dont il a eu à connaître ne sont pas terminées. Toutefois, cette pratique se comprend sous réserve de la préservation de l'indépendance, la neutralité et l'impartialité.

991. On note l'opinion dissidente de trois des juges de la Cour. Des demandes de réouverture de la décision avaient été soumises à la Cour avant la démission de la juge de son poste d'Ambassadeur. Voir https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-02/06-2326&ln=fr.

992. Propos rapporté par Milton Katz, *op. cit. supra* note 234, p. 159. L'auteur reproduit ensuite la réponse apportée par Hammarskjold dans une conférence donnée à l'Université d'Oxford en mai 1961. Sur la neutralité en médiation, on doit signaler une conférence organisée par Catherine Delforge à l'ULB le 6 juin 2019 réunissant philosophe, psychanaliste, déontologue et juristes dont les communications devraient être publiées ultérieurement.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mais pas sa neutralité. La Convention de Singapour de 2018 prévoit, en son article 5, que l'autorité compétente peut refuser l'exécution de l'accord de règlement si le médiateur a exercé « une influence indue » sur une partie. L'acte uniforme de l'OHADA relatif à la médiation, qui date de 2017 (art. 8), insiste sur l'intégrité morale du médiateur, son indépendance et son impartialité sans mentionner expressément la neutralité. Quant au juge international, aucun des serments compilés en annexe à ce chapitre ne mentionne la neutralité.

453. La langue anglaise nous donne le terme *neutral* pour désigner, de manière générique, le tiers chargé de trancher un litige ou d'aider les parties à trouver un accord, terme plus large que celui d'*adjudicator*, qui lui ne désigne que le juge ou l'arbitre, c'est-à-dire celui ou celle qui dispose d'un pouvoir juridictionnel. Le *Black's Law Dictionary* indique qu'un *neutral* est quelqu'un qui ne prend pas partie, quelqu'un d'indifférent, qui continue à parler aux deux parties en conflit. Cependant, le concept de neutralité prend aussi le sens d'un processus qui ne devrait favoriser aucune des parties au différend, ni par la langue qui est utilisée, ni par la procédure appliquée, ni par le droit qui sert de fondement aux arguments des parties, chaque partie étant en quelque sorte « étrangère » par rapport au processus. Il ne peut donc pas y avoir de discrimination inhérente au système [993]. La notion d'égalité entre les parties est souvent utilisée en littérature comme un équivalent de la neutralité. Certains serments prêtés par les juges mentionnent qu'il doit agir avec honnêteté ou intégrité, ce que l'on peut considérer comme un équivalent au concept de neutralité.

454. Au lieu de neutralité, comme nous l'avons déjà dit, certains auteurs préfèrent utiliser le concept de « désintéressement » auquel ils attribuent le sens que nous attribuons à la neutralité, c'est-à-dire la distance nécessaire du juge vis-à-vis des parties et de ce qu'elles représentent [994]. Ils résument ainsi le triptyque indépendance, impartialité, désintéressement : « Le magistrat doit donc maintenir son jugement à distance des autorités politiques (c'est l'indépendance), à distance des parties au procès (c'est l'impartialité) et à distance des

993. Ceci est vrai jusqu'à un certain point. En effet, la partie qui sera représentée par des conseils très aguerris en matière d'arbitrage sera largement avantagée par rapport à une autre partie qui ne bénéficiera pas d'une telle représentation.

994. A. Garapon *et al*., *op. cit. supra* note 208. Voir également E. Jouannet, *op. cit. supra* note 935, p. 293 ss. Le médiateur est parfois qualifié de « neutre » en ce sens que l'issue du litige ne doit avoir aucune influence sur ses propres intérêts.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

intérêts ou des valeurs en jeu (c'est le désintéressement). »[995] Nous avons déjà exposé pourquoi nous pensons que ce concept n'est pas opératoire[996]. Nous n'y reviendrons pas. Nous utilisons le concept de neutralité pour signifier la distance que le tiers doit maintenir vis-à-vis de chacune des parties, des intérêts ou des enjeux qui sont les leurs, dans le sens que retient Paul Ricœur de juste distance pour séparer les parties et en pacifier la relation[997].

455. D'autres acceptions de la neutralité sont parfois utilisées en doctrine. Par exemple, la neutralité serait le fait pour un juge de ne rendre sa décision qu'en fonction de l'affaire en cause, sans autre considération extérieure[998]. Cette position nous paraît extrême, particulièrement si l'on adopte la conception que nous avons privilégiée dans ce cours sur la place du tiers impartial et indépendant dans la société. Son rôle est plus large que le simple règlement d'un différend particulier. Il doit tenir compte des effets systémiques potentiels que la décision qu'il s'apprête à prendre pourra développer dans la société. Il ne peut donc s'abstraire des conséquences sociétales de la décision. Certes, ce n'est pas un exercice absolu ni une obligation de résultat. Mais la neutralité dont il est question ici ne peut avoir pour résultat que le tiers doive prendre sa décision comme s'il était enfermé dans une forteresse sans rien connaître du contexte dans lequel le différend qu'il doit trancher s'est fait jour.

456. Cette deuxième notion du triptyque nous amène à nous interroger sur le point de savoir comment s'apprécie la neutralité. Il est possible de débuter l'analyse avec l'article 14.1 du Pacte international

---

995. A. Garapon *et al*., *op. cit. supra* note 208, à la p. 35 :

> « Enfin, un *désintéressement* du magistrat à l'égard de l'affaire qu'il va juger est indispensable. On identifie en effet le rôle du juge, à l'intervention d'un « tiers *désintéressé* » dans le conflit. Le juge prend sa décision indépendamment de ses intérêts propres et sans tenir compte des conséquences que pourrait avoir cette décision sur sa vie personnelle. »

996. Cf. *supra*, Introduction. Rappelons que pour le juge, mais surtout l'arbitre international, cette proposition pose difficulté car, il est désigné à titre temporaire et de sa décision, de la manière dont l'arbitrage s'est déroulé, va dépendre ses nominations futures. Cela est d'autant plus préoccupant dans cette période de l'histoire qui vit à l'aune des constantes évaluations demandées aux « utilisateurs ». Il n'est pas rare de voir, dans un tribunal tripartite, un arbitre se coaliser avec un des deux autres arbitres, parce que ce dernier est plus susceptible de lui faciliter d'autres nominations (notamment en qualité de président).

997. P. Ricœur, *Le juste*, Editions Esprit, 1995, p. 11-13.

998. C. Verbruggen, « The Arbitrator as a Neutral Third Party », dans O. Caprasse *et al.*, *Walking the Thin Line – What an Arbitrator can do, must do or must not do,* Bruylant, 2010, p. 37.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

relatif aux droits civils et politiques [999] qui s'ouvre sur une injonction qui nous informe directement sur la neutralité que doit maintenir toute cour de justice : « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. » Ce principe est réaffirmé au chapeau du paragraphe 3 qui dispose : « Toute personne accusée d'une infraction pénale, a droit, en pleine égalité, … ». C'est cette notion d'égalité qui donne un sens et un contenu à la neutralité. Ce n'est pas une égalité absolue, mais elle doit satisfaire les attentes des parties, le juge ou l'arbitre conservant la gouvernance du processus.

457. C'est là qu'intervient le test des conflits d'intérêts. C'est en effet essentiellement au travers d'un potentiel conflit d'intérêts que s'analyse la neutralité que le tiers doit maintenir vis-à-vis des parties. Bien entendu, cela n'a pas lieu d'être pour un tribunal composé sciemment de tiers qui ne sont pas destinés à être neutres, comme cela était le cas dans l'affaire de l'Alabama. Le tribunal était composé de deux arbitres non neutres (un pour les Etats-Unis et l'autre pour le Royaume-Uni) qui étaient en constante communication avec leurs gouvernements. En revanche, les trois autres membres du Tribunal étaient nommés par trois puissances étrangères neutres par rapport au conflit : l'empereur du Brésil, le Président de la Confédération suisse et le roi d'Italie. Lorsque le tiers pressenti doit être neutre, alors la divulgation des circonstances qui pourraient l'amener à être en conflit d'intérêts constitue la méthode, inégalée jusqu'à maintenant, pour tenter de lutter contre un phénomène qui n'est pas insignifiant. L'arbitre doit procéder à cette divulgation, même si le règlement d'arbitrage qui régit la procédure pour laquelle il a été nommé ne prévoit pas qu'il doive signer une déclaration d'indépendance et d'impartialité. S'il ne le fait pas, la sentence peut être annulée [1000]. La recherche active d'éventuels conflits d'intérêts est devenue une tâche indispensable de tout arbitre désigné. Cette recherche active est visée par les lignes directrices de l'IBA en matière de conflits d'intérêts. Elle est plus difficile à mettre en œuvre dans les grands cabinets d'avocats qui possèdent des filiales dans de nombreux pays. En effet, la recherche doit être étendue à toutes les branches du cabinet. Cela explique d'ailleurs que de nombreux associés de cabinets de taille internationale, lassés de ne plus pouvoir accepter de mandats d'arbitre aussi souvent qu'ils le souhaiteraient, quittent les cabinets pour s'établir en qualité d'arbitre indépendant.

999. Résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

1000. C'est la solution française, CA Paris, 20 mars 2011, *Société Nykcool*, *Rev. Arb*. 2011, p. 732, note D. Cohen.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

458. Il a même été proposé que le juge d'appui, à la demande d'une partie, puisse émettre une injonction à l'égard de l'arbitre qui ne divulgue pas ou alors partiellement ou tardivement [1001]. Encore faudrait-il à notre avis que la demande de la partie qui procède ainsi puisse au moins être soutenue par un commencement de preuve au risque, sinon, d'engendrer des abus. C'est probablement pour éviter ces abus que la Cour de cassation française a exigé, au moins au stade de l'annulation de la sentence, que la partie qui soutient cette annulation pour violation par l'arbitre de son obligation de divulgation, explique en quoi les éléments omis étaient susceptibles de provoquer un doute raisonnable quant à son impartialité et son indépendance [1002].

459. Un autre élément dans l'évaluation de la neutralité concerne la phase d'instruction de la procédure dans laquelle le tribunal arbitral doit parfois décider s'il va admettre des demandes de production de documents. Le tribunal, très soucieux de neutralité, aura tendance à accepter toutes les demandes, même s'il les juge inutiles, afin de ne pas prendre le risque que sa sentence soit contestée par une partie en raison d'une absence de traitement égal des parties. Il en va de même lorsque le tribunal arbitral pose des questions aux parties. Il doit être particulièrement attentif à ne pas formuler la question de telle manière qu'elle favorise l'une des parties. Un autre exemple peut être pris lorsque le tribunal aide les parties à trouver un arrangement (procédure arb-med) en cours de procédure arbitrale. L'arbitre qui se transforme en médiateur [1003], dans les pays où cette pratique est admise, doit être particulièrement attentif de ne pas sortir de la neutralité. En tout état de cause dans un tel cas, les apartés sont déconseillées, l'arbitre devant conduire la médiation grâce à des réunions plénières uniquement.

D. L'impartialité

460. La mesure de l'impartialité est extrêmement délicate à mener. Il n'est pas inutile de rappeler que la fonction de juger est la plus difficile

1001. Communication de G. Pluyette au colloque de Tunis, *Le juge et l'arbitrage,* Pedone, 2014, p. 131 ss.

1002. Civ. 1, 10 octobre 2012, *Neoelectra Group c. Tesco*, *Rev. Arb*., 2013.127, note Ch. Jarrosson.

1003. Ce que nous déconseillons fortement, les deux rôles étant profondément différents et difficilement conciliables. Il n'en va pas de même lorsque l'arbitre discute avec les parties d'une éventuelle médiation, sans que ce soit lui qui procède à la médiation, mais en acceptant de suspendre la procédure arbitrale pour le temps nécessaire à la médiation effectuée par un autre tiers.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que la société peut confier à un être humain et que la vérité judiciaire est éminemment contingente. Comme le dit Joel Levin :

> « By truth value, reference is being made to the concept used in the philosophical logic literature. Simply put, statements or propositions might have the property of truth, just as grass (if well-kept) might have the property of greenness or Shakespeare's works' brilliance. Certainly not all questions are susceptible of a true or false answer, nor are all statements. » [1004]

Tout étudiant de droit judiciaire privé, au moins dans les pays de tradition civiliste, apprend que cette vérité judiciaire n'est pas la Vérité, au sens absolu, ontologique du terme. Le tiers, s'il doit effectivement être impartial, doit néanmoins se voir accorder la dimension humaine, donc relative, de sa fonction.

461. De plus, l'appartenance du juge à une école de pensée (juridique ou non) peut entraîner un raisonnement différent en donnant du poids à certains faits ou à certains arguments plus qu'à d'autres. Cette partialité, que nous appellerons « naturelle » ou « inhérente » à la qualité humaine du juge, est le plus souvent inconsciente. Quand le juge qui préside la chambre d'appel de la CPI, dans l'affaire *Bemba*, décide d'acquitter l'accusé, on peut se demander dans quelle mesure elle ne prend pas sa revanche sur ce qui s'est passé dans l'affaire *Katanka*, jugée quelques mois plus tôt. Dans cette affaire, en effet, elle avait refusé de signer la décision compte tenu de la requalification des faits auxquels les juges avaient procédé en cours de délibération, sans ouvrir à nouveau les débats, ce sur quoi elle était en désaccord. De plus, le jour où elle rendait la décision dans l'affaire *Bemba*, était son dernier jour à la Cour. A-t-elle souhaité marquer l'histoire de la Cour au moment où elle quittait ses fonctions ? Aucune réponse certaine ne peut être apportée à cette question qui demeure ouverte. De la même manière, lorsque des auteurs se sont penchés sur une éventuelle partialité des juges de la CIJ, en se basant uniquement sur les statistiques de vote, ils découvrent que les juges ont tendance à s'aligner avec les Etats qui les ont nommés et avec ceux qui ont le même niveau de développement que celui dont ils sont ressortissants. En revanche, il existerait beaucoup moins de lien lorsqu'il est question de culture, de religion, de langue ou de système juridique [1005].

1004. J. Levin, *op. cit. supra* note 221, p. 31, note 15.

1005. E. A. Posner et M. F. P. de Figeiredo, « Is the International Court of Justice Biased ? », *Journal of Legal Studies,* volume 34, 2005, p. 599 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

462. Avant d'aller plus loin dans l'étude de l'impartialité, tentons d'en définir le sens. Le dictionnaire de droit international public Salmon donne la définition suivante : « absence de parti pris, de préjugé et de conflit d'intérêts … par rapport aux parties … ou par rapport à la question qu'il doit trancher. ». Les dictionnaires de langue française consultés proposent plusieurs définitions : « qualité de quelqu'un qui n'a aucun parti pris » ou « qualité de quelqu'un qui a le sens de ce qui est juste et équitable » ou « règle selon laquelle il convient que les juges et les arbitres soient indépendants au regard de l'autorité de l'Etat et neutres à l'égard des parties ». Les synonymes suivants sont proposés au concept d'impartialité : droiture, justice, objectivité, intégrité, équité, neutralité, probité, absence de parti-pris. Le *Oxford English Dictionary* donne la définition suivante : « equal treatment of rivals or disputants ; fairness ».

463. Nous le constatons donc, dès les premières investigations linguistiques, l'impartialité serait la conséquence à la fois de l'indépendance et de la neutralité, prise dans leur acception objective, c'est-à-dire aisément mesurable vis-à-vis d'un côté les autorités de l'Etat (indépendance) et de l'autre côté les parties (neutralité), donc une imperméabilité du tiers à toute influence extérieure dans son processus de prise de décision ou délibératif [1006]. Mais l'impartialité doit être quelque chose de plus que l'indépendance et la neutralité, sinon à prouver l'indépendance et la neutralité, l'impartialité serait présumée, ce qui ne peut être le cas.

464. La littérature donne aussi à voir un autre volet de ce même concept, l'impartialité subjective, c'est-à-dire l'état d'esprit *(state of mind)* du tiers. On retrouve cette acception du concept d'impartialité notamment dans la décision sur la récusation dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA* et al. *c. Argentine* [1007]. Dans la décision sur la récusation d'un des arbitres, les autres arbitres écrivent :

> « Independence and impartiality are states of mind. Neither the Respondent, the two members of this tribunal, or any another body

1006. Les Principes *Burgh House* (*supra* note 913) prévoient à l'article 1.1 : « La juridiction et les juges qui y siègent exercent leur fonction indépendamment de toute ingérence ou influence, directe ou indirecte, de quelque personne ou organe qu'elle provienne. »

1007. ICSID N° ARB/03/17, 22 octobre 2007, au par. 30. Voir la discussion de James Crawford, « Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitrations », *Permanent Court of Arbitration Peace Palace Centenary Seminar*, 11 octobre 2013.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> (sic) is capable of probing the inner workings of any arbitrator's mind to determine with perfect accuracy whether that person is independent or impartial.»

Cette conception subjective de l'impartialité est aussi celle retenue par un auteur qui écrit en l'honneur de René Cassin en citant l'ancien procureur général près la Cour de cassation de Belgique :

> «Par impartialité l'on entend cette faculté plus rare … qui, dans d'autres fonctions, serait un défaut, et qui consiste dans le renoncement partiel à soi-même, à ses propres idées, à ses propres désirs et penchants pour dire le droit et appliquer la règle de droit … C'est le débat intime, douloureux, ignoré … Savoir ne plus être que l'interprète de la règle de droit …; supprimer le sentiment personnel; trouver juste la solution qui peine et met la douleur au cœur; tuer l'homme et ses passions, même les plus respectables, sous sa mission … [1008].»

Cette définition nous paraît un peu extrême [1009], même si l'on peut penser qu'elle reflète un idéal à atteindre plutôt qu'un *vade mecum* précis. Mais, surtout, elle nous paraît être plus appropriée pour la neutralité dont nous avons parlé ci-dessus que pour l'impartialité. Elle peut aussi se rapprocher de ce qu'il est convenu d'appeler «la partialité inconsciente» *(unconscious bias)* sur laquelle une littérature assez abondante en matière d'arbitrage a d'ores et déjà été publiée [1010]. Si chaque tiers doit tenter de lutter contre cette partialité inconsciente, il ne pourra jamais s'en défaire entièrement. Une telle acception permet également d'englober les conflits sur la substance *(issue conflict)* si prégnants, notamment, en matière d'arbitrage d'investissement. L'arbitre doit, autant que faire se peut, ne pas se laisser guider par les décisions qu'il a prises ou les opinions qu'il a exprimées précédemment

1008. W. J. Ganshof van der Meersch, «René Cassin, Juge international», dans *René Cassin – Amicorum Discipulorumque Liber*, volume I, Pedone, 1969, à la p. xxxvi.

1009. Comparer avec ce que dit Th. Meron : «… *judges are not empty vessels that the litigants fill with content*.», «Judicial independence and judicial impartialiality», dans *op. cit. supra* note 843, p. 260.

1010. Par exemple, l'article de S. Brekoulakis, «Systemic Bias and the Institution of International Arbitration», dans T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914, p. 356.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sur un même point de droit. Là encore, la malléabilité de l'esprit humain est en jeu [1011].

465. Cela nous ramène à l'histoire des juges français au Tribunal de Nuremberg. Jules Basdevant, qui sera le premier juge français à la CIJ, avait participé à la Conférence de San Francisco qui, outre la Charte des Nations Unies et le statut de la CIJ, avait aussi discuté du Tribunal de Nuremberg. La lettre de démission qu'il avait adressée au maréchal Pétain durant la guerre [1012] le mettait à l'abri de tout soupçon de collusion avec l'Allemagne nazie ou le régime de Vichy, en France. Pour le gouvernement français, il était le choix naturel de la France pour le Tribunal de Nuremberg. Pourtant il refusa. Guillaume Mouralis a retrouvé dans les archives du ministère français des Affaires étrangères une note anonyme disant que J. Basdevant considérait que « … ce procès était mal engagé et n'a voulu s'en mêler ni de près ni de loin … » [1013]. Toutefois, cela n'explique pas complètement ce refus. Une des possibilités que nous émettons est qu'il ne se sentait pas « impartial ». Il avait été en effet extrêmement marqué (c'est peu dire) par la mort de son plus jeune fils, alors lycéen, exécuté sommairement, assassiné donc, par un soldat allemand ou un membre de la gestapo à la fin de la guerre [1014]. Se pensait-il incapable de passer outre sa douleur et de juger en pleine neutralité ? C'est possible [1015]. Le juge qui fut désigné à sa place, Donnedieu de Vabres, avait un cas de conscience inverse. C'est uniquement un témoignage d'un tiers qui nous en informe [1016]. Le juge Falco, en effet, rapporte dans ses mémoires que Donnedieu de Vabres, spécialiste reconnu de droit pénal, inventeur du concept de droit pénal international [1017], se demandait s'il pouvait être impartial.

1011. Par exemple, on peut citer le rejet de la récusation du Professeur McLachlan basée sur le fait qu'il avait publié précédemment sur la NPF, affaire *Urbaser* et al. *c. République d'Argentine*, CIRDI ARB 07/26.

1012. Lettre du 29 mai 1941 disponible par hyperlien dans le portrait qui lui est consacré par la Galerie des internationalistes du site Internet de la SFDI, http ://www.sfdi.org/internationalistes/basdevant/.

1013. G. Mouralis, *op. cit. supra* note 819.

1014. Information rapportée par Georges Berlia dans la nécrologie qu'il signe dans la revue *Politique étrangère* de 1968, disponible à l'url suivante http ://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1968_num_33_1_2162.

1015. Une autre possibilité est qu'il était aussi pressenti pour être le premier juge français à la CIJ et qu'il pensait ne pas pouvoir assumer les deux fonctions. Compte tenu de son histoire familial, il n'avait peut-être pas envie, tout simplement, de se retrouver en Allemagne pour une longue période, ce qui aurait été le cas s'il avait été juge au Tribunal de Nuremberg.

1016. On note, en effet, que Donnedieu de Vabres n'a pas écrit de mémoires sur son expérience à Nuremberg et que le cours professé par lui à l'Académie de La Haye s'en tient à une description positiviste. Cf aussi *supra* paragraphe 371.

1017. Il fut l'auteur du premier manuel de droit pénal international.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Germanophone, il avait été membre de la société allemande de droit criminel et avait participé aux réflexions autour du droit pénal de la période nazie. Il connaissait deux des accusés pour les avoir rencontrés en Allemagne au cours de réunions de droit pénal comparé.

466. Pour conclure sur ce point, l'acception subjective du concept d'impartialité est problématique à plus d'un titre. Tout d'abord, elle est difficile, voire impossible, à prouver. En second lieu, l'impartialité ne doit pas être regardée ni appréciée par le sujet dont l'impartialité est étudiée, mais par les personnes qui interagissent avec lui. En d'autres termes, il n'est pas intéressant que le juge, l'arbitre ou le médiateur se considère impartial, encore faut-il qu'il soit considéré comme tel par les parties au litige qui lui est soumis ou même la société dans son ensemble [1018]. La conséquence d'une telle approche est essentielle lorsqu'un arbitre procède aux déclarations des circonstances pouvant éventuellement mener à ce qu'il convient d'appeler un « conflit d'intérêts ». Cet arbitre ne doit pas se demander si telle ou telle circonstance, à ses propres yeux, peut engendrer un conflit d'intérêts, mais s'interroger sur ce que les parties à l'instance et leurs conseils peuvent penser de cette circonstance. C'est donc l'image qu'il donne aux autres qui doit être son guide [1019], c'est ce que certains auteurs appellent « la règle de l'apparence » [1020]. Ce faisant, on tente d'objectiver un peu une analyse qui est très subjective. Il sera aisé de nous rétorquer que de se mettre à la place de

1018. C'est ce que l'on peut conclure à la lecture de l'éditorial de Joseph H. H. Weiler dans le *EJIL Eur J Int Law* (2014) 25 (3) : 635-644 à propos des propos prononcés par le Professeur Schabas qui ne s'est pas récusé de la Commission d'investigation des événements de Gaza en 2014.

1019. C'est ce que dictent les lignes directrices de l'IBA en matière de conflit d'intérêts à l'article 2.b : « . . . from the standpoint of a reasonnable person who is aware of the relevant facts, there are justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence . » Voir aussi, Gabriel Bottini, « *it is not enough that the adjudicator be independent but he must appear independent* », « Should Arbitrators Live on Mars ? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration », *2 Suffolk Transnational Law Review,* p. 341-366 (2009).

1020. D. Papayannis, *op. cit. supra* note 941, à la p. 49. Cela est confirmé par la juge R. Higgins, alors présidente de la CIJ quand elle dit que tant qu'une affaire est en cours, les juges doivent éviter de participer à des réceptions etc. où ils savent qu'ils sont susceptibles de rencontrer les représentants de l'une des parties. C'est du bon sens. Entretien rapporté par H. Verrijn Stuart, *op. cit. supra* note 989, à la p. 418. L'apparence de partialité joue un grand rôle en matière d'arbitrage d'investissement. Il est communément admis qu'il n'est pas raisonnable de confier à des personnes privées qui n'ont pas forcément le sens de l'intérêt public, un litige sur le pouvoir de règlementer des Etats. Or, des auteurs déduisent des études de comportement qui montrent que les Etats gagnent plus d'affaires devant le CIRDI que les investisseurs, pour dire que le souci évoqué n'est pas justifié. Pourtant, cela ne nous paraît pas nécessairement antithétique. Pour une discussion de cette question, cf. S. Brekoulakis, *op. cit. supra* note 1010, à la p. 356.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'Autre est la posture la plus difficile que puisse prendre un être humain, ce en quoi nous sommes d'accord. Toutefois, l'arbitre doit faire tout son possible pour adopter une telle posture. Nous sommes là beaucoup plus dans une obligation de moyens renforcée que dans une obligation de résultat. Concrètement, l'arbitre sera amené à divulguer plus de circonstances qu'il ne serait probablement strictement nécessaire de faire et, s'il a un doute, il doit divulguer plutôt que de retenir l'information.

E. Le tiers doit rendre compte

467. Il existe une tension difficilement réductible entre l'indépendance exigée du tiers et l'exigence selon laquelle il doit rendre compte ou ce qui s'appelle en anglais, l'*accountability*, terme intraduisible comme substantif en français [1021]. Si, conceptuellement, on peut comprendre que le juge, comme toute personne, doit rendre compte de ses actes, il est difficile de se mettre d'accord sur les principes qui encadrent cette nécessité. Vis-à-vis de qui le juge international est-il redevable ? Est-ce seulement envers les Etats ou plus largement la société civile internationale [1022], celle-là même pour laquelle la soif de justice est toujours plus grande et protéiforme ?

468. Que veut dire « rendre compte » pour un juge ? Il ne peut être question de le sanctionner pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de sa mission ou pour la manière avec laquelle il s'exprime dans le cadre de la procédure qu'il diligente. Il doit en effet jouir, à cet égard, d'une entière liberté et s'il commet des erreurs, elles doivent être réparables au sein du système judiciaire par un recours et, éventuellement, par une action en réparation engagée contre l'Etat, lorsqu'il s'agit du juge interne [1023]. Ceci est problématique pour l'arbitrage, puisque la plupart

1021. Certains auteurs utilisent l'expression « reddition de compte », mais cette expression est, en français contemporain, limitée aux exercices comptables.

1022. Dans un discours lors de l'ouverture de l'année judiciaire, l'ancien premier président de la Cour de cassation française, G. Canivet, affirme que puisque le juge français statue au nom du peuple français, c'est à la société civile qu'il doit rendre compte. Discours cité par M. Andenas et D. Fairgrieve, « Judicial Independence and Accountability : National Traditions and International Standards », dans G. Canivet *et al.*, *op. cit. supra* note 952, à la p. 7.

1023. C'est le cas dans le cadre du système juridique de l'UE quand un jugement a violé le droit européen au détriment du droit d'une des parties au litige, ainsi que l'a jugé la CJUE dans l'affaire *Köbler c. Autriche*, C-224/01, 30 septembre 2003. Cf. aussi l'article 41 CourEDH. En France, une action en réparation contre l'Etat existe lorsque le justiciable n'a pas été jugé dans un délai raisonnable au sens de l'article 6.1 CourEDH.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

du temps il n'existe pas de recours ordinaire contre la sentence et que les recours extraordinaires prévus, soit au sein d'une institution (CIRDI par exemple), soit dans le droit national, comportent un nombre très restreint de motifs permettant de justifier le recours. Qui plus est, dans nombre de pays, ces motifs sont interprétés de manière restrictive, tant la faveur pour l'arbitrage imprègne les politiques juridiques et judiciaires des Etats. Cette faveur était déjà la marque de la Convention de New York de 1958, mais nombre d'Etats, comme la France, ont limité encore plus les motifs de recours puisque la Convention de New York les y autorise [1024]. Cela ne veut pas dire, cependant, que les erreurs les plus graves ne peuvent pas être rectifiées, mais elles doivent généralement porter sur la violation des droits fondamentaux des parties, soit à raison de la procédure, soit à raison de la substance. Dans la plupart des pays, une simple erreur juridique qui ne porterait pas sur une règle d'ordre public n'est pas rectifiable.

469. Il est reconnu que le tiers impartial et indépendant doit bénéficier de l'immunité [1025] pour les actes ou omissions dont il est l'auteur dans sa capacité officielle [1026]. Il s'agit là d'un principe constitutionnel dans un certain nombre d'Etats, surtout de tradition de *common law*, qu'un auteur hausse au statut de principe fondamental de l'Etat de droit, garantissant à la fois l'indépendance institutionnelle et l'indépendance personnelle des juges [1027]. Ainsi, il est généralement admis que si un système d'évaluation est mis en place pour les juges, ceux-ci ne doivent pas être évalués en fonction des décisions qu'ils rendent [1028]. La même immunité est généralement accordée aux arbitres [1029].

470. Toutefois, on reconnaît aussi que l'immunité dont jouit le tiers ne peut pas être absolue. La faute volontaire peut être sanctionnée. L'article 7 du Statut universel du juge, adopté par l'Union internationale des magistrats [1030], admet que les juges peuvent faire l'objet

1024. Cf. l'article VII de la Convention.

1025. Voir notamment l'affaire *Barka c. Hongrie*, CourEDH GC, 23 juin 2016, nº 20261/12.

1026. Déclaration de Montréal sur l'indépendance de la justice adoptée par la Première Conférence mondiale sur l'indépendance de la justice, 10 juin 1983, article 1.16.

1027. A. A. Olowofoyeku, «Accountability versus Independence : The Impact of Judicial Immunity», dans G. Canivet *et al*., *op. cit. supra* note 955, aux p. 360 ss.

1028. Article 5.3 du Statut universel du juge, adopté par l'Union internationale des magistrats le 17 novembre 1999 et mis à jour le 14 novembre 2017, https ://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_french.pdf.

1029. Cf. par exemple l'article 40 des règles de la CCI.

1030. *Op. cit. supra* note 1028.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

d'une procédure disciplinaire, à condition que leur indépendance soit préservée. Le texte précise :

> « Sauf malveillance ou négligence caractérisée constatées dans une décision de justice devenue définitive, aucune poursuite disciplinaire ne peut être engagée contre un juge en raison de l'interprétation du droit ou de l'appréciation des faits ou l'évaluation des preuves auxquelles il a procédé. »

Il en va de même lorsque le juge décide à tort qu'il est compétent pour décider d'une affaire. Certes, sa décision peut être attaquée sous couvert de la théorie de l'*ultra vires*, mais elle ne peut valoir au juge une quelconque sanction [1031].

471. Au-delà de ce qui vient d'être dit, c'est finalement la procédure de récusation [1032] (ou de déport volontaire) qui permet au juge (et généralement à tout tiers) de rendre compte s'il a violé, ou risque de violer, l'une ou l'autre des obligations qui lui incombent au titre de l'indépendance, la neutralité ou l'impartialité. Les critères pour le déport ou la récusation sont les mêmes. La récusation n'interviendra que si le juge ne s'est pas déporté.

472. Toutes les juridictions internationales possèdent, dans leur statut ou leur règlement de procédure, des règles concernant le déport ou la récusation [1033]. Les motifs pour lesquels un juge doit se déporter sont les suivants : *a)* intérêt personnel du juge ; *b)* le juge est intervenu

---

1031. Pour une opinion contraire, cf. A. A. Olowofoyeku, *op. cit. supra* note 1027, p. 370.

1032. L'ouvrage de Maria Nicole Cleis, *op. cit. supra* note 944, recense soixante-deux cas de demande de récusation au sein du CIRDI. On a tendance à penser que cela représente une proportion inhabituellement élevée, compte tenu du nombre limité d'affaires que le CIRDI administre par rapport aux grandes institutions d'arbitrage du commerce international. Toutefois, il est impossible de vraiment comparer tant les pratiques de récusation diffèrent d'une institution d'arbitrage à l'autre. La CCI ne publie pas ses décisions mais publie, périodiquement des notes de synthèse qui citent les motifs retenus pour admettre une récusation et ceux qui, au contraire, n'ont pas entraîné de récusation. Les parties peuvent demander à la Cour, dans une affaire précise, les motifs qui justifient la décision prise par la Cour. En 2017, la Cour a reçu quarante-huit demandes de récusation et n'en a accepté que six. La LCIA publie régulièrement des extraits de ses décisions sur les demandes de récusation. Pour la période 2011-2017, se référer à https ://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx..

1033. A cet égard la règle posée par l'article 3 du Statut du Tribunal de Nuremberg était une exception :

> « Ni le Tribunal, ni ses membres, ni leurs suppléants ne pourront être récusés par le Ministère Public, par les accusés, ou par leurs défenseurs. Chaque Puissance signataire pourra remplacer le juge ou le suppléant désignés par elle, pour raisons de santé ou pour tout autre motif valable, mais aucun remplacement, autre que par un suppléant, ne devra être effectué pendant le cours d'un procès. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

antérieurement dans l'affaire à juger soit en qualité d'agent, de conseil, soit comme membre d'un tribunal ou d'une mission d'enquête ou à un autre titre [1034]. Pour la CIJ, deux textes portent sur ces questions, les articles 17 et 24 du Statut. L'article 17 est précis puisqu'il empêche un juge de statuer sur une affaire dans laquelle il aurait précédemment eu à intervenir en quelque qualité que ce soit. L'article 24 quant à lui vise « une raison spéciale » qui, connue du juge, ne lui permettrait pas de siéger en toute impartialité. Le Président de la Cour a un rôle dans ces affaires de récusation que décrit précisément le Président Abraham dans une intervention à New York en 2017 [1035].

473. En matière d'arbitrage, les textes sont beaucoup moins précis, probablement en raison de la diversité des situations qui peuvent entraîner un doute sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. Ainsi, l'article 12 de la loi type de la CNUDCI prévoit que l'arbitre pressenti doit signaler « toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. ». Compte tenu du caractère vague de cette directive, certaines institutions d'arbitrage y ont suppléé par des questionnaires détaillés permettant à l'arbitre pressenti de passer en revue ces différentes circonstances. Ainsi le département international de l'*American Arbitration Association* (ICDR) instruit les arbitres potentiels de divulguer « any past or present relationship with the parties, their counsel, or potential witnesses, direct or indirect, whether financial, professional, social or of any other kind ». Cette directive générale est complétée par des lignes directrices plus détaillées, mais non exhaustives, instruisant l'arbitre pressenti de ne pas se limiter à sa famille ou son cercle social immédiats, mais d'investiguer aussi dans ses cercles élargis. De la même manière, les cercles professionnels larges sont concernés par les investigations qui doivent être conduites afin de déterminer les circonstances factuelles qui doivent être dévoilées. Ces directives sont complétées par un questionnaire de trente-et-une questions qui permettent de mieux détailler les obligations de divulgation.

474. Cette approche peut être comparée avec celle de l'*International Bar Association* qui a adopté en 2014 des lignes directrices sur les conflits

1034. Article 28 du règlement de la CourEDH. Pour une étude très complète sur ce sujet, voir L. Savadogo, « Les incidents liés à la composition de la cour ou du tribunal dans le procès international », *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, volume 55, octobre 2018, p. 113-179.

1035. R. Abraham, « Presiding an International Court or Tribunal », Brill Online, visualisé le 14 septembre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

d'intérêts [1036] destinées à s'appliquer tant à l'arbitrage commercial qu'à l'arbitrage d'investissement et aux arbitres juristes comme aux arbitres non juristes [1037]. On retrouve l'idée que doivent être divulguées toutes les circonstances qui peuvent soulever un doute légitime sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre. Mais le doute doit être évalué non pas seulement comme le feraient les parties aux litiges, mais aussi comme le ferait toute personne extérieure au litige et « raisonnable » dans son appréciation *(a reasonable third person test)*. Les lignes directrices de l'IBA ont choisi de classer les circonstances en trois catégories : une liste verte, une liste orange et une liste rouge laquelle se subdivise en deux sous-listes, l'une comprenant des circonstances auxquelles les parties peuvent renoncer et une autre pour les circonstances auxquelles les parties ne peuvent pas renoncer. Les circonstances dans la liste verte ne doivent normalement pas être divulguées car, d'après les rédacteurs, elles ne doivent pas soulever de doute sur l'impartialité de l'arbitre. Il en va par exemple des liens sociaux entre l'arbitre et les autres membres du tribunal ou avec les conseils des parties. Toutefois, nous pensons que de tels liens peuvent avoir leur importance. Dès lors, selon les cas, même des circonstances apparaissant dans la liste verte devraient être dévoilées. Nous n'allons pas poursuivre l'analyse détaillée de ces lignes directrices, mais souhaitons dire qu'elles permettent de rendre concrètes les questions que l'arbitre pressenti doit se poser et opèrent comme une *check list* fort utile qui sera adaptée par chaque arbitre en fonction du cas dans lequel il doit procéder à une divulgation [1038].

475. Une chose est certaine, que ce soit pour les juges ou les arbitres, les obligations de divulgation existent non seulement avant que la nomination soit confirmée, mais également tout au long de la procédure jusqu'au rendu de la décision. Le juge ou l'arbitre doit donc demeurer en alerte [1039] et signaler, au cours de la procédure, toutes circonstances qui peuvent éventuellement remettre en cause son impartialité ou son indépendance.

1036. La version de 2014 est une version mise à jour du document adopté pour la première fois en 2004. Le texte de 2014 a été amendé en août 2015.

1037. L'introduction mentionne également que les lignes directrices s'appliquent aussi bien aux tiers financeurs. L'article 5 précise que les secrétaires ou assistants de tribunaux arbitraux sont liés par les mêmes principes.

1038. Pour un exemple de lien entre les membres d'un même bureau de *Barristers* ne constituant pas une cause de récusation, cf. *Belize Bank Ltd c. Government of Belize*, DC Cir. N° 1 :14-cv-00659, 31 mars 2017.

1039. L'arbitre doit avoir une attitude pro-active et ne pas rester passif par rapport aux exigences de divulgation.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

476. Une autre question concerne l'éventuelle possibilité pour les parties de renoncer aux motifs de récusation du juge ou de l'arbitre. La réponse à cette question ne peut être générale car elle va dépendre du type de circonstances, du moment où la renonciation est envisagée et de la conception que l'on se fait de l'indépendance, la neutralité et l'impartialité. Sur ce dernier point, l'indépendance, la neutralité et l'impartialité sont d'une telle importance dans l'ordonnancement de la justice et, au-delà, de l'Etat de droit, qu'on doit les considérer comme d'ordre public. Mais est-ce un ordre public de direction, auquel cas aucune renonciation par les parties ne serait admissible, ou un ordre public de protection permettant alors aux parties de renoncer ? Malgré l'intérêt sociétal que ces questions présentent, nous pensons qu'il s'agit essentiellement de garantir, dans chaque cas, une bonne administration de la justice, si bien qu'il appartient aux parties de décider si elles souhaitent renoncer ou pas. La CEDH admet la renonciation, mais à condition qu'elle soit effectuée en connaissance de cause, clairement et en l'absence de toute pression indue [1040]. La réponse de l'IBA est plus nuancée puisque les lignes directrices précisent que les parties ne peuvent renoncer lorsque l'arbitre est aussi une partie ou est employé par une des parties ou en est son représentant légal. De la même manière, si l'arbitre possède des intérêts dans la conduite des affaires de l'une des parties ou si le cabinet d'avocats auquel il appartient conseille une des parties de manière régulière.

477. Pour ce qui est du moment auquel la renonciation doit avoir lieu, puisque les parties doivent renoncer en connaissance de cause, elles ne peuvent le faire qu'après la survenance des circonstances qui les amènent à penser que le juge n'est pas pleinement impartial ou neutre et après qu'elles en ont eu connaissance. Une renonciation préalable serait une violation de l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 6 de la CEDH [1041].

478. Un dernier point doit retenir notre attention. Il concerne l'éventuelle renonciation tacite. L'admission d'une telle renonciation serait d'ailleurs une preuve supplémentaire que ces questions relèvent bien d'un ordre public de protection. Une renonciation tacite existe lorsque la partie qui y a intérêt, dûment informée d'une circonstance pouvant mener à la récusation, s'abstient de soulever cette question en temps et en heure. Les lignes directrices de l'IBA précisent que la

1040. Affaire *Pfeifer c. Plankl*, A/227, 25 février 1992.
1041. *Kwiatkowska c. Italie* (décembre), nº 52868/99, 30 novembre 2000.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

demande de récusation doit avoir lieu dans les trente jours [1042] soit de la réception des divulgations de la part de l'arbitre, soit de la connaissance que cette partie a obtenue par tout autre moyen [1043]. Si la procédure est déjà en cours et si la partie y ayant intérêt poursuit la procédure sans réagir aux divulgations ou à la connaissance qu'elle a acquise elle sera considérée comme ayant renoncé à se prévaloir des circonstances en cause [1044]. Elle sera empêchée de soulever ce point une fois la sentence rendue, soit au stade du recours contre la sentence, soit au stade de la reconnaissance ou de l'exécution. Cette solution doit être contrastée avec ce qui a été jugé dans l'affaire *Pinochet* par la *House of Lords*, affaire à tous égards exceptionnelle et dont nous avons déjà parlé [1045].

Conclusion

479. Nous ne pouvons clore ce chapitre consacré à l'indépendance, la neutralité et l'impartialité sans évoquer ce qui pourrait apparaître comme un paradoxe. En premier lieu nous savons que les parties tiennent à ce que la juridiction à laquelle sera confiée leur litige soit représentative de leur culture, leur système juridique, voire leurs thèses, il en va de la confiance qu'elles peuvent avoir dans le système ; en second lieu, les parties souhaitent maîtriser au moins partiellement la composition du tribunal (surtout en arbitrage) auquel leur affaire sera confiée ; en troisième lieu, plusieurs juridictions internationales connaissent l'institution du juge *ad hoc* ; si bien que l'on se demande si les parties n'attendent pas que l'arbitre qu'elles ont désigné ou le juge *ad hoc* qu'elles ont nommé n'épouse pas pleinement leur position dans le litige. On le sait, les statistiques montrent que les juges *ad hoc* ont, en très grande majorité, tendance à écrire une opinion dissidente lorsque la partie qui les a désignés perd le procès. N'est-ce pas là une violation de l'indépendance, la neutralité et l'impartialité qui sont reconnues comme les valeurs cardinales de toute justice ? Cette même question était déjà posée par E. Lauterpacht en ces termes :

1042. C'est ce même délai qui a été retenu par le droit français de l'arbitrage (article 1456 CPC).

1043. En droit allemand (art. 1034(2) et 1037 ZPO), le délai est de deux semaines. Il ne va de même en vertu de la loi espagnole sur l'arbitrage, article 18.

1044. En France, *Société J&P Avax c. Société Tecnimont*, Civ. 1, 19 décembre 2018, *Rev. arb.*, 2018 p. 848.

1045. Cf. *supra*, chapitre 4.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> « Also prominent in the making of the choice between the ICJ and another tribunal is the nature of the composition of the Court. There is an observable, though undocumented, reluctance on the part of a number of States to submit a matter which directly affects them alone to the decision of judges most of whom have no connection with the region in which the dispute originates and some of whom one or the other side believes, rightly or wrongly, to be politically unsympathetic. » [1046]

Elle demeure encore posée pour de nombreuses années. En pratique, cette question est constamment renouvelée comme le montre l'exemple du Sud-Ouest africain ainsi que le disait Jessup en 1970 [1047] :

> « Since 1966, there has been repeated discussion about the possibility – and the desirability – of bringing the Southwest African question before the Court again, especially after the composition of the Court changed in the elections of 1966 and 1969. On the bench at present there are only two judges who joined in the majority opinion in the 1966 judgment of the Court. The allegation that the Court is dominated by the Western Powers is hardly true today. The President of the Court is a Pakistani, and the Vice President is from Lebanon. There are four judges from Western Europe, but one of these is from Sweden, traditionally neutral. There are three judges from Africa, three from Asia, two from latin America, two from Eastern Europe and one from the United States. In other words, a majority of the Court is composed of judges who are nationals of developing countries. This fact constitutes an answer – if indeed one is merited – to a question posed by the Representative of the Soviet Union in the subcommittee of the Security Council which was considering whether to ask the Court for the Advsisory opinion on Namibia. The Soviet delegate asserted : "Four years ago the pro-colonialist majority in the Court took the side – to all intents and purposes – of the South African racists ; what guarantee is there that the same will not happen again if a new request is addressed to the Court ?". » [1048]

1046. E. Lauterpacht, *op. cit. supra* note 68, p. 17.
1047. P. Jessup, *op. cit. supra* note 74, p. 47.
1048. On connaît la suite, le Conseil de sécurité envoya effectivement l'avis à la Cour (résolution 276 de 1970).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ANNEXE

LISTE DES SERMENTS OU DÉCLARATIONS DE CERTAINES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Article 44 Convention de La Haye de 1907 sur le règlement pacifique des conflits internationaux : « Chaque Puissance contractante désigne quatre personnes au plus, d'une compétence reconnue dans les questions de droit international, jouissant de la plus haute considération morale et disposées à accepter les fonctions d'arbitre. … »

CPJI (article 20 Statut de la Cour) : « Tout membre de la Cour doit, avant d'entrer en fonction, en séance publique, prendre l'engagement solennel d'exercer ses attributions en pleine impartialité et en toute conscience. »

CIJ (article 20 du Statut et 4 règlement de la Cour) : « … en pleine impartialité et en toute conscience » (l'adjectif « parfait » a disparu). On note que ce serment s'applique tant aux juges titulaires qu'aux juges *ad hoc*.

CPI (article 36 (3) *(a)* du Statut de Rome) : « Les juges sont choisis parmi des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité et réunissant les conditions requises dans leurs Etats respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires. »

CPI (article 36 (3) *(a)* du Statut de Rome) – Décharge et récusation : « 1. La Présidence peut décharger un juge, à sa demande, des fonctions qui lui sont attribuées en vertu du présent Statut, conformément au Règlement de procédure et de preuve. 2. *a) Un juge ne peut participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle son impartialité pourrait raisonnablement être mise en doute pour un motif quelconque*. Un juge est récusé pour une affaire conformément au présent paragraphe notamment s'il est intervenu auparavant, à quelque titre que ce soit, dans cette affaire devant la Cour ou dans une affaire pénale connexe au niveau national dans laquelle la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites était impliquée. Un juge peut aussi être récusé pour les

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

autres motifs prévus par le Règlement de procédure et de preuve. *b)* Le Procureur ou la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites peut demander la récusation d'un juge en vertu du présent paragraphe. *c)* Toute question relative à la récusation d'un juge est tranchée à la majorité absolue des juges. Le juge dont la récusation est demandée peut présenter ses observations sur la question mais ne participe pas à la décision. »

CPI (article 45 du Statut de Rome) : « *Engagement solennel* – Avant de prendre les fonctions que prévoit le présent Statut, les juges, le Procureur, les procureurs adjoints, le Greffier et le Greffier adjoint prennent en séance publique l'engagement solennel d'exercer leurs attributions en toute impartialité et en toute conscience. »

Règle 5 du règlement de la Cour : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge à la Cour pénale internationale en tout honneur et dévouement, en toute impartialité et en toute conscience, et que … »

En outre, la Cour a adopté un code d'éthique judiciaire (ICC-BD/02-01-05) dont les articles suivants sont pertinents :

Article 3 : « 1. Les juges défendent l'indépendance de leur charge et l'autorité de la Cour et se comportent en conséquence dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. 2. Les juges n'exercent aucune activité qui pourrait être incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou faire douter de leur indépendance. »

Article 4 : « 1. Les juges sont impartiaux et veillent à ce que cette impartialité se reflète dans l'exercice de leurs fonctions judicaires. (l'anglais dit – ce qui n'est pas exactement la même chose – : « Judges shall be impartial and ensure the appearance of impartiality in the discharge of their judicial functions ») 2. Les juges évitent tout conflit d'intérêts, ainsi que les situations qui pourraient raisonnablement laisser conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts. »

Article 5 : « 1. Les juges se comportent avec la probité et l'intégrité qui conviennent à leur charge, renforçant ainsi la confiance du public dans la magistrature. 2. Les juges n'acceptent, directement ou indirectement, aucun cadeau, avantage, privilège ou récompense pouvant raisonnablement être perçus comme tendant à influer sur l'exercice de leurs fonctions judiciaires. »

Article 9 Liberté d'expression et d'association : « 1. Les juges exercent leur liberté d'expression et d'association d'une manière

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

compatible avec leur charge et n'affectant pas ou ne paraissant pas affecter l'indépendance ou l'impartialité judiciaires. 2. Bien qu'ils soient libres de participer à tout débat public sur des questions relevant de la sphère juridique, judiciaire ou de l'administration de la justice, les juges ne commentent pas les affaires en cours et s'abstiennent de tout commentaire qui pourrait ternir la réputation et l'intégrité de la Cour. »

TIDM (article 11 du Statut et article 5 du règlement) : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience. »

TIDM (article 2 du Statut – Composition) : « 1. Le Tribunal est un corps de 21 membres indépendants, élus parmi les personnes jouissant de la plus haute réputation d'impartialité et d'intégrité et possédant une compétence notoire dans le domaine du droit de la mer. 2. La représentation des principaux systèmes juridiques du monde et une répartition géographique équitable sont assurées dans la composition du Tribunal. »

CJUE (article 2, Statut de la Cour ; articles 4 et 5 du règlement)

Article 2 du Statut CJUE : « Tout juge doit, avant d'entrer en fonctions, devant la Cour de justice siégeant en séance publique, prêter serment d'exercer ses fonctions en pleine impartialité et en toute conscience et de ne rien divulguer du secret des délibérations. »

Article 4 : « Prestation de serment – Avant leur entrée en fonctions, les juges et les avocats généraux prêtent, à la première audience publique de la Cour à laquelle ils assistent après leur nomination, le serment suivant, prévu à l'article 2 du statut : « Je jure d'exercer mes fonctions en pleine impartialité et en toute conscience ; je jure de ne rien divulguer du secret des délibérations. »

Article 5 : Engagement solennel – Immédiatement après avoir prêté serment, les juges et les avocats généraux signent une déclaration par laquelle ils prennent l'engagement solennel prévu à l'article 4, troisième alinéa, du statut.

Aarhus Compliance Committee (Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee) : Impartiality and conscientiousness – « Every member serving on the Committee must, before taking up his or her duties, make a solemn declaration in a meeting of the Committee that he or she will perform his or her functions impartially and conscientiously.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

For the sake of clarity, the Committee requires incoming members to sign this declaration in writing. »

Cour de Justice des Caraïbes – article XXX Privileges and Immunities : The privileges and immunities to be recognised and granted by the Contracting Parties to the Judges and officers of the Court necessary *to protect their independence and impartiality* shall be laid down in a Protocol to this Agreement.

Protocol on the privileges and immunities of the caribbean court of justice and the regional judicial and legal services commission : Preamble –Whereas the Contracting Parties to the Agreement are desirous of establishing conditions to *safeguard the independence and integrity* of the judges and officers of the Court and the Members of the Regional Judicial and Legal Services Commission.

Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, (article 34 Traité de l'OHADA) : « Après leur élection, les membres de la Cour font la déclaration solennelle de bien et fidèlement remplir leurs fonctions en tout impartialité. » En pratique, le texte du serment prêté en séance publique est le suivant : « Je m'engage à bien et fidèlement remplir les fonctions de juge en tout honneur et impartialité et que j'observerai scrupuleusement le secret des délibérations. »

Court of Justice of the Common Market for Eastern and Southern Africa – COMESA : (Rule 5) I, XXXX, « do solemnly swear/affirm that I will well and truly serve … and that I will perform my duties impartially and conscientiously … » « So help me God ».

EFTA Court (article 2 du Statut) : « Before taking up his duties each Judge shall, in open court, take an oath to perform his duties impartially and conscientiously and to preserve the secrecy of the deliberations of the Court. »

Article 3 – Règles de procédure : « 1. Before taking up his duties, a Judge shall, in accordance with Article 2 of the Statute, at the first public sitting of the Court which he attends after his appointment, take the following oath : "I swear that I will perform my duties impartially and conscientiously ; I swear that I will preserve the secrecy of the deliberations of the EFTA Court." 2. Immediately after taking the

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

oath, a Judge shall, in accordance with Article 4 of the Statute, sign a declaration by which he solemnly undertakes that, both during and after his term of office, he will respect the obligations arising therefrom, and in particular the duty to behave with integrity and discretion as regards the acceptance, after he has ceased to hold office, of certain appointments or benefits. »

Tribunale del Mercosur (article 35.2 – Protocol de Olivos para la solución de controvesias en el mercosur) : « Los arbitros deberan observer ma necesaria imparcialidad e independencia functional de la Administracion Publica Central o directa de los Estatdos Partes y no tener intereses de indole alguna en la controversia. Seran designados en funcion de su objetividad , confiabilidad y buen juicio. » En plus, les arbitres doivent signer une déclaration qui dit « … Me obligo a juzgar con independencia, honestitad e imparcialidad y a no acceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, asi como a no recibir ninguna remuneracion relacionada con esta actuacion excepto aquella prevista en el Protocolo de Olivos. »

Cour interaméricaine des droits de l'homme (article 11) « Je jure ou je déclare solennellement que j'exercerai mes fonctions de juge avec honnêteté, indépendance et impartialité et … »

CEDH (article 3 règlement de la Cour) : « Je jure ou je déclare solennellement que j'exercerai mes fonctions de juge avec honneur, indépendance et impartialité et … »

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (article 16 du protocole portant statut de la Cour) : « Après leur élection, les juges prêtent serment d'exercer leurs fonctions en toute impartialité et loyauté. »

(article 4 du Règlement intérieur de la Cour) : « Moi, … Je prête serment ou je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de membre de la Cour en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience et que je garderai le secret des délibérations même après la cessation de mes fonctions. »

TPIY et TPIR (article 14 Règlement de procédure et de preuve) : « … en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Les *Specialist Chambers* pour le Kosovo possèdent un *Roster of International Judges*. La nomination de ces juges exige :

« According to the Law, the Judges shall be persons of high moral character, impartial and of integrity, and shall qualify for the highest judicial offices in their respective States. They are independent in the performance of their functions and shall not accept or seek instructions from any government or any other source. They have established competence in criminal law and procedure, international law and constitutional law as appropriate, with extensive judicial, prosecutorial or defence experience in international or domestic criminal proceedings. »

Rule 4 (3) Rules on the Assignment of Specialist Chambers Judges from the Roster of International Judges. Previous activities of a Judge that might cast doubt on his or her impartiality or affect the integrity of the specific proceedings shall be taken into account.

OMC – Article 8 – Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends

« (Groupes spéciaux)

1. Les groupes spéciaux seront composés de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales, y compris des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui ont fait partie du Secrétariat, qui ont enseigné le droit ou la politique commercial international ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre.

2. Les membres des groupes spéciaux devraient être choisis de façon à *assurer l'indépendance des membres*, la participation de personnes d'origines et de formations suffisamment diverses, ainsi qu'un large éventail d'expérience.

…

Article 17 – (Organe d'appel)

3. L'Organe d'appel comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. Elles n'auront aucune attache avec une administration nationale. La composition de l'Organe d'appel sera, dans l'ensemble,

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

représentative de celle de l'OMC. Toutes les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel seront disponibles à tout moment et à bref délai et se maintiendront au courant des activités de l'OMC en matière de règlement des différends et de ses autres activités pertinentes. Elles ne participeront pas à l'examen d'un différend qui créerait un conflit d'intérêt direct ou indirect. »

Annexe 3 des règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends

> « J'ai pris connaissance du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le *Mémorandum d'accord*) et des règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord. Je sais que je suis constamment tenu, tant que je participerai au mécanisme de règlement des différends, et jusqu'à ce que l'Organe de règlement des différends (l'ORD) prenne une décision au sujet de l'adoption d'un rapport relatif à la procédure ou prenne note de son règlement, de communiquer par la présente et à l'avenir tout renseignement susceptible d'influer sur mon indépendance ou mon impartialité, ou de soulever des doutes sérieux sur l'intégrité et l'impartialité du mécanisme de règlement des différends, et de respecter mes obligations concernant la confidentialité de la procédure de règlement des différends. »

POUR LES ARBITRES

Il n'existe pas de prestation de serment au sens propre du terme. Toutefois, toutes les institutions d'arbitrage prévoient certaines règles sur cette question.

CPA (article 11 Règlement d'arbitrage, 2012) : « Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance ». En annexe est prévue une déclaration dans laquelle l'arbitre peut choisir de ne signaler aucune circonstance « je suis impartial et indépendant de chacune des parties et j'entends le rester. A ma connaissance il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

autres arbitres de telles circonstances qui pourraient par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.» Ou s'il existe des circonstances, alors la déclaration commence de manière identique «je suis impartial et indépendant et j'entends le rester», puis suit une liste de circonstances sur les relations professionnelles, d'affaires ou autres ou de circonstances pertinentes. Il confirme ensuite que celles-ci ne nuisent pas à son indépendance et impartialité.

Le CIRDI, article 14(1) Convention prévoit que: «Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.» On notera que ce texte en anglais ou en français ne parle pas d'impartialité et indique «toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leur fonction», ce qui est très proche de l'anglais, alors que la version espagnole du même texte mentionne que l'arbitre doit « inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio ». Toutefois, un arbitre contre qui une demande de récusation avait été formulée par une des parties à l'arbitrage déclarait: « I do not wish to comment on the merits of the proposal, but to state that I have always considered it my duty as an arbitrator to be impartial and exercise independent judgment and that I intend to comply with such duty in these arbitrations as in all others in which I serve. » [1049]

Article 6 Règlement d'Arbitrage CIRDI

(2) Avant la première session du Tribunal ou lors de cette session, chaque arbitre signe la déclaration suivante: «A ma connaissance, il n'existe aucune raison susceptible de m'empêcher de faire partie du Tribunal arbitral constitué par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements à l'occasion d'un différend entre _____ et _____. »

«Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal.

1049. Déclaration citée dans la décision sur la récusation, 22 octobre 2007, CIRDI ARB/03/17 et ARB/03/19, par.15.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

« Je m'engage à juger les parties de façon équitable, conformément au droit applicable, et à ne pas accepter d'instructions ou de rémunération relativement à l'instance, quelle qu'en soit l'origine, à l'exception de celles prévues à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats et aux règlements adoptés en vertu de ladite Convention.

« Est jointe à la présente une déclaration concernant (a) mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties, passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause ma garantie d'indépendance. Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance. »

Tout arbitre qui ne signe pas une telle déclaration avant la fin de la première session du Tribunal est considéré comme ayant démissionné.

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 2010 (texte identique à l'article 12.1 de la loi type)

Article 11

« Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et aux autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait. »

2017 - Règles de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI

Article 11

« 1. Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause.

2. Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

3. L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétariat et aux parties les faits ou circonstances de même nature que ceux visés à l'article 11, paragraphe 2, concernant son impartialité ou son indépendance qui surviendraient pendant l'arbitrage.
4. La Cour statue sans recours sur la nomination, la confirmation, la récusation ou le remplacement d'un arbitre.
5. En acceptant sa mission, l'arbitre s'engage à l'accomplir jusqu'à son terme conformément au Règlement.
6. Sous réserve des conventions particulières des parties, le tribunal arbitral est constitué conformément aux dispositions des articles 12 et 13.»

2014 - LCIA Rules

Article 5 (3)

«All arbitrators shall be and remain at all times *impartial* and *independent* of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party. No arbitrator shall advise any party on the parties' dispute or the outcome of the arbitration.»

1998 LCIA Rules

«5.2 All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocates for any party. No arbitrator, whether before or after appointment, shall advise any party on the merits or outcome of the dispute.

Pépite: 5.1 « All references to an arbitrator shall include the masculine and feminine. »

2016 SIAC Rules

Rule 13 (1)

«Any arbitrator appointed in an arbitration under these Rules, whether or not nominated by the parties, shall be and remain at all times *independent* and *impartial*.»

SIAC Code of Ethics for an Arbitrator

3. Bias

«3.1 – The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. *Partiality arises when an arbitrator favours one of the parties or where he is prejudiced in relation to the subject matter of the dispute. Dependence arises from relationships*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties.

3.2 – Any close personal relationship or current direct or indirect business relationship between an arbitrator and a party, or any representative of a party, or with a person who is known to be a potentially important witness, will normally give rise to justifiable doubts as to a prospective arbitrator's impartiality or independence. Past business relationships will only give rise to justifiable doubts if they are of such magnitude or nature as to be likely to affect a prospective arbitrator's judgment. He should decline to accept an appointment in such circumstances unless the parties agree in writing that he may proceed.

…

7.2 - This Code of Ethics is *not intended to provide grounds for the setting aside of any award.* »

2013 HKIAC Rules

Article 11.1

« An arbitral tribunal confirmed under these Rules shall be and remain at all times *impartial* and *independent* of the parties. »

2014 AAA-ICDR Rules

Article 13 (1)

« Arbitrators acting under these Rules shall be *impartial* and *independent* and shall act in accordance with the terms of the Notice of Appointment provided by the Administrator. »

Version française :

« Les arbitres agissant dans le cadre du présent règlement doivent être impartiaux et indépendants et doivent agir conformément à l'avis de nomination fourni par l'Administrateur. »

Le TAS

Code d'arbitrage en matière de sport (entré en vigueur 1er janvier 2017)

Article S18 du Statut du CIAS et du TAS (2e alinéa)

« Lors de leur désignation, les arbitres et les médiateurs(-trices) du TAS signent une déclaration officielle selon laquelle ils/elles exerceront leurs fonctions, à titre personnel, en toute objectivité, indépendance et impartialité, et en conformité avec les dispositions du présent Code. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Article R33 du règlement de procédure – Indépendance et qualifications des arbitres

« Tout arbitre doit être et demeurer impartial(e) et indépendant(e) des parties et a l'obligation de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de compromettre son indépendance à l'égard des parties ou de l'une d'elles. Tout arbitre doit figurer sur la liste établie par le CIAS en vertu du Statut faisant partie du présent Code, maîtriser la langue de l'arbitrage et avoir la disponibilité nécessaire pour mener l'arbitrage à son terme dans les meilleurs délais. »

Article 6 du règlement de médiation :

« … Le/la médiateur(-trice) doit être et demeurer impartial(e) et indépendant(e) des parties et a l'obligation de révéler tout fait ou circonstance susceptible de compromettre son indépendance aux yeux des parties ou de l'une d'elles. Nonobstant une telle révélation, les parties dûment informées doivent se mettre d'accord par écrit pour autoriser le/la médiateur(-trice) à continuer son mandat.

En cas d'opposition de l'une des parties ou d'office lorsqu'il/elle estime n'être pas à même de mener la médiation à bonne fin, le/la médiateur(-trice) renonce à la mission et en avise le/la Président(e) du TAS qui procède à son remplacement, après avoir consulté les parties et leur avoir offert la possibilité de nommer un(e) autre médiateur(-trice) du TAS. »

Tribunal irano-américain (article 6 (4) *Rules of Procedure*) : « In making the appointment, the appointing authority shall have regard to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 9

LA LÉGITIMITÉ DU JUGE INTERNATIONAL PAR LA COMPÉTENCE

Introduction

480. Les philosophes nous rappellent opportunément qu'une institution est légitime quand elle a le pouvoir de dire le droit *(right to rule)* [1050]. En d'autres termes, pour qu'une juridiction, qu'elle soit interne ou internationale, ait le droit, donc le pouvoir de juger, encore faut-il qu'elle soit « compétente », si bien que c'est par le truchement des règles de compétence que l'on déterminera la légitimité du juge à qui est confié le différend auquel il doit donner une solution [1051]. Ces règles sont le gage de la sécurité juridique due aux parties. C'est aussi un gage de la validité de la décision qui sera rendue et de son efficacité internationale. La fonction des règles de compétence constitue l'ossature de tout système juridique et judiciaire. Dans cette perspective, il est remarquable que les Etats aient accepté de donner aux tribunaux arbitraux (notamment en matière commerciale) une large marge de manœuvre pour interpréter les accords d'arbitrage qui forment la base de leur compétence et en apprécier la validité et les effets. Quant aux juridictions internationales, leur compétence demeure soumise à la volonté des parties au différend, si bien que l'autonomie de la volonté demeure la pierre angulaire de cette compétence et son rôle devra être apprécié.

481. Les frontières physiques délimitant le territoire des Etats ne sont plus complètement aptes à former un cadre adéquat pour la gestion de la compétence du juge, que ce soit le juge national ou le juge international. La multiplication des juridictions internationales, dont nous avons parlé en introduction, fait du juge vraiment international,

---

1050. A. Buchanan et R. O. Keohane, « The Legitimacy of Global Governance Institutions », dans L. H. Meyer (dir. publ.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, CUP, 2009, p. 29.

1051. Il est possible que la légitimité des cours et tribunaux internationaux ne soit pas seulement liée à leur compétence. R. Abraham dit également pour la CIJ que la légitimité tient à la manière dont les juges sont désignés ainsi que la qualité de la production de la Cour, cf. R. Abraham, « La Cour internationale de Justice », dans G. Guillaume (dir. publ.), *La vie internationale et le droit,* Hermann, 2017, aux p. 48-49. En ce qui nous concerne, il s'agit là d'une légitimité seconde, car sans la compétence, cette question ne se pose pas.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

un compagnon à part entière, voire un concurrent direct, du juge national. En droit pénal, il ne fait guère de doute que les juridictions internationales sont conçues comme devant décharger le juge national de certains dossiers dont la communauté internationale estime qu'il n'est pas à même de les juger. A l'inverse, les activités mondialisées des sujets de droit entraînent un cumul de compétences et la multiplication des situations potentielles de litispendance engendrant un besoin accru de réglementation harmonisée, voire uniformisée, des règles de compétence juridictionnelle ou, en tout cas, de coopération [1052]. Mais elle peut aussi, dans les cas les plus difficiles, se heurter à un défaut de compétence, à une hypothèse où aucun juge ne peut se déclarer compétent. Ainsi, l'œuvre d'Edda Seidl-Reiter, *Fairy-Tale* [1053] (cf. image n° 15) nous donne à voir cette double hypothèse : les masses compactes de matériaux montrent le trop-plein de compétence, la multitude des tribunaux potentiellement compétents, quand les vides les entourant font penser au déni de justice. Avant de traiter de ces questions, il convient de définir les différentes sortes de règles de compétence qui forment le cœur de la matière.

482. La compétence *ratione loci* du juge national passe par une répartition géographique des litiges afin d'attribuer à chaque juge national les litiges dont les principaux éléments se situent sur le territoire dans lequel il possède son siège. C'est une traduction de ce que l'on appelle le « principe de proximité », selon l'heureuse expression de Paul Lagarde [1054]. Pour les juridictions internationales à vocation universelle, la compétence *ratione loci* n'est pas vraiment significative car elle se confond avec le territoire des Etats qui ont accepté la compétence conférée par le traité qui a créé cette juridiction [1055]. Par ailleurs, en ces temps qui voient fleurir les juridictions régionales et sous-régionales, la compétence *ratione loci* est redevenue un point de difficulté afin de ne pas multiplier les hypothèses de litispendance internationale. Ainsi, en Europe, les attributions de compétence entre, par exemple, la CJUE et la Cour AELE devraient être claires. Par exemple il pourrait

1052. L'affaire *Dallal c. Bank Mellat* (1986) IQB 441 montre comment la concurrence des tribunaux peut entraîner de multiples saisines. Un Américain ayant perdu devant le tribunal irano-américain tente à nouveau sa chance devant les juridictions du Royaume-Uni. Fort heureusement, tant la *High Court* que la *Court of Appeals* lui ferment la porte des juridictions britanniques sur le fondement de l'abus de droit.

1053. Le titre de l'œuvre n'est pas sans rappeler le titre de celle de Querubim Lapa dont nous avons parlé au chapitre 1, cf. *supra* par. 37.

1054. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des Cours*, tome 196, (1986-I), p. 1-237.

1055. Mais, en droit pénal international, voyez l'affaire des *Rohingyas infra*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

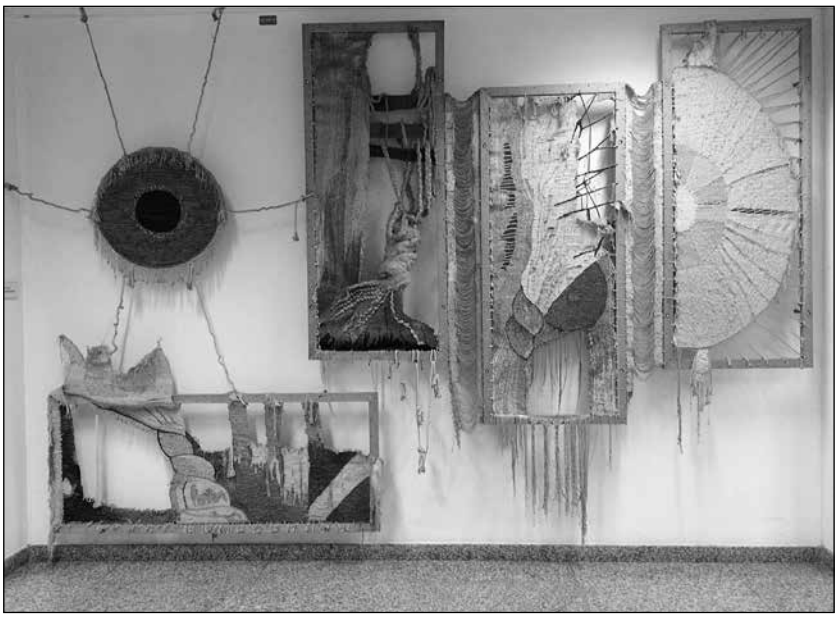

Image 15. Fairy Tale, Installation murale de Edda Seidl-Reiter, techniques mixtes, siège des Nations Unies à Vienne, reproduite avec l'aimable autorisation de l'artiste.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

être décidé que la compétence de la CJUE ne devrait pas aller au-delà des situations « intérieures » à l'UE ou autrement appelées situations « intra-européennes ». Mais, nous le savons bien, il n'en va pas toujours ainsi. La même question se pose pour la compétence de la CJUE et celle de la CourEDH, bien que, dans ce cas, chaque juridiction est appelée à interpréter et appliquer un corpus de normes autonomes, ce qui facilite un peu la répartition des tâches entre les deux juridictions. Dans l'application du règlement Bruxelles I [1056], des situations avec des éléments d'extranéité à l'extérieur de l'Union n'ont pas empêché la Cour de statuer [1057]. Mais la question de la compétence *ratione loci* est beaucoup plus délicate à gérer lorsque ce sont les juges nationaux qui statuent, puisqu'ils se servent de règles unilatérales et qu'ils ne coopèrent pas entre eux afin de déterminer ensemble quel est celui qui est le mieux placé pour statuer sur un litige donné [1058]. De cette absence de dialogue et d'ordonnancement des priorités dans la compétence internationale des juges nationaux résultent la litispendance et le *forum non conveniens* dont la gestion est l'une des difficultés du droit international. Nous les étudierons ci-après. Quant à l'arbitrage international commercial, il n'est pas concerné par la compétence *ratione loci*, sauf lorsqu'il s'agit de trouver le juge d'appui ou d'exécuter la sentence qui sera rendue, mais il s'agit là d'une compétence résiduelle que l'on peut considérer comme marginale. Quant aux arbitrages d'investissement, dans le système CIRDI, la compétence *ratione loci* se confond avec les Etats parties, l'Etat hôte de l'investissement et l'Etat d'origine de l'investisseur devant être eux-mêmes partie au CIRDI, sauf en ce qui concerne le mécanisme supplémentaire qui permet au Centre d'administrer des arbitrages qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention.

483. Un deuxième type de compétence concerne le sujet de droit qui peut saisir ou être attrait devant une juridiction. Il s'agit de la compétence *ratione personae*. Le juge international, au sens strict du terme, c'est-à-dire celui qui appartient à une juridiction internationale, n'est généralement compétent qu'à l'égard des Etats, sauf dans le domaine pénal où ce sont des individus qui sont jugés ou qui peuvent être demandeurs. Une autre exception existe quand l'Etat partie à une juridiction internationale accepte que des particuliers puissent saisir la

1056. Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

1057. On pense par exemple à l'affaire *Owusu*, CJCE, C-281/02, 1er mars 2005.

1058. Nous étudierons cette question dans le chapitre 12 sur le dialogue des juges.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

juridiction, ce qui est le cas pour la CourEDH et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple. Le juge national, dans son rôle de juge international, en revanche, est amené à juger personnes physiques, personnes morales, et Etats ou leurs démembrements. Quand l'Etat (ou ses démembrements) est défendeur à une procédure devant un juge national, des questions d'immunité ne manquent pas de se poser. Il existe une exception à la compétence de la CIJ qui est peut-être regrettable, c'est celle de ne pouvoir juger des situations dans lesquelles une organisation intergouvernementale à effet intégrative (intégration économique régionale, ainsi que le jargon les nomme), est en interaction avec un Etat tiers et devrait dès lors pouvoir avoir la capacité d'ester en justice ou se défendre devant la CIJ [1059].

484. La seule juridiction internationale à vocation universelle, du point de vue de la compétence *ratione materiae* est la CIJ. Tous les autres tribunaux créés ont une compétence *ratione materiae* limitée à un domaine particulier. Le TDIM, comme son nom l'indique, a été institué par la Convention de Montego Bay si bien que sa compétence essentielle concerne les litiges qui naissent de l'interprétation et l'application de cette Convention. Toutefois, le TIDM (comme la CIJ) bénéficie d'une compétence complémentaire, chaque fois qu'un accord ou une convention lui attribue compétence [1060]. Les tribunaux arbitraux du CIRDI ne peuvent statuer que sur des litiges issus d'un investissement au sens admis pour l'application de la Convention de 1965 [1061]. La question qui se pose alors est de savoir si ces juridictions spécialisées ont le pouvoir de statuer sur des questions de droit international général. A l'inverse, la CIJ peut-elle être saisie d'une question qui aurait pu relever d'une juridiction spécialisée ? En d'autres termes, chaque juridiction a-t-elle une compétence exclusive ou la partage-t-elle avec les autres juridictions, seules les parties pouvant décider quelle juridiction elles souhaitent saisir. C'est l'une des questions que nous étudierons.

1059. Ce point est relevé par R. Abraham, « La Cour internationale de Justice, dans G. Guillaume (dir. publ.), *La vie internationale et le droit,* Hermann, 2017, à la p. 45.

1060. Partie XI de la Convention et article 20 du Statut du TDIM.

1061. Sauf en ce qui concerne le mécanisme supplémentaire qui permet à une tribunal arbitral de statuer sur un litige issu d'une activité n'entrant pas dans la définition de l'investissement au sens de la Convention, mais qui ne doit pas être non plus un litige issu d'une « transaction commerciale ordinaire » (cf. L'introduction du fascicule publié par le CIRDI (2006)).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

485. Quelques mots sont nécessaires en ce début de chapitre, pour mentionner le principe dit de « compétence-compétence » [1062] par lequel un tribunal international a le pouvoir de déterminer par lui-même s'il est compétent et d'interpréter les textes qui lui confèrent cette compétence. Le statut de la CIJ, par exemple, codifie ce pouvoir à l'article 36.6. Toutefois, la Cour a refusé de s'en emparer dans l'affaire survenue entre la France et la Norvège à propos de certains emprunts norvégiens [1063]. Elle n'étudie pas la légalité de l'acceptation de compétence soumise par la France, ce que lui reproche H. Lauterpracht dans l'opinion individuelle qu'il signe. On doit noter, cependant, que la Cour avait un autre motif pour refuser sa compétence, motif plus simple et direct pris de la réserve émise par la France elle-même et sur laquelle la Norvège s'était fondée. Il était donc inutile de regarder la question plus complexe de la légalité de la déclaration française. De la même manière la plupart des droits de l'arbitrage confère ce pouvoir aux tribunaux arbitraux, bien que, dans ce cas, ce pouvoir ne soit pas sans limite ni partage. En effet, les tribunaux arbitraux, que ce soit en matière commerciale ou en matière d'investissement, sauf ceux statuant sous l'égide du CIRDI, sont soumis à un ultime contrôle, par le juge national, de la compétence qu'ils exercent dans la mesure où le juge national peut en décider, en dernier recours, soit lorsqu'il est saisi d'un recours à l'encontre de la sentence, soit lorsque l'une des parties lui demande de procéder à l'exécution forcée de la sentence par ce que l'on appelle, dans la tradition romano-germanique, l'*exequatur*. Dans les deux cas, l'une des questions que le juge sera amené à trancher, voire la principale, sera celle de savoir si le tribunal arbitral était compétent pour statuer sur le litige ou, en d'autres termes, si la validité et l'étendue de l'accord compromissoire (soit sous forme de clause compromissoire, soit sous forme de compromis) permettait effectivement au tribunal arbitral de se déclarer compétent.

A. Les juridictions internationales

486. Une marque importante et spécifique des juridictions internationales, en ce qui concerne leur compétence, a trait au pouvoir

1062. L. Boisson de Chazournes, « The Principle of *Compétence de la Compétence* in International Adjudication and Its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals », dans M. H. Arsanjani *et al.* (dir. publ.), *Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman,* Brill, 2010, p. 1027-1063. L'auteur fait remonter au *Jay Treaty* et l'affaire *Betsey* l'origine de ce qui est devenu un principe général de droit international.

1063. *France c. Norvège*, 6 juillet 1957.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qui leur est conféré de donner des avis consultatifs. Comme le dit un auteur à propos de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, elle avait déjà répondu à huit demandes d'avis avant d'avoir rendu son premier arrêt contentieux [1064]. Alors que la CourEDH peut également recevoir des demandes d'avis en vertu de l'article 47 de la Convention, son caractère très limité en a inhibé l'utilisation. Ce n'est que très récemment, grâce à l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, que la CourEDH a reçu un pouvoir élargi de répondre à des demandes d'avis des plus hautes juridictions des Etats membres. Elles se présentent comme un hybride entre la demande d'avis classique auprès d'une juridiction telle la CIJ et la question préjudicielle propre à la CJUE. Quelle que soit sa nature, la demande d'avis est d'une grande utilité en pratique dans la mesure où elle permet de donner une interprétation entraînant une plus grande sécurité juridique et d'éviter un contentieux. De plus, dans le système de la Cour interaméricaine, la compétence consultative *ratione materiae* est très vaste, permettant à la Cour d'interpréter tous types d'instruments internationaux, y compris des instruments dits *softs* [1065].

487. Pour le juge appartenant à une juridiction internationale, sa compétence contentieuse est réglée par l'instrument, généralement un traité, qui l'institue. La compétence de la CIJ est réglée par les articles 34 à 38 de son statut. On note que cette compétence est très large. Mais elle est essentiellement volontaire [1066]. Seuls les Etats qui ont accepté la compétence peuvent se voir attraire devant la Cour. Cela confère à la Cour un pouvoir similaire à celui d'un arbitre. Par rapport aux efforts entrepris pour organiser une justice internationale au début du XX^e^ siècle, on a gagné en permanence, certes, mais on a conservé un *status quo* en terme de compétence par rapport à l'arbitrage.

488. L'accord de volonté des Etats peut aussi résulter d'une clause de règlement des différends insérée dans un traité international substantiel. Par exemple, la Convention de 1948 pour la répression du crime de génocide comprend une disposition attribuant à la CIJ compétence pour connaître des différends relatifs à son interprétation

1064. L. Burgorgue-Larsen, « De quelques « plus-values » du système interaméricain des droits de l'homme : réflexions comparées », dans *Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux,* Pedone, 2017, p. 605, à la p. 616.

1065. *Idem*, à la p. 617.

1066. Ce point est rappelé notamment par H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel, *op. cit. supra* note 935, à la p. 481. Toutefois, les auteurs montrent que la volonté une fois exprimée a un effet qui peut dépasser ce qui avait été prévu.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

et à son application. On ne compte plus les conventions internationales conclues depuis 1948 qui prévoient des dispositions similaires. Dans les systèmes régionaux, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reçu une telle compétence au titre de six conventions particulières allant de la prévention et de la sanction de la torture à la lutte contre les discriminations, en passant par l'éradication des violences faites aux femmes [1067].

489. Toutefois, l'essentiel (voire la totalité) de la compétence de la CIJ et de la justice internationale en général, provient du consentement des Etats [1068] donné soit au préalable, à titre permanent [1069] (avec le droit de le retirer), avec ou sans réserve [1070], soit de manière *ad hoc* pour une affaire spécifiquement désignée, s'apparentant ainsi à un compromis [1071]. Cette exigence de consentement apparente donc la justice internationale interétatique plutôt à un arbitrage qu'à une véritable juridiction participant à la régulation verticale du contentieux, ce que les Américains appellent le *command and control*. L'exigence d'un consentement a été rappelée notamment par la Cour dans l'affaire de l'*Or monétaire* pris à Rome en 1943 dans laquelle il manquait le consentement de l'Albanie [1072].

490. Il est habituel de critiquer la CIJ pour sa faiblesse, notamment parce qu'elle ne possède pas de « compétence obligatoire » *(compulsory jurisdiction)*. Tout d'abord, on doit se souvenir qu'en 1945 la Cour n'aurait pas vu le jour, comme ce fut le cas antérieurement pour la CPJI, si le traité avait cherché à lui conférer une véritable compétence obligatoire. Certains parmi les « grands » Etats de l'époque (notamment les Etats-Unis et l'URSS) ne voulaient pas d'une Cour qui aurait pu se

1067. L. Burgorgue-Larsen, *op. cit. supra* note 1064, à la p. 620. L'auteur contraste cela avec l'absence totale de clauses de règlement des différends conférant compétence à la CourEDH par les Conventions conclues sous l'égide du Conseil de l'Europe.

1068. Décision d'une chambre dans l'affaire *El Salvador/Honduras* sur l'intervention du Nicaragua, Rapport CJI, 1990 p. 92 et 96, E. Lauterpacht écrit en 1991 : « As things stands at present the system of international adjudication is totally dependent upon the consent of the parties », dans *op. cit. supra* note 68, p. 23. Bien entendu, il faut désormais faire une place à part aux tribunaux pénaux internationaux, mais qui ne jugent pas des Etats, mais des personnes qui n'ont pas le choix. Toutefois, le consentement des Etats est quand même nécessaire à l'origine de cette compétence. Cette évolution avait d'ailleurs été anticipée par E. Lauterpacht.

1069. Article 36.2 du Statut de la Cour.

1070. Ces réserves diminuent immanquablement le pouvoir de la Cour.

1071. *Plateau continental de la mer du Nord*, *Plateau continental Tunisie/Lybie, Plateau continental de la Mer Egée* ou *Projet Gabcikovo-Nagymaros*.

1072. *Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis*, arrêt du 15 juin 1954. *Idem* pour la CPJI, affaire des *Droits des minorités en Haute Silésie*, Série A, n° 15, arrêt du 26 avril 1928, p. 22.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

saisir de différends les concernant sans leur accord. Aujourd'hui, ce que l'on appelle la compétence obligatoire ne l'est que dans les mots. Il s'agit en effet d'une obligation que l'Etat se donne à lui-même en acceptant la compétence de la Cour de manière permanente. Elle ne devient obligatoire qu'après le consentement de l'Etat. Mais dans la pratique des Etats, telle que l'on a pu la vérifier jusqu'en 1988, sur les onze affaires soumises à la CIJ dans lesquelles la compétence a été contestée par l'Etat défendeur, mais pour lesquelles la Cour s'est néanmoins déclarée compétente, les Etats décidèrent de participer à la procédure dans neuf affaires et dans dix affaires l'Etat s'est conformé au jugement rendu [1073]. Pour E. Lauterpacht, la meilleure solution aurait été que lorsque le Conseil de sécurité appelle les parties à régler leur différend devant la Cour, cet « appel » soit considéré comme obligatoire [1074], en vertu de l'article 25 de la Charte qui ne limite pas l'effet obligatoire des décisions aux seules décisions concernant des *enforcement actions* [1075].

491. A cet égard, on doit noter que, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni avait tenté de voir dans l'article 36 de la Charte un cas de compétence obligatoire (implicite, certes). Ce texte confère des pouvoirs de recommandation au Conseil de sécurité lorsqu'il constate qu'il existe un différend de la nature de ceux décrits dans l'article 33. Or, dès 1947, avec l'*Affaire du Détroit de Corfou*, le Conseil est saisi par le Royaume-Uni qui obtient du Conseil l'adoption d'une recommandation (9 avril 1947) selon laquelle tant le Royaume-Uni que l'Albanie devaient en référer à la CIJ. Le Royaume-Uni estimait que cette résolution du Conseil de sécurité, prise en vertu de l'article 36, conférait à la Cour une compétence obligatoire. La décision de la Cour est accompagnée d'une opinion individuelle de sept des juges qui regrettent que la Cour n'ait pas statué sur la prétention du Royaume-Uni. En conséquence, l'article 36.3 de la Charte n'a pas « introduit, sans le dire, d'une manière en quelque sorte subreptice, un cas nouveau de compétence obligatoire » [1076].

492. L'histoire fourmille d'exemples dans lesquels la Cour aurait pu ou dû être saisie, mais l'une des parties s'y opposant, elle ne l'a jamais été. Il en va ainsi de Gibraltar. Les colonnes d'Hercule (ou Heracles, selon que vous prenez l'Antiquité latine ou grecque), sont réputées être

1073. E. Lauterpacht, *op. cit. supra* note 68, p. 50.
1074. *Ibidem* p. 53.
1075. *Ibidem*.
1076. CIJ, *Recueil*, 1948, p. 32.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les rochers qui entourent le détroit de Gibraltar, et surtout celui qui se situe au nord du détroit, connu sous l'appellation Rocher de Gibraltar. Le territoire en question a été conquis en 711 par les Maures et en 1462 par l'Espagne. Toutefois, lors de la succession de Charles II d'Espagne, décédé sans héritier, qui entraîna un conflit de plusieurs années (1701-1714), les troupes anglo-néerlandaises purent s'emparer du Rocher qui fut ensuite concédé au Royaume d'Angleterre dont la propriété fut consolidée par le Traité d'Utrecht en 1713. Le Royaume-Uni a donc été souverain sur ce bout de territoire sans discontinuité depuis cette époque malgré les revendications réitérées par l'Espagne et le fait que les deux pays, durant une période historique récente furent réunis sous la bannière européenne. En 1957, l'Espagne saisit l'Assemblée générale des Nations Unies, arguant de ce que le Rocher était une colonie anglaise sur le territoire espagnol et que cette colonisation était interdite en vertu des principes généraux actuels du droit international. En réponse le Royaume-Uni offrit de porter ce différend devant la CIJ, ce que l'Espagne refusa. Le 18 décembre 1968, sur la recommandation de la quatrième Commission, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta une résolution appelant le Royaume-Uni à mettre un terme à cette situation coloniale au plus tard le 1er octobre 1969 et à entamer des pourparlers avec l'Espagne sans délai. Le Royaume-Uni ne s'est pas plié à cette résolution. Depuis, de manière constante, le Royaume-Uni réitère sa proposition de soumettre ce différend à la Cour, proposition qui, de manière tout aussi constante, est rejetée par l'Espagne. Cette situation perdure sans que l'on perçoive une issue favorable. Elle a empoisonné les rapports entre l'Espagne et le Royaume-Uni au sein de l'UE, empêchant ainsi parfois l'adoption de certains textes (sans aucun rapport avec le sujet – par exemple la faillite) quand l'unanimité était nécessaire en vertu des règles institutionnelles européennes.

493. Un autre exemple de refus de conférer une compétence à la Cour peut être tiré de l'affaire entre la Malaisie et les Philippines sur les îles de Sabah, ou *North Borneo*, dont les Philippines prétendent que sa souveraineté remonte au Sultan de Sulu. La position de chaque pays peut être trouvée dans les débats de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1968. Bien que les Philippines aient proposé de soumettre le différend à la CIJ, la Malaisie a refusé tout en dénonçant l'attitude des Philippines qui prétendait que le refus de venir devant la justice internationale démontrait le caractère déraisonnable de la position adoptée par la Malaisie. Le délégué des Philippines eut beau jeu de

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

demander au délégué de la Malaisie pourquoi son pays avait peur de se soumettre à la justice internationale.

494. La CIJ a su flexibiliser un peu les exigences de la compétence par exemple lorsqu'un Etat demande à intervenir dans un litige dont il n'est pas partie. C'est ce qu'elle a fait dans l'affaire opposant le Salvador et le Honduras en admettant le Nicaragua comme partie intervenante. La solution n'allait pas de soi. L'article 62.1 du Statut de la Cour qui organise l'intervention ne fait aucune référence à un possible lien de compétence comme condition à l'admission de cette intervention. Cette question était débattue au sein de la Cour. Toutefois, on note que les trois juges composant la chambre qui eut à statuer sur cette intervention s'étaient déjà exprimés préalablement sur cette question et avaient exprimé un doute qu'il existât une exigence de compétence à l'égard de l'Etat qui demandait à intervenir [1077]. Du point de vue d'une bonne administration de la justice et du fait qu'un tribunal a toujours intérêt à juger en une seule fois tous les aspects d'un même dossier, la décision de la Cour est appropriée.

495. Pour la Cour pénale internationale, comme pour les autres tribunaux pénaux internationaux, la définition de leur compétence est différente puisqu'ils jugent des individus. Si bien que l'Etat consent à la compétence de ces juridictions pour des tiers qui sont leurs ressortissants. La Cour pénale ne se substitue pas aux tribunaux nationaux. Elle n'est compétente que lorsque l'Etat dans lequel les faits se sont déroulés n'est pas en mesure de poursuivre leurs auteurs, soit en raison d'obstacles juridiques soit par manque de volonté politique. La CPI a récemment montré une forme d'inventivité pour l'interprétation de sa compétence dans l'*Affaire des Rohingyas*. Il s'agit d'un peuple dont la langue appartient au groupe des langues indo-européennes, mais qui est de religion musulmane. Ils sont principalement installés à l'ouest de la Birmanie, dans le nord de l'Etat d'Arakan, région peuplée d'une majorité de bouddhistes birmans. Ils sont considérés en Birmanie comme venant du Bengale oriental, ce qui est controversé. Après le début des persécutions et des discriminations endémiques dont ils sont l'objet, certains se sont réfugiés au Bangladesh. En juin 2018, Amnesty International appelle la communauté internationale à agir. La procureure de la CPI a reçu plus de quarante plaintes depuis l'offensive birmane d'août 2017. Si bien que la CPI est saisie et le 6 septembre 2018, elle décide qu'elle est compétente pour statuer sur la question

1077. Information donnée par E. Lauterpacht, *op. cit. supra* note 68, p. 28-29.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de savoir si le traitement par la Birmanie des Rohingyas constitue un crime contre l'humanité. Plus d'un observateur a été étonné de cette interprétation innovante : la Birmanie, en effet, n'est pas un Etat partie à la CPI. Toutefois, la Cour se fonde sur le fait qu'environ 700 000 personnes ont fui vers le Bangladesh, constituant ainsi le crime de déportation vers un pays qui est, lui, partie au statut de la CPI. La CPI pourrait donc conduire des investigations (mais elle sera probablement empêchée de ce faire sur le territoire birman). On peut cependant douter de l'effectivité d'une telle décision compte tenu de l'opposition farouche de la Birmanie, alors qu'elle a à sa tête la Prix Nobel de la Paix, Aung San Suu Kyi dont le silence et l'incapacité de contrer l'armée birmane étonnent de nombreux observateurs. Ce qui paraît le plus important dans l'immédiat c'est la constitution et la préservation des preuves. C'est ce que demandait la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) aux Nations Unies comme elle l'a fait pour la Syrie. Cette preuve préconstituée permettra de conduire des procès, le moment venu, devant l'une ou l'autre des juridictions qui seront prêtes à le faire plus tard.

496. Les déclarations d'acceptation de compétence sont souvent assorties de limites ou même de réserve, accentuant encore le sentiment que la justice internationale n'est que volontaire. La compétence de la CIJ telle que prévue par la Convention sur la répression et la prévention du Génocide (art. IX) a soulevé des réactions négatives de la part de certains Etats. Vingt-sept d'entre eux ont accompagné leur ratification d'une réserve à propos de ce texte, confirmant que seul un accord de toutes les parties en cause pouvait donner compétence à la CIJ. Plus récemment, plusieurs Etats ont retiré leur réserve si bien qu'en 2018 seuls quatorze Etats la maintiennent [1078]. D'autres Etats ont fait savoir que les réserves émises sur l'article IX sont à leurs yeux incompatibles avec l'objet et le but de la Convention, si bien qu'ils refusent de leur donner effet [1079].

497. Des exemples similaires peuvent aussi être pris pour la CourEDH dont la compétence obligatoire n'a, à l'origine, pas été acceptée par un grand nombre de pays. Ainsi, initialement, seuls l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Irlande et la Suède avaient

1078. Algérie, Bahreïn, Bangladesh, Chine, Emirats Arabes Unis, Etats-Unis d'Amérique, Inde, Malaisie, Maroc, Philippines, Singapour, Venezuela, Vietnam, Yémen.

1079. Il s'agit de la Norvège, des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

accepté la compétence obligatoire et seuls le Danemark, l'Irlande et la Suède avaient accepté que la Cour puisse être saisie par une personne physique.

498. Souvent, les déclarations de compétence doivent être interprétées car elles comportent des limitations. La plupart du temps, ces limitations sont *ratione temporis*. Par exemple, l'instrument d'acceptation par la Colombie de la compétence de la CPJI s'appliquait uniquement pour des circonstances ayant lieu après le 6 janvier 1932. Quand il a été question de saisir la Cour du différend sur le Rocher de Quitasueño (entre les Etats-Unis et la Colombie, puis avec le Honduras), la question était de savoir si la Cour pouvait être compétente pour l'entièreté du différend qui datait de 1869 ou si elle aurait seulement dû être saisie du différend après la découverte de pétrole à la base du Rocher en 1932. De la même manière, dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens [1080], la Norvège soutenait que seuls des faits ou des situations postérieures aux déclarations d'acceptation de la compétence de la CIJ pouvaient être jugées par elle.

B. Les tribunaux arbitraux

499. Les tribunaux arbitraux internationaux dépendent des Etats pour leur compétence *ratione materiae*. C'est ce que l'on appelle l'arbitrabilité. En d'autres termes, les Etats définissent pour eux-mêmes les matières dans lesquelles les parties auront le droit de recourir à l'arbitrage si elles le souhaitent. Chaque Etat est libre de ce faire, aucune règle de droit international public ne limitant sa souveraineté à cet égard. Lorsqu'un texte international prévoit une disposition à cet égard, c'est souvent dans un sens permissif. Ainsi, la Convention de New York de 1958 prévoit que les Etats qui deviennent partie à la Convention peuvent émettre une déclaration selon laquelle ils n'appliqueront la Convention qu'aux litiges « commerciaux » en vertu de leur loi nationale [1081]. Cette possibilité montre une certaine méfiance

1080. Cf. *supra* par. 485.

1081. Maintiennent cette déclaration l'Afghanistan, l'Algérie, Antigua-et-Barbuda, l'Argentine, l'Arménie, Bahreïn, la Barbade, le Bhoutan, la Bosnie-Herzégovine, le Botswana, le Burundi, le Canada (sauf pour le Québec), la Chine, Chypre, Cuba, le Danemark, l'Equateur, les Etats-Unis d'Amérique, la Grèce, le Guatemala, le Honduras, la Hongrie, l'Inde, l'Indonésie, l'Iran, la Jamaïque, Madagascar, la Malaisie, Monaco, la Mongolie, le Monténégro, le Népal, le Nigéria, les Philippines,

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qui présidait à l'époque vis-à-vis de l'arbitrage. Si l'on en juge par la longue liste des pays qui ont maintenu cette déclaration (contrairement à la France qui l'a levée) cette méfiance perdure, alors même que le champ de l'arbitrabilité ne cesse de s'élargir partout dans le monde. Le champ des hypothèses *ratione materiae* dans lesquelles les parties privées peuvent recourir à l'arbitrage s'est considérablement étendu au fil des décennies, si bien qu'aujourd'hui, il est difficile de penser à un domaine qui serait complètement exclu de l'arbitrage. Même la propriété intellectuelle est arbitrable, sauf lorsque le titre de propriété dépend d'une décision d'une entité publique (comme pour le brevet). Une licence de brevet est donc arbitrable, mais pas la validité du titre lui-même, à moins que les parties se contentent d'une décision *inter partes*. Si les parties veulent une décision *erga omnes* elles devront recourir au juge de l'Etat dans lequel l'entité publique a délivré le titre de propriété. D'autres exemples peuvent également être pris pour montrer l'étendue très large de l'arbitrabilité. Lorsque la matière touche de près ou de loin à l'ordre public, comme les questions d'insolvabilité, de concurrence et de corruption, il est désormais admis que les arbitres conservent le pouvoir de juger, sauf lorsque le droit de l'Etat applicable au litige confère une compétence exclusive à ses tribunaux. Cela est cependant de plus en plus rare et quand il existe une telle compétence exclusive, elle est souvent limitée aux seules questions tombant très précisément dans la matière elle-même (en matière d'insolvabilité, ce sera, par exemple, la distribution du patrimoine du débiteur parmi les créanciers).

500. Il n'en va pas tout à fait de même en matière d'arbitrage d'investissement. Dans ce domaine, l'arbitrage est à la fois plus ancien et plus récent. Plus ancien car les Commissions mixtes de la fin du XIX[e] siècle sont considérées comme les ancêtres des tribunaux arbitraux d'aujourd'hui. Plus récent, car l'essor de l'arbitrage en matière d'investissement date vraiment de la Convention de Washington de 1965, créant le CIRDI et disposant d'un certain nombre de règles substantielles sur la protection des investisseurs. Le CIRDI est une institution d'arbitrage, à l'instar de la CCI, de la *Stockholm Chamber of Commerce* ou de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), nichée au sein du groupe Banque mondiale. Ce centre administre les arbitrages soumis à un tribunal arbitral constitué sous son égide et

---

la Pologne, la République centrafricaine, la Roumanie, le Saint-Siège, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, la Serbie, Trinité-et-Tobago, la Tunisie, la Turquie, le Venezuela, le Vietnam.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dont la procédure est définie selon ses règles. Le directeur juridique de la Banque mondiale de l'époque, Aron Broches, véritable père de la Convention de 1965, s'est inspiré à la fois de l'arbitrage entre Etats dont il connaissait bien le fonctionnement et de l'arbitrage du commerce international dont il voyait l'essor pour les litiges privés internationaux. Il constatait aussi l'utilisation de l'arbitrage dans les relations Est-Ouest, dont la chambre de commerce de Stockholm se faisait une spécialité [1082]. On peut ainsi sans trop de difficulté repérer dans la Convention CIRDI les règles venant plutôt de l'arbitrage interétatique (par exemple, le système des listes d'arbitres et de conciliateurs nommés par les Etats, ou le recours au droit international) et les règles qui sont inspirées plutôt de la pratique commerciale de l'arbitrage (par exemple, le déroulement de la procédure).

501. Tant pour l'arbitrage du commerce international que pour l'arbitrage d'investissement, l'autonomie de la volonté joue un rôle prépondérant. Certes, les Etats pourraient obliger les parties à soumettre leur litige à l'arbitrage, mais cela est rare. On l'a vu dans l'affaire ayant opposé l'Iran et les Etats-Unis d'Amérique, dont nous avons parlé à propos de la médiation. Cette médiation a permis la création d'un tribunal arbitral, le tribunal irano-américain installé à La Haye et toutes les parties (privées ou publiques) ont été obligées de soumettre leur litige à ce tribunal, même si des tribunaux nationaux étaient déjà saisis. Les Accords d'Alger ont ainsi obligé les parties à se désister de leurs procédures nationales au profit de l'arbitrage. Mais cet exemple, au XX^{e} siècle demeure isolé [1083].

502. L'autonomie de la volonté est donc la règle plutôt que l'exception. Les parties à un litige privé international, qui est arbitrable, peuvent donc conclure soit une clause compromissoire dans un contrat, avant que tout litige naisse, soit un compromis, c'est-à-dire un accord d'arbitrage a posteriori, une fois le litige né. Cette dernière hypothèse est rare. En matière d'investissement, s'il donne lieu à la conclusion d'un contrat entre l'Etat hôte et l'investisseur, le contrat contiendra probablement une clause d'arbitrage. En l'absence de contrat, et

1082. On peut voir avec bonheur et profit le film documentaire de Martin Borgs, produit par le *Arbitration Institute* de la *Stockholm Chamber* intitulé « The Quiet Triumph – How Arbitration Changed the World » disponible sur l'url suivante : https ://sccinstitute.com/about-the-scc/scc-100-years/the-quiet-triumph/.

1083. En droit interne, l'Etat a le pouvoir de mettre en place des tribunaux arbitraux auxquels les parties doivent impérativement avoir recours en lieu et place des juridictions nationales. C'est le cas parfois en matière fiscale ou en matière de relations du travail.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

si l'Etat hôte a signé un traité international avec l'Etat d'origine de l'investisseur, l'accord d'arbitrage se noue en deux temps. Dans un premier temps, l'Etat hôte donne son accord de principe à l'arbitrage si un litige naît entre l'investisseur et lui. Généralement l'investisseur a le choix entre plusieurs centres d'arbitrage ou peut opter pour un arbitrage *ad hoc* (généralement en utilisant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI). L'accord ne sera parfait qu'au moment où, le litige étant né, l'investisseur poursuit l'Etat hôte devant l'un des centres à sa disposition ou devant un tribunal *ad hoc*. Les traités de protection des investissements diffèrent à la marge : certains exigent qu'une période de réflexion soit respectée avant que l'arbitrage puisse être lancé ; d'autres prévoient que l'investisseur doit avoir épuisé les voies de recours internes. Parfois, un processus de médiation/conciliation préalable est obligatoire avant de pouvoir lancer l'arbitrage.

503. En matière d'arbitrage d'investissement, c'est la notion d'investissement qui joue le rôle de critère de compétence *ratione materiae*. La Convention CIRDI ne donne pas de définition de cette notion, ce qui a entraîné une pratique arbitrale abondante [1084]. La compétence *ratione personae* repose sur la nationalité de l'investisseur. Si l'investisseur est protégé par un TBI, il doit posséder la nationalité de l'autre Etat partie au TBI que l'Etat hôte. Le critère est donc à la fois négatif et positif. Négatif en ce sens que l'investisseur ne doit pas avoir la nationalité de l'Etat hôte. Positif, car l'investisseur doit avoir la nationalité de l'autre Etat, que l'on appelle l'Etat d'origine. Les discussions sur la nationalité ne sont pas nouvelles. Lorsqu'il s'agit d'un individu, la question est de savoir si, en cas de pluralité de nationalités, seule la nationalité effective doit être prise en considération. Cette notion très ancienne du droit des nationalités a été refusée par la Cour de justice des Communautés européennes dès le premier arrêt qu'elle a dû rendre sur cette question [1085]. Pour la nationalité des personnes morales, la difficulté vient des sociétés créées *ad hoc* uniquement dans le but de bénéficier de la protection d'un traité jugé plus favorable. Si l'on

1084. Il est impossible d'en donner ici un reflet complet tant le sujet est vaste et dépasse largement le cadre de ce cours. Le lecteur se réfèrera sur ce point aux très nombreux ouvrages publiés sur le droit des investissements.

1085. *Micheletti*, C-369/90, 7 juillet 1992. M. Micheletti possédait la nationalité argentine (nationalité effective) et italienne. La Cour admet qu'il peut se prévaloir de la première pour s'établir en Espagne en raison d'un traité bilatéral lui permettant d'exercer sa profession. En revanche, pour les conditions de séjour, il a le droit, selon la Cour d'exciper de sa nationalité italienne qui, en raison de l'appartenance des deux pays à la Communauté européenne, lui permet de bénéficier d'un droit de séjour quasi automatique.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

regarde la question à travers le prisme du droit international privé, cela serait considéré comme une fraude à la loi. Les tribunaux arbitraux ont mis longtemps avant de s'emparer de cette difficulté, car ils étaient avant tout influencés par le fait que le droit des sociétés est essentiellement de nature contractuelle ce qui en fait le siège de l'autonomie de la volonté. Les associés décident en effet non seulement de la forme que prendra leur association, mais aussi où elle sera située et quel sera le droit qui lui est applicable. Dans une telle conception, il n'y a pas de place pour la fraude à la loi. Toutefois, une notion proche est celle de l'abus de droit qui a inspiré les décisions les plus récentes comme la sentence *Philip Morris c. Australie* [1086]. Dans le jargon utilisé par les spécialistes du droit des investissements, on parle de *treaty shopping*. C'est sur cette base que l'Australie a prévalu.

504. Les tribunaux arbitraux possèdent la compétence de leur compétence. Toutefois, elle n'est pas complète. Dans le système CIRDI, la compétence du tribunal arbitral est sujette à un système de recours interne au CIRDI devant un comité *ad hoc*, à la demande de l'une des parties [1087]. Ce recours est très limité. Cela n'est pas surprenant en matière d'arbitrage, et encore moins pour le CIRDI, car l'objectif premier des négociateurs est le caractère définitif et exécutoire des sentences rendues. Bien que limité, il permet au comité *ad hoc*, de manière indirecte, de revoir la question de savoir si le tribunal arbitral est compétent, mais uniquement s'il s'agit d'un « excès de pouvoir manifeste » [1088]. Ce point est fondamental dans la mesure où le contrôle exercé par le comité *ad hoc* doit se contenter de redresser uniquement les décisions qui violent de manière évidente et flagrante les règles établies par la Convention sur la compétence. Aucune recherche autonome ne peut être conduite par le comité *ad hoc* qui est lié par les constatations factuelles du tribunal arbitral. Il ne faudrait pas non plus que le comité *ad hoc* conduise une analyse détaillée ou approfondie de la sentence. En d'autres termes, comme l'a dit un auteur dans un autre contexte, il faut que l'excès de pouvoir « crève les yeux » [1089]. Celui-ci

1086. Sentence du 17 décembre 2015, procédure *ad hoc*, règles de la CNUDCI, administrée par la CPA, lieu de l'arbitrage Singapour. La société Philip Morris avait restructuré ses activités en Australie en les localisant dans une structure sise à Hong-Kong afin de bénéficier du traité entre Hong Kong et l'Australie. Dans cette affaire, l'abus de droit était flagrant.

1087. Article 52.

1088. Article 52(1) *b)*.

1089. L. Radicati di Brozolo, « L'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005, p. 529.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

peut s'appliquer quand le tribunal s'est déclaré compétent alors qu'il ne l'était pas. C'est le cas le plus fréquent. L'inverse est également vrai, si le tribunal s'est déclaré incompétent alors qu'il était compétent, cela peut constituer aussi un excès de pouvoir [1090]. Compte tenu du caractère très limité de ce contrôle, l'observateur n'est pas étonné de constater que sur cinquante-trois décisions prises par un comité *ad hoc*, seules deux annulations totales et trois annulations partielles ont été prononcées [1091].

505. Des principes très similaires s'appliquent pour les arbitrages hors CIRDI, que ce soit en matière d'investissement ou en matière d'arbitrage commercial, mais alors ce sont les tribunaux nationaux qui ont le pouvoir de vérifier, *in fine*, la compétence du tribunal arbitral. Dans ce cas, le guide minimal est constitué par la Convention de New York, dont les règles sont bien connues. Les Etats parties à la Convention de New York, en vertu de son article VII, ont le droit d'appliquer des règles plus favorables que la Convention. Si bien qu'un pays comme la France réduit le champ du contrôle des sentences grâce à sa loi sur l'arbitrage afin de favoriser ce mode alternatif de règlement des différends. Malgré ces limites, le droit européen est venu perturber la matière par les interventions de la CJUE qui, au prétexte de « protéger l'ordre juridique européen », a limité le recours à l'arbitrage dans un domaine où elle considère qu'elle doit avoir le dernier mot dans l'interprétation du droit européen et alors que sa propre jurisprudence interdit à la plupart des tribunaux arbitraux de lui poser des questions préjudicielles. Le paradoxe apparaît ainsi de manière éclatante : la Cour limite le pouvoir des arbitres de recourir à ses services, mais prend avantage de cette limite qu'elle a elle-même posée pour restreindre le recours à l'arbitrage [1092].

1090. Voir notamment, *Vivendi I,* par. 86 ; *Soufraki*, par. 43 (qui cite *Vivendi I*, par. 86) ; *Lucchetti*, par. 99 ; *Fraport*, par. 36 (qui cite *Vivendi I*, par. 86) ; *MHS*, par. 80 ; *Helnan*, par. 41 (qui cite *Soufraki*, par. 44 ; *Vivendi I*, par. 86) ; *Caratube,* par. 75 (qui cite *Vivendi I,* par. 115 *MHS*, par. 80) ; *Tulip*, par. 55 ; *Dogan*, par. 105 ; *Micula*, par. 126.

1091. Cf. La note d'information relative à l'annulation préparée à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, 5 mai 2016, disponible à l'url suivante : https ://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20FRE.pdf, visualisée le 12 décembre 2018.

1092. Ceci résulte notamment de la décision de la CJUE dans l'affaire *Achmea*, C-284/16, 6 mars 2018. Sur la question de savoir dans lequels cas un tribunal arbitral peut poser une question préjudicielle à la CJUE, voir C. Kessedjian et L. Vanhonnaeker, *op. cit. supra* note 793, p. 627.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. Les tribunaux nationaux

506. Pour le juge national, juge des activités internationales, sa légitimité à statuer dépend des règles de compétence juridictionnelle internationale qu'il édicte. Traditionnellement, ces règles revêtent un caractère dit « unilatéral » en ce sens qu'elles s'intéressent seulement à la compétence des tribunaux de l'Etat qui les édicte. C'est la raison pour laquelle plusieurs juges nationaux peuvent se déclarer compétents en même temps, pour le même litige, entraînant ainsi des situations de litispendance et de *forum non conveniens* que nous étudierons ci-après. Plus rarement, il est possible qu'aucun juge ne se déclare compétent pour un litige donné, et nous sommes alors confrontés à une hypothèse de déni de justice. Nous en dirons quelques mots également ci-après.

507. Le droit international public donne assez peu de consignes pour encadrer le pouvoir des Etats d'édicter de telles règles [1093]. Et les consignes qu'il donne englobent finalement des hypothèses très classiques et très larges qui ne donnent pas vraiment de directives précises dans les cas difficiles. L'Etat est compétent pour statuer [1094] à l'égard de ses nationaux (où qu'ils se trouvent dans le monde) ; à l'égard des personnes qui résident ou des biens situés sur son territoire ; à l'égard de faits qui se déroulent sur son territoire ; à l'égard de faits qui, bien que se déroulant à l'extérieur de son territoire, ont des effets sur son territoire. Ces quatre grandes catégories d'hypothèses forment le socle de base du droit international public.

508. L'observateur de la vie juridique internationale ne peut être que frappé par le fait que très peu de conventions internationales multilatérales ont été conclues pour harmoniser les règles de compétence juridictionnelles internationales. Certes, des conventions substantielles, notamment en matière de transport, comportent des dispositions sur le juge compétent pour statuer sur un litige dans le domaine visé par ces conventions. Mais, ces textes ouvrent souvent plusieurs options aux demandeurs sans donner les outils de régulation de ces options, notamment lorsqu'il existe de nombreux demandeurs. Des conventions bilatérales existent sur la coopération judiciaire qui peuvent comprendre des règles de compétence juridictionnelle. Mais aucune convention n'a été conclue ayant vocation universelle, depuis

1093. En France, les travaux des Professeurs Pierre Mayer, Etienne Pataut et Pascal de Vareilles-Sommières en attestent.

1094. Ces règles valent aussi bien pour ce qu'il est convenu d'appeler « la compétence législative » que pour la compétence juridictionnelle.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'échec de la tentative des années 1996-2000 au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. Le texte adopté le 2 juillet 2019, sous l'égide de cette organisation, ne porte que sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et les règles de compétence indirecte qui servent au contrôle de la compétence du juge d'origine. Certes, il s'agit là d'une manière détournée de tenter de réguler la compétence internationale directe. Mais elle est symptomatique de la difficulté de réguler frontalement, par des règles multilatérales, la compétence directe. C'est probablement dû au fait que la compétence internationale directe des juges nationaux est l'un des derniers bastions de la souveraineté étatique. Il n'en demeure pas moins que cette frilosité des Etats (pour dire le moins) est préjudiciable aux intérêts privés dans un monde globalisé qui a un grand besoin de coopération dans ce domaine et de règles claires. Le quérulent pourra se servir de la non-harmonisation des règles de compétence pour saisir plusieurs tribunaux et « harceler » le défendeur. Pour le plaideur prudent et vigilant il n'y aura pas de sécurité juridique tant les options sont nombreuses pour le demandeur.

509. Prenons l'exemple des règles harmonisées au sein de l'UE grâce au règlement Bruxelles I [1095]. En cas de litige contractuel entre deux entreprises, le demandeur [1096] pourra opter pour le for du défendeur, le for contractuel ou le for de l'établissement ayant conclu le contrat. Chacun de ces juges sera légitimement compétent et le défendeur ne pourra pas prévoir, au moment de la conclusion du contrat, devant quelle juridiction il sera attrait si bien que le seul moyen à sa disposition, pour gérer son risque juridique, sera d'inclure soit une clause d'élection de for, soit une clause compromissoire. C'est d'ailleurs ce que font, dans leur grande majorité, les entreprises habituées aux activités internationales. Toutefois, des entreprises moins aguerries à ce type d'activités peuvent ne pas comprendre le caractère fondamental de l'inclusion d'une telle disposition dans leur ensemble contractuel. Et même si elles le comprennent, elles peuvent ne pas se mettre d'accord sur le choix d'un tribunal, chaque entreprise insistant probablement pour que soit choisi le juge situé sur son propre territoire.

510. La plupart des litiges difficiles qui se sont fait jour ces dernières années en matière de compétence internationale des juges nationaux

1095. La version la plus récente a été adoptée en 2012 (Règlement 1215/2012).

1096. Le demandeur peut parfaitement être situé dans un pays hors de l'UE, le règlement s'applique quand même. Le règlement va donc couvrir des hypothèses qui ne sont pas strictement « intra-européennes ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ont trait aux délits. Pour cela, aucune cure préventive n'existe. Certes, l'autonomie de la volonté prend peu à peu sa place et il est possible que les victimes et l'auteur du dommage signent un accord d'arbitrage ou d'élection de for après la survenance du délit. Mais cela demeure rare. Un exemple récent d'arbitrage post dommage a eu lieu avec le *Bangladesh Accord* [1097], qui a permis aux syndicats représentant des centaines de travailleurs, à la suite de l'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh en 2013, de poursuivre des entreprises dont les marques ont été retrouvées dans les décombres, montrant qu'elles avaient utilisé les services du sous-traitant qui occupait les locaux et n'avaient pas fait le nécessaire pour sécuriser le bâtiment causant ainsi plus de mille morts et des blessés en grand nombre [1098].

511. En l'absence de tels accords a posteriori, les victimes peuvent agir au lieu où le dommage est survenu, au lieu où le défendeur a agi, s'il est différent du lieu où le dommage est survenu, au for du défendeur. On pourrait conclure de l'existence de ces différentes options que les victimes sont bien protégées. En réalité il n'en est rien. Prenons encore l'exemple du Rana Plaza ou de toute autre activité dommageable (et les exemples malheureusement fourmillent). La première difficulté pour les victimes sera de trouver un juge devant lequel elles pourront joindre tous les défendeurs qui auront participé, d'une manière ou d'une autre, à l'activité ayant entraîné le préjudice dont les victimes se plaignent. Cela sera difficile car de nombreux pays ne connaissent pas la règle dite « pluralité de défendeurs » qui permet d'attraire devant le tribunal du domicile d'un défendeur tous les autres défendeurs dont la présence est nécessaire à la bonne administration de la justice [1099].

1097. Accord international sur la sécurité incendie et de construction des bâtiments utilisés au Bangladesh par les sociétés sous-traitantes du textile. Le gouvernement du Bangladesh a demandé l'arrêt de son application qui a été ordonnée par un tribunal de première instance avec effet en novembre 2018. À l'heure où nous écrivons, l'affaire est pendante devant la Cour suprême du Bangladesh. Cf. https://www.business-humanrights.org/en/bangladesh-accord-on-fire-building-safety-to-cease-operations-in-country-by-end-of-nov-2018-unless-govt-grants-extension (visualisé pour la dernière fois le 26 mars 2019).

1098. Cet arbitrage a été organisé sous l'égide de la CPA, selon des règles adaptées. La procédure a débuté avec une décision du tribunal arbitral permettant de conserver confidentielle l'identité des entreprises défenderesses. Cette affaire a été clôturée grâce à un accord transactionnel par les parties.

1099. La seule limite généralement admise, dans les pays qui connaissent la règle, consiste à empêcher la jonction des multiples défendeurs dans le seul but de perpétrer une fraude. En d'autres termes, on veut généralement éviter que l'un des défendeurs (appelé en anglais *anchor defendant*) soit attrait uniquement dans le but de pouvoir donner compétence à un tribunal et ensuite y attraire tous les autres défendeurs.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

512. Lorsque l'un des auteurs du dommage est une entreprise étrangère, le for du défendeur sera situé à l'étranger et ne sera pas forcément facilement accessible pour les victimes qui devront demander à des avocats sur place de les représenter, ce qui peut être trop onéreux si aucun mécanisme de financement par un tiers ou d'honoraires de résultat ne sont autorisés ou disponibles dans le pays en question. De plus, comme toutes les preuves seront situées dans un autre pays que celui dans lequel le for saisi est situé, le juge devra recourir à des mécanismes internationaux de collecte de preuves ce qui va encore renchérir le procès. Si les victimes elles-mêmes doivent témoigner, elles devront se rendre dans ce pays sauf si l'administration de la justice y autorise l'utilisation de témoignages par un système de vidéoconférence. Le juge devra aussi appliquer du droit étranger puisque la règle de conflit de lois désigne la loi du lieu du délit comme loi applicable à ce type de litiges. Or, dans nombre de pays, les juges ne sont pas équipés pour appliquer du droit étranger si bien qu'ils préfèrent éviter d'avoir à le faire. Et la meilleure manière d'éviter de ce faire est de décliner l'exercice de la compétence par un mécanisme tel que le *forum non conveniens* que nous étudierons ci-après. Le for du défendeur qui paraissait très prometteur à première vue, en réalité n'est pas forcément si accueillant que cela pour les victimes.

513. Le for du lieu du délit est en fait, souvent, le for le plus facilement accessible pour les victimes puisque, par hypothèse, il s'agit d'un for de proximité pour elles. Toutefois, une autre difficulté naît. Si le dommage a pu avoir lieu, c'est probablement que le système juridique de ce pays n'est pas aussi robuste que souhaité et a laissé les opérateurs sur place entreprendre des activités sans aucun égard pour les règles de sécurité minimale pour les employés ou en matière d'environnement, pour ne prendre que ces deux exemples. Il est alors possible que le juge statuant dans ce pays n'aura pas à sa disposition les normes suffisamment contraignantes pour condamner les auteurs du dommage. Et même si de telles normes existent, il est fort possible que le juge subisse des pressions de la part des entreprises locales qui sont prises dans un engrenage capitalistique qui ne leur donne pas beaucoup de marge de manœuvre. Par ailleurs, même si l'entreprise locale est condamnée, elle n'aura pas souvent les moyens de payer des indemnités réellement réparatrices surtout si elle est une filiale d'un groupe international qui peut parfaitement organiser son insolvabilité localement.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

514. On aurait pu penser que le traité en cours de négociation aux Nations Unies sur le sujet des violations des droits humains par les entreprises, faisant suite et destiné à fonctionner comme complément aux Principes Ruggie [1100], apporterait des solutions novatrices en matière de compétence juridictionnelle. Malheureusement, il n'en est rien. Loin d'être novateur, le projet « zéro » (16 juillet 2018) de traité présentait une régression par rapport, notamment, aux règles européennes, et en comparaison de certaines réflexions de la doctrine telles, par exemple, celles qui ont été adoptées par l'*International Law Association*/ Association de droit international (ILA/ADI) à Sofia en 2012 [1101]. Dans l'article 5 du projet du 16 juillet 2018, seuls le for du délit et le for du défendeur étaient les compétences proposées. De plus, le même texte limite considérablement la possibilité pour les victimes d'entamer une action de groupe ou action collective car il faut que chaque personne du groupe donne, en principe, son accord à une telle action, sauf si celui qui agit peut justifier qu'il a le droit d'agir sans leur consentement [1102]. L'article 7 du projet de juillet 2019 ajoute le for du domicile de la victime aux fors que la victime peut saisir, ce qui est un petit progrès par rapport au texte de 2018. Toutefois, il laisse à nouveau sous silence la question de la pluralité de défendeurs ainsi que la connexité. Concernant les actions de groupe, la disposition critiquée ci-dessus a disparu, mais n'a pas été remplacée si bien que le texte est désormais silencieux ce qui va empêcher beaucoup de victimes de regrouper leurs demandes, sauf si le droit du juge saisi le leur permet. Espérons que les négociations qui s'ensuivront pourront corriger ces manques.

515. Le comité de l'ILA/ADI, dont le travail a duré quatre années de 2008 à 2012, a proposé des règles de compétence juridictionnelle qui devraient permettre de répondre en partie aux difficultés que nous avons signalées ci-dessus. L'article 2 débute, de manière très classique, avec le for du défendeur, reconnaissant en cela que les victimes doivent avoir

---

1100. Nous n'avons pu avoir accès qu'au texte provisoire en anglais intitulé *« Legally binding instrument to regulate*, dans *international human right Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises »*. La première version de ce texte date du 16 juillet 2018, Zero draft. Une deuxième version datée du 16 juillet 2019 a été rendue publique, sans qu'elle n'apporte de modifications suffisantes sur les points discutés au texte ci-dessus. Un site internet très utile sur tous ces sujets est celui du *Business & Human Rights Resource Center.*

1101. Résolution n° 2/2012, *Report of the Seventy-Fifth Conference*, Sofia, p. 19 et rapport p. 321.

1102. Cette disposition est insuffisante pour savoir vraiment comment le consentement doit être recueilli et dans quelles circonstances le consentement n'est pas nécessaire.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

à leur disposition un for dit « général », juge devant lequel toutes les demandes peuvent être jointes, où qu'elles soient nées dans le monde. Ce for est considéré comme équitable pour le défendeur puisqu'il lui permet de se défendre chez lui. Les victimes subiront un inconvénient d'avoir à se déplacer, mais elles pourront généralement bénéficier d'une forme d'action de groupe et d'un système judiciaire sophistiqué si le défendeur se situe dans un pays occidental développé, comme c'est souvent le cas. Les inconvénients sont donc contrebalancés par ces avantages.

516. De surcroît, ce for n'est qu'une des options ouvertes aux victimes. L'autre option est plus novatrice puisqu'elle permet aux victimes d'agréger leurs demandes devant le for de la connexité [1103]. C'est la première fois dans l'histoire du droit international privé que l'on propose une règle de compétence positive fondée sur la connexité. En effet, la connexité est utilisée comme exception au jeu de la compétence en faveur d'un autre tribunal déjà saisi d'une partie du litige [1104]. La règle proposée par l'ILA, en revanche, part de l'agrégation des demandes à l'encontre de défendeurs multiples. Elle innove en ce qu'elle permet d'attraire des défendeurs par le simple fait qu'ils appartiennent au même groupe de sociétés [1105] ou que l'un des défendeurs contrôle un autre défendeur [1106] ou que l'un des défendeurs a supervisé ou participé aux actes litigieux d'un autre défendeur [1107]. Cette règle est complétée par une règle de compétence fondée sur le déni de justice et l'interdiction du *forum non conveniens* [1108].

517. On doit aussi signaler qu'aux Etats-Unis d'Amérique, le pouvoir des tribunaux américains fondé sur l'*Alien Tort Statute*, qui avait été utilisé par les victimes d'actes dommageables à l'étranger perpétrés par des entreprises [1109], a été drastiquement limité par la Cour suprême au point que beaucoup pensent que cette possibilité est définitivement fermée aux victimes étrangères, même si l'entreprise défenderesse est

1103. C'est l'article 2.2. des lignes directrices adoptées en annexe à la résolution n°2/2012. Ce chef de compétence est différent de celui utilisé par les juridictions britanniques dans l'affaire *Vedanta* (cf. *infra* note 1232), mais poursuit le même objectif.

1104. C'est le cas dans le règlement Bruxelles I et dans la Convention de Lugano.

1105. Article 2.2 (3) *a)*.

1106. Article 2.2 (3) *b)*.

1107. Article 2.2 (3) *c)* et *d)*.

1108. Pour l'étude de ce mécanisme, cf. *infra* par. 524 ss.

1109. Voir la jurisprudence citée par A. Bucher, « La compétence universelle civile », *Recueil des Cours*, tome 372 (2015), p. 9.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

une entreprise américaine [1110]. Le for du défendeur n'a jamais été un for connu, en temps que tel, aux Etats-Unis et le for du *doing business* a été considérablement restreint, voire pratiquement abandonné [1111]. Certes, on pourrait espérer que le législateur américain s'empare de ces questions et adopte une loi moderne, mais ce n'est pas quelque chose qui semble probable dans les prochaines années. On peut aussi penser que le contentieux ayant été éliminé des juridictions fédérales, il puisse être repris devant les juridictions des Etats fédérés [1112].

518. En Europe, en raison de l'existence d'un chef de compétence générale au for du défendeur, la poursuite d'une société domiciliée en Europe pour des agissements perpétrés à l'étranger et ayant causé un dommage à l'étranger, vis-à-vis de victimes étrangères, est possible devant un juge de l'un des Etats membres de l'UE. C'est ainsi que le tribunal de district de La Haye a pu se déclarer compétent dans l'affaire *Akpan* à la fois à l'encontre de la société mère et de sa filiale nigériane poursuivies en même temps et ce au titre de la règle de la pluralité de défendeurs. Sur le fond, seule la filiale nigériane est condamnée pour avoir violé son obligation de protection à l'égard du peuple des Ogoni au Nigeria au cours des opérations d'exploitation pétrolière. La société mère Shell Pays-Bas est exonérée de son obligation sur le fondement d'une absence de contrôle des agissements de la filiale [1113].

519. On le constate, de nombreuses difficultés naissent de l'inexistence de règles de compétence juridictionnelle adéquates, ou en tout cas, de l'impossibilité pour les juges d'appliquer avec une certaine souplesse les règles de compétence existantes, alors que les propositions doctrinales, telle celle de l'ILA/ADI, n'ont pas encore été reprises par un texte. C'est pour toutes ces raisons que la Professeure Maya Steinitz propose la création d'un tribunal civil international, tribunal spécialisé, qui aurait compétence pour statuer sur ce type de litiges [1114]. L'idée est visionnaire, mais difficile à mettre en œuvre par manque de volonté

1110. Affaire *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co*., 17 avril 2013, 133 S. Ct. 1659 (2013). Voir aussi *Jesner c. Arab Bank*, 24 avril 2018, 584 U.S. ___ (2018) ; *Cardonna* et al. *c. Chiquita Brands International, Inc*., 24 juillet 2014 (U.S. Court of Appeals, 11e circuit) no 12-14898. Pour un avis contraire, voir A. Bucher, *op. cit. supra* note 1109, à la p. 30.

1111. *Daimler c. Baumann*, 14 janvier 2014, 134 S. Ct. 746 (2014).

1112. C'est ce que soutiennent P. Hoffmann et B. Stephens, « International Human Rights Cases under State Law and in State Courts », *U.C. Irvine L. Rev*. 2013, p. 9-23.

1113. Affaire no C/09/337050/HA ZA 09-1580.

1114. M. Steinitz, *op. cit. supra* note 100.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

politique des Etats et l'impossibilité de réunir le budget nécessaire pour créer et maintenir en activité un tel tribunal.

520. Ce qui précède a montré que, même si les parties au différend sont des parties privées, la compétence du juge national peut être problématique. Elle est encore plus problématique lorsque le défendeur est un Etat, un chef d'Etat ou un démembrement de l'Etat. Dans ce cas, en effet, la compétence du tribunal national se heurte à l'immunité de juridiction dont l'Etat ou ses démembrements peuvent bénéficier. Nous n'avons pas l'intention de proposer de longs développements sur ce sujet qui est largement traité en littérature, mais simplement d'appeler l'attention du lecteur sur les plus récents développements significatifs en la matière.

521. Alors que, durant de très nombreuses années, la matière de l'immunité des Etats, contrairement aux immunités diplomatiques et consulaires, n'avait pas fait l'objet d'une codification internationale, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, a enfin été adoptée en 2004. Pour un pays comme la France qui, contrairement à de nombreux pays de *common law*, s'était toujours refusé à légiférer en la matière et n'avait même pas accédé à la Convention européenne [1115], la Convention des Nations Unies est un instrument utile. C'est pourquoi la France l'a ratifiée [1116]. Celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur faute d'avoir réuni les ratifications nécessaires, mais par certains égards, elle peut être considérée comme une codification du droit coutumier international, fondement sur lequel la CIJ s'est basée dans l'affaire qui a opposé l'Allemagne à l'Italie [1117]. Elle peut donc faire l'objet d'une application anticipée.

522. Si les sources du droit de l'immunité sont désormais un peu plus lisibles grâce à la Convention des Nations Unies, il n'en demeure pas moins que les obstacles demeurent. Certes, du point de vue du pouvoir juridictionnel du juge national, la théorie dite de «l'immunité restreinte» permet incontestablement de saisir valablement et plus souvent les tribunaux nationaux. Mais il semble que, dans certains pays, l'immunité d'exécution s'est durcie si bien qu'elle laisse les demandeurs avec une victoire à la Pyrrhus. La loi française qui a entraîné cette conséquence a été une loi de circonstances suscitée par l'affaire *Yukos* et les multiples tentatives d'exécution de cette sentence [1118], annulée

1115. Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 1972.
1116. Ratification du 12 août 2011.
1117. *Allemagne c. Italie* (la Grèce intervenant), arrêt du 3 février 2012.
1118. Sentence rendue sous l'égide de la CPA, La Haye, 18 juillet 2014.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

au lieu où elle a été rendue [1119], à l'encontre de biens appartenant à la Fédération de Russie [1120].

523. Pour conclure sur la compétence des juges nationaux en matière internationale, les nombreux obstacles auxquels les parties doivent faire face n'en font pas des juridictions très attractives, même si elles sont pourtant celles qui connaissent le plus grand nombre de cas de contentieux international. Leur compétence doit être renforcée et la coopération entre les juges améliorée afin que les justiciables puissent y accéder de manière plus satisfaisante [1121]. Ce que nous allons maintenant étudier ne fera que confirmer ce besoin de coopération.

D. La litispendance et le forum non conveniens

524. La litispendance naît d'une situation dans laquelle deux juridictions se déclarent compétentes en même temps, pour le même litige, entre les mêmes parties [1122]. Les cas les plus fréquents de litispendance se font jour au sein d'un même ordre juridique (litispendance interne). Il peut cependant exister aussi une situation de litispendance entre deux juridictions qui n'appartiennent pas au même ordre judiciaire. C'est le cas dans la litispendance internationale puisque les deux tribunaux en concurrence appartiennent chacun à l'ordre judiciaire d'un Etat différent. C'est également le cas lorsqu'il existe une litispendance entre un tribunal arbitral et une juridiction nationale, entre un tribunal arbitral et une juridiction internationale [1123], ou entre une juridiction internationale et une juridiction nationale [1124]. On peut douter de

1119. Décision de la Cour de district de La Haye, 20 avril 2016 en raison de l'absence d'un accord compromissoire valable. La Cour d'appel de La Haye décide que les objections des appelants étaient partiellement fondées par un arrêt du 25 septembre 2018 (affaire nº C/09/477160/HAZA15-1C/09/477162/HAZA15-2 et C/09/481619/HAZA15-112).

1120. Le résultat concret de la nouvelle loi en France fut l'impossibilité pour les actionnaires de Yukos de se prévaloir de la sentence (cf. par exemple, Paris, 12 décembre 2017, n° 15/11666 et les arrêts du 18 octobre 2018, notamment arrêt n° 16/08806).

1121. Cf. ce que nous dirons *infra* dans le chapitre 12.

1122. Parfois, on exige même que les juridictions en concurrence se situent au même niveau de la hiérarchie judiciaire. Sur toutes ces questions, voir F. Mailhé, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions – La compétence face à la mondialisation économique*, Economica, 2016.

1123. La CIJ évite la litispendance dans l'affaire *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni),* 19 mai 1953, en délimitant très précisément les questions qui étaient soumises à l'arbitrage et celles qui lui étaient soumises, de manière à ne pas empiéter sur la compétence du tribunal arbitral. Il en irait de même si le Conseil de sécurité des Nations Unies était saisi en même temps que la CIJ, les questions posées au Conseil étant de nature politique alors que celles posées à la Cour sont de nature juridique. En ce sens, v. R. Kolb, *op. cit. supra* note 804*,* p. 1253.

1124. En sens inverse, cf la décision de la CPJI mentionnée *infra*, note 1126.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'existence d'une véritable litispendance dans ces dernières hypothèses, mais faute de concept plus approprié c'est celui de litispendance qui est habituellement usité. Ces situations de litispendance ne font pas l'objet d'une réglementation internationale. Le seul moyen vraiment efficace d'éviter la litispendance consiste à édicter des règles de compétence exclusive afin que chaque juridiction soit préservée de la concurrence d'une autre juridiction. Toutefois, les règles de compétence exclusive, même pour les juridictions nationales, sont assez rares. Elles n'existent pas pour les juridictions internationales, même si rien n'empêche les Etats de se mettre d'accord, dans un traité, sur la nature exclusive de la compétence conférée à une juridiction internationale [1125]. La règle est plutôt inverse en droit international public. Ainsi, l'article 95 de la Charte des Nations Unies prévoit que les Etats membres peuvent toujours confier leurs différends à d'autres tribunaux que la CIJ [1126]. L'article 282 du Traité de Montego Bay prévoit que si les Etats parties se sont engagés dans un autre accord général, régional ou bilatéral, sur un autre mode de règlement des différends, c'est cet accord qui prévaut sur la Convention [1127]. C'est ce qui a été fait, par exemple, dans l'affaire *Mox Plant*.

525. Dans cette affaire, l'Irlande reprochait au Royaume-Uni sa gestion de l'usine Mox qui, compte tenu du transport de produits radioactifs dans la mer d'Irlande, pouvait accentuer la pollution dans cette zone. Outre la Convention de Montego Bay, s'appliquait la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-

1125. Cette question se discute pour la CJUE. En effet, la Cour a interprété l'article 344 TFUE comme lui conférant une sorte d'exclusivité. C'est le cas, notamment, dans l'affaire *Achmea*, C-284/16, 6 mars 2018.

1126. R. Kolb, *op. cit. supra* note 804, indique que la CIJ ne s'est jamais trouvée en situation de litispendance. La CPJI avait eu à statuer sur une telle hypothèse dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (décision sur la compétence de 1925, Série A nº 6, p.20). La Cour, cependant, estime qu'il n'y a pas de situation de litispendance et s'exprime en ces termes :

> « Il est évident que les éléments fondamentaux de la litispendance ne se retrouvent pas ici. Il ne s'agit pas de deux demandes identiques … Les plaideurs ne sont pas les mêmes. Enfin, les tribunaux arbitraux mixtes et la Cour permanente de justice internationale ne sont pas des juridictions du même ordre ; et cela serait vrai, à plus forte raison, de la Cour et du Tribunal civil polonais de Katowice. »

1127. Toutefois, en 1999, et de manière assez étonnante, le TIDM refuse de considérer l'acceptation de la compétence obligatoire de la CIJ par les deux Etats en litige, comme se qualifiant au titre de l'article 282. Cf. l'affaire *Thon à nageoire bleue,* 1999, *Nouvelle-Zélande c. Japon* et *Australie c. Japon* (mesures conservatoires). Décision implicite.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Est (dite Convention OSPAR) [1128]. L'Irlande a donc saisi un tribunal arbitral en violation de la Convention OSPAR [1129] ; un tribunal arbitral pour la violation de la Convention de Montego Bay et le TIDM pour des mesures provisoires [1130]. De son côté, le Royaume-Uni demandait à la Commission européenne de poursuivre l'Irlande devant la Cour de Luxembourg en violation de l'article 344 du TFEU selon lequel les Etats membres de l'UE s'engagent à ne pas soumettre leurs différends à d'autres mécanismes que ceux prévus par les Traités européens [1131]. Les arbitres et les juges saisis d'une part de la Convention OSPAR et de l'autre de la Convention de Montego Bay (mesures provisoires) estimèrent que leur compétence *ratione materiae* étant différente, il ne pouvait y avoir litispendance entre eux. Evidemment, en droit strict ils ont eu raison de ce faire [1132]. Toutefois, le danger que l'on veut éviter en régulant la litispendance c'est que les deux juridictions rendent des décisions incompatibles. Or, les faits étant les mêmes, ce danger ne peut être écarté bien que les deux juridictions statuent sur des textes différents. Toutefois, le tribunal arbitral formé en vertu de l'annexe VII de la Convention de Montego Bay, a pris une position plus nuancée [1133]. Ce tribunal était soucieux de ce que l'on pourrait appeler un « conflit de compétence » entre sa propre compétence et celle de la Cour de Luxembourg. Après avoir analysé les questions en cause (dont aucune ne pouvait être exclusivement traitée par le droit européen ou par la Convention), le tribunal arbitral voulut, en réalité, connaître la position de la Cour de Luxembourg si bien qu'il décida, fait rarissime, d'une autolimitation de sa propre compétence et s'exprima en ces termes :

> « In the circumstances, and bearing in mind considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights

1128. Signée à Paris le 22 septembre 1992, elle est issue de la fusion de la Convention d'Oslo de 1972, traitant de la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion, et de la Convention de Paris traitant des rejets d'origine tellurique.

1129. Tribunal arbitral, « OSPAR » arbitration, *(Ireland c. United Kingdom)*, 2 juillet 2003.

1130. TIDM, *Mox Plant (Ireland c. United Kingdom)*, ordonnance du 3 décembre 2001 avec une opinion séparée du juge Julio Treves. Nous mentionnons cette procédure bien qu'il s'agisse de mesures provisoires alors que, traditionnellement, les demandes de mesures provisoires sont exclues de la litispendance qui ne peut intervenir qu'entre juridictions saisies sur le fond.

1131. CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, affaire C-459/03.

1132. Une règle similaire s'applique en droit privé français, Civ. 1, 28 janvier 2015, nº 13-24742.

1133. *Mox Plant Case (Ireland c. United Kingdom)*, ordonnance nº 3, 24 Juin 2003.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> and obligations as between two States, the Tribunal considers that it would be inappropriate for it to proceed further with hearing the Parties on the merits of the dispute in the absence of a resolution of the problems referred to. Moreover, a procedure that might result in two conflicting decisions on the same issue would not be helpful to the resolution of the dispute between the Parties. For these reasons, the Tribunal has decided that further proceedings on jurisdiction and the merits in this arbitration will be suspended. » [1134]

Cette manière élégante de procéder permet ainsi au tribunal de demeurer saisi en cas de nécessité, mais de laisser à la Cour de Luxembourg la possibilité de s'exprimer sur sa propre compétence. Elle le fit en 2006 [1135] (c'est bien tard) en confirmant que l'article 344 TFEU (ancien article 292 TCE) oblige les Etats membres de l'UE à ne recourir entre eux qu'aux moyens de règlement des différends prévus par le Traité européen. Compte tenu de cette décision, le tribunal arbitral a mis fin à la procédure par une ordonnance du 6 juin 2008.

526. Un contre-exemple peut être pris de l'arbitrage entre la Belgique et les Pays-Bas relatif à la ligne du Rhin de fer *(Ijzeren Rijn)* [1136]. Dans cette affaire, le tribunal arbitral note que s'il était amené à statuer sur une question de droit européen et que cette question posait difficulté, elle devrait être posée à la CJUE. Toutefois, l'intégralité du dossier ne reviendrait pas à cette juridiction dans la mesure où les règles de fond applicables à l'affaire ont une source autre que le droit européen [1137]. Une saine répartition des rôles est ainsi ménagée, idée que ne partage pas la CJUE qui a tendance à considérer que dès qu'un litige, en tout ou en partie, touche au droit européen, elle a compétence exclusive pour statuer, en vertu du principe dit de la protection de l'intégrité de l'ordre juridique européen. Une exception a fort heureusement été admise

1134. *Ibidem* par. 28 et 29.

1135. CJUE C-459/03, *Commission c. Irlande*, 30 mai 2006. Du fait de cette décision, l'Irlande retire sa demande en arbitrage, ce qui est acté par l'ordonnance du TA nº 6 du 6 juin 2006.

1136. *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, *Belgique c. Pays Bas*, 24 mai 2005.

1137. On note que c'est la ligne de raisonnement qu'ont pris la plupart des tribunaux d'investissement statuant sur des situations intra-européennes (l'investisseur étant ressortissant d'un Etat membre de l'UE et l'Etat hôte étant un autre Etat membre de l'UE. Par exemple *Vittenfall c. Allemagne*, ICSID nº ARB/12/12, 31 août 2018 ; *Greentech c. Espagne*, SCC/ECT, sentence du 14 novembre 2018 ; *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, SCC No. 008/2004, UNCITRAL *(Partial Award of 27 March 2007)*, *Eureko B. V. c. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL *(Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010)*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

par la Cour dans l'avis qu'elle a rendu le 30 avril 2019, à propos du mécanisme de règlement des différends prévu par l'accord CETA (avis 1/17), mais en vertu d'un raisonnement qui laisse perplexe.

527. Quelles leçons pouvons-nous tirer de ces affaires ? Tout d'abord, les cas de litispendance entre juridictions internationales sont relativement rares, mais ne sont pas inexistants, comme le montre la Convention de Montego Bay elle-même, puisqu'elle permet de saisir divers moyens de règlement des différends. Et comme le choix appartient généralement au demandeur, selon la partie qui prendra ce rôle, plusieurs juridictions peuvent être saisies à front renversé. On trouve le même écueil en droit privé dans les Conventions en matière de transport, qui proposent des fors multiples à la disposition des demandeurs. En second lieu, en l'absence de règles générales permettant de gérer la litispendance, seule une autolimitation exercée par le juge permet une saine gestion de la litispendance. Malheureusement, c'est généralement l'inverse qui survient. Chaque juge, trop sourcilleux de ses propres prérogatives, ne peut pas imaginer se dessaisir au profit d'un autre juge, comme le montre la jurisprudence de la CJUE.

528. Dès lors, il n'y a guère que l'accord de volonté qui peut conférer l'exclusivité à la juridiction choisie par les parties. En droit privé, la présomption est désormais bien établie selon laquelle, si les parties ne se prononcent pas sur la nature de la compétence conférée par une élection de for, celle-ci est présumée être exclusive. La tradition de *common law* était plutôt en sens inverse, mais c'est la tradition civiliste qui a été retenue par la Convention de La Haye sur les conventions d'élection de for, car elle permet une plus grande sécurité juridique et une simplification de l'administration de la justice [1138]. La même exclusivité s'attache aux accords d'arbitrage, sauf accord exprès contraire des parties.

529. Même en droit international privé, la litispendance est vraiment le parent pauvre de l'harmonisation internationale du droit. Les seuls textes qui existent sont à nouveau ceux du règlement Bruxelles I (qui s'applique uniquement à une litispendance entre les juridictions des pays de l'UE) et de la Convention de Lugano (pour les situations de litispendance entre les juridictions de l'UE d'un côté et celles des pays de l'AELE de l'autre). Evidemment, il est possible, comme le fait le droit judiciaire privé aux Etats-Unis d'Amérique, de ne pas

1138. Convention sur les accords d'élection de for, 30 juin 2005, article 3 *b)*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

se préoccuper de la litispendance, de laisser les tribunaux faire leur travail dans l'ignorance l'un de l'autre, puis, dès qu'un tribunal se prononce, de plaider l'autorité de chose jugée de cette décision devant l'autre tribunal, par hypothèse toujours saisi. Outre que cette manière de procéder est extrêmement onéreuse pour les parties parce qu'elles doivent pleinement se défendre devant deux juridictions en même temps, elle n'est pas propice à une bonne administration de la justice ni à une saine utilisation des budgets des systèmes judiciaires qui ont tendance à ne plus pouvoir faire face aux besoins de justice des citoyens. Il est donc largement préférable de prévoir des règles pour gérer la litispendance de manière préventive plutôt que de laisser les procédures se poursuivre en parallèle et jouer la carte de la juridiction la plus rapide.

530. Un exemple patent de litispendance potentielle est constitué par l'article 287 de la Convention de Montego Bay intitulé « choix de procédure » qui permet aux Etats de choisir l'un et/ou l'autre des quatre mécanismes suivants : *a)* le Tribunal international du droit de la mer ; *b)* la Cour internationale de Justice ; *c)* un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII ; *d)* un tribunal arbitral spécial constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs catégories de différends qui y sont spécifiés [1139]. Le mécanisme de litispendance trouvé par les négociateurs consiste à donner une hiérarchie à ces différents mécanismes. Ainsi, grâce à l'autonomie de la volonté, lorsque les Etats parties à la Convention ont choisi le même mécanisme de règlement des différends, c'est celui-ci qui l'emporte, sauf accord contraire par les parties elles-mêmes. Cela fonctionne très bien si l'un des Etats en litige n'a opté que, pour un seul mécanisme également choisi par l'autre. Mais si les Etats en présence ont opté pour plusieurs mécanismes et que ce sont les mêmes, l'article 287 ne prévoit rien dans une telle hypothèse. On peut penser que les Etats trouveront facilement un accord dans un tel cas. Sinon, l'article 288.4 confère à chaque cour ou tribunal la compétence de sa compétence. L'article 287.5 prévoit que l'arbitrage de l'annexe VII prévaut si les Etats n'ont pas choisi le même mécanisme de règlement des différends.

1139. Une exception existe pour la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins installée au sein du TIDM qui semble bénéficier d'une compétence exclusive en vertu de l'article 287.2 de la Convention, dans les conditions et les modalités prévues à la section 5 de la partie XI de la Convention.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

531. En droit français, en dehors des cas dans lesquels les textes européens s'appliquent [1140], l'exception de litispendance internationale n'est pas réglementée par le Code de procédure civile si bien qu'il est revenu à la Cour de cassation d'organiser son régime. Elle l'a fait en transposant le régime de la litispendance interne [1141]. Tout d'abord, le juge étranger doit déjà être saisi antérieurement à la saisine du juge français, sinon il ne peut y avoir de litispendance [1142]. L'identité des instances est regardée avec grande attention par le droit français si bien que si l'une des parties diffère entre les deux instances, cette différence justifie que l'exception de litispendance soit rejetée [1143]. Si l'identité des parties est partielle, la litispendance peut être accueillie pour ces parties seulement, le procès se poursuivant pour les autres parties [1144]. Cette solution ne doit pas être appliquée de manière automatique dans la mesure où l'absence de certaines parties dans une procédure peut engendrer une distorsion de l'instance et ne pas correspondre à la meilleure administration de la justice. Il conviendra donc que le juge analyse avec précaution les avantages que peut représenter l'accueil de l'exception de litispendance afin de laisser la priorité au juge étranger, par rapport à l'avantage d'un procès « complet » devant les juridictions françaises. Concernant l'identité de l'objet de l'instance, la CJUE a décidé qu'il n'y avait pas litispendance quand l'une des actions tendait à établir la responsabilité du propriétaire d'un navire et l'indemnisation de la victime de l'accident, alors que l'autre action, entamée elle par le propriétaire du navire tendait à limiter l'indemnité due [1145]. Enfin, la juridiction française doit s'assurer que si elle accepte l'exception de litispendance et se dessaisit au profit de la juridiction étrangère, le jugement qui interviendra à l'étranger pourra être exécuté. Cela nécessite que le juge français soit convaincu que le juge étranger est compé-

1140. Les textes européens diffèrent. Le règlement 1215/2012 traite de la litispendance entre deux juridictions des Etats membres de l'UE, mais aussi lorsqu'elle existe entre une juridiction d'un EM et une juridiction d'un Etat tiers (art. 33). Dans ce dernier cas elle est optionnelle pour le juge. Le règlement 2201/2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, ne traite de la litispendance qu'entre juridictions des EM de l'UE (art. 19).

1141. Civ. 1, 26 novembre 1974, *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 491, note D. Holleaux et *JDI*, 1975, p. 108, note A. Ponsard.

1142. Civ. 1, 3 décembre 2014, n° 13-25802.

1143. Soc. 28 janvier 2015, n° 13-23006.

1144. C'est une solution européenne que le juge français a adoptée (CJUE, C-406/92 et Civ. 1, 24 septembre 2014, n° 11-19516.

1145. CJCE, C-39/02, 14 octobre 2004.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

tent [1146]. C'est d'ailleurs pour cela que l'exception de litispendance est rejetée lorsque le juge saisi de cette exception est exclusivement compétent au regard de ses propres règles. C'est ce que la Cour de cassation française avait décidé durant de nombreuses années tant que les articles 14 et 15 du Code civil [1147] étaient considérés comme conférant compétence exclusive au juge français. A partir du moment où la Cour décide qu'il ne s'agit pas d'une compétence exclusive, le jeu de l'exception de litispendance redevient possible [1148].

532. Proche de la litispendance, la connexité peut également justifier que le juge saisi se dessaisisse au profit d'un juge étranger. Il faut pour cela que les deux instances soient suffisamment proches pour qu'il y ait un intérêt à les juger ensemble de manière à éviter que des jugements incompatibles soient rendus [1149].

533. Pour finir, disons quelques mots sur la théorie du *forum non conveniens*. Institution de *common law* [1150], elle permet à un juge, saisi et compétent en vertu de ses propres règles, de décliner cette compétence parce qu'il estime qu'un autre juge est plus adapté pour statuer sur le litige [1151]. C'est à la demande du défendeur qu'une telle application peut être faite. De nombreux critères sont pris en considération avant que le juge ne décide de décliner sa compétence : lieu de survenance des faits litigieux, droit applicable, situation géographique des preuves, difficulté d'accès du tribunal étranger, etc. Pour faire application du *forum non conveniens*, il n'est nul besoin que le tribunal étranger, en faveur de qui le juge saisi se déclare *non conveniens*, soit déjà saisi du litige. Nul besoin de litispendance donc. Toutefois, si le juge étranger n'est pas déjà saisi le juge à qui est demandé l'application du *forum non conveniens* peut parfaitement émettre des conditions à la charge du défendeur : acceptation sans limite de la compétence du juge étranger, participation à la procédure à l'étranger et même, exécution de la décision étrangère qui sera rendue. Le juge doit en effet éviter de créer un déni de justice.

1146. Com. 19 février 2013, n° 11-28846, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 638, comm. J.-P. Rémery.

1147. Ces règles de compétence sont respectivement fondées sur la nationalité française du demandeur et la nationalité française du défendeur.

1148. Voir par exemple Civ. 1, 22 mai 2007, n° 04-14716 et, accueillant l'exception de litispendance, Civ. 1, 1er décembre 2010, n° 09-70132.

1149. Pour la France, Civ. 1, 10 mars 1969, *JDI* 1969, p. 659, note J.-D. Bredin.

1150. Mais elle a été adoptée par le Québec.

1151. Il n'est pas nécessaire que l'autre juge soit déjà saisi, si bien que le *forum non conveniens* peut intervenir alors que nous ne sommes pas en situation de litispendance.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

534. Le *forum non conveniens* est interdit dans les relations intra-européennes ou, autrement dit, les relations qui tombent dans le champ d'application du règlement Bruxelles I. Ceci résulte de l'affaire *Owusu c. Jackson* jugée par la CJUE en 2005 [1152]. Plusieurs motifs ont inspiré la Cour de Luxembourg, les deux principaux étant : *a)* Admettre qu'une juridiction compétente décide de ne pas exercer cette compétence rend plus incertain le contentieux international. Or, la sécurité juridique forme l'un des principes généraux du droit de l'UE. *b)* La compétence générale organisée au for du défendeur par le droit européen doit être un for disponible en toutes circonstances et les demandeurs doivent pouvoir le saisir quelles que soient les spécificités de l'affaire. Pourtant, s'il est interdit au titre de Bruxelles I, un mécanisme proche appelé « renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire » a été inséré dans le règlement 2201/2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale [1153]. Ce mécanisme est adossé à une injonction de coopération entre les juridictions concernées, soit par voie directe, soit par l'intermédiaire des autorités centrales [1154]. Ce transfert est soumis à l'acceptation d'une des parties au moins, ce qui permet de ne pas passer outre un accord procédural des parties concernant la compétence de la juridiction saisie. On peut penser en effet que si les deux parties s'opposent au transfert, c'est qu'elles sont satisfaites que la juridiction saisie est la meilleure dans le cas d'espèce. Le transfert est encadré par des conditions strictes : l'enfant doit avoir un lien particulier avec la juridiction vers qui le transfert est envisagé ; il faut que le transfert serve l'intérêt supérieur de l'enfant ; la juridiction qui procède au transfert ne peut se dessaisir que si l'autre juridiction est saisie dans le délai qui a été imparti.

535. Plusieurs « causes célèbres » en droit international privé ont permis de comprendre les avantages et les inconvénients de ce mécanisme. Aux Etats-Unis c'est l'affaire *Bhopal* qui est la plus connue [1155]. Au Royaume-Uni, c'est l'affaire *Lubbe* qui donne le cadre dans lequel la théorie contemporaine du *forum non conve-*

1152. CJUE, C-281/02, 1er mars 2005.
1153. Article 15.
1154. Article 15.6.
1155. De très nombreuses décisions ont été rendues tant aux Etats-Unis, qu'en Inde et dans d'autres pays, à propos de l'accident industriel causé par Union Carbide en Inde le 2 décembre 1984. Les juridictions américaines ont décidé qu'elles sont *forum non conveniens* alors même que la société défenderesse a son siège aux Etats-Unis. Cf. *Union Carbide,* DC NY, 5 décembre 1986, 25 *ILM* (1986), p. 771 ; 2nd Cir. 1987, 809 F 2nd 195.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

niens se développe [1156]. En France, c'est l'affaire *West Caribbean Airways* [1157] qui a permis de comprendre les conséquences d'une absence de coopération entre les juridictions. Cette affaire est très significative du manque de coopération entre les juges des différents pays. Dans cette affaire, les victimes d'un crash aérien reliant Panama à Fort-de-France décidèrent de poursuivre le transporteur et divers autres défendeurs devant les juridictions de Floride, aux Etats-Unis, en vertu d'une des compétences qui leur étaient ouvertes par la Convention de Montréal. Alors que les juges américains s'étaient déclarés *non convenient*, les juges français se déclarent incompétents car, pour eux, la Convention de Montréal en ouvrant un choix de chefs de compétence aux victimes, s'appuie sur l'autonomie de la volonté et donc le caractère exclusif du choix opéré par le demandeur, ce qui rend le for choisi par lui « impératif ». En d'autres termes, la France dit aux Etats-Unis, c'est vous qui devez vous déclarer compétent [1158].

536. Dans l'affaire *Flash Airlines* [1159], les ayants droit des victimes du crash aérien de l'avion opéré par Flash Airlines, survenu en Egypte, se sont confrontés aux mêmes difficultés de coordination entre les tribunaux américains et les tribunaux français car une partie d'entre eux avait saisi les juridictions de Californie et l'autre partie les juridictions françaises. Par une décision de 28 juin 2005, le tribunal du district central de Californie décidait d'appliquer le *forum non conveniens*, mais à condition que les demandeurs français acceptent de se soumettre à la compétence des juridictions françaises et que ces dernières se déclarent effectivement compétentes. Cette décision, sage au demeurant, permettait d'éviter le déni de justice.

537. La France ne connaît pas dans son droit la théorie du *forum non conveniens*. En revanche elle admet l'effet en France d'une injonction *anti-suit* à l'encontre d'un plaideur devant les juridictions françaises

1156. *Lubbe and ors c. Cape Plc,* [2000] 1 WLR 1545, cité à nouveau dans l'affaire *Vedanta*, [2017] EWCA Civ. 1528, 13 octobre 2017. L'affaire *Vedanta* a été jugée par la Cour suprême du Royaume-Uni le 10 avril 2019, sur la question de la compétence juridictionnelle internationale des juridictions anglaises.

1157. Civ. 1, 7 décembre 2011, nº 10-30919.

1158. Sur cette affaire et d'autres, on peut lire avec profit, notamment, E. Treppoz, « Du dialogue au monologue : retour sur la régulation transatlantique de la compétence », *RDC* 2014, p. 698 et toutes les contributions diverses de la doctrine surtout française que cette affaire a suscitées, citées par l'auteur. Voyez également comment résoudre cette question *infra* dans le chapitre 12 sur le dialogue des juges.

1159. Paris, 6 mars 2008, RG nº 06/15786, *D*. 2008.1452 et Cass. crim. 30 avril 2009. Notons que la décision de la Cour d'appel est réformée uniquement sur le point de savoir si l'on peut faire un appel immédiat sur la question de la compétence internationale.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

alors que le plaideur avait saisi les juridictions françaises en violation d'une clause d'élection de for contractuelle [1160].

E. Le déni de justice

538. On aimerait pouvoir affirmer que la lutte contre le déni de justice est devenue une politique juridique et judiciaire commune à l'ensemble des Etats formant la société internationale. Pourtant rien n'est moins sûr, même si de nombreux Etats ont accueilli dans leur droit judiciaire privé international une compétence selon laquelle les juges de cet Etat sont compétents lorsqu'aucun tribunal de par le monde n'est compétent ou ne veut exercer la compétence que lui donne ses règles. Ce for est souvent appelé « for de nécessité » ou en latin *« forum necessitatis »*. Ce for est parfois confondu avec le for de la compétence universelle [1161]. Pourtant il doit en être distingué car la compétence universelle ne nécessite pas de lien avec le for saisi alors que le for de nécessité exige un tel lien, même s'il peut être ténu.

539. La formulation d'une règle de compétence fondée sur la lutte contre le déni de justice peut être trouvée dans l'article 3 de la LDIP suisse :

> « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétents. »

On constate que la règle énoncée prend appui sur trois tests : il faut qu'aucun juge ne soit compétent dans le monde ; s'il existe un juge compétent, il faut que sa saisine soit impossible pour des raisons juridiques ou factuelles ; si l'un des deux premiers tests est rempli, il faut qu'il existe un lien entre le litige et la Suisse pour que l'un de ses juges puisse se saisir au titre du for de nécessité. Nous verrons plus tard dans cette section comment cette règle a été interprétée dans l'affaire *Naït-Liman* jugée par la CourEDH. Ces trois tests sont peu ou prou ceux exigés par la plupart des pays qui connaissent le for de nécessité dans leur système juridique. Trois règlements européens incluent une disposition sur le for de nécessité [1162].

1160. Civ. 1, 14 octobre 2009, *In Zone Brands,* n° 08-16549.

1161. Voir *infra* section F.

1162. Ce sont les règlements UE n° 2016/1103 du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

540. Le mécanisme dit du « renvoi de compétence » peut être une des techniques permises pour éviter le déni de justice. Ainsi lorsque le contrat contient une clause d'élection de for nulle en vertu du droit de l'Etat dont les juridictions sont désignées, et que ce droit désigne les juridictions d'un autre Etat, cet autre Etat doit accepter la compétence qui lui est ainsi offerte alors même que ses propres règles ne lui donnent pas compétence. Mais ce mécanisme est relativement rare et nous n'en avons trouvé qu'un exemple ancien en droit français [1163].

541. La juridiction saisie peut aussi se déclarer compétente en vertu d'un impératif catégorique dicté par ses règles d'ordre public. C'est ce que fait le juge français dans une affaire mettant en cause ce qu'il est convenu d'appeler « l'esclavage moderne ». La Cour de cassation retient la compétence des juridictions françaises et l'application du droit français afin de protéger une salariée étrangère présente en France temporairement avec ses employeurs, alors que le contrat qui la liait prévoyait l'application d'un droit étranger et une élection de for à l'étranger. La Cour ne se demande pas si la salariée pouvait ou non agir à l'étranger, mais constate simplement que le lien avec la France est suffisant, la compétence étant fondée sur l'ordre public international empêchant de considérer comme licites les agissements des employeurs de cette personne, dont le passeport avait été confisqué et le contrat signé par ses parents et son frère [1164]. Les tribunaux français avaient été saisis uniquement parce que la salariée avait réussi à s'enfuir de la résidence de ses employeurs et s'était mise sous la protection d'une association luttant contre l'esclavage moderne.

542. Plus fréquemment, la compétence résulte de la constatation qu'il n'existe aucun juge étranger compétent, soit en raison de circonstances de fait (par exemple l'état de guerre civile du pays dans lequel les tribunaux sont compétents [1165]), soit en raison de circonstances

---

la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *JOUE* L 183, 8 juillet 2016, (art. 11) ; UE n° 650/2012, du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOUE* L201, 27 juillet 2012 (art. 11) ; Règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *JOCE* L 7, 10 janvier 2009, (art. 7).

1163. Cass., requête 22 janvier 1923, S. 24.1.73, note Niboyet.

1164. Soc. 10 mai 2006, n° 03-46593.

1165. C'était le cas dans l'affaire *Comilog* jugée en France. La cour d'appel de Paris avait effectivement retenu la compétence des juridictions françaises mais cette décision a été cassée par la Cour de cassation au motif que les juridictions étrangères étaient

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de droit ainsi que le montre l'affaire *NIOC* [1166]. Dans cette affaire, très particulière, mais très souvent citée comme représentative d'un for de nécessité, les juges français ont accepté leur compétence dans les circonstances suivantes : *a)* en raison du boycott entre les pays arabes et Israël les tribunaux israéliens étaient fermés à l'entreprise iranienne qui avait fourni du pétrole à Israël mais n'avait pas été payée ; *b)* les tribunaux iraniens ne pouvaient pas être compétents ; *c)* les contrats contenaient une clause compromissoire sous l'égide de la CCI dont le siège est à Paris ; *d)* l'arbitrage était bloqué ; *e)* la seule question à trancher était la compétence du juge d'appui français pour soutenir l'arbitrage. On le constate, le lien avec la France était extrêmement ténu. Mais il convenait de débloquer la situation pour permettre à l'entreprise iranienne de trouver un juge.

543. Par contraste, dans l'affaire mettant en cause la République arabe de Libye pour la destruction par un attentat du DC 10 de la compagnie aérienne française UTA reliant Brazzaville à Paris via N'Djamena, la Cour de cassation française approuve la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir retenu la compétence des juridictions françaises au titre du déni de justice, car cette compétence ne peut en aucun cas « faire plier » l'immunité de juridiction dont bénéficie l'Etat défendeur en l'espèce [1167]. Et dans l'affaire *Comilog*, la Cour de cassation a considéré que le fait qu'une société française ait pris une participation au capital de la société étrangère défenderesse à l'instance n'était pas un lien suffisant avec la France pour justifier l'utilisation de la compétence en vertu de la lutte contre le déni de justice. Si l'on compare cette décision avec l'affaire *NIOC*, l'observateur est frappé par le contraste qu'elles révèlent, justifiant ainsi que certains commentateurs considèrent le for fondé sur la lutte contre le déni de justice comme un for très politique. Dans l'affaire *NIOC*, la France qui se veut la championne de l'arbitrage international considère que la seule mention de la CCI Paris dans la clause compromissoire permet de prouver l'existence d'un lien suffisant avec la France. Alors que dans l'affaire *Comilog*, il semble bien que le juge ait voulu préserver une société mère française contre

---

bel et bien saisies et que rien ne prouvait l'impossibilité d'obtenir une décision. Civ. 1, 14 septembre 2017, nº 15-26737 et 15-26738.

1166. *NIOC c. Israël*, Civ. 1, 10 mai 2006, *Rev. crit. DIP* 2006 p. 856, *JDI*, 2007, p. 531. Cette solution a été codifiée à l'article 1505, alinéa 4 du Code de procédure civile.

1167. *La Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire et socialiste c. GIE La Réunion Aérienne*, Civ. 1, 9 mars 2011, n° 09-14743.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les recours formés par les anciens salariés étrangers d'une de ses filiales à l'étranger.

544. La lutte contre le déni de justice a donné lieu à une jurisprudence de la CourEDH en matière d'immunité des organisations intergouvernementales internationales. En effet, il fut un temps durant lequel le personnel employé par ces organisations était démuni en cas de litige avec l'organisation car elles bénéficient d'une immunité fonctionnelle empêchant tout recours contre elles devant les juridictions du siège et aucun autre tribunal ne pouvait être compétent. Pour éviter ce déni de justice, la CourEDH leur a imposé soit de renoncer à leur immunité, soit d'organiser en leur sein un système de recours possédant toutes les caractéristiques d'indépendance et d'impartialité des juridictions extérieures.

545. Mais si nous avons douté en début de section que la lutte contre le déni de justice soit devenue un véritable principe général de droit international, c'est en raison de l'affaire *Naït-Liman* jugée par la CourEDH en 2018 [1168]. Un ressortissant tunisien, naturalisé suisse et demeurant en Suisse, cherchait à poursuivre en dommages et intérêts devant les juridictions suisses le responsable des tortures qui lui avaient été infligées et qui se trouvait temporairement en Suisse pour des soins médicaux. Les juridictions suisses, jusqu'au Tribunal fédéral, lui avaient refusé le bénéfice de l'article 3 de la LDIP (rappelé ci-dessus) au motif que ce texte doit s'interpréter restrictivement [1169] et qu'aucun lien, même ténu, ne liait l'affaire à la Suisse. Ce faisant, le Tribunal fédéral se situe au moment de la survenance des faits, alors qu'en matière de compétence, il est habituel de se situer au moment où le juge statue sur la compétence. Devant la CourEDH, le gouvernement suisse fait état de la révolution tunisienne de 2011 qui a permis au gouvernement de ce pays d'établir « une nouvelle démocratie et un système politique basé sur le respect des droits de l'homme et l'Etat de droit ». De plus, le gouvernement suisse fait état de la volonté de la Tunisie de mettre en place un système de justice transitionnelle. La Cour analyse longuement le droit international et la pratique subséquente contre la torture. Elle étudie le droit de trente-neuf des Etats membres du Conseil de l'Europe ainsi que la pratique d'Etats non membres, le rapport du

1168. Affaire *Naït-Liman c. Suisse*, CourEDH Grande Chambre, 15 mars 2018, nº 51357/07. Dans le même sens, dans la même affaire, Tribunal fédéral suisse, 22 mai 2007.

1169. Le tribunal s'appuie sur le Message du Conseil fédéral (l'exécutif) du 10 novembre 1982 (FF 1983 I 290).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Professeur Andreas Bucher pour l'Institut de droit international sur la compétence universelle civile dont il sera question ci-dessous ainsi que la résolution de l'ILA/ADI 2/2012 et sa disposition sur le for de nécessité. La Cour estime d'abord que la limitation au droit d'accès à un juge est légitime en l'espèce en se fondant sur des considérations de bonne administration de la justice (difficulté de la preuve, dissuader le *forum shopping*, difficulté d'exécuter la décision à venir, et, à titre surabondant, difficultés diplomatiques). Elle se demande ensuite si la limitation est proportionnée. Compte tenu de son interprétation restrictive du droit international, du fait qu'elle constate une frilosité de la pratique des Etats (empêchant la formation d'une coutume internationale) et que ceux-ci bénéficient dans ces domaines d'une marge d'appréciation, elle conclut que la limitation au droit d'accès à un juge est proportionnée et que la Suisse n'a pas dépassé la marge d'appréciation qui lui est reconnue. On note pour finir que l'arrêt est rendu par quinze voix contre deux seulement. Mais ces voix, celle du juge Dedov qui parle du « positivisme comme la face obscure du droit international » et celle du juge Serghides, dans un registre différent mais complémentaire, sont porteuses d'avenir.

546. Cette interprétation est regrettable à plus d'un titre. Comme nous l'avons dit ci-dessus, il n'y a aucune raison que le tribunal se place à la date des évènements pour décider du lien « suffisant » qui doit exister entre le litige et le pays dans lequel le tribunal est saisi au titre du for de nécessité. Il n'y a aucune raison de changer, uniquement pour le for de nécessité, la posture habituelle en matière de compétence juridictionnelle. Le juge doit se placer au jour où il statue. C'est à ce moment-là qu'il doit apprécier les liens qui peuvent exister entre son pays et le litige. Il n'existe aucune justification pour ne pas appliquer cette analyse classique en la matière et, d'ailleurs, ni le tribunal fédéral ni la CourEDH n'offrent aucune justification. De plus, la teneur exacte du lien est mal interprétée. Le lien « suffisant » ne peut pas équivaloir à un chef de compétence, sinon, l'application même du for de nécessité ne pourrait plus avoir lieu. Dans l'affaire *Naït-Liman*, les liens avec la Suisse étaient forts (nationalité du demandeur, résidence du demandeur). En tant que tels ils ne pouvaient donner lieu à une compétence des tribunaux suisses, au regard du droit suisse [1170], mais il s'agissait de liens largement suffisants pour le for de nécessité.

1170. On note toutefois que dans d'autres pays, la nationalité ou la résidence du demandeur peuvent être des chefs de compétence valables.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

F. La compétence universelle

547. Comme le dit une étude de la Cour de cassation française, « la compétence dite « universelle » des Etats en matière pénale est l'une des manifestations les plus saillantes de la mondialisation » [1171]. Pour que la compétence exercée par le juge national soit vraiment fondée sur la compétence universelle, encore faut-il que les crimes poursuivis ne se soient pas produits sur le territoire dans lequel il siège et que les auteurs des crimes ne soient ni l'un de leur ressortissant, ni résident sur ce territoire. La raison d'être de cette compétence est l'intérêt général de la société internationale de préserver la dignité humaine contre les crimes les plus odieux à l'encontre des êtres humains et la lutte contre l'impunité.

548. La compétence universelle pénale est aujourd'hui acquise, au moins dans son principe, comme le dit le Professeur Andreas Bucher [1172]. L'IDI a adopté une résolution lors de sa réunion de Cracovie en 2005 sur la compétence pénale universelle pour ce qui a trait au crime de génocide, crimes contre l'humanité et des crimes de guerre [1173] ainsi que toutes les violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international [1174]. Ce champ d'application matériel de la résolution est à la fois limité mais extensif. Il est limité en ce sens qu'il ne s'applique pas aux violations les plus fréquentes constatées au XXI^{e} siècle, comme l'esclavage, lorsque ces violations ne sont pas liées à un état de guerre. Mais pour les crimes visés, comme les crimes de guerre, la compétence est extensive dans la mesure où la guerre peut être une guerre civile, non internationale.

1171. Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude annuelle 2017, p. 179

1172. A. Bucher, « La compétence universelle civile », *Recueil des Cours*, tome 372 (2014), p. 21. Notons qu'A. Bucher, pour ce même sujet, a été rapporteur pour l'Institut de droit international qui a adopté une résolution à sa réunion de 2015 dont il sera fait état ci-après par. 553 ss. Le Cours professé à l'Académie par A. Bucher s'est nourri du travail de préparation du rapport et de la résolution de l'IDI. Il est plus complet que le rapport pour l'IDI. En 2012, *Amnesty International* a publié un rapport démontrant que 147 sur 193 Etats dans le monde avaient introduit dans leur droit au moins un chef de compétence universelle. Ce rapport est cité par D. Hovell, « The Authority of Universal Jurisdiction », *Europ. J. Int'l L.*, 2018, p. 427, à la p. 434.

1173. IDI, *Annuaire*, tome 71 (2005), II, p. 296. Le texte français utilisé pour ce cours est une traduction de la résolution préparée et adoptée en anglais.

1174. Voir également le rapport du Groupe d'experts Union africaine et Union européenne sur la compétence universelle, adopté le 15 avril 2009. Toutefois, l'Union africaine a dénoncé l'usage abusif de la compétence universelle dans une résolution de 2010 adoptée lors de sa quinzième session.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C'est le cas par exemple du Cambodge et les violations dont se sont rendus coupables les Khmers rouges.

549. Il s'agit d'une compétence additionnelle aux autres compétences que les Etats possèdent. Elle est généralement codifiée dans un texte législatif, la plupart du temps, pris en application d'un traité international auquel l'Etat en question est partie [1175]. Le mérite de la résolution de l'IDI est de proposer des règles pour aider les Etats à s'emparer de cette compétence. Elle est définie comme « la compétence d'un Etat de poursuivre tout suspect et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou à d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international » [1176]. C'est le droit coutumier qui sert de source à cette compétence, les Etats pouvant toujours la codifier dans un traité notamment pour s'engager vis-à-vis des autres Etats parties à ce traité à extrader ou juger tout suspect qui serait situé sur le territoire de l'un des Etats au traité.

550. La compétence universelle ne peut être exercée par l'Etat, dit la résolution de l'IDI, que si le suspect se trouve sur le territoire de l'Etat qui le poursuit, ou bien que sa présence est constatée à bord d'un navire battant pavillon de cet Etat ou à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat ou que l'Etat en a pris le contrôle de manière licite [1177]. Cette dernière référence a été dictée par l'histoire. Nous avons évoqué le procès Eichmann à Jérusalem [1178]. L'Argentine avait protesté pour dire que l'enlèvement d'Eichmann sur son territoire était une violation de sa souveraineté. Quarante ans plus tard, les membres de l'IDI s'en souviennent et interdisent donc une telle action en exigeant que l'Etat qui juge doit avoir pris le contrôle du suspect de manière licite. C'était la même difficulté que le juge Garzon en Espagne rencontrait pour pouvoir juger Pinochet. C'est pour cette raison qu'il avait eu besoin du Royaume-Uni pour l'extrader. Sans cela Pinochet ne pouvait être jugé en Espagne. La Grande-Bretagne aurait pu le juger, mais politiquement, elle n'était pas intéressée par une telle possibilité. Il ne nous semble pas que la situation serait différente aujourd'hui. L'exigence posée par l'IDI a été adoptée par certains Etats [1179].

1175. C'est le cas, notamment, pour les cas de torture pour tous les pays qui ont ratifié la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984.
1176. Résolution IDI, Cracovie, 2005, article 1.
1177. *Ibidem*, article 3. *b)*.
1178. Cf. *supra* chapitre 4.
1179. C'est le cas de la France, cf. l'article 699-1 du Code de procédure pénale.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

551. La résolution de l'IDI appelle aussi les Etats à coopérer entre eux et avec les juridictions internationales. Cette coopération a trait non seulement à l'exercice de la compétence mais aussi, après que l'Etat a décidé d'exercer la compétence universelle, à l'organisation du procès [1180]. Il est suggéré à l'Etat qui peut exercer la compétence universelle de se rapprocher de l'Etat sur le territoire duquel les faits se sont déroulés afin de savoir si cet Etat souhaite exercer la compétence qu'il possède et, dans ce cas, organiser l'extradition du suspect [1181]. Une limite est toutefois exprimée à cette suggestion de coopération : si l'Etat qui est saisi au titre de la compétence universelle est convaincu que l'autre Etat n'a pas la volonté de poursuivre ou n'en a pas la capacité, il n'est pas obligé de coopérer. Là encore on pense à l'affaire *Pinochet.* Les juges anglais de la seconde formation de la *House of Lords* [1182] étaient convaincus qu'A. Pinochet devait être jugé au Chili et non en Espagne. Les observateurs extérieurs savaient pourtant que cela ne serait pas possible compte tenu de l'orientation politique du gouvernement chilien de l'époque [1183]. Et d'ailleurs, il a fini ses jours dans son pays de manière paisible et entouré de l'affection des siens, comme le disent les romans de gare.

552. Enfin, l'Etat qui exerce la compétence universelle doit être lui-même un Etat de droit en ce sens qu'il respecte les « standards généralement reconnus concernant les droits de l'homme et le droit international humanitaire » [1184]. Il ne s'agit pas ici seulement de droit substantiel, mais aussi de droits fondamentaux dans l'organisation du procès, ce que l'on appelle en anglais *due process*, tels qu'ils sont sauvegardés en Europe par l'article 6.1 de la CEDH ou, pour l'UE, par la Charte des droits fondamentaux.

553. C'est donc sur la base de la compétence universelle pénale que vient se greffer la réflexion sur une compétence universelle civile, suivant en cela l'évolution de la justice dans le monde qui donne de plus en plus de place aux victimes. Mais l'acceptation d'une compétence civile

1180. Résolution IDI, Cracovie, 2005, article 5.

1181. Résolution IDI, Cracovie, 2005, article 3. *c)* et *d)*. L'extradition est également recommandée vers tout Etat qui possède une compétence fondée sur un « lien significatif ». Cette disposition confirme le caractère complémentaire et, d'une certaine manière subsidiaire de la compétence universelle.

1182. Cf. *supra* chapitre 4.

1183. De plus, une interprétation positiviste de l'état du droit au Chili pouvait amener les juges chiliens à dire que la Convention contre la torture était inapplicable au cas d'espèce. Les juges de la House of Lords ne s'intéressent pas à cette question.

1184. Résolution IDI, Cracovie, 2005, article 4.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

universelle se fait attendre et, pour le moment, elle n'est pas acquise, loin s'en faut. C'est pourquoi la résolution de l'IDI à cet égard [1185] pourrait être fructueuse et mérite que l'on s'y arrête. L'article 1er établit le fondement clair et précis d'une telle compétence : les victimes de crimes internationaux ont le droit à une réparation appropriée et effective ; à un accès effectif à la justice ; indépendamment d'une condamnation pénale de l'auteur du crime. De surcroît, les Etats doivent lever les obstacles juridiques et financiers qui empêchent les victimes de recourir [1186]. Ils doivent s'efforcer d'accueillir les actions de groupe [1187]. L'immunité des Etats ne devrait pas être utilisée pour priver les victimes de leur recours [1188]. La résolution va même jusqu'à s'adresser à une organisation internationale inter-gouvernementale (la Conférence de La Haye de droit international privé) pour qu'elle prenne en considération les principes adoptés dans la résolution de l'IDI dans la convention en cours d'élaboration au sein de cet organisme [1189]. Ces quelques principes montrent que le rapporteur et la Commission étaient parfaitement au fait des difficultés principales auxquelles les victimes font face dans la pratique.

554. Le cœur de la résolution est constitué par les règles de l'article 2 qui organise la compétence universelle civile. Celle-ci peut être exercée par un Etat à condition qu'aucun autre Etat n'ait de liens plus étroits avec le litige pris dans son ensemble c'est-à-dire en prenant en considération toutes les circonstances factuelles et les parties au litige. Mais même si un autre Etat a des liens plus étroits, l'Etat saisi peut exercer la compétence universelle civile si cet autre Etat ne connaît pas « un moyen de recours disponible pour les victimes » [1190]. On le voit rien qu'à l'énoncé de cette disposition, la proposition est résolument pro-victime. La notion de « disponibilité » est explicitée non seulement au regard de la procédure qui doit respecter les principes fondamentaux procéduraux, mais aussi du point de vue substantiel si le recours existant n'est pas « susceptible de conduire à une réparation appropriée

1185. Résolution IDI, Tallinn, 2015.
1186. *Ibidem*, article 3.
1187. *Ibidem*, article 4.
1188. *Ibidem*, article 5.
1189. *Ibidem*, article 6. Cet appel n'a pas été entendu puisque le texte adopté le 2 juillet 2019 ne contient aucune disposition spécifique à cet égard. Les jugements rendus sur la base d'une telle compétence ne peuvent pas faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une exécution en vertu de la convention, mais rien n'empêche un Etat de ce faire en vertu de son droit national (art. 15).
1190. Résolution IDI, Tallinn, 2015, article 2.1.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

et effective » [1191]. Enfin, la résolution prend partie contre la litispendance puisqu'elle encourage le juge saisi à se dessaisir ou à surseoir à statuer si les victimes ont porté leur demande devant :

> « *a)* une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ; *b)* une autorité de conciliation ou d'indemnisation établie en vertu du droit international ; *c)* un tribunal d'un autre Etat ayant des liens plus étroits et connaissant un moyen de recours disponible … » [1192].

La boucle est ainsi bouclée. Le système proposé est précis, aussi complet que possible et a le mérite de proposer un régime clair et efficace au profit des victimes. On aurait aimé que les négociateurs du futur traité actuellement en négociation au sein des Nations Unies, et faisant suite aux Principes Ruggie, s'inspirent de cette résolution [1193]. Malheureusement, nous sommes loin du compte et aucune mention n'est faite dans ce texte ni du for de nécessité, ni de la compétence civile universelle.

555. On doit noter également que la CourEDH, dans l'arrêt du 15 mars 2018 mentionné ci-dessus, refuse l'application de la compétence universelle comme elle a refusé la compétence du for de nécessité. On peut citer également l'affaire *Sarei c. Rio Tinto* [1194] qui mettait en cause les agissements de cette société en Papouasie-Nouvelle-Guinée pour assurer l'exploitation de la mine de cuivre située sur ce territoire. A la suite de l'arrêt *Kiobel*, la Cour suprême des Etats-Unis, à la demande de la société, prit une ordonnance d'injonction à destination de la Cour d'appel du 9e circuit afin que cette juridiction reconsidère sa décision d'accueillir l'affaire [1195]. Le 28 juin 2013, la Cour s'est inclinée et a rejeté les *class actions* qui avaient été formées par les victimes. La lutte contre l'impunité pour les violations des droits de l'homme par les entreprises transnationales n'a pas encore trouvé les instruments juridiques adéquats pour qu'elle puisse être efficace.

Conclusion

556. Que peut-on retenir des développements qui précèdent pour notre sujet ? Tout d'abord, le droit d'accès à un juge étant devenu un

1191. *Ibidem*, article 2.2.
1192. *Ibidem*, article 2.3.
1193. Cf. *supra* para. 514.
1194. 9th cir, 7 août 2006, Case n° 02-56256 et 02-56390, 487 F.3rd 1193 (2007).
1195. Affaire no 11-649, décision du 22 avril 2013.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

droit fondamental et devant être effectif, les Etats ont l'obligation de prévoir des règles de compétence subsidiaires telles le for de nécessité ou la compétence universelle afin qu'un demandeur ne puisse pas se retrouver sans aucun juge à qui s'adresser. Ensuite, les Etats ont une grande marge de manœuvre pour donner compétence aux juridictions installées sur leur territoire pour statuer sur des litiges internationaux. Ces règles étant unilatérales, sauf si elles sont insérées dans un traité bilatéral ou multilatéral, cela entraîne une assez forte cacophonie que seul l'établissement d'un dialogue des juges pourrait probablement éteindre [1196]. Du point de vue des juridictions internationales, à part les juridictions pénales et les juridictions de protection des droits de l'homme, l'autonomie de la volonté reste la pierre angulaire de leur compétence, transformant ces juges en colosse aux pieds d'argile.

1196. Cf. *infra,* chapitre 12.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 10

LE JUGE INTERNATIONAL OUVERT SUR LE MONDE – L'*AMICUS CURIAE*

Introduction

557. Le juge doit faire le vide en lui [1197] quand il entre dans la salle d'audience pour être à même d'être pleinement avec les litigants et recevoir, un peu comme un terrain vierge, tout ce que le procès peut lui amener d'informations pour son acte de juger. Mais s'il fait le vide pour recevoir ces informations, celles-ci ne viennent pas seulement des parties au litige qu'il a à juger, mais peuvent aussi provenir de toute personne intéressée, non au sens procédural du terme, mais au sens cognitif. Le juge, et particulièrement le juge international, doit être conscient du monde dans lequel son acte de juger prend place.

558. Si le juge international doit être visible, il doit aussi voir le monde dans lequel il vit et prendre en considération les mouvements de ce monde [1198]. Il en va de l'acceptation de ses décisions non seulement par les parties mais aussi par les tiers qui peuvent être affectés par ses décisions. Le Président Max Huber, juge suisse au sein de la CPIJ, avait bien compris cet impératif quand il affirmait :

> « … il n'est pas douteux que tout législateur et tout juge, pour bien remplir ses fonctions, doive avoir une pleine compréhension des rapports de la vie sociale dans lesquels il intervient soit par une loi, soit par un jugement. De même, il est nécessaire que la Cour, en interprétant et recherchant les règles de droit international, tienne compte de la nature spécifique des rapports entre Etats. La Cour n'a pas seulement besoin de la confiance de l'opinion publique, mais aussi de celle des gouvernements, et il est naturel que ceux-ci veuillent être assurés que la Cour a une véritable

1197. Expression empruntée à G. Rommel, *La vigilance du juge*, p. 25.

1198. M. Bedjaoui disait dans son discours lors du 50e anniversaire de la CIJ, «Ainsi le juge international demeure attentif à l'ensemble des valeurs communément admises et dont l'opinion publique internationale se fait l'écho de plus en plus dans notre prétoire.», dans C. Peck et R.S. Lee (dir. publ.), *op. cit. supra* note 843, à la p. 509.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> compréhension des problèmes qui sont à la base des différends qu'elle est appelée à trancher » [1199].

Plus loin dans le même discours, le Président Huber insiste :

> « La décision judiciaire tire son autorité non pas du fait qu'elle s'adapte bien aux exigences d'une situation particulière et momentanée, mais de ce qu'elle repose sur des raisons qui ont une valeur générale en dehors du cas concret et une force conclusive pour tous. » [1200]

559. Quand un tribunal arbitral décide qu'un Etat s'est rendu coupable vis-à-vis d'un investisseur étranger parce qu'il a modifié sa législation sur l'extraction de gaz de schiste, par exemple, et qu'un tribunal arbitral peut condamner cet Etat à payer à cet investisseur plusieurs millions d'euros à titre de compensation, le budget de l'Etat et donc du pays en question en est affecté. Il n'apparaît pas inutile, dans ces circonstances, que la voix de l'intérêt public, de l'intérêt collectif, soit entendue par le tribunal avant qu'il ne prenne sa décision. D'aucuns pourront dire qu'il appartient à l'Etat de représenter cet intérêt collectif. Mais l'Etat est souvent mis dans une situation difficile, écartelé qu'il est par des intérêts divergents. Il n'est donc pas mauvais que d'autres relayent l'intérêt collectif auprès du tribunal.

560. Le statut de la CIJ prévoit plusieurs possibilités d'intervention, sans toutefois que l'expression *amicus curiae* soit utilisée [1201]. A l'article 34 (2) il est prévu que la Cour

> « dans les conditions prescrites par son Règlement, pourra demander aux organisations internationales publiques des renseignements relatifs aux affaires portées devant elle, et recevra également lesdits renseignements qui lui seraient présentés par ces organisations de leur propre initiative ».

La Cour a utilisé ce texte en 1992, dans l'*Affaire de l'incident aérien du 3 juillet 1988* [1202], en invitant l'Organisation internationale de l'aviation

---

1199. Discours prononcé lors de l'ouverture de la deuxième période présidentielle, 1925-1927, CPJI (Ser. C.) nº 7-1 à la p. 17.

1200. *Ibidem*, p. 18.

1201. C'est aussi le cas dans d'autres statuts de cours et tribunaux internationaux.

1202. Affaire *République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*, requête du 17 mai 1989, suite à la destruction en vol par l'USS Vincennes, croiseur lance-missiles des forces des Etats-Unis opérant dans le golfe persique, d'un avion Airbus A-300B d'Iran Air, causant la mort de ses deux cent quatre-vingt dix passagers et membres d'équipage.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

civile à lui fournir des renseignements sur la prise de décision du Conseil de l'Organisation qui était contestée par l'Iran [1203]. Cette demande d'information par la Cour a donc un objet extrêmement limité. A notre connaissance aucune autre demande d'information n'a été faite par la Cour [1204].

561. La Cour a déjà utilisé l'article 34 (3) par lequel

> « lorsque l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale publique ou celle d'une convention internationale adoptée en vertu de cet acte est mise en question dans une affaire soumise à la Cour, le Greffier en avise cette organisation et lui communique toute la procédure écrite ».

Le texte ne dit pas expressément si l'organisation peut ensuite intervenir pour faire connaître son avis sur les questions posées à la Cour. Mais si l'on applique le principe de l'effet utile dans l'interprétation de cette disposition, c'est certainement la conséquence que l'on peut en tirer.

562. En droit international public, le tiers peut être un Etat, autre que ceux parties au différend, qui peut avoir un intérêt au litige sans y être partie techniquement parlant. Devant la CIJ, une telle possibilité est prévue à l'article 62 du Statut. C'était le cas de la Grèce dans le litige sur les immunités opposant l'Allemagne à l'Italie. Toutefois, on note que cette intervention n'est pas de droit car la Cour doit l'admettre en vertu de l'article 62 (2). A proprement parler, cet Etat n'est pas un *amicus curiae* puisqu'il défend ses propres intérêts devant la juridiction saisie. C'est également le cas de tous les Etats membres de l'UE dans le contentieux devant la CJUE [1205]. Chaque Etat membre peut faire valoir sa propre position devant la Cour alors même que la question préjudicielle n'émane pas de ses juridictions. Ils aident la Cour à mieux percevoir les effets systémiques du point de droit européen dont elle est saisie. On reconnaît souvent l'importance d'une question préjudicielle au nombre d'Etats membres qui interviennent. Dans l'affaire *Achmea*, par exemple, quatorze Etats membres, en plus de l'Allemagne, ont

1203. Les observations de l'OACI, datées du 4 décembre 1992, sont disponibles sur le site de la CIJ. Bien que le site de la Cour indique que seule la version anglaise est disponible, en réalité le document est soumis par l'organisation en quatre langues (anglais, français, espagnol et russe) et il est reproduit en anglais et en français sur le site de la Cour.

1204. On note, cependant, que ces informations ne sont pas publiques, le greffe ne communiquant pas à l'extérieur sur ces demandes. En conséquence, si aucune mention n'apparaît dans les décisions de la Cour, cela ne veut pas dire pour autant que la Cour n'a pas requis ou n'a pas reçu des informations de cette nature.

1205. Article 40 du Statut de la CJUE.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

déposé des mémoires. Devant la CJUE, donc, les Etats jouent un rôle double : ils peuvent soutenir leurs intérêts propres, mais ils peuvent aussi aider la Cour comme s'ils étaient *amicus curiae*.

563. La montée en puissance de l'*amicus curiae*, attestée de manière indéniable par le nombre toujours croissant de cas dans lesquels un ou plusieurs *amici curiae* demandent à être entendus [1206], est le signe de la plus grande complexité du monde. Il est aussi le signe de la place du juge, de son rôle comme régulateur de la société. Il n'est pas fortuit que l'*amicus curiae* ait été inventé aux Etats-Unis alors que le juge dans ce pays est un véritable *policy maker*.

564. Un auteur a pu dire que la présence de l'*amicus* est le signe que le processus d'adjudication présente « (an) actual need of transparency . . . when the public interest is involved in a dispute and the award is likely to have important public impacts » [1207]. En 2010, nous écrivions en substance que l'essor de l'*amicus curiae* correspond à un contentieux privé international toujours croissant (du fait de la mondialisation), toujours plus complexe, dans lequel les intérêts de la société dans son ensemble sont mis en cause au-delà de l'intérêt strictement compris des parties au litige [1208]. Nous n'avons pas changé d'avis depuis. On a aussi pu dire que l'intervention des *amici curiae* est un gage de légitimité [1209] accrue pour le juge international en ce sens qu'elle permettrait de rendre une justice plus équilibrée, plus en résonance avec les besoins de la société et, dès lors, plus à même de répondre aux aspirations des justiciables, surtout dans les litiges qui mettent en cause des intérêts collectifs, tels les droits de l'homme, l'environnement, la santé, les services publics, le droit à l'eau.

565. Le phénomène a été et reste modeste devant la CIJ, même si dès 1949, deux Etats (la Yougoslavie et la Grèce) demandaient à intervenir dans l'affaire du *Détroit de Corfou* [1210]. Le phénomène a pris une toute autre dimension à partir de la fin des années 1990 lorsque l'organe d'appel de l'OMC a décidé que les panels avaient l'autorité nécessaire

1206. Voir à cet égard, la liste très utile préparée par A. Wiik, pour sa thèse, Amicus Curiae *before International Courts and Tribunals,* Nomos, Hart, 2018, Annexe 1, p. 575-703 (recherche à jour jusqu'en novembre 2016).

1207. A. Dimolitsa, « The Intervention of Amici Curiae in Investor-State Arbitration », dans *Esssays in the honour of K. D. Kerameus,* Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, 2009, p. 277.

1208. Préface à la thèse de Séverine Menétrey, *L'*amicus curiae, *vers un principe commun de droit procédural ?* Dalloz, 2010.

1209. Voir la note publiée par le CIRDI, « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration », 22 octobre 2004.

1210. *Royaume-Uni c. L'Albanie*, 9 avril 1949, CIJ Rapport 1949, p. 4.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pour recevoir des soumissions de la part d'ONG [1211]. Les groupes spéciaux, qui avaient reçu auparavant des demandes d'intervention, et avaient le pouvoir de les admettre en vertu de l'article 13 des règles de procédure [1212], n'avaient pas réalisé l'importance de ces interventions et ne s'en étaient pas emparé. A partir de la décision de 1998, ils ont dû inventer les règles afin de gérer ces demandes d'*amicus curiae*. La jurisprudence qui s'est établie a permis d'écarter les soumissions dont l'impartialité était douteuse, recueillir l'avis des parties sur leur admissibilité, rejeter les soumissions tardives en ce qu'elles parviennent au groupe spécial après la deuxième réunion au fond. Une codification a rapidement été faite par le truchement de la procédure additionnelle adoptée au titre de la règle 16 1) des procédures de travail pour l'examen en appel [1213]. Toutefois, la pratique de l'organe d'appel a suscité un mécontentement de la part des Etats membres de l'OMC malgré le fait que de nombreux observateurs pensent que les *amici* peuvent apporter des informations valables notamment en matière de santé publique, de droit des consommateurs, ou des considérations propres à l'environnement, par exemple, sans que l'on sache vraiment si les membres des panels ou de l'organe d'appel ont concrètement utilisé ces informations dans les décisions qu'ils ont prises [1214].

566. L'intervention des *amici* a aussi eu un certain succès au sein de ALENA. Le 7 octobre 2003, la Commission du libre-échange a publié une déclaration sur la participation des parties tierces *(Statement on Non-Disputing Party Participation)* [1215]. Cette déclaration était d'autant plus importante à l'époque que la pratique des admissions de parties tierces n'était pas aussi répandue qu'elle ne l'est aujourd'hui. De plus, aucune disposition dans l'accord de l'ALENA lui-même ne permettait expressément une telle intervention. La déclaration commence donc par interpréter le silence du texte en affirmant que rien, dans le texte de l'Accord, n'interdit la participation de tiers à l'instance. Le début de la pratique de la participation de tiers s'ancre

1211. Affaire *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, rapport de l'organe d'appel adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, par. 83.

1212. WTO, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, Article 13, « Right to seek information ».

1213. WT/DS135/9, 8 nov. 2000, AB-2000-11. Les panels spéciaux ont reçu et admis des soumissions de tiers dans au moins treize procédures entre 2000 et 2006.

1214. Ph. Sands et R. Mackenzie, *op. cit. supra* note 827, par. 20-24.

1215. Voir le texte en français en annexe de la thèse de S. Menétrey, *op. cit. supra* note 1208, à la p. 485.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dans les deux décisions *Methanex c. United States* [1216] et *United Parcel Service of America Inc c. Canada* [1217]. Il n'est pas superflu de noter que les tribunaux arbitraux ont été influencés par la culture juridique des Etats parties aux différends qui connaissent, de fort longue date, dans leur droit interne, l'intervention d'*amici curiae*. De surcroît, dans l'affaire *Methanex*, les trois arbitres sont issus d'une culture de *common law*, alors que dans *United Parcel Service*, deux des arbitres relevaient de cette même culture, alors que le troisième était d'une culture mixte (Canada).

567. Suivant l'expérience de l'OMC et de l'ALENA, le CIRDI a amendé ses règles de procédure pour admettre l'intervention de tiers, amendements entrés en vigueur en avril 2006. Cela faisait suite à une pratique contradictoire des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI. Une intervention de tiers avait été refusée dans l'affaire *Aguas del Tunari SA c. Republic of Bolivia* [1218], alors qu'elle avait été admise dans les affaires *Aguas Argentinas SA c. Republic of Argentina* [1219] et *Aguas Provinciales de Santa Fe SA c. Republic of Argentina* [1220]. On note que dans les deux affaires contre la République d'Argentine, le tribunal arbitral est composé de manière identique. Les dates sont aussi intéressantes. Alors que dans l'affaire contre la Bolivie, la demande de l'intervenant date du 29 août 2002, les demandes dans les deux affaires contre l'Argentine sont plus tardives et prennent place à une époque où le CIRDI a adopté l'amendement nécessaire à ses règles de procédure même si celui-ci n'est pas encore entré en vigueur. En tout état de cause, les deux tribunaux arbitraux ont bénéficié de l'évolution des idées au sein du CIRDI et dans d'autres organisations. En revanche, la lettre du Président du Tribunal dans l'affaire *Aguas del Tunari* est instructive à plusieurs titres. Tout d'abord, le Tribunal ne considère pas nécessaire de répondre par une ordonnance de procédure, alors qu'il avait été saisi par une lettre (simple parallélisme

1216. ALENA, décision prise en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 15 janvier 2001.

1217. ALENA, décision prise en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 17 octobre 2001.

1218. CIRDI, ARB/02/3, lettre du 29 janvier 2003 du président du tribunal à J.-M. Wagner, directeur de l'ONG EarthJustice.

1219. CIRDI, ARB/03/19, ordonnance du 19 mai 2005. L'affaire a changé de nom en cours de route et est devenue *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA*.

1220. CIRDI, ARB/03/17, ordonnance du 17 mars 2006. L'affaire a changé de nom en cours de route et est devenue *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA.*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des formes ?) ce qui ne serait probablement plus le cas aujourd'hui. Sur le fond, le Président affirme que le Tribunal, de manière unanime, ne souhaite pas se prononcer sur la question de savoir s'il a ou non le pouvoir d'admettre des interventions de tiers, mais au stade où en est la procédure (compétence) le tribunal considère qu'une telle intervention n'est pas utile. De plus, le Président insiste sur le consentement des parties et sur le fait que le Traité qui gouverne l'affaire (Pays-Bas/ Bolivie) ne prévoit aucune intervention de tiers. On note d'ailleurs que la culture juridique de ces deux Etats n'est pas favorable à de telles interventions ; il n'est donc guère étonnant que le traité en cause ne prévoie rien.

568. Bien que le statut du TDIM ne prévoit pas non plus expressément la possibilité d'intervention d'*amici curiae*, son article 84, miroir de l'article 34 (2) du Statut de la CIJ, permet à des organisations intergouvernementales d'intervenir dans les cas soumis au Tribunal. D'après A. Wiik, aucune demande n'a été faite en ce sens [1221]. En revanche, en octobre 2013 (mesures provisoires) et septembre 2014 (procédure au fond), dans l'affaire *Artic Sunrise* [1222], opposant les Pays-Bas à la Russie, l'association Greenpeace *(Stichting Greenpeace Council)* a demandé à intervenir devant le tribunal arbitral constitué en vertu de la Convention de Montego Bay. L'affaire concernait l'arrestation de membres de Greenpeace dans la zone économique russe à bord d'un bateau appartenant à cette organisation et portant pavillon néerlandais. Ils protestaient contre les activités de Gazprom en matière d'exploitation pétrolière sur une plateforme offshore dans l'Arctique. Le Tribunal arbitral rejette cette demande. Le document qui atteste du refus opposé à Greenpeace au stade des mesures provisoires n'est pas disponible sur le site de la CPA. L'ordonnance de 2014 [1223] ne propose aucun raisonnement expliquant le rejet. Elle indique seulement que les Pays-Bas ont informé le Tribunal et Greenpeace qu'ils ne s'opposaient pas à cette intervention. Toutefois, on doit noter que l'affaire est jugée en l'absence de la Russie qui, par note verbale du 27 février 2014, a informé la CPA qu'elle ne participerait pas à cet arbitrage et n'a donc pas envoyé sa position sur la demande de Greenpeace. On peut dès

1221. A. Wiik, *op. cit. supra* note 1206, à la p. 101. L'auteur note également l'article 133 (2) du règlement du TDIM qui permet les interventions devant la chambre spécialisée pour les fonds marins et de la pratique en vertu de ce texte.

1222. *Affaire de l'« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), mesures conservatoires*, affaire nº 22, TIDM.

1223. *Procedural Order* nº 3, 8 octobre 2014, https ://pcacases.com/web/sendAttach/1320.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

lors penser que l'intervention de Greenpeace, vraisemblablement uniquement pour venir à l'appui de ses membres et de ses actions, n'était pas opportune. En tout état de cause, le tribunal conclut : « Having deliberated, the Arbitral Tribunal finds no sufficient reason to grant Greenpeace International's application », *brevitas causa* !

569. Pour les tribunaux pénaux internationaux, le précurseur a été le TPIY dont l'article 74 du règlement de procédure et de preuve [1224] prévoit que les juges peuvent faire appel à un ou plusieurs *amici curiae* si l'affaire qu'ils ont à juger le requiert. En outre, en 1997, le tribunal a publié des lignes directrices pour les soumissions d'*amicus curiae* après que les premiers mémoires ont été soumis en 1995 dans l'affaire *Tadic* [1225]. En 2001 et 2002, des décisions ont été prises pour encadrer la manière dont les *amici* pouvaient aider les juges dans l'administration des affaires qui leur étaient soumises [1226]. La CPI prévoit expressément l'intervention des *amici curiae* en y associant d'autres formes de déposition (article 103 du règlement de procédure et de preuve). Ce texte, qui date de 2013, prend en compte l'évolution des idées en la matière, mais reste minimaliste quant au mécanisme lui-même tout en l'ouvrant largement. Il prévoit :

> « A n'importe quelle phase de la procédure, toute chambre de la Cour peut, si elle le juge souhaitable en l'espèce pour la bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à présenter par écrit ou oralement des observations sur toute question qu'elle estime appropriée. » [1227]

570. Les trois cours de protection des droits de l'homme (européenne, interaméricaine et africaine) possèdent en commun de ne

---

1224. Un texte identique se retrouve à l'article 74 du règlement de procédure et preuve du Tribunal pour le Rwanda qui a accueilli son premier *amicus* par ordonnance dans l'affaire *Procureur c. Paul Akayesu*, en 1998. Il s'agissait en l'espèce d'un représentant du Secrétaire des Nations Unies qui est venu expliquer dans quelles conditions il était possible de lever l'immunité du Général Dallaire dont il bénéficiait en raison de sa qualité de Commandant en Chef de la force UNAMIR. Ph. Sands et R. Mackenzie indiquent que jusqu'en 2006, le TPIR a accueilli cinq autres *amici* et en a rejeté sept, dans « Amicus curiae – Practice and procedure of international organizations », R. Wolfrun (dir. publ.), *Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law*, 2008. On retrouve également la même règle pour le Tribunal spécial de la Sierra Leone.

1225. Tadić (IT-94-1).

1226. Rapport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, A/57/379–S/2002/985, 4 septembre 2002 et A/58/297–S/2003/829, 20 août 2003.

1227. La même règle s'applique pour la phase d'appel en vertu de l'article 149.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pas prévoir expressément l'intervention d'*amici curiae*, en ce sens qu'elles n'utilisent pas le concept en tant que tel. Toutefois, elles possèdent chacune des dispositions qui leur permettent d'admettre des interventions qui sont proches de ce mécanisme. Ainsi l'article 36 de la CEDH, intitulé « Tierce intervention », modifié par le Protocole 11 en 1998, permet au Président de la Cour, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'inviter tout Etat Partie qui n'est pas l'Etat directement concerné par la procédure et toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences [1228]. De la même manière, la Cour interaméricaine des droits de l'homme utilise l'article 45 de son règlement de procédure qui lui donne une grande marge de manœuvre pour accepter toutes les preuves dont elle peut avoir besoin pour admettre les soumissions des *amici curiae*. Entre 2000 et 2006, la Cour a admis au moins six soumissions d'*amici curiae* [1229]. C'est l'article 46 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui permet à la Commission africaine des droits de l'homme de conduire toute investigation et d'entendre toute personne susceptible d'éclairer ses délibérations. En revanche, le Protocole qui crée la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne dit rien sur ce point et la pratique ne semble pas s'être développée.

571. La CJUE ne connaît pas l'intervention d'*amicus curiae* même si elle admet la participation de nombreux tiers à la procédure. L'une des raisons évoquées pour cette absence est l'intervention des avocats généraux. Selon une vision de leur rôle, ils sont supposés inclure dans leurs conclusions les différents intérêts en présence qui ne sont pas formellement représentés dans la procédure et les conséquences systémiques que la décision à venir pourrait développer au sein de la société européenne. Au simple énoncé de cette idée, et compte tenu de la lecture assidue des conclusions des avocats généraux durant la plus grande partie de nos études et de notre enseignement, il nous est possible d'affirmer que cette pratique ne s'est pas cristallisée en ce sens. L'avocat général ne remplace pas, ne peut pas remplacer l'*amicus curiae*.

572. On se rend compte que ce sont dans les procédures pour les avis consultatifs que l'admission des *amici curiae* ou des interventions sont les plus larges. Cela se comprend aisément dans la mesure où les avis, malgré le fait qu'ils n'ont pas, *stricto sensu*, de force

1228. Article 36 (2). Une disposition similaire se retrouve pour les avis consultatifs à l'article 3 du Protocole 16.

1229. Ph. Sands et R. Mackenzie, *op. cit. supra* note 827, par. 16.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

obligatoire, sont appelés à influencer l'interprétation et l'application du droit international. La juridiction doit donc être particulièrement vigilante et prendre en considération tous les aspects de la question afin que son avis soit le mieux informé et le plus complet possible. De cela dépend l'acceptation de son avis par ses destinataires et le public en général. Enfin, précisons ici que la pratique de l'*amicus curiae* est incompatible avec la médiation/conciliation pour les raisons suivantes : (1) Le médiateur/conciliateur ne constitue pas une « cour » et s'il a éventuellement besoin d'un expert, cela ne peut pas prendre la même signification que pour un juge. (2) En médiation, il est habituel d'entendre toute personne, tout groupe, toute entité qui a un intérêt (au sens commun et non juridique du terme) à être entendu. (3) Le médiateur, aidé par les parties, détermine qui devra être entendu, sans qu'une hiérarchie soit établie au sens strict du terme entre les parties et les autres personnes ou entités participantes. Le processus de médiation est extrêmement fluide et ne s'accommode pas de catégories rigides propres aux mécanismes juridictionnels.

573. Nous étudierons qui peut intervenir en qualité d'*amicus curiae* (A) ; quels sont les objectifs d'une telle intervention (B) ; et quelles modalités s'appliquent à ces interventions (C).

A. Qui est amicus curiae *?*

574. En premier lieu, il convient de différencier l'intervention des Etats devant certaines juridictions internationales, comme la CIJ ou la CJUE, de la participation d'*amici curiae*. En effet, devant ces juridictions les Etats ont le droit d'intervenir lorsque leurs intérêts peuvent être mis en cause par l'affaire à juger. Ainsi dans l'affaire entre l'Allemagne et l'Italie en matière d'immunité pour faits de guerre, la Grèce est intervenue devant la CIJ car elle avait été confrontée à des questions similaires impliquant également l'Allemagne [1230]. Devant la CJUE, chaque Etat membre a le droit d'intervenir, notamment dans les affaires dont elle est saisie sur renvoi préjudiciel. Il n'est pas rare qu'un nombre important d'Etats membres intervienne dans les affaires les plus significatives pour l'avenir de la relation entre l'Union et ses Etats membres ou sur une question fondamentale de droit de l'Union. Ces Etats ne sont pas des *amici curiae* au sens où nous l'entendons dans ce chapitre, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'une intervention au

1230. Affaire *Immunités* juridictionnelles de l'Etat *(Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sens juridique/procédural du terme et que cette intervention est de droit, contrairement à ce qui se passe pour l'*amicus curiae*.

575. La liste établie par A. Wiik est très utile pour avoir une meilleure idée des personnes ou entités qui demandent à être entendues en qualité d'*amicus curiae* [1231]. Ainsi, on note que beaucoup d'organisations non gouvernementales sont d'actifs *amicus curiae*, notamment devant les deux grandes cours des droits de l'homme que sont la Cour européenne et la Cour interaméricaine. Ainsi, l'association *Amnesty International* est mentionnée un assez grand nombre de fois, tout comme *Human Rights Watch*, pour ne citer que ces deux organisations emblématiques de la lutte pour le respect des droits humains.

576. Les ONG, en tant qu'elles constituent des organisations issues de ce qu'il convient d'appeler la « société civile », sont les entités qui, le plus fréquemment, interviennent dans les procédures devant le juge international [1232]. Cela ne doit pas nous étonner. On le sait, la fameuse « société civile », même si certains continuent à nier son existence en tant que corps organisé, ce qu'elle n'est effectivement peut-être pas, a fait une apparition spectaculaire, au moins depuis les grandes conférences en matière d'environnement, et la première d'entre elles, celle de Rio en 1992. La communauté internationale a bien tenté de réguler la constitution et la reconnaissance transfrontière des ONG, mais sans succès [1233]. Si bien qu'il est extrêmement facile pour tout groupe un tant soit peu actif, de se constituer en association en vertu du droit d'un Etat quelconque et, à partir de cette constitution légale, d'entreprendre des campagnes d'actions diverses dont le succès se mesure essentiellement aujourd'hui à travers les réseaux sociaux et leur capacité à obtenir un financement, grâce aux collectes participatives de fonds. Bien entendu, il y a la possibilité pour une ONG ayant vraiment pignon sur rue de demander à être enregistrée en qualité d'observateur auprès de l'ECOSOC [1234] en vertu de l'article 71 de la Charte des

1231. Une autre liste limitée aux affaires devant la CourEDH est donnée par N. Bürli, *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights*, Intersentia, 2017, p. xiii-xlvii.

1232. C'est d'ailleurs la même constatation devant les juridictions nationales. Ainsi, dans l'affaire *Vedanta*, deux ONG, *The International Commission of Jurists et The Corporate Responsibility (CORE) Coalition Ltd*, sont intervenues devant la Cour suprême du Royaume-Uni ((2019) UKSC 20), 10 avril 2019.

1233. Il existe une résolution de l'IDI de 1923 et la Convention européenne de reconnaissance de la personnalité juridique des ONG de 1986, mais qui n'a eu aucun succès.

1234. Acronyme anglais pour le Conseil économique et social des Nations Unies. On peut citer aussi les groupes accrédités auprès du Conseil de sécurité et du Conseil des droits de l'homme. De la même manière, de nombreuses organisations

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Nations Unies. Mais on se rend compte que beaucoup d'associations admises à intervenir devant le juge international n'ont pas ce statut, si bien qu'il ne constitue pas un critère suffisant. A chaque négociation internationale, participent les ONG très connues, telles celles citées au paragraphe précédent, mais aussi des ONG plus obscures, quelquefois constituées de manière *ad hoc* et dont la pérennité n'est pas assurée. On a du mal aussi à départir entre les ONG défendant un intérêt public et celles qui ne sont rien d'autre qu'un groupe de lobbying défendant des intérêts assez chauvins d'un groupe de personnes [1235]. C'est d'ailleurs pourquoi, ainsi qu'il sera dit ci-dessous, le juge doit conserver la maîtrise d'accepter ou non l'intervention des *amici* afin qu'il puisse vérifier les buts qu'ils se sont fixés et leur légitimité par rapport au litige dont il est saisi. Comme nous l'avons dit ci-dessus, les ONG n'ont guère de possibilité d'intervenir devant la CIJ. En 1950, dans l'*Affaire du droit d'asile* [1236], la Ligue internationale des droits de l'homme a demandé à intervenir, mais s'est vue refuser cette possibilité alors, pourtant, qu'elle était déjà assez connue à l'époque et que la défense de l'intérêt collectif ne faisait aucun doute. Si cette affaire était jugée aujourd'hui, il y a de fortes chances que l'intervention de la Ligue soit acceptée.

577. Souvent, les *amici curiae* sont des universitaires qui considèrent que leur compréhension des questions en jeu dans le procès permettrait à la Cour d'être mieux éclairée. Les professeurs de droit, surtout des universités américaines, sont les plus nombreux dans la mesure où ils ont pris l'habitude d'intervenir devant les juridictions américaines, grâce à une culture locale très favorable à l'intervention des *amici curiae*. On note ainsi que de nombreux universitaires ont demandé à intervenir devant les juridictions pénales internationales [1237]. Cela est particulièrement vrai quand les questions sur lesquelles la juridiction se penche sont des questions nouvelles qu'aucun autre tribunal n'a encore tranchées alors que l'universitaire cherchant à intervenir a peut-être

---

intergouvernementales (OIT, UNIDROIT, Conférence de La Haye, etc.) procèdent de manière indépendante à l'accréditation des ONG pour leurs besoins. Toutes ces accréditations ne sont pas forcément d'une très grande utilité pour le juge, sauf de manière marginale.

1235. C'est toute la difficulté de faire la part des choses lorsque l'ONG est un syndicat, une association cultuelle ou religieuse, ou une association représentant une communauté particulière.

1236. Affaire *Colombie c. Pérou*, relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, *Recueil* 1950 p. 266.

1237. Voir par exemple l'affaire *Prosecutor c. Tihomir Blaskic* devant le TPIY et l'affaire *Prosecutor c. Charles Ghankay Taylor* devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

déjà réfléchi à la question et publié des travaux scientifiques pertinents. Certes, on pourrait simplement diriger la Cour vers ces écrits. Mais souvent ces écrits sont généraux et abstraits si bien que l'universitaire voit dans l'affaire en cours l'opportunité qui lui a manqué en préparant son écrit doctrinal d'appliquer ses idées à un cas concret.

578. Historiquement, le statut de la CPJI était plus généreux avec les interventions de tiers (qui ne s'appelaient pas encore des *amici curiae*) que ne le sera plus tard le statut de la CIJ. En premier lieu l'article 26 prévoyait un statut spécial pour l'Organisation internationale du travail (OIT) qui se voyait conférer le droit d'intervenir dans toutes les affaires ayant trait au droit du travail. Si, à l'origine, ce droit n'était accordé que pour les affaires contentieuses, il s'avéra que la Cour l'utilisa aussi pour les avis consultatifs [1238]. L'OIT, créée en 1919 [1239], était déjà une organisation mixte (public/privé). Elle participait du mouvement pour la paix dont était issue la CPJI, si bien que le lien ainsi créé entre les deux organisations était révélateur d'une certaine conception de l'économie mondiale au service d'une société en pleine mutation, certes, mais pas encore touchée par un capitalisme exacerbé.

579. La Commission européenne est *amicus curiae* à la fois devant les juridictions nationales [1240] et devant les tribunaux arbitraux [1241].

1238. A. Wiik, op. cit. *supra* note 1206, à la p.91.

1239. Elle sera intégrée au système des Nations Unies en 1946.

1240. C'est le cas en matière d'aides d'Etat, par exemple en vertu de l'art. 29 du règlement (UE) 2015/1589, du Conseil, du 13 juil. 2015, portant modalités d'application de l'article 108 TFUE, *JOUE* 2015, L 248, p. 9.

1241. La liste de ces différends soumis à un tribunal arbitral s'établit ainsi à la mi 2017 : *Eastern Sugar BV c.* République tchèque (CNUDCI) (affaire sous l'égide de la chambre de commerce de Stockholm (CCS) nº 088/2004), sentence partielle du 27 mars 2007 ; *Rupert Joseph Binder c.* République tchèque (CNUDCI), sentence du 6 juin 2007 sur la compétence ; *Jan Oostergetel & TheodoraLaurentius c.* République slovaque (CNUDCI), décision du 30 avril 2010 sur la compétence ; *AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie*, (CIRDI) nº ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010 ; *Achmea BV (antérieurement Eureko BV) c.* République slovaque (CNUDCI) (affaire CPA nº 2008-13), sentence du 26 octobre 2010 sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension et sentence finale du 7 décembre 2012 ; *European American Investment Bank AG c.* République slovaque (CNUDCI) (affaire CPA nº 2010-17), sentence du 22 octobre 2012 sur la compétence ; *Electrabel SA c. Hongrie* (affaire CIRDI nº ARB/07/19), décision du 30 novembre 2012 sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité et sentence du 25 novembre 2015 ; *Charanne BV et Construction Investments Sàrl c. Royaume d'Espagne* (affaire CCS nº 062/2012), sentence finale du 21 janvier 2016 ; *RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c. Royaume d'Espagne* (affaire CIRDI nº ARB/13/30), décision du 6 juin 2016 sur la compétence ; *Isolux Infrastructure Netherlands B. V. c. Royaume d'Espagne* (affaire CCS V 2013/153) sentence du 12 juillet 2016 ; *WNC Factoring Ltd c.* République tchèque (CNUDCI) (affaire CPA nº 2014-34), sentence du 22 février 2017 ; *Anglia Auto Accessories Limited c.* République tchèque (affaire CCS V 2014/181), sentence finale du 10 mars 2017 ; *I. P.*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Devant les juridictions nationales, elle intervient essentiellement dans le domaine des affaires de concurrence car elle possède une compétence exclusive sur l'interprétation de certaines règles spécifiques à ce domaine du droit. De plus, dans la mesure où elle est elle-même une quasi-juridiction puisqu'elle instruit des dossiers d'autorisation (notamment en matière de fusion-acquisition), elle possède des informations qui peuvent être utiles aux juridictions nationales. Elle est aussi particulièrement active devant les tribunaux arbitraux statuant en vertu de traités bilatéraux d'investissement passés entre les Etats de l'Union [1242], traités qu'elle considère comme caducs ou nuls et dont la CJUE a déclaré, dans l'arrêt *Achmea* [1243], que le mécanisme de règlement des différends par l'arbitrage était incompatible avec l'ordre juridique européen.

580. Devant la CourEDH, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences [1244], que ce soit dans une procédure contentieuse ou pour une demande d'avis [1245]. Il s'agit d'un droit garanti par les textes ; il n'a donc pas besoin de l'autorisation de la chambre ou du Président pour ce faire. En revanche, devant les juges ou les panels des chambres spéciales pour le Kosovo, l'Ombudsman [1246] peut intervenir à l'invitation seulement de la Cour.

581. On note également de nombreuses personnes physiques, autres que des universitaires, qui se portent *amicus curiae*. Parmi elles, il y a parfois des individus qui sont dans la même situation que le plaignant et qui pourront donc être indirectement affectés par la décision à venir.

Busta et J. P. Busta c. République tchèque (affaire CCS V 2015/014), sentence finale du 10 mars 2017, ainsi que *Eiser Infrastructure Limited et Energía SolarLuxembourg Sàrl c. Royaume d'Espagne* (affaire CIRDI n° ARB/13/36), sentence du 4 mai 2017. Toutes ces sentences arbitrales sont disponibles sur le site Internet de la CNUCED http ://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDShttp ://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDShttp ://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS. Voir S. Menétrey, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages lié aux investissements intracommunautaires », *JDI*, 2010, p. 1127.

1242. Le plus ancien de ces traités date de 1961 (Allemagne/Grèce) et le plus récent de 2008 (Lituanie/Croatie).

1243. Affaire C-284/16, 6 mars 2018.

1244. Article 36.3 CEDH.

1245. Protocole 16 à la CEDH, article 3. Sur ce Protocole, voir chapitre 12 sur le dialogue des juges.

1246. L'ombudsman pour le Kosovo a la responsabilité de « *monitor independently, defend and protect the fundamental rights and freedoms of persons interacting with the KSC and SPO* ». Voir le site https ://www.scp-ks.org/en/ombudsperson/role-ombudsperson (visualisé le 20 décembre 2018).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Faute de processus admettant les actions collectives, ils prennent ce biais pour être entendus [1247].

582. Les entreprises, le plus souvent, au travers de leurs organisations professionnelles interviennent également. C'est le cas tout particulièrement dans le contentieux de l'OMC, puisque dans ce contentieux entre Etats, les parties privées participant au secteur en cause devant un groupe spécial ont tendance à vouloir faire entendre leurs intérêts.

583. Enfin, d'autres groupements peuvent intervenir, telles les organisations religieuses ou des officiels de pays étrangers lorsque leur propre système juridique ou judiciaire est en cause [1248].

*B. Pour quels objectifs l'*amicus *intervient-il ?*

584. Une thèse récente [1249] a identifié six objectifs qui sont généralement assignés à l'intervention d'un *amicus curiae : a)* l'accès par le tribunal à une information plus complète que celle que peut lui apporter les parties ; *b)* la représentation de l'intérêt public ou collectif de la société ; *c)* une légitimité accrue de la future décision ; *d)* une démocratisation du débat judiciaire ; *e)* une contribution à plus de cohérence du droit international ; *f)* une plus grande transparence.

585. En réalité, ces objectifs peuvent se résumer à deux essentiels qui subsument ceux que nous venons d'énoncer. Tout d'abord le tribunal doit avoir accès à une information complète sur le contexte dans lequel se place le litige qu'il doit trancher afin de lui permettre de comprendre et de prendre en considération les effets potentiels sur les tiers que la décision à rendre va éventuellement développer, y compris sur l'intérêt général de la société dans son ensemble. Force est de constater que la société internationale est beaucoup plus complexe qu'elle ne l'a jamais été auparavant. Les parties ne peuvent pas toujours apporter l'éclairage dont le juge a besoin pour rendre sa décision, soit parce qu'elles ne connaissent pas ces informations, soit qu'elles n'y ont pas intérêt. De plus, le juge n'a pas le temps de procéder aux recherches nécessaires. En second lieu, en prenant en considération les éléments que nous venons d'énoncer, le tribunal renforcera l'acceptabilité de la décision à rendre et donc la légitimité de l'institution et de la justice internationale

1247. C'est le cas, par exemple, de l'affaire *Herrera Ulboa c. Costa Rica*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, ordonnance du 22 septembre 2006.

1248. Ce fut le cas du ministre de la Justice de la Zambie dans l'affaire *Vedanta*, citée *supra* note 1232.

1249. A. Wiik, *op. cit*. *supra* note 1206, 2018, p. 43 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

dans son ensemble [1250]. L'institution de l'*amicus curiae* est un gage de la bonne administration de la justice internationale [1251]. En ce sens, on peut espérer que la décision à rendre participera à la cohérence du droit international, car il est clair que les décisions de la justice internationale participent, de manière générale, à la création normative internationale [1252].

586. Une chose est certaine, l'*amicus curiae* ne peut pas être un ami de l'une des parties et ainsi un « pseudo assistant du tribunal » [1253], même s'il n'est pas rare que l'*amicus* vienne au soutien des arguments de l'une ou de l'autre des parties. Cette question a été très discutée dans l'affaire *Procureur c. Krajisnik* devant le TPIY. Dans cette affaire le défendeur souhaitait se défendre seul, mais souhaitait aussi l'aide de la Cour à qui il a demandé de désigner « un *amicus curiae* » pour l'aider dans sa défense. La décision de la majorité sur ce point est vivement critiquée par le juge Schomburg qui en fait l'un des points forts de son opinion dissidente [1254]. Une situation semblable est survenue dans l'affaire *Milosevic.* Nous pensons que l'on ne doit pas confondre un défenseur nommé d'office qui est là pour défendre son client et un *amicus curiae* dont la fonction est vraiment d'aider la Cour même s'il peut venir « au soutien » des arguments de l'une des parties.

587. Bien entendu, la mise en œuvre de la participation de tiers doit être organisée avec précaution dans la mesure où elle complique le travail des parties qui doivent prendre connaissance des soumissions de ces tiers et donc passer plus de temps à la préparation de leurs dossiers que s'il n'y avait que des soumissions par la partie adverse. Toutefois, cet inconvénient peut aisément être minoré en limitant, par exemple, le nombre de pages que chaque *amicus* peut soumettre et d'autres mesures équivalentes.

588. Un obstacle plus sérieux à l'intervention de tiers pourrait être le risque d'une politisation du débat judiciaire et celui d'admettre l'entrée de *lobbies* dans le prétoire. Cette critique ne

1250. Ce double objectif est parfaitement reflété dans la lettre que Michael Reisman adresse au greffe de la CIJ à l'occasion de l'avis que celle-ci doit rendre dans l'*Affaire dite du Sud-Ouest africain* (1971).

1251. On peut consulter à cet égard le cours du Professeur Makane Mbenge, enseigné durant la même session d'hiver 2019 de l'Académie de La Haye de droit international, à paraître, *Recours des cours.*

1252. Cf. *infra*, chapitre 13.

1253. W. Schomburg, « Some Reflections on the Right to Self-representation Before International Tribunals », *ERA Forum,* 2011, p. 192.

1254. Cf. A. Klip, « Fundamentally Dissenting Judge Schomburg », dans Martin Böse *et al*., *Justice without Borders – Essays in Honour of Wolfgang Schomburg,* Brill-Nijhoff, 2018, à la p. 278. On verra ensuite les conséquences de la décision de la majorité lors de la pratique de la Chambre d'appel. *Ibidem* p. 279.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

nous paraît pas fondée dans la mesure où d'une part le droit international (comme d'ailleurs tout le droit) reflète des valeurs politiques et n'est donc pas exempt d'un débat politique. Dire le contraire, c'est ignorer la véritable fonction du droit qui est de mettre en œuvre des décisions politiques ou, autrement dit, des politiques sociales, économiques, culturelles, de la société au sein de laquelle la justice intervient.

589. Une autre critique en provenance des pays en développement doit être considérée de manière spécifique. Ceux-ci sont inquiets du fait que seules des organisations ayant un budget conséquent peuvent bénéficier du personnel et des ressources nécessaires pour suivre le contentieux qui se déroule devant les juridictions internationales afin non seulement de déterminer les enjeux de ce contentieux et, ensuite, une fois la décision d'intervenir prise, de préparer les soumissions nécessaires. Cette critique est sérieuse et difficile à surmonter. En effet, si les interventions sont le seul fait d'organismes relevant du monde occidental (présumé avoir les moyens les plus importants), l'information du tribunal ne sera pas aussi complète qu'elle devrait l'être et ainsi l'objectif essentiel identifié ci-dessus ne pourra pas être atteint, le tribunal ayant une vision tronquée des intérêts en présence.

C. Selon quelles modalités ?

590. Chaque juridiction internationale peut organiser ses propres règles encadrant les modalités selon lesquelles les *amici curiae* peuvent participer à la procédure. Ces règles varient, mais quelques grands principes semblent faire l'unanimité ou au moins être retenus par la grande majorité des juridictions internationales. D'une certaine manière les lignes directrices préparées par Séverine Menétrey pour sa thèse, et que nous reproduisons en annexe de ce chapitre avec l'aimable autorisation de l'auteur, même si elles datent déjà de 2010, synthétisent parfaitement ces grands principes et règles qui forment l'encadrement de toute intervention d'*amicus curiae*. Ce qui suit s'inspire de ces lignes directrices.

591. Intervenir en qualité d'*amicus curiae* n'est jamais un droit (sauf si l'intervenant est un « officiel » de l'organisation dont dépend la juridiction) [1255]. La juridiction demeure maîtresse de la procédure

1255. Ainsi, devant la CourEDH, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut intervenir sans autorisation. L'article 44.2 du règlement de

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

et de la gestion du dossier. Soit c'est la juridiction qui le demande et choisit l'*amicus* qu'elle veut entendre, soit c'est l'*amicus* qui demande à participer et c'est la juridiction qui décide si elle souhaite ou non une telle intervention. Généralement, la demande d'intervention doit être motivée. Il est nécessaire, en effet, que la Cour connaisse les raisons de la demande d'intervention et les éléments que l'*amicus* se propose de présenter à la Cour afin qu'elle prenne une décision en connaissance de cause et qu'elle s'assure que l'intervention sera effectivement utile à son travail. En tout état de cause, c'est la Cour qui décide dans quelles conditions l'intervention aura lieu et elle peut la rejeter si ces conditions ne sont pas respectées. Cela participe en quelque sorte du principe selon lequel la Cour est maître de sa procédure et qu'elle tient la « police de l'audience ».

592. La juridiction va consulter les parties pour savoir ce qu'elles pensent d'une telle intervention. Il n'est pas rare que les parties ne soient pas très enthousiastes devant une telle perspective car l'intervention peut compliquer les débats en présentant des arguments qui peuvent aller à l'encontre de ceux d'une des parties ou même des deux. Pour prendre sa décision sur le point de savoir si elle accepte ou non l'intervention, la juridiction doit prendre tous ces éléments en considération, ainsi que la bonne administration de la justice, concept rarement explicité, en pratique, mais qui fait référence implicite à l'effectivité du recours au juge dans toutes ses facettes.

593. L'*amicus* n'est normalement pas autorisé à participer oralement, sauf exceptions. Ainsi, devant la CourEDH, alors que l'article 36.2 de la Convention ne prévoit pas de limite à la possibilité pour un tiers d'intervenir y compris oralement, l'article 44.3 *a)* du règlement de procédure limite drastiquement cette possibilité puisqu'elle ne peut être exercée que « dans des circonstances exceptionnelles ». L'*amicus* peut donc, généralement, seulement soumettre des documents écrits. Dans ses écritures, l'*amicus* doit non seulement indiquer ses noms et qualités, mais, s'il soutient une partie, il doit le dire expressément. Il doit aussi indiquer comment il est financé et quels sont ses éventuels liens avec la partie qu'il soutient. Les soumissions doivent être faites dans l'une des langues officielles de la juridiction [1256].

---

procédure de la Cour (version du 1er août 2018) précise seulement qu'il doit en aviser le greffe et qu'il doit respecter certains délais que le Président de la Chambre peut exceptionnellement prolonger.

1256. Pour les juridictions qui peuvent rendre des avis consultatifs, les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* dans ce cas.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

594. Les parties doivent avoir connaissance des soumissions de l'*amicus* afin de pouvoir répondre à ses arguments si elles le souhaitent. Cet aspect a fait l'objet d'une décision intéressante de la CJUE en 2000 [1257]. Dans cette affaire, était mis en cause le contenu d'un rapport de la Commission sur la politique de la concurrence. Il y était fait état d'un certain nombre de questions reçues des juridictions nationales auxquelles la Commission avait répondu sous forme d'intervention au titre d'*amicus curiae*, mais sans que ses réponses soient rendues publiques. Saisie d'une demande en communication des soumissions faites sous cette forme par un avocat spécialiste en matière de concurrence, la Commission lui en avait refusé l'accès. Dans sa décision, la Cour mentionne :

> « 12. Par lettre du 23 février 1996, le directeur général de la DG IV a rejeté la demande du requérant, au motif que la divulgation des lettres demandées serait préjudiciable à la protection de l'intérêt public (procédures juridictionnelles). Il a expliqué : « … Lorsque la Commission répond à des questions qui lui ont été posées par des tribunaux nationaux saisis d'une affaire aux fins de résoudre un litige, la Commission intervient à titre d'*amicus curiae.* Elle est supposée faire preuve d'une certaine réserve et cela non seulement en ce qui concerne l'acceptation de la manière dont les questions transmises lui sont adressées mais également en ce qui concerne l'utilisation par la Commission des réponses auxdites questions.
>
> Une fois les réponses envoyées, je considère qu'elles font partie intégrante de la procédure et qu'elles se trouvent aux mains de la juridiction qui a posé la question. Les éléments, tant juridiques qu'objectifs, contenus dans les réponses, doivent … s'analyser dans le cadre de la procédure en cours, comme une partie du dossier de la juridiction nationale. Les réponses ont été transmises par la Commission à la juridiction nationale et la question de la publication et/ou de la mise à disposition de ces informations à des tiers relèvent avant tout de la compétence de la juridiction nationale à laquelle cette réponse s'adresse. … »
>
> 13. Le directeur général a aussi invoqué la nécessité d'entretenir une relation de confiance entre, d'une part, le pouvoir exécutif de

1257. *Royaume des Pays-Bas c. Gerard van der Wal*, C-174/98 P et C-189/98 P, arrêt du 11 janvier 2000.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la Communauté et, d'autre part, les autorités judiciaires nationales des Etats membres. De telles considérations, valables dans tous les cas, devaient d'autant plus s'appliquer en l'espèce que les affaires sur lesquelles la Commission a été interrogée n'avaient pas encore fait l'objet d'un jugement définitif.

14. Par lettre du 29 février 1996, le requérant a adressé une demande confirmative au secrétariat général de la Commission, en faisant valoir, notamment, qu'il ne voyait pas comment le déroulement des procédures nationales pouvait être compromis si des tiers prenaient connaissance des informations de nature non confidentielle que la Commission avait fournies à la juridiction nationale dans le cadre de l'application du droit communautaire de la concurrence.

15. Par lettre du 29 mars 1996 (ci-après « décision litigieuse »), le secrétaire général de la Commission a confirmé la décision de la DG IV pour le motif que la divulgation des réponses pourrait porter atteinte à la protection de l'intérêt public, et plus précisément à la bonne administration de la justice. Il a poursuivi en ces termes : « … la divulgation des réponses demandées, qui consistent en analyses juridiques, risquerait en effet d'entraver les relations et la nécessaire coopération entre la Commission et les juridictions nationales. Il est évident qu'un tribunal qui a posé une question à la Commission, qui plus est relative à une affaire pendante, n'apprécierait pas que la réponse qui lui a été communiquée soit divulguée. … »

16. Le secrétaire général a ajouté que la procédure en l'espèce était très différente de la procédure visée à l'article 177 du traité, à laquelle le requérant avait fait référence lors de sa demande confirmative. »

595. La Cour analyse alors les avantages et les inconvénients qu'une telle divulgation pourrait entraîner. Elle en conclut que seule la juridiction nationale a le droit de décider si la divulgation est conforme ou non à ses règles nationales qui s'appliquent à ces questions. En l'absence de consultation de la juridiction nationale par la Commission, sa décision de refus de divulguer les documents demandés est annulée, ainsi que l'arrêt du Tribunal de première instance (comme il s'appelait à l'époque) ayant confirmé la décision de la Commission. Cette décision marque, de manière emblématique, le lien entre l'*amicus* et la juridiction devant laquelle il est appelé à intervenir, si bien que le régime juridique

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

appliqué à l'intervention et à son contenu suit les règles de la juridiction en cause.

596. Les parties, dont le comportement dans la procédure est sans conteste affecté par l'intervention d'un *amicus curiae*, sont toujours appelées à se prononcer sur la demande d'intervention et, en cas d'admission de l'intervention, sur la production écrite faite par l'intervenant. C'est l'application du principe de la contradiction, base essentielle de tout pouvoir juridictionnel.

597. Les *amici* ne sont, le plus souvent, pas autorisés à participer à la phase orale de la procédure, mais simplement à déposer un mémoire écrit. Cela se comprend par la nécessité de limiter la durée supplémentaire de la procédure que cette intervention va entraîner, ainsi que les coûts supplémentaires qu'elle va engendrer. De plus, le mémoire de l'intervenant est souvent limité en longueur, de manière, là encore, à ne pas augmenter les coûts de manière démesurée. Une telle procédure se rapproche de l'article 66 du Statut de la CIJ pour l'admission des interventions lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis consultatif [1258]. Ainsi, dans l'affaire du *Sud Ouest africain*, la Cour a admis la requête de la Ligue internationale des droits de l'homme. Toutefois, il semble que cette organisation n'adressa finalement pas de mémoire à la Cour. Dans cette même affaire, la Cour rejeta une requête reçue d'une autre ONG [1259], alors qu'elle admettait la requête de l'Organisation de l'Unité africaine par ordonnance du 29 janvier 1971 [1260]. Dans l'affaire dite de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé [1261], un mémoire d'*amicus curiae* a été spontanément envoyé à la Cour par une ONG, mais la Cour ne l'a pas admis au titre de document de procédure. Néanmoins, elle a placé le document dans les archives de la bibliothèque de la Cour.

598. En 2004, la CIJ a codifié sa pratique à propos des soumissions des ONG, dans une instruction de procédure XII. Elle y expose :

1258. On note que le texte de l'article 66 est plus large que celui de l'article 34 qui s'applique en matière contentieuse.

1259. 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 (requête pour avis consultatif).

1260. Avis consultatif du 21 juin 1971, par. 12, *Recueil*, p. 19.

1261. Demande d'avis consultatif de l'OMS du 27 août 1993. Avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ, *Recueil* 1996 p. 66. La Cour a décidé que l'OMS n'avait pas capacité à demander cet avis compte tenu de la compétence limitée qui était la sienne. En revanche, le même jour, la Cour a rendu son avis consultatif à la suite de la requête de l'ONU dans l'affaire dite de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, CIJ *Recueil*, p. 266.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

« (1) Lorsqu'une organisation non gouvernementale présente, de sa propre initiative, un exposé écrit et/ou un document dans le cadre d'une procédure consultative, cet exposé et/ou ce document ne doivent pas être considérés comme faisant partie du dossier de l'affaire. (2) Pareils exposés et/ou documents sont traités comme des publications facilement accessibles, et les Etats et les organisations intergouvernementales présentant des exposés écrits ou oraux en l'affaire concernée peuvent s'y référer au même titre qu'aux publications relevant du domaine public. (3) Les exposés écrits et/ou les documents soumis par des organisations non gouvernementales sont placés dans une salle du Palais de la Paix désignée à cet effet. Tous les Etats et organisations intergouvernementales présentant des exposés écrits ou oraux en vertu de l'article 66 du Statut seront informés de l'endroit où peuvent être consultés les exposés écrits et/ou documents soumis par des organisations non gouvernementales. »

Conclusion

599. Le tiers impartial et indépendant n'est pas omniscient et les parties n'auront pas toujours intérêt à l'éclairer sur toutes les conséquences possibles de la décision qu'il devra prendre. En conséquence, seules des personnes ou entités indépendantes des parties en litige sont à même de l'éclairer sur les éléments qu'il doit garder en tête quand il prend sa décision. En matière de changement climatique, le juge néerlandais a clairement cherché à élargir ses connaissances afin de déterminer dans quelle mesure l'Etat néerlandais devait être considéré comme responsable des dommages causés aux biens appartenant aux demandeurs [1262]. L'*amicus curiae*, qui n'est pas partie au litige au sens juridique et procédural du terme, est le seul à même d'aider le juge à y voir plus clair, comme le symbolise la magnifique main tendue de Giacometti (cf. image n° 16).

1262. Il s'agit de l'affaire *Ugenda c. l'Etat des Pays-Bas*, Cour de district de La Haye, 24 juin 2015 et Cour d'appel de La Haye de 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 16. Alberto Giacometti, La Main, bronze, 1947, Kunsthaus Zürich/Stiftung © Alberto Giacometti Estate, ACS/DACS, 2017, reproduite avec l'autorisation de la fondation Giacometti/ADAGP.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ANNEXE

LIGNES DIRECTRICES RELATIVES À L'ADMISSION ET À LA PARTICIPATION D'*AMICI CURIAE*

(annexe 2 de la thèse de Séverine Menétrey – reproduite avec l'aimable autorisation de l'auteur)

Admission

1. Il n'existe aucun droit à participer à une instance en qualité d'*amicus curiae*. Les règles énoncées ne sauraient être interprétées comme conférant un droit de participation en qualité d'*amicus curiae*.

2. Un *amicus curiae* ne peut participer à une procédure que si le tribunal l'y invite ou l'y autorise après qu'il a été saisi de la demande.

3. Le tribunal invite ou autorise un tiers à participer en qualité d'*amicus curiae* en fonction des circonstances de l'affaire et des intérêts qu'elle met en cause.

4. Si l'affaire est appropriée à la participation d'un *amicus curiae*, le tribunal apprécie la capacité du candidat à remplir cette fonction sur des critères d'indépendance, de compétence et de représentativité.

5. Le tiers qui souhaite participer à une instance en qualité d'*amicus curiae* doit en faire la demande auprès du tribunal dans un bref délai après que l'information concernant l'introduction de l'instance a été rendue publique.

6. La demande d'admission en qualité d'*amicus curiae* doit être écrite dans la langue de la procédure et limitée à 5 pages maximum. Le candidat y expose :

- Son identité complète y compris sa date de constitution et son statut pour les personnes morales ;
- Son objet social, ses activités principales ou sa profession ;
- Ses liens avec les parties ou les avocats des parties ;
- Les différents participants à la rédaction du mémoire ;
- Ses sources et ses moyens de financement ;
- Les motifs et les buts de sa demande ;
- La pertinence de sa participation compte tenu de la nature de l'affaire ;
- Les principaux thèmes qu'il souhaiterait aborder s'il était admis comme *amicus curiae*.

Aucun mémoire sur le fond ne peut être joint à la demande.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

7. Dans un délai qu'il fixe, le tribunal met les parties en mesure de présenter leurs observations écrites ou orales avant de statuer sur l'admission d'un *amicus curiae*.

8. Le tribunal rend une décision qui explique les raisons de l'admission ou du rejet et précise, le cas échéant, l'étendue et la forme de la participation de l'*amicus curiae*. La décision ne peut faire l'objet d'une voie de recours.

Participation

9. Sauf décision contraire du tribunal, la participation de l'*amicus curiae* prend la forme d'un mémoire écrit dans la langue de la procédure de vingt pages maximum.

Le mémoire de l'*amicus curiae* doit :

- Indiquer l'identité de l'*amicus curiae* ainsi que celle de toute personne ayant participé à l'élaboration du mémoire ;
- Enoncer des arguments de manière concise et précise ;
- Résumer la position de l'*amicus curiae* sur les questions traitées.

10. Le tribunal peut demander à l'*amicus curiae* de lui fournir, si nécessaire, des informations complémentaires par écrit ou oralement.

11. Le tribunal détermine l'objet de la participation de l'*amicus curiae* qui ne saurait en aucun cas porter sur les faits du litige.

12. Les observations de l'*amicus curiae* doivent apporter un point de vue nouveau et fournir des renseignements supplémentaires par rapport aux arguments des parties. L'*amicus curiae* ne peut soulever de nouvelles questions de droit sans y avoir été autorisé par le tribunal.

13. La participation d'un *amicus curiae* ne doit pas porter atteinte aux droits substantiels et procéduraux des parties. Elle est soumise aux principes directeurs du procès.

14. L'*amicus curiae* doit communiquer ses observations à chaque partie en même temps qu'au tribunal. Le tribunal fixe le délai dans lequel les parties peuvent répondre aux observations de l'*amicus curiae*. L'*amicus curiae* ne peut pas répliquer.

15. L'*amicus curiae* doit respecter les délais fixés par le tribunal et ne peut pas demander de prorogation.

16. L'*amicus curiae* est soumis à la police de l'audience en fonction des règles de procédure applicables. S'il ne respecte pas les obligations auxquelles il est soumis, le tribunal peut le condamner financièrement et l'exclure de la procédure.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

17. L'*amicus curiae*, sauf si le tribunal en décide autrement, supporte les frais de sa participation. L'augmentation du coût de la procédure liée à sa participation est supportée par les parties au titre des frais du procès.

18. En aucun cas, l'*amicus curiae* ne devient partie à l'instance.

19. L'avis de l'*amicus curiae* ne lie pas le tribunal. La décision finale doit mentionner expressément que des observations ont été reçues.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 11

LA FABRIQUE DE LA DÉCISION

> « . . . judges, like most other lawyers, are obsessive citers (a reflex designed to conceal the ungrounded character of much legal reasoning). »
>
> R. A. Posner [1263]

Introduction

600. L'étude des méthodes de pensée, d'analyse et de prise de décision des juges a plus été conduite aux Etats-Unis qu'en Europe et dans les systèmes de *common law* que dans ceux relevant de la tradition romano-germanique [1264]. Cela ne doit pas nous étonner puisque la justice est rendue, dans la tradition de *common law*, par des individus, la décision étant obtenue par un agrégat de positions individuelles, alors que dans la tradition moderne de *civil law*, la décision est celle de l'institution dans son ensemble, sans possibilité pour chacun des membres de cette collectivité d'exprimer son opinion. Ces constats ont servi de guide pour comprendre comment le juge international pense et comment sont « fabriquées » les décisions internationales. La psychologie et la personnalité des juges jouent un rôle important dans leurs délibérations et leur travail en général [1265]. Le juge Posner le reconnaît en ces termes :

> « There is a dark side. I don't think we judges are as good as we should be at preventing hunch and ideology and personal experiences of various sorts – and resulting intense emotions and deeply felt beliefs – from influencing our decisions unduly. (I say "unduly" because as I'll be arguing primarily in Chapter 2, elements of human thought and feeling have a legitimate and not merely an inevitable role in judicial decision making). » [1266]

1263. *How Judges Think,* Harvard University Press, 2010, p. 347.

1264. Les travaux de Benjamin Cardozo, juge à la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique de 1932 à 1937 sont extrêmement instructifs et sont réunis dans un ouvrage intitulé *The Nature of the Judicial Process,* Yale U. Press, 1921. Une exception notable en Europe est l'article de Thomas Coendet, « Judicial Decision-Making Today : The Swiss Perspective », dans J. Basedow *et al.*, *Legislators, Judges and Professors*, Mohr Siebeck, 2016, p. 65 ss, ainsi que le travail de Lyndell V. Prott, *op. cit. supra* note 765, d'abord développé pour un lectorat allemand.

1265. Voir par exemple, T. Cole (dir. publ.) *op. cit. supra* note 914.

1266. R. A. Posner, *Divergent Paths – The Academy and the Judiciary,* Harvard U. Press, 2016, préface, p. x et xi.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

601. Mais l'analyste doit surmonter le handicap du secret, lorsque, comme l'auteur de ces lignes, il est extérieur au cénacle des juges et n'a donc pas vécu de l'intérieur, sauf en arbitrage, les délibérations menant aux décisions des diverses juridictions internationales. Et même s'il avait été possible de participer aux délibérations de ces juridictions, la confidentialité qui préside aux délibérés empêcherait de relater ce qui a été vécu. Il y a donc une certaine dose de spéculation dans les développements de ce chapitre, comme dans toutes les études qui prétendent regarder à l'intérieur de la « boîte noire » [1267]. Heureusement, certains juges considèrent que la transparence est plus importante que le secret si bien que l'observateur peut glaner quelques informations au hasard des conférences dans lesquelles ces juges s'expriment [1268], même s'ils reconnaissent en général le caractère « sacro-saint » du secret des délibérations et le fait que la transparence doit avoir des limites, notamment en matière pénale, pour la protection des témoins, et le caractère confidentiel de certaines informations [1269].

602. Beaucoup de juristes ont tendance à penser que le juge parle par les décisions qu'il rend et uniquement par elles. Dès lors, il ne servirait à rien de disséquer les méthodes par lesquelles les décisions sont acquises [1270], de regarder derrière le voile de la décision elle-même. On peut douter que cette position permette de comprendre réellement la jurisprudence, même s'il convient d'agir avec prudence compte tenu de la difficulté signalée précédemment. Ne doit-on pas reconnaître que, notamment pour le droit international, dont la dimension politique est essentielle, rechercher comment la norme a été « fabriquée » ouvre la voie à une meilleure compréhension de ce qui a été décidé et à ses effets ? De surcroît, la personnalisation de la justice internationale, plus proche en cela de la fabrique des décisions dans les systèmes de

1267. B. Berger et M. E. Schneider (dir. publ.), *Inside the Black Box : How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions, ASA Special Series* n° 42, ASA, 2014.

1268. Voir Th. Meron, « Decision-Making in International Criminal Tribunals », dans Th. Meron, *op. cit. supra* note 843, à la p. 278. Pour l'auteur, « transparency is essential to building public confidence… ».

1269. *Idem*, à la p. 279.

1270. Plus récemment, certains juristes en France se sont intéressés au style judiciaire utilisé dans les décisions comme signe du raisonnement du juge. Par exemple R. Nollez-Goldbach, « Le style judiciaire métissé de la Cour pénale internationale », *Droit et Société,* n° 91, 2015, p. 521-532. L'intégralité de ce numéro de *Droit et Société* est consacré à l'étude comparée des styles judiciaires. Voir aussi le travail de thèse de E. Stoppioni, sur l'écriture des décisions des panels de l'OMC et des tribunaux arbitraux en matière d'investissement, Université Paris I, sous la direction du Professeur H. Ruiz-Fabri, dont la soutenance a eu lieu en mars 2019, intitulée : *L'utilisation du droit international non écrit par le juge de l'OMC et l'arbitre de l'investissement.*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

common law, favorise le style direct, le « discours », le « narratif » et se prête particulièrement bien à la déconstruction de la décision pour en percevoir les fils de la trame et les paratextes qui en forment le sous-bassement [1271]. De plus, les juridictions internationales produisent ce qu'il est convenu d'appeler une « littérature grise » qui peut donner des informations utiles sur le travail fourni [1272].

603. Ce chapitre va analyser tout d'abord l'importance de la personnalité des juges participant à l'exercice de justice internationale (A), puis se penchera sur les méthodes qui peuvent être utilisées pour le délibéré, son organisation et les conséquences que ces méthodes engendrent (B) et (C). Enfin, nous étudierons séparément la motivation des décisions (D) et le phénomène des opinions séparées (E). Il aurait été nécessaire d'étudier aussi l'importance du rôle des secrétariats d'institution ou des greffes [1273]. Faute de place, cet aspect doit être laissé de côté [1274]. Notons également que l'art de juger est différent selon que le juge est assisté par des « référendaires » [1275], des *clerks*, des « secrétaires de tribunaux » lorsque l'on parle de l'arbitrage, ou travaille seul [1276]. Une investigation de cette nature demande des talents de sociologue que l'auteur de ces lignes ne possède pas. Elle n'a donc pas été conduite et ne sera pas traitée ici en tant que telle, sauf marginalement.

1271. La comparaison des styles de *common law* et *civil law* nous renvoie à la fameuse affirmation de Montesquieu, déjà mentionnée supra par. 59 : « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », *L'esprit des lois,* livre XI, chapitre VI.

1272. Ce travail de recherche dans la littérature grise n'a pas été fait de manière systématique dans le cadre de ce chapitre.

1273. Il est bien connu que les décisions de la CourEDH sont essentiellement rédigées par le greffe. Les juges à la CourEDH ne bénéficient pas de référendaires, mais le greffe leur détache un assistant pour les aider lorsque cela est nécessaire, sauf s'il s'agit pour eux de rédiger une opinion dissidente. Th. Meron insiste sur le rôle du greffe au sein des tribunaux pénaux internationaux, Th. Meron, *op. cit. supra* note 843, à la p. 281 et à nouveau à la p. 283.

1274. Un autre angle aurait pu aussi être emprunté par ce cours, celui du droit comparé. En effet, comme nous l'avons dit *supra* au chapitre 4, si le juge national est bel et bien le juge de droit commun du droit international, il est pertinent de comparer les méthodes d'analyse des juges nationaux. Cette recherche n'a pu être conduite dans le cadre limité de ce cours.

1275. Le rôle et le nombre de référendaires par juge diffèrent d'une juridiction à l'autre. A la CIJ, chaque juge bénéficie de l'aide d'un référendaire, les juges *ad hoc* partageant le référendaire d'un juge titulaire. A la CJUE chaque juge bénéficie de quatre référendaires. A la CCJA de l'OHADA, il n'y a que trois référendaires pour toute la Cour.

1276. A titre d'anecdote, on note que le juge Th. Meron dédie à ses *clerks* son livre *The Making of International Criminal Justice – A View from the Bench,* OUP, 2011.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

A. Les différents types de personnalité des juges

604. Pour un chef de juridiction, qui doit organiser les délibérés au sein de l'institution, il n'est pas inutile de comprendre la personnalité de ses membres pour tenter d'utiliser au mieux les complémentarités et les divergences éventuelles qui peuvent naître du fait de ces personnalités. Certes, il n'est pas question de mener des études psychologiques serrées des membres de la juridiction [1277], mais il n'est pas inutile de se demander comment la complémentarité des personnalités permettra de rendre la meilleure justice possible, notamment au sein du comité de rédaction lorsqu'une telle formule est utilisée [1278].

605. Il était tentant de reprendre les neuf *theories of judicial behaviour* définies par Richard Posner dans son ouvrage *How Judges Think* [1279]. Créées à partir du cas des Etats-Unis d'Amérique et du système judiciaire particulier de ce pays, elles ne nous ont pas semblé pouvoir être reprises telles quelles pour une étude qui se consacre aux juges internationaux. De plus, ces théories sont des prismes par lesquels interpréter le travail des juges, plus que de véritables traits psychologiques s'attachant à la personnalité des juges eux-mêmes. C'est pourquoi, nous proposons nos propres catégories de tempérament judiciaire, inspirées de celles de R. Posner, certes, mais qui reflètent mieux, nous avons la faiblesse de le croire, l'état de la « société internationale des juges » comme nous aimons à l'appeler [1280].

606. Signalons tout de suite que les catégories que nous nous apprêtons à dévoiler ne sont pas étanches, chaque juge pouvant combiner en elle-même/lui-même plusieurs catégories. Nous présentons les catégories par antinomies ce qui permet de rendre plus claires les influences qui s'en suivent dans les méthodes de pensée.

1277. Fut un temps où les études de psychologie étaient à la mode en arbitrage. Voir par exemple S. Nappert et D. Flader, « Psychological factors in the arbitral process », dans D. Bishop et E. G. Kehoe, *The Art of Advocacy in International Arbitration,* JurisNet, 2010, 2e édition, p. 121-148.

1278. Le Président Webb, du Tribunal de Tokyo (voir *supra* chapitre 7) aurait pu utiliser cette recommandation, ce qui lui aurait probablement évité de faire face aux opinions dissidentes, notamment celle du juge français. Celui-ci, en effet, très attaché à la procédure pour la recherche de l'application du droit naturel, avait été heurté par la manière de conduire le procès du Président Webb. L'ayant averti, et n'ayant pas vu de changement, il devait inévitablement se désolidariser de la décision prise. Cf. J. Esmein, *op. cit. supra* note 820, à la p. 11.

1279. R. A. Posner, *op. cit. supra* note 1263, p. 19-56.

1280. Cette société internationale est en partie fictive, mais comme nous l'avons dit au chapitre 1, c'est un raccourci pour désigner l'ensemble des personnes qui participent, d'une manière ou d'une autre, dans l'acte de régler les différends internationaux.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

607. La première antinomie oppose les « vrais » internationalistes des « faux » internationalistes. Il faut prendre ces qualificatifs avec beaucoup de précaution. A première vue, tous les juges participant à l'exercice de justice internationale sont des internationalistes en ce sens qu'ils ont probablement, pour la plupart d'entre eux, étudié à plus ou moins haute dose le droit international et ont une expérience de son application. Ce qui différencie les « vrais » des « faux » internationalistes tient à plusieurs facteurs. Tout d'abord, avant de rejoindre une juridiction internationale, un certain nombre de juges n'ont « vécu » le droit international que du point de vue de leur propre pays. C'est le cas de tous ceux qui, avant d'intégrer une juridiction internationale, ont mené leur carrière au sein du ministère des Affaires étrangères de leur pays. Ils ont certes participé par exemple à des négociations internationales, mais, par la force des choses, ils ont dû soutenir la position de leur pays. Et même s'ils essayent de se départir de ce « chauvinisme juridico-politique », quand ils accèdent à la fonction judiciaire internationale, cela sera plus difficile pour eux que pour un juriste qui aura déjà travaillé au sein d'une organisation internationale.

608. Un second facteur tient à l'influence plus ou moins grande du système juridique de base dans lequel le juge a été éduqué. Par système juridique de base, nous entendons l'éducation primaire reçue par le juge avant d'étudier plus particulièrement le droit international. C'est un fait que les facultés de droit ou les écoles de droit ne forment pas au droit international directement, mais intègrent le droit international dans un cursus de base de droit national, plus ou moins mâtiné de méthode comparatiste. Il est certain que le droit international n'est pas enseigné de la même manière dans un pays de *common law* et dans un pays de tradition romano-germanique, dans un pays dit « moniste » ou un pays dit « dualiste ». Et au sein de ces deux grandes catégories de systèmes juridiques, les nuances d'un pays à l'autre sont prégnantes. Selon que le juge sortira de telle ou telle formation, sa manière de comprendre, d'interpréter et d'appliquer le droit international différera. Cette diversité n'est pas automatiquement un handicap. La représentation des différentes cultures juridiques du monde est un des critères qui préside au choix des juges pour la CIJ. Toutefois, il est indéniable que la formation du juge peut l'entraîner à préférer des solutions « vraiment internationalistes » ou plus proches des intérêts des Etats.

609. La seconde antinomie oppose les pragmatiques et les idéalistes. Les premiers pensent que le juge n'est là que pour trancher un litige

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ou, dans le cas des conciliateurs et médiateurs, pour aider les parties à trouver une solution à leur différend, sans aucune conséquence pour le droit et son évolution. Lors d'un séminaire organisé à l'Ecole normale supérieure à Paris, deux des juges présents ont affirmé que le droit n'est qu'un sous-produit *(a by-product)* de la fonction de jugement. Les idéalistes, en revanche, ont conscience de participer à l'évolution du droit par leurs décisions et sont plus susceptibles de prendre en considération les effets systémiques potentiels que la décision à intervenir est susceptible de développer. Bien entendu, pour qu'un tel effet puisse survenir, la décision doit être publiée [1281].

610. La troisième antinomie oppose les innovateurs (avant-garde) et les légalistes (sur-prudents) [1282]. C'est avec une certaine hésitation que cette antinomie est présentée car le légalisme, en droit international, est probablement un concept peu adapté. En effet, plus que dans aucun autre domaine du droit, le droit international est en devenir, il se crée au fur et à mesure de l'évolution des relations internationales, qu'elles soient privées, publiques ou mixtes, c'est-à-dire à la fois privées et publiques. Les textes internationaux sont souvent écrits en termes ambigus puisqu'ils sont le fruit de compromis entre traditions nationales divergentes et intérêts contradictoires. Prenons l'exemple de l'article 2.2 de la Convention des Nations Unies sur les immunités de 2004. Ce texte devrait permettre de participer à la création d'une définition autonome internationale de ce qu'est une « transaction commerciale » pour les besoins de l'immunité [1283]. Il dispose :

> « Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une « transaction commerciale » au sens de l'alinéa *c* du paragraphe 1, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction

1281. La décision récente de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI de publier les sentences rendues sous son égide a mis fin à des décennies de pratique secrète et sonne le point de départ d'une ère nouvelle qui va bouleverser le développement du droit du commerce international.

1282. Il serait également possible de vérifier l'influence de cette position philosophique en étudiant les pouvoirs implicites *(inherent powers)* que le juge ou l'arbitre possède. Ils sont surtout mis au service de la procédure, mais on ne peut pas complètement exclure que ces pouvoirs soient mis au service de la substance de la décision. Pour un travail sur les pouvoirs implicites des arbitres, cf. les rapports du comité international sur l'arbitrage formé au sein de l'ILA, *Report of the 77th Conference,* Johanesburg, 2016.

1283. Cette définition est en effet limitée aux immunités ainsi que nous le dit l'article 2.3 de la Convention.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'Etat du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction. »

Ce texte était destiné à trancher le débat ancien et persistant entre les partisans de la nature et les partisans du but de la transaction ou du contrat. Aucun des deux camps ne souhaitant céder à l'autre, le texte permet au juge d'utiliser les deux concepts. Les légalistes suivront à la lettre ce que dit le texte. Ils commenceront par la nature, puis devront regarder la *lex fori* pour déterminer si le but est important et, dans ce cas, ils analyseront le but pour lequel l'Etat s'est engagé dans la transaction. En revanche, les innovateurs feront fi d'une certaine manière des directives tatillonnes d'application du texte et iront directement regarder le but de la transaction si cela leur paraît être la meilleure solution ou s'en tiendront à la nature sans aller plus loin si, pour eux, la seule nature est pertinente.

611. On pourrait multiplier les exemples. Nous nous contenterons de n'en prendre qu'un seul pour finir d'illustrer la différence d'approche entre les innovateurs et les légalistes. Cet exemple est tiré de ce qu'il est convenu d'appeler « l'ordre public transnational » [1284]. C'est une notion qui demeure controversée. Si le juge à qui il est demandé d'appliquer ce concept, avec toutes les conséquences qu'il entraîne, est légaliste, il refusera de ce faire n'ayant à sa disposition aucun texte, aucune directive certaine de droit international sur laquelle il pourra s'appuyer [1285]. En revanche, les innovateurs n'auront aucune difficulté à utiliser ce concept en proposant un raisonnement tiré de l'évolution de la société internationale et de ses besoins ainsi que des conséquences qui pourraient survenir si le concept n'est pas utilisé. Les arbitres qui ont rendu la sentence dans l'affaire *World Duty Free* [1286], en utilisant le concept d'ordre public transnational, sont des innovateurs [1287], ce qui peut paraître un peu étonnant compte tenu de leur parcours.

612. La quatrième antinomie tient aux préférences politiques des juges et oppose les libéraux aux conservateurs. La norme juridique est une norme politique par essence. Par les choix qu'elle opère entre

1284. Sur ce concept, cf. C. Kessedjian, « Transnational Public Policy », dans A. J. van den Berg (dir. publ.), ICCA Congress, *International Arbitration 2006 : Back to Basics ?*, Kluwer Law International, 2007, p. 857-870.

1285. Il en ira de même lorsque l'une des parties demandera à ce que le juge « applique » une norme dite de *« soft law »* (droit tendre).

1286. *World Duty Free c. Kenya*, CIRDI, Arb/00/7, sentence du 4 octobre 2006.

1287. Ils sont aussi des idéalistes pour l'antinomie précédemment exposée.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les intérêts en présence, elle oriente la société vers un plus ou moins grand libéralisme (au sens sociétal du terme). Cela est particulièrement vrai pour une société interne, dans un pays donné, mais ne l'est pas moins pour le droit international surtout celui qui s'applique aux relations entre personnes privées ou aux relations mixtes entre une personne privée et un Etat. Prenons l'exemple de la gestation pour autrui. Il est aisé aujourd'hui, pour un couple ayant quelques moyens matériels, de conclure un contrat de gestation pour autrui à l'étranger et de revenir avec un enfant nouveau-né dans son pays de résidence bien que ce pays interdise un tel contrat. L'enfant possède un certificat d'état civil ne mentionnant pas la mère biologique mais uniquement, d'une part, le père (qui est généralement à la fois le père biologique et le père d'intention) et, d'autre part, la mère d'intention. Compte tenu des règles de reconnaissance appliquées dans le pays de destination (qui est aussi le pays d'origine des parents d'intention), cet enfant devrait être reconnu comme l'enfant de ce couple sans égard à la mère biologique. Cela heurte directement l'ordre public du pays de destination ainsi que ses règles les plus classiques en matière de fraude à la loi. Si la personne qui tient le registre d'état civil est vigilante et qu'elle refuse de transcrire l'état civil de l'enfant, ce qui a eu lieu en France par exemple, l'affaire ira devant le juge. Or, l'on sait que le droit international concernant la protection des enfants exige que « l'intérêt de l'enfant » soit pris en considération comme critère premier, voire essentiel et unique, par le juge. On le voit, selon que ce juge sera libéral ou conservateur, la décision qu'il prendra ne sera pas la même. Est-ce une situation satisfaisante ? Probablement pas. Dans un tel cas, seul le législateur peut modifier les effets délétères sur la sécurité juridique des enfants en cause de la préférence du juge appelé à statuer [1288].

613. La cinquième antinomie concerne les stratèges (on dirait aujourd'hui les adeptes du *nudging*) et les autoritaires. Au sein de toute collectivité délibérative, les stratégies que peuvent développer ses membres sont essentielles à comprendre pour mieux cerner comment une décision a été obtenue et comment les opinions dissidentes se sont fait jour. L. Baum [1289] explique que les juges stratèges considèrent comme

1288. On remarque, à cet égard, que le premier avis consultatif demandé à la CourEDH, après l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, l'a été par la Cour de cassation française à propos de la marge de manœuvre que sa jurisprudence laisse aux juges nationaux dans ces affaires de transcription à l'état civil de ces enfants nés par gestation pour autrui à l'étranger. L'avis a été rendu le 10 avril 2019.

1289. *Juges and Their Audiences : A Perspective on Judicial Behaviour*, Princeton University Press, 2008, à la p. 7.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

audience aussi les autres juges au sein du même tribunal, ainsi que les juges des autres tribunaux avec lesquels ils peuvent être liés. C'est ce que les sciences sociales appellent « le groupe de référence » [1290]. En arbitrage, il peut ainsi arriver que l'un des arbitres préfère se rallier à la position d'un autre arbitre, non parce qu'il trouve ses arguments particulièrement convaincants, mais parce que cet arbitre est le plus susceptible de lui procurer (ou favoriser) de futures nominations. Cela devrait sauter aux yeux comme une violation de la neutralité, mais c'est quasiment impossible à prouver. Pour les juges au sein des juridictions internationales, leurs actions sont à considérer en fonction de leurs relations avec d'autres branches du gouvernement, comme les conseils juridiques des ministères des Affaires étrangères. Ces exemples font mieux comprendre le concept d'« audiences multiples ». Nous avons expliqué dans le chapitre 7 comment ces considérations peuvent influer sur la prise de décision. Nous n'y revenons pas [1291].

614. La dernière antinomie oppose les émotionnels *(limbic)* et les rationnels. Les émotionnels, c'est-à-dire ceux qui utilisent leur cerveau limbique, font plus confiance à leurs intuitions, à la résonance que l'affaire qu'ils ont à juger réveille en eux. Un sens aigu de la justice et de l'équité guide plus souvent ces juges. C'est l'expérience qui leur permet de se reposer sur leurs intuitions, une sorte de *judicial habitus* [1292]. R. Posner explique que lorsque le juge est confronté à une situation complexe, qui met en cause de très nombreux facteurs, une approche holistique et intuitive produit probablement un meilleur résultat que si chaque facteur est pesé séparément et qu'ensuite une tentative de synthèse est faite [1293]. Dans le même ordre d'idées, la volonté de se

1290. On retrouve le *invisible college* de Oscar Schachter, dont nous avons parlé *supra* note 888.

1291. Baum oppose les stratèges aux juges qui appartiennent à la catégorie dite *« attitudinal »*. Dans le modèle *« attitudinal »*, les juges agissent de manière honnête et sincère, même naïve, sans aucune stratégie. Ce qui les intéresse c'est de rendre des décisions conformes à une bonne politique juridique, suivre la bonne administration de la justice, les effets secondaires, en termes de carrière etc. ne les intéressent pas. Dans cette catégorie on peut probablement classer le juge Henri Bernard, juge français au Tribunal de Tokyo (cf. *supra* chapitre 7). Cf. également, D. Caron, *Understanding why International Courts and Tribunals Look as they Do*, *UN Audiovisual Library*, 17 octobre 2014.

1292. Expression empruntée à Thomas Coendet, *op. cit. supra* note 1264, à la p. 75.

1293. R. A. Posner, *op. cit. supra* note 1263, à la p. 108 s'appuyant, notamment, sur T. D. Wilson and J. W. Schooler, « Thinking Too Much : Introspection can Reduce the Quality of Preferences and Decisions », 60 *Journal of Personality and Social Psychology* 181 (1991). On peut d'ailleurs immédiatement voir la différence irréductible avec les décisions prises par des algorithmes, ainsi qu'il sera expliqué au chapitre 14 ci-dessous.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

conformer à une pratique dite de *good judgment* peut aussi participer à la psychologie des juges. Dans les mots du juge Posner,

> « [good judgment is] an elusive faculty best understood as a compound of empathy, modesty, maturity, a sense of proportion, balance, a recognition of human limitations, sanity, prudence, a sense of reality, and common sense » [1294].

Le bon juge doute, se pose des questions [1295], il est attentif aux faits de l'espèce, il fait attention au contexte et prend en considération les effets systémiques que sa décision peut entraîner [1296].

615. Finalement, l'essentiel est que toutes ces formes de pensée soient représentées au sein de la juridiction de manière à ce que la fabrique de la décision emprunte des voies subtiles et riches, aboutissant à une solution équilibrée, juste et acceptée par tous, car solidement justifiée et argumentée.

B. Le secret du délibéré [1297]

616. Dans l'ouvrage qu'il dirige sur les méthodes de décision des juges, Michel Troper [1298] rappelle que c'est Kelsen qui a, le premier pour les temps modernes, appelé de ses vœux une délibération publique des cours constitutionnelles alors que, traditionnellement, le mystère de la justice, acte historiquement divin et donc inaccessible à la raison humaine, se développait surtout dans le secret du délibéré [1299]. Toutes les images qu'il nous est donné de voir montrent la table de délibéré fermée sur elle-même, en contraste flagrant avec la salle de tribunal dans laquelle la table à laquelle siègent les juges est ouverte vers les

1294. R. A. Posner, *op. cit. supra* note 1263, p. 117 (références omises).
1295. O. W. Holmes, « Natural Law », 32 *Harvard Law Review*, 40 (1918).
1296. R. A. Posner, *Reflections on Judging*, Harvard U. Press, 2013, p. 351 ss.
1297. « L'insondable question du secret du délibéré », dit Guy Canivet qui signe « Comprendre le délibéré ? Ou « Le mystère de la chambre du Conseil », dans *Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* Dalloz, 2010, p. 205. L'auteur fait un jeu de mots à partir du célèbre roman policier de Gaston Leroux, *Le mystère de la chambre jaune,* pièce apparemment totalement hermétique dans laquelle on retrouve une personne assassinée, et de laquelle le criminel n'a pas pu s'enfuir sans être découvert. Il affirme : « Le paradigme du lieu clos représente parfaitement le délibéré dans l'opacité de son déroulement, en opposition à la transparence de la fonction de juger dont il permet l'accomplissement » (p. 206).
1298. M. Troper (dir. publ.) *Comment décident les juges – La constitution, les collectivités locales et l'éducation,* Economica, 2008. Il rejoint en cela, R. A. Posner, pour qui le secret n'est rien d'autre qu'un exemple de *« professional mystification »*, dans *op. cit. supra* note 1263, à la p. 3.
1299. S. Rials, « La fonction de juger : l'office du juge », *Droits,* 1989, p. 6.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

protagonistes du procès et le public s'il y en a. La table de délibéré symbolise donc la fermeture de la justice au moment d'entreprendre cet acte fondamental grâce auquel la décision sera prise [1300]. Une gravure de Daumier montre d'ailleurs les juges se « retirant » dans la salle des délibérés : la porte ouverte laisse deviner un capitonnage insonorisant la salle, de taille plus petite, inaccessible aux autres participants au procès, et, tout en laissant passer les juges représentés de dos, s'apprête à se refermer pour ne rien laisser filtrer du débat qui s'amorce.

617. Par contraste, la publicité des délibérations renforcerait la légitimité de l'institution et « maintiendrait les juges dans les limites de la vertu, parce que certains arguments ne pourraient plus être employés, de sorte que les motifs réels coïncideraient heureusement avec les motifs invoqués » [1301]. Toutefois, M. Troper s'empresse de contredire cette position qui « contient, [selon lui], une bonne dose de naïveté » [1302].

> « Comment croire en effet que les raisons qui apparaîtraient au cours de la délibération publique seraient plus sincères que celles qui figurent dans les motifs des décisions et qu'elles ne dissimuleraient pas d'autres raisons encore plus obscures, indécelables par ceux qui ne peuvent accéder aux entretiens et aux réunions informelles qui précèderaient inévitablement le délibéré public ? Il repose au demeurant sur le présupposé erroné que les motifs ne sont que des arguments. Pourvu que l'on ne donne pas à ce terme de « motifs » son sens technique, mais son sens ordinaire de « raisons pour agir », on doit bien admettre que la connaissance de tous les arguments employés dans une discussion, même à huis clos, ne donne pas la connaissance immédiate des « motifs qui n'ont pas été énoncés. » [1303]

M. Troper poursuit en distinguant les motifs des « raisons psychiques » appartenant à chaque individu qui compose l'institution en affirmant

1300. Le juge Gustavo Zagrebelsky, de la Cour constitutionnelle italienne, formule une remarque similaire à propos de la salle du Conseil qui accueille la délibération de la Cour (dans M. Troper, *op. cit. supra* note 1298, à la p. 127). La table ovale mentionnée par le juge Zagrebelsky fait penser à la table en œuf créée par l'architecte Renzo Piano pour les salles de médiation du nouveau Tribunal de Paris.

1301. M. Troper, *op. cit. supra* note 1298, aux p. 4 et 5.

1302. G. Canivet rappelle qu'en France, le droit révolutionnaire avait exigé le délibéré public afin de mieux contrôler les juges politiquement parlant, *op. cit. supra* note 955, à la p. 216.

1303. M. Troper, *op. cit. supra* note 1298, p. 5.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ensuite qu'il n'existe pas de psychisme collectif. En cela, il n'est pas certain qu'il ait raison, compte tenu des avancées des sciences cognitives et de la manière dont s'organise l'influence de certains membres des institutions de jugement, ainsi que les jeux d'allégeance implicite qui fonctionnent au sein d'une institution. Plus tard dans le même texte [1304], il reconnaît que les juges au sein d'une institution peuvent former des alliances, poursuivre des stratégies individuelles (notamment afin d'être à nouveau élus ou nommés), considérer aussi comment un argument dans un cas donné pourrait être utilisé contre eux dans un autre cas pendant ou à venir. Il est donc très difficile de démêler les ressorts profonds des positions prises en délibéré.

618. Cette discussion menée par M. Troper nous amène à penser que les méthodes utilisées par les juges de *common law*, et particulièrement par les juges états-uniens, permettent probablement de préserver l'essentiel du secret du délibéré tout en donnant plus d'explications sur les tenants des décisions rendues que ne le permettent les méthodes de rédaction des pays de *civil law*, tout au moins en France [1305]. Tout cela est intimement lié à la possibilité pour les juges d'écrire leurs propres opinions séparées, contribuantes ou dissidentes, ce que nous verrons plus tard dans ce chapitre. Pour l'heure, signalons que l'admission des opinions séparées s'est souvent heurtée à l'éventuelle violation de la confidentialité du délibéré [1306]. Certains auteurs n'ont aucun doute sur le fait que cette admission entraîne nécessairement une telle violation [1307], tout en reconnaissant que les opinions séparées permettent néanmoins d'éclairer les opinions des autres juges [1308].

619. Pour l'exercice qu'il a proposé aux juges invités, Michel Troper note que les méthodes de chacun sont remarquablement

1304. *Ibidem*, p. 6.

1305. On doit noter en effet que les décisions néerlandaises ont, depuis assez longtemps, emprunté la structure des décisions de *common law* se départissant de la tradition romano-germanique.

1306. Si, durant longtemps, le secret du délibéré a été considéré comme l'obstacle dirimant s'opposant aux opinions séparées, notamment dans la conception française de l'arbitrage, une décision de la Cour d'appel de Paris du 9 octobre 2008 (07/06619) est venue mettre un terme à cette supposée incompatibilité. Cf. *Rev. arb*. 2009.352, note J. G. Betto et G. Canivet.

1307. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 434.

1308. *Ibidem*, et J.-F. Poudret, « Légitimité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? Poursuite d'un débat amical », dans *Liber amicorum Claude Reymond autour de l'arbitrage,* Litec 2004, p. 251. Voir aussi, D. Spielmann, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal des tribunaux,* 2007, p. 310.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

similaires, alors même qu'ils appartiennent à des systèmes juridiques dont les normes applicables au cas fictif sont profondément différentes. On doit noter cependant que tous les participants à l'exercice qu'il a organisé appartiennent à la culture occidentale (si on peut se permettre ce raccourci évidemment abrupt), qui plus est à une culture occidentale régionale restreinte et à une seule culture juridique, celle de la tradition romano-germanique. En effet, les juges ayant donné leur concours à l'exercice sont italien, français, belge, allemand, espagnol.

620. Voici ce qui est remarquable dans les délibérations publiées : *a)* Certains juges font référence de manière réitérée à la manière dont certaines questions auraient été réglées dans leur système juridique ou dans la cour à laquelle ils ont appartenu. *b)* Les préférences personnelles pour telle ou telle solution ne sont parfois pas étayées par un raisonnement juridique structuré et rigoureux. Au contraire, on a parfois le sentiment que les juges se sont laissés convaincre par les arguments présentés par une partie parce qu'elle correspondait mieux à leur inclination naturelle (intime conviction). *c)* Les justifications données par les juges sont souvent des justifications politiques au sens le plus noble du terme [1309]. Certes, on peut penser que la matière constitutionnelle du cas fictif qu'ils avaient à trancher se prêtait particulièrement à des raisonnements de nature politique. Mais on peut extrapoler avec le droit international qui lui aussi met en cause souvent des questions politiques, ou de politique économique, épineuses. *d)* La terminologie utilisée, du fait des différences linguistiques entre les juges peut apparaître moins ferme que si la Cour avait été unifiée de ce point de vue, si bien que les enseignements que l'on peut tirer de la décision rendue sont probablement moins porteurs [1310]. *e)* La place du précédent dans les délibérations est importante. Mais on peut se demander dans quelle mesure chaque juridiction attache une importance à la cohérence de ses décisions [1311]. Bien entendu, ce point ne vaut pas pour l'arbitrage, même pour les tribunaux arbitraux qui statuent sous l'égide d'une même institution, puisque chaque tribunal arbitral est autonome et n'a pas à suivre les supposés « précédents » que formeraient les décisions

1309. Déniant cette conclusion, voir Noëlle Lenoir, dans Troper *op. cit. supra* note 1298, à la p. 126 : « On ne fait pas de politique lorsque l'on est juge. »

1310. Ce point est souligné par le journaliste Stefano Levi della Torre qui commente la décision fictive (Troper, *op. cit. supra* note 1298, à la p. 120).

1311. Parlant du travail de la CIJ, Jean d'Aspremont a, de manière très convaincante, démontré que cette juridiction se fiche pas mal de construire un « système » qui n'est en réalité qu'une chimère créée par la doctrine, « The International Court of Justice and the Irony of System-Design », 8 *Journal of International Dispute Settlement*, p. 366-387 (2017).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des autres tribunaux arbitraux, y compris ceux statuant sous l'égide de la même institution arbitrale [1312].

621. Le secret du délibéré en arbitrage est préservé par la plupart des règles de droit nationales ainsi que par les règles des grandes institutions d'arbitrage [1313]. Toutefois, il est à noter qu'en France, l'inobservation du secret n'est pas une cause de nullité de la sentence, sauf si cette inobservation avait pour effet de violer l'ordre public international [1314]. On ne comprend pas bien cette limite tirée de l'ordre public international, d'autant que la Cour de cassation a rappelé qu'aucune forme particulière n'est imposée pour le délibéré arbitral [1315]. Le contrôle par la juridiction de recours est donc, la plupart du temps, impossible compte tenu du secret d'une part et de l'absence de standard de l'autre [1316]. Autant dire que la violation d'une règle fondamentale de collégialité a fort peu de chance d'être sanctionnée [1317]. On note d'ailleurs que même si des codes d'éthique existent pour les arbitres (voir par exemple le code d'éthique de la AAA), ils ne comportent aucune règle ni standard sur la collégialité [1318].

622. Au sein des juridictions internationales, la collégialité est une donnée obligatoire, en raison notamment de la nécessité de refléter la diversité des cultures juridiques présentes dans le monde [1319]. Or si la diversité d'origine des membres de ces institutions est une donnée

1312. C. Kessedjian, « To give or not to give precedential value to investment arbitration awards ? », dans C. A. Rogers et R. P. Alford (dir. publ.), *The Future of Investment Arbitration,* Oxford University Press, 2009, p. 43-68.

1313. Parfois, le secret est violé comme le décrit Ph. Sands, « Reflections on International Judicialization », 27 *EJIL* 885, à la p. 896 (2016), avec la conséquence, quand le fait est connu, que l'arbitre ayant violé le secret démissionne.

1314. CA Paris, 7 avril 2011, RG n° 10/09268.

1315. Civ. 2, 28 janvier 1982, n° 79-12317.

1316. Soulignant cette difficulté probatoire, A. de Fontmichel *et al.*, « Vue d'ensemble du régime juridique du délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2014.2, p. 207.

1317. Voir notamment, Civ. 1, 8 juil. 2009, n° 08-17661 et CA Paris (1re ch. C), 16 janvier 2003, *Rev. arb*. 2004.382, note L. Jaeger. Mais voir une décision de la Cour suprême d'Espagne, chambre civile, du 15 février 2017 (102/2017) qui approuve la condamnation de deux arbitres pour avoir pris avantage de l'absence du troisième arbitre (empêché de participer à la délibération) pour rendre une décision à la majorité au mépris de la collégialité.

1318. On note, par exemple, que les règles dites *« Rules on the efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration »* (à l'heure où nous écrivons aucune version française n'est disponible), adoptées à Prague en 2018 (connues sous l'appellation raccourcies *« The Prague Rules »*), contiennent un article 12 sur le délibéré qui ne dit rien du secret, ni de la collégialité, ni des standards minimaux à observer.

1319. Cf. notamment une contribution critique sur la pratique, J.-F. Flauss, « La collégialité à la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* p. 453.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

incontestable, on peut se demander si la culture influence la manière de raisonner. Une approche intuitive devrait permettre de répondre par l'affirmative. Toutefois, il n'est pas certain que cette intuition soit confirmée par les résultats de la recherche scientifique à cet égard. Jos Hornikx, par exemple, insiste sur le fait que « the evidence that cultural differences exist between Easterners and Westerners is scarce » [1320]. Il cite plusieurs auteurs dans le domaine des sciences cognitives selon lesquels il existe des structures universelles de raisonnement, la culture ne les influençant que marginalement. Il montre ensuite que la priorité des valeurs peut varier d'une culture à l'autre, ce qui peut présenter une influence dans la manière dont les juges parviennent aux solutions des litiges qui leur sont soumis. De la même manière, les questions de relation aux positions de pouvoir ou de compétence (expertise) (par exemple, par rapport au rôle du Président du tribunal) peuvent aussi influencer le comportement des membres de l'institution [1321]. L'étude des premières décisions de la CPI montre que les juges parviennent à adopter des styles de rédaction des décisions qui ne leur sont pas familiers, mais permettent de mieux exprimer le travail de la Cour [1322]. On est d'ailleurs frappé en lisant ces premières décisions de la CPI combien la structure formelle et substantielle est proche des sentences arbitrales internationales tant en matière commerciale qu'en matière d'investissement. L'hybridation aurait donc des effets non seulement d'une culture à l'autre, mais aussi d'une juridiction internationale à l'autre.

623. Ayant dit cela, la culture n'est que l'un des aspects qui influence le raisonnement. Pour les juges, leur formation est particulièrement pertinente comme élément explicatif de leur méthode de jugement. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 7 qui s'est penché sur la personnalité des juges internationaux, leur formation est très similaire. Ils ont tous ou presque fait des études complémentaires dans une des grandes universités reconnues mondialement pour leur expertise en droit international ; ils ont servi dans leur pays dans des capacités judiciaires ou politiques ; ils ont servi dans des organisations internationales. En conséquence, il y a beaucoup plus de similarité dans les méthodes de raisonnement que l'on ne pourrait s'y attendre. Ceci est d'autant plus le cas que les tribunaux internationaux utilisent essentiellement deux

1320. J. Hornikx, « Cultural Differences in Perceptions of Strong and Weak Arguments », dans T. Cole, *op. cit. supra* note 914, à la p. 83 (les notes sont omises).
1321. *Ibidem,* p. 85 et 87.
1322. R. Nollez-Goldbach, *op. cit. supra* note 1270, à la p. 528.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

langues de travail, le français et l'anglais. L'obligation pour tous les juges qui ne sont pas de langue maternelle française ou anglaise de s'adapter à ces langues de travail influence leur manière de penser. La CCJA de l'OHADA utilise officiellement quatre langues (anglais, français, espagnol et portugais) mais l'essentiel de son travail se fait en français [1323].

624. Comment se prépare une délibération ? En arbitrage, plusieurs méthodes peuvent être utilisées. Le président peut prendre la plume pour rédiger le projet qui sera ensuite révisé par les co-arbitres. Si le délibéré a eu lieu avant la rédaction du premier projet par le Président, celui-ci met en forme la motivation des solutions approuvées par le tribunal. Parfois, cependant, les délibérations n'ont pas pu dégager une majorité sur la solution à retenir. Dans ce cas, le président peut préparer plusieurs projets avec des options en sens contraire qui demanderont alors une délibération supplémentaire pour voir quelle option emporte l'adhésion de la majorité du tribunal. Il est parfois demandé aux membres du tribunal arbitral de rédiger certaines parties de la sentence. Cette méthode veut dire généralement que la délibération a déjà eu lieu et que le tribunal, en majorité, voire à l'unanimité, est d'accord sur la solution qu'il convient alors de justifier.

625. Les juges doivent-ils expliquer leur décision pour le « grand public » ? En d'autres termes, les juges doivent-ils s'adresser à un autre public que les parties au différend qu'il tranche ? Cette vaste question ne pourra pas être traitée dans toutes les nuances qu'elle appellerait. On y reviendra au chapitre 13 quand nous étudierons l'influence du recours au juge sur la norme juridique. Qu'il suffise de dire ici que le juge international, lorsque sa décision est publiée (ce qui n'est pas encore le cas de la plupart des sentences de l'arbitrage commercial international, sauf exception), s'adresse manifestement à un lectorat plus large que les parties au litige. Le juge peut vouloir « faire jurisprudence ». C'est le sens de la formule utilisée dans la version française des décisions de la CJUE : les décisions rendues sur les questions préjudicielles posées par les juges des Etats membres le sont « pour droit ». Les arrêts

1323. La plupart des auteurs parlent en termes de « défi » quand ils abordent la question de la diversité des langues utilisées par les cours et tribunaux internationaux. Nous préférons parler en termes de « richesse », l'utilisation de plusieurs langues obligeant les protagonistes à plus de clarté et de sensibilité dans l'expression de leur pensée. Lorsque notre discours est interprété dans une autre langue, nous sommes contraints de mieux nous exprimer. De plus l'interprète est un(e) allié(e) permettant d'adapter notre discours à une autre culture afin de le rendre plus intelligible. En médiation, l'interprète est un véritable co-médiateur.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de la CIJ sont imprimés à des centaines d'exemplaires et envoyés à toutes les représentations et ambassades à La Haye ainsi que dans les chancelleries. Il en va a fortiori ainsi des avis consultatifs. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont tendance à passer outre les règles de l'autorité de la chose jugée et appliquent, la plupart du temps, une décision de la Cour dans une affaire donnée à tous les cas similaires. Les décisions sont, le plus souvent accompagnées d'un communiqué de presse publié *urbi et orbi*. Un texte n'est pas écrit avec le même style s'il s'adresse à un public restreint d'experts ou à un large public de citoyens même éclairés.

C. L'organisation du délibéré et de l'écriture de la décision

626. L'étymologie du verbe « délibérer » est significatif : former de « de » et « libra » (la balance) ou « liber » (le livre) », le délibéré (action de réfléchir) permet de peser le pour et le contre, de mûrir longuement une décision qui en est l'aboutissement [1324]. En ce sens, le délibéré existe même si la juridiction statue à juge unique. Mais il est plus fructueux quand il est collégial et que chaque membre de la juridiction peut participer à l'écriture de la décision, même si *in fine* le juge est un travailleur de fond solitaire, selon la belle expression de M. Bedjaoui [1325]. En ce sens, il n'y a rien de plus déplorable quand, au sein d'un tribunal arbitral tripartite, l'un des co-arbitres déclare que l'essentiel doit être décidé par le Président et que celui-ci possède une grande marge de manœuvre dans la décision à venir. Le résultat laisse souvent à désirer.

627. Les règles d'organisation du délibéré varient d'une juridiction à l'autre. Elles ne sont pas forcément écrites ni publiées. La CIJ ou le TIDM publient leurs règles de pratique interne en matière judicaire [1326]. On note cependant que ces règles internes sont suffisamment générales pour pouvoir s'adapter aux affaires concrètes enrôlées par la juridiction, celle-ci pouvant donc se départir d'une application stricte, autant que de besoin. En matière d'arbitrage, ni les règlements d'arbitrage, ni les

1324. A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française,* p. 617.

1325. M. Bedjaoui, « La fabrication des décisions de la Cour internationale de Justice », dans M. Bedjaoui *et al*., *La méthode de travail du juge international*, Bruylant, 1997, à la p. 57.

1326. Pour la CIJ, il s'agit de la résolution du 12 avril 1976, pour la version la plus récente, qui demeure proche de la version initiale créée par la CPJI en 1930, amendée en 1946 et 1968. Pour le TIDM, il s'agit de la résolution ITLOS/10 du 27 avril 2005. Nous n'avons trouvé aucun équivalent pour les autres juridictions internationales.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

lois nationales, ni la loi modèle CNUDCI ne comportent de règles précises sur le travail interne des tribunaux arbitraux. Les délibérations ne suivent donc pas de forme encadrée, comme le rappelle périodiquement la jurisprudence française [1327].

628. Une chose est certaine, le délibéré est fondamental [1328] et il est le siège même de la collégialité qui permet de parvenir à la décision (si la juridiction doit statuer en tant que telle) ou à une décision avec ses différentes opinions (si les juges sont libres d'exprimer leurs propres idées). Aucun membre de la juridiction ne peut être évincé du délibéré, même de manière partielle ou fortuite (comme c'est le cas lorsque deux des arbitres voyagent ensemble à la suite des audiences ou se voient régulièrement, indépendamment de l'affaire en cause). Et si tel était le cas et que la chose fut avérée, au moins en arbitrage, cela pourrait entraîner la nullité de la sentence [1329]. Mais ne peut pas être considéré comme évincé du délibéré l'arbitre qui est en mesure de rédiger une opinion dissidente [1330].

629. Si le délibéré est une véritable rencontre de discussion, le résultat sera potentiellement très différent en comparaison de ce qu'il pourrait être s'il s'agit d'une réunion formelle permettant de voter sur les différentes questions à juger. Or, comme le dit le juge Posner pour le travail des juges fédéraux américains, il n'existe pas de véritable délibération collégiale, mais les réunions servent surtout à voter [1331]. L'expérience montre que c'est en rédigeant la motivation que l'on teste si la solution est solide ou non. Qu'il nous soit permis de donner un exemple personnel. Lors d'un arbitrage mettant en cause une série de transactions commerciales internationales, les mémoires écrits, les preuves et la procédure orale n'avaient pas résulté en un partage clair et net entre les positions du demandeur et celles du défendeur. Il fut proposé par le président et accepté par les co-arbitres, qu'elle prépare un projet de décision avec deux options : l'une favorable au demandeur, l'autre favorable au défendeur. C'est en rédigeant chacune des options

1327. Voir les décisions citées par J. Mestre, « Quelques réflexions sur la pratique du délibéré arbitral », *Rev. arb*. 2012, p. 784 ss.

1328. En arbitrage, CA Paris 27 novembre 2008, RG n° 07/11672, arrêt dans lequel la Cour s'exprime ainsi : « Considérant que l'exigence du délibéré représente une règle fondamentale de la procédure arbitrale qui garantit la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral. »

1329. D. Hascher, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », *Recueil des cours,* 1999, tome 279, p. 155, citant le comité d'annulation CIRDI dans l'affaire *Klöckner c. République du Cameroun*.

1330. Civ. 1, 29 juin 2011, *Rev. arb.* 2011.959, note V. Chantebout.

1331. R. A. Posner, *op. cit. supra* note 1263, p. 375.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que l'évidence se fit jour : il était beaucoup plus aisé de rédiger la motivation en donnant raison à l'une des parties plutôt qu'à l'autre. Cela nous rappelle la méthode utilisée par la Cour de cassation en France selon laquelle le juge rapporteur chargé de préparer la discussion qui aura lieu au sein du délibéré et de rédiger la décision, en prépare au moins deux versions, en sens inverse l'une de l'autre, montrant à quel point le droit est malléable.

630. Au sein des juridictions internationales, les pratiques varient non seulement en raison de leurs propres organisations internes, mais aussi en raison du type de dossiers dont elles ont à traiter ainsi que de leur nombre. Une décision ne se prépare pas de la même manière au sein de la CIJ, de la CJUE, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou de la Cour de justice et d'arbitrage de l'OHADA. De plus, les processus de prise de décision ont pu évoluer avec le temps pour s'adapter aux besoins de la pratique.

631. Ainsi, à la CJUE, dès que l'affaire est enrôlée, le Président désigne le juge rapporteur [1332]. Il n'y a pas de critères formels pour cette désignation, mais le Président fait attention aux conflits d'intérêts éventuels et à ce que l'on appelle la « connexité », c'est-à-dire les questions juridiques communes avec des affaires précédentes déjà confiées à ce même juge rapporteur. Si la juridiction tente d'éviter la spécialisation des juges au bénéfice de la diversité d'approche pour permettre d'affiner la jurisprudence si besoin est, il n'en demeure pas moins que l'efficacité de la gestion de la charge de travail des juges incite néanmoins à leur confier des affaires similaires quand aucun autre objectif plus important ne vient contrecarrer cet objectif d'efficacité. Le juge rapporteur ne doit pas avoir la nationalité des parties en litige. A la suite de cette désignation, le Premier Avocat général désigne l'Avocat général chargé de rédiger un avis appelé « conclusions » [1333]. L'avocat général ne doit pas avoir la même nationalité que le juge rapporteur. Pour l'Avocat général, il n'existe pas du tout de spécialisation, car la Cour préfère bénéficier de points de vue différents sur des questions similaires.

632. Le concept même de juge rapporteur est étranger aux méthodes de travail de la CIJ ou du TIDM pour des raisons qui se comprennent

1332. Le même procédé est utilisé au sein de la Cour de justice et d'arbitrage de l'OHADA.

1333. L'augmentation de la charge de travail de la Cour, au fil des années, a entraîné plusieurs réformes de la procédure dont l'absence d'avis écrit de l'avocat général dans certaines affaires récurrentes ou qui ne posent pas de question nouvelle de droit européen.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

aisément. En premier lieu, le nombre de dossiers dont ces juridictions sont saisies n'a aucune commune mesure avec celles enrôlées chaque année par la CJUE ou la CourEDH ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Pour ces dernières juridictions, il est impossible pour tous les juges d'une même chambre de suivre avec autant d'attention toutes les affaires dont ces chambres sont saisies [1334]. En revanche, tant à la CIJ qu'au TIDM le nombre de juges n'est pas suffisant pour exiger un travail en chambre (même si cela est possible), chaque juge pouvant suivre l'intégralité des affaires dont la juridiction est saisie. Ensuite, la CIJ ou le TIDM ne sont saisis que de contentieux entre Etats pour lesquels elles doivent dire le droit international en présence d'intérêts hautement politiques, ce qui a entraîné des méthodes de travail très particulières qui ne peuvent pas convenir à une juridiction comme la CJUE dont la plus grande partie du contentieux concerne des parties privées, parfois face à un des Etats membres.

633. Le temps du délibéré est un facteur important pour le travail de la juridiction. Il est avéré que l'échange continu entre les membres de la juridiction permet d'éclairer les questions en jeu et de mieux préparer le dossier. C'est pourquoi, en arbitrage, plusieurs voix se sont élevées pour demander aux arbitres d'être plus actifs, de mieux suivre les échanges des parties, au fur et à mesure de leur soumission, afin que les arbitres puissent poser des questions aux parties et à leurs conseils pour que les réponses apportées puissent mieux répondre aux préoccupations des membres du tribunal [1335]. Cela exige des arbitres des délibérations en cours de procédure et, éventuellement, des conférences de gestion avec les parties au-delà de la première conférence tenue en début d'arbitrage. Cette remarque rejoint une inflexion de la pratique de la CIJ décrite par le Président Tomka lors de son intervention devant l'Assemblée générale des Nations Unies en 2014 [1336]. Il y indique que « la Cour a de plus en plus recours à la procédure de délibération prévue à l'article premier de la résolution visant la pratique interne de la Cour en matière judiciaire ». Ce texte permet à la Cour, après la clôture de la procédure écrite et avant l'ouverture de la phase orale, de se réunir en

1334. La CJUE a vu récemment son rôle augmenter de manière très sensible, suivant en cela les heurs et malheurs de l'intégration européenne. Alors que pendant des années le nombre d'affaires enrôlées chaque année avoisinait 600, il n'est pas impossible que l'on atteigne au moins 850 saisines en 2018.

1335. Ce travail nécessite une préparation accrue et continue de la part des membres du tribunal.

1336. Discours du Président Tomka devant la 69e Assemblée générale des Nations Unies, le 30 octobre 2014, disponible sur le site de la CIJ.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

chambre du conseil pour permettre aux juges de procéder à un échange de vues sur l'affaire et de signaler les points sur lesquels ils considèrent que des explications de la part des parties seraient nécessaires. A la suite de cette réunion, la Cour adresse aux parties une liste de questions dont elle souhaite les voir discuter durant les audiences de plaidoirie. Cela permet à la Cour d'être mieux informée, notamment sur des aspects techniques du dossier. Le Président Tomka signalait que ce processus avait été utilisé dans les affaires *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* et *Epandages aériens d'herbicides*. En arbitrage, le délibéré est parfois suspendu jusqu'à la réception des « notes en délibéré » *(post hearing briefs)* que les parties souhaitent soumettre au tribunal ou que le tribunal demande [1337].

634. Qui participe au délibéré ? A la CJUE, ni les avocats généraux ni les référendaires ne participent au délibéré ; seuls les juges y sont admis. En arbitrage, les avis sont partagés. Un auteur a formellement exclu toute participation du secrétaire du tribunal lors du délibéré [1338]. Pourtant la pratique montre que, dans un grand nombre de cas, le secrétaire du tribunal assiste effectivement aux délibérations des arbitres, sans voix délibérative. Ceci est d'autant plus nécessaire si le secrétaire est amené à rédiger le projet de sentence, comme cela semble être le cas dans certains dossiers ou pour certains arbitres. Toutefois, il ne prend pas la parole et est tenu au strict respect de la confidentialité. A la CIJ, le Greffier assiste au délibéré. Il est même assis à côté du Président et peut aider le Président lorsque celui-ci en a besoin. Il ne prend pas la parole. Le personnel du greffe chargé de la lecture de l'avant-projet de décision est aussi présent. Le Président est lui-même accompagné de son assistant personnel et de son référendaire. Le délibéré bénéficie des services d'interprétariat. Tous prêtent serment de conserver le secret.

635. Le rôle du Président du tribunal a une influence significative sur la manière dont la décision va se préparer. Il peut être dominant, mais attention au Président qui, au mépris de l'avis de ses co-arbitres, donne trop vite son avis, laissant ainsi l'un des co-arbitres dans une situation de « défense » inconfortable. Il est bien préférable que le Président laisse parler ses co-arbitres en premier et s'abstienne de prendre parti tant que ceux-ci n'ont pas complètement exprimé leur avis. Le rôle du Président, dans une juridiction à trois personnes s'apparente à

1337. Pour une pratique similaire devant les juridictions françaises, cf. G. Canivet, *op. cit. supra* note 955, à la p. 209. A notre avis, si le dossier est bien préparé tant par les parties que par les membres du tribunal, ces notes en délibéré ne devraient pas être nécessaires.

1338. Th. Clay, *L'arbitre,* Dalloz, 2001, nº 422.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

celui d'un médiateur entre les deux co-arbitres désignés par les parties, plutôt que celui d'un *umpire* qui, finalement, prend la décision à lui tout seul. A la CIJ, le Président rédige un questionnaire [1339], sorte de guide pour les juges lors de la préparation de leurs notes personnelles [1340], ainsi qu'il sera explicité davantage ci-dessous. Le rôle du Président est donc fondamental dans la mesure où, grâce au questionnaire, il va orienter les débats au cours du délibéré [1341]. En arbitrage, il n'est pas rare que le Président agisse de même et prépare ce qu'il est convenu d'appeler désormais le *decision tree* qui sera ensuite discuté avec les co-arbitres.

636. Que reçoivent les juges pour le délibéré ? A la CIJ, les juges ont eu à leur disposition, durant les phases écrites et orales de la procédure, le dossier dans sa totalité [1342] et, après chaque séance de plaidoiries, la transcription écrite de celles-ci [1343]. A la CJUE, les membres de la juridiction ont reçu les conclusions de l'AG (le délibéré n'a pas lieu tant qu'elles ne sont pas rendues). Si le juge rapporteur et les autres juges de formation de jugement sont d'accord avec l'AG, le juge rapporteur commence immédiatement à rédiger le projet de jugement. Si, en revanche, il n'est pas d'accord de suivre l'avis de l'AG, ou qu'un autre membre de la juridiction de jugement n'est pas d'accord, il propose ce qu'il est convenu d'appeler « un tour de table » (sorte de délibéré informel) qui permet alors au juge rapporteur de savoir dans quel sens la juridiction de jugement souhaite s'orienter. C'est à la suite de ce tour de table que le juge rapporteur commence à rédiger le projet de décision. Le délibéré sert alors, à partir du projet rédigé par le juge rapporteur, à « enlever » ce qui gêne tel ou tel juge pour aboutir à une décision, parfois squelettique, ce qui peut la rendre difficile à comprendre. A la CJUE, il n'existe aucun dialogue informel entre les juges (ils n'en ont pas le temps), ni entre les juges et les avocats généraux, l'indépendance de

1339. Article 3 de la note de pratique interne. La méthode du questionnaire est parfois critiquée dans la mesure où elle peut constituer un carcan pour la pensée. Il est rare qu'elle soit utilisée en arbitrage.

1340. Le mécanisme des notes a été supprimé pour les décisions sur la recevabilité et sur la compétence qui nécessitent une délibération plus rapide. Au TIDM, les notes sont préparées par les juges dans les cinq semaines qui suivent la phase écrite et c'est à partir de ces notes que le Président prépare le document de travail qui servira pour la suite de la procédure et notamment à déterminer les pièces encore nécessaires de la part des parties, les questions à leur poser et les questions que le Tribunal devra trancher (art. 2 de la note de pratique judiciaire).

1341. Voir l'intervention de Tullio Treves, à New York, en 2017, « Presiding an International Court or Tribunal », Brill Online, visualisé le 14 septembre 2018.

1342. Les juges de la CIJ aiment parfois rappeler que l'affaire de la *Barcelona Traction* a totalisé 60776 pages de pièces.

1343. Dans l'affaire du Sud Ouest africain la Cour a organisé 112 séances de plaidoiries, soit 112 volumes de comptes rendus totalisant 6818 pages.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ces derniers étant primordiale au bon fonctionnement de la juridiction. Parfois les référendaires se parlent de manière informelle, surtout s'il existe des hésitations linguistiques ou sur le système juridique de l'Etat en cause alors que l'un des référendaires du juge ou de l'AG a été formé dans ce système juridique. En revanche, à la CIJ, le fameux *five o' clock tea* permet aux juges de deviser informellement sur les décisions pendantes, s'ils le souhaitent [1344]. De plus, les pauses qui sont prises par les juges au cours des audiences ne sont pas seulement destinées à leur permettre de se détendre, mais ont également pour but de favoriser un échange de vues pour que les audiences soient vraiment utiles et que toutes les questions nécessaires à la bonne compréhension des positions des parties soient posées lorsque les audiences reprennent [1345]. Au TDIM, avant l'ouverture de la procédure orale, le Tribunal se réunit pour procéder à un échange de vues sur la conduite de l'affaire (art. 3 de la note de pratique judiciaire). Le Président, durant la procédure orale, peut convoquer de brèves réunions pour permettre aux juges de procéder à un échange de vues.

637. A l'issue de la procédure orale, les juges de la CIJ se réunissent en chambre du conseil (réunion dite de l'article 3 de la note de pratique judiciaire). C'est à ce moment-là que le Président distribue le questionnaire préparé sous son autorité par le greffe. Dans ce document, les questions posées par l'affaire (y compris toutes les sous-questions) sont listées, la position des parties y est résumée et les points sur lesquels la Cour devra trancher sont mentionnés selon la structure que le Président estime la meilleure. Ce questionnaire est discuté et les juges peuvent suggérer d'ajouter des questions ou de modifier certains points. Certains juges arrivent même à cette réunion avec une note écrite pour appuyer la demande qu'ils font de modifier le questionnaire. A la suite de la discussion, le greffe modifie, s'il y a lieu, le questionnaire qui est à nouveau distribué à tous les juges. C'est ce questionnaire qui guidera les juges dans la rédaction de leurs notes pour la préparation de la première réunion formelle du délibéré. Mais ils ne sont pas obligés de le suivre. Ils peuvent répondre dans l'ordre qu'ils souhaitent. Toutefois, ils doivent répondre à chacun des points du questionnaire car

1344. M. Bedjaoui, « La fabrication des décisions de la Cour internationale de Justice », dans *op. cit. supra* note 1325, à la p. 59. Voir aussi, M. Bedjaoui, « La « fabrication » des arrêts de la Cour internationale de Justice », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Pedone, 1991, p. 87.

1345. Dans les négociations diplomatiques, il est commun d'appeler ces pauses des *« consultation breaks »*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ce sont ces notes et les discussions qui s'en suivront qui permettront de dégager une majorité. Il n'existe pas, en théorie, de limite de nombre de pages pour ces notes. Néanmoins, la pratique et le bon sens veulent qu'elles ne soient pas trop longues au risque de ne pas être lues, sans compter qu'elles doivent aussi être traduites dans le temps limité, généralement quatre semaines, imparti pour leur rédaction. Comme ces notes sont distribuées à tous les juges, chacun arrive en délibéré avec une idée assez précise de ce que diront ses collègues si bien que cela permet de discuter du fond plus rapidement. Cela permet aussi aux juges de faire évoluer leur pensée quand ils lisent les notes de leurs collègues.

638. Lors de la préparation des notes, les juges ne discutent pas entre eux, sauf de manière très informelle, ce qui est de toute manière assez rare[1346]. Ce travail est avant tout solitaire ou, au mieux, en dialogue avec le référendaire qui aide chaque juge dans ses tâches. Quand toutes les notes des juges ont été traduites dans l'autre langue de la Cour et distribuées à tous les juges (les juges bilingues n'attendent pas les traductions pour prendre connaissance des notes de leurs collègues), les juges se réunissent à nouveau pour en discuter (réunion dite de l'article 5 de la note de pratique judiciaire). Les juges prennent la parole dans l'ordre inverse de séniorité dans la fonction : le deuxième juge *ad hoc*, le premier juge *ad hoc*, puis chaque juge jusqu'au Président. Le temps de parole est d'environ vingt minutes par juge (un peu plus long pour les juges *ad hoc* car, parlant en premier, ils doivent aussi exposer la trame de l'affaire et la position de la partie qui a nommé chacun d'entre eux). A la suite de chaque exposé, les autres juges peuvent poser des questions ou discuter de certains points. Cette réunion prend plusieurs jours. Selon la complexité de l'affaire, elle peut durer jusqu'à une semaine. Le Président prend la parole en dernier d'abord pour lui-même, exposant sa propre position, puis pour synthétiser les discussions et dire comment il voit la majorité qui est en train de se dessiner. A ce stade aucun vote n'a lieu, même pas indicatif, laissant ainsi les juges libres de changer de position. C'est à l'issue de cette réunion que le comité de rédaction est désigné par vote à bulletin secret, mais en pratique par consensus. Le comité de rédaction est composé de deux juges de la majorité[1347].

1346. Th. Meron note que la barrière de la langue au sein des juridictions pénales auxquelles il a participé peut empêcher des échanges de vue informels entre les juges, *op. cit. supra* note 843, à la p. 282.

1347. Il n'est pas impossible qu'un des membres du comité de rédaction change d'avis en cours de rédaction de la décision. Il devra alors être remplacé.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Le Président de la Cour, s'il est dans la majorité, préside le comité de rédaction, ou alors c'est le vice-président et sinon le juge le plus ancien. Le comité prépare alors l'avant-projet de décision avec l'appui du greffe.

639. Une fois l'avant-projet de décision rédigé, il est distribué à tous les juges dans les deux langues de la juridiction. Les juges peuvent soumettre des modifications ou des ajouts. Le comité de rédaction est libre de les accepter ou non. Les propositions d'amendement sur le fond sont distribuées à tous les juges si bien que le dialogue se poursuit entre eux par le truchement de ces propositions écrites. Une fois l'avant-projet terminé, le délibéré se poursuit par la première lecture. Chaque paragraphe de la motivation est lu par un secrétaire dans la langue du Président et par un autre secrétaire dans l'autre langue. Un membre du comité de rédaction explique les choix faits par le comité et pourquoi certaines remarques ou demandes d'ajout par les juges n'ont pas été satisfaites. A la suite de cette première lecture, il n'y a toujours pas de vote. Toutefois, le Président demande qui souhaite rédiger une opinion individuelle, dissidente ou une déclaration. Il fixe le délai dans lequel cela doit être fait [1348]. Ces opinions ne prennent pas les autres juges par surprise dans la mesure où elles ont été souvent annoncées par les notes préparées au début du processus.

640. C'est alors seulement que le comité de rédaction rédige le projet de décision qui doit être lu en seconde lecture. Il prend en compte ou répond aux arguments des opinions individuelles lorsque cela est possible. Cette fois la lecture se fait page par page, non plus paragraphe par paragraphe. Les propositions d'amendement sont encore possibles à ce stade, mais elles sont rares. Ce sont plus généralement des modifications à la marge. Il s'agit de polir la décision, de s'assurer de sa cohérence. Mais, dans les affaires difficiles, cette seconde lecture peut engendrer plus de modifications. Notons que chaque juge, qu'il soit dans la majorité ou la minorité, a le devoir de participer à l'amélioration de la décision. A la fin de cette phase, le Président procède aux votes, question par question et le représentant du greffe note ces votes. Le vote se fait par ordre inverse de séniorité. Il ne peut y avoir d'abstention. Le vote est définitif et ne peut plus être modifié. A la suite du vote, les juges ayant préparé une opinion séparée expliquent ce qu'ils vont modifier dans la version finale de cette opinion. La langue de la version authentique de la décision est alors choisie. Comme il

1348. Ce délai est flexible. Les juges qui préparent une opinion séparée peuvent, en accord avec le comité de rédaction, prendre un peu plus de temps.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

n'existe pas de langue de procédure, il y a une alternance entre les deux langues de travail de la Cour. Toutefois, si les deux Etats parties partagent la même langue, on peut penser que la langue de la version authentique sera celle des Etats. La version finale de la décision et des opinions séparées est préparée par le greffe qui s'assure de la cohérence des arguments. La date de la lecture publique de l'arrêt est fixée par le Président en fonction des impératifs des parties et de leurs conseils. La plupart veulent être présents durant la lecture publique. La date de l'arrêt sera la date de la lecture publique. Le premier secrétaire chargé de l'information prépare une analyse de l'arrêt qui deviendra le communiqué de presse de la Cour publié sous la responsabilité du greffier.

641. Le TIDM ne suit que partiellement le processus très formalisé de la CIJ. En premier lieu, les juges se réunissent rapidement après la fin de la procédure orale pour déterminer si les points de droit initialement envisagés doivent être modifiés et quels sont les opinions des juges, qui prennent la parole dans l'ordre dans lequel ils la demandent. Une majorité peut se dégager. Mais si ce n'est pas le cas, les juges peuvent préparer des notes. Dès que possible, le comité de rédaction est constitué et suit les mêmes règles que la CIJ. Le but est de préparer un arrêt qui puisse emporter une large adhésion des juges, au risque d'édulcorer certains arguments. Les délibérations sur le projet d'arrêt doivent avoir lieu en principe au plus tard trois mois après la clôture de la procédure orale (art. 8 de la note de pratique judiciaire). C'est à la suite de la première lecture que les juges indiquent s'ils prépareront une opinion individuelle et en donnent la teneur générale. C'est à la suite de la deuxième lecture que les votes ont lieu. Le vote des juges absents est beaucoup plus facile au TIDM qu'au sein de la CIJ qui nécessite normalement la présence physique des juges. La note de pratique judiciaire prévoit aussi le rôle d'experts (art. 10) conformément à l'article 289 de la Convention. Ces experts siègent avec les juges dans la procédure orale, participent au délibéré et peuvent être consultés par le comité de rédaction. Une telle procédure n'existe pas pour la CIJ qui peut, cependant, s'adjoindre des assesseurs ce qui n'a jamais été fait. Comme pour la CIJ, le TIDM peut écarter cette pratique dans une affaire donnée si les circonstances le justifient ou s'il y a urgence.

642. La langue de travail est essentielle. M. Bedjaoui affirmait, en 1997, qu'« à la fin de la phase écrite ce sont les traducteurs qui, mieux que quiconque, possèdent le détail du sujet sur le bout des

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

doigts »[1349]. A la CJUE, le juge rapporteur rédige en français et tous les documents internes à la Cour sont en français. Le délibéré a lieu en français. Les parties plaident dans la langue de procédure, sauf les Etats membres qui plaident dans leur langue. Mais la langue de procédure n'est pas la langue de travail de la Cour ni la langue des décisions. Il est juste nécessaire que le jour où la décision est prononcée oralement, la langue de procédure soit représentée dans la salle soit par un des juges de la formation, soit par un interprète. A la CIJ, les deux langues officielles sont le français et l'anglais. Le questionnaire est préparé par le Président dans la langue qu'il maîtrise le mieux et il est traduit dans l'autre langue par les services de la Cour. Les juges travaillent dans la langue qu'ils préfèrent (français ou anglais) et leurs notes sont traduites. Le projet de décision est préparé dans la langue choisie par les membres du comité de rédaction et traduit pour le délibéré.

643. En arbitrage, il n'existe aucune règle préétablie pour les délibérations du tribunal. Elles seront organisées en fonction des préférences des membres du tribunal, le Président ayant un rôle important d'organisation du processus. Il est souvent préférable de commencer le délibéré aussi rapidement que possible ou en tout cas de maintenir un flux de discussion entre les membres du tribunal tout au long de la procédure, y compris de la phase écrite. Cela permet, notamment, au tribunal de déterminer ce qui lui manque dans les écrits des parties et de poser des questions pour le prochain échange d'écritures ou pour l'audience. Récemment, à la CIJ, il a été institué une réunion avant l'audience pour coordonner les questions qui seront posées aux parties. Cet échange de vues nous paraît une bonne manière de préparer, au moins partiellement, le délibéré.

644. Le plus admirable dans le délibéré, notamment à la CIJ, c'est que le produit fini, la décision prise, se lit souvent sans trop de rupture, alors qu'il est le produit de la pensée de quinze (ou seize ou dix-sept lorsqu'il a été nécessaire de désigner un ou deux juges *ad hoc*) personnalités diverses. Si cette « unité » peut être attribuée à quelque chose ce serait à une conception « universaliste » du droit international qui unit ces personnes[1350]. On pourrait ajouter aussi que le travail véritablement collégial permet de passer outre certains particularismes qui peuvent alors s'exprimer dans les opinions individuelles que nous analyserons ci-dessous. Enfin, le comité de rédaction travaille dans

1349. M. Bedjaoui, « La fabrication des décisions de la Cour internationale de Justice », dans *op. cit. supra* note 1325, à la p. 56.

1350. *Idem*, à la p. 65.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'objectif de rallier le plus grand nombre de juges à son texte, ce qui entraîne la nécessité de rédiger un texte le plus fédérateur possible. Cela est probablement l'objectif implicite que se fixent un grand nombre de juridictions internationales.

D. La motivation des décisions

645. La motivation des décisions de justice constitue la marque de l'Etat de droit, en ce qu'elle permet, autant que faire se peut, d'éliminer l'arbitraire du juge [1351]. Elle sert, selon l'expression d'un auteur, « d'autocontrôle » pour le juge [1352]. Dans un pays comme la France,

> « malgré un mouvement favorable à la motivation qui s'exprime dès le XVI^e^ siècle à travers les doléances des Etats généraux et qui sera amplifié … par les philosophes des Lumières, la non-motivation des jugements demeure la règle jusqu'à la Révolution » [1353].

Cette absence de motivation est parfois justifiée, de manière assez étonnante, par le fait que, dès 1344 une ordonnance royale impose le secret des délibérés [1354] reflétant le serment que prêtent les magistrats lors de leur prise de fonction de ne rien révéler de ce qui se dira lors des délibérations. Ce secret est d'ailleurs assorti de sanctions lourdes pour ceux des magistrats qui enfreindraient la consigne. On peut douter, toutefois, que le secret du délibéré soit antinomique avec la motivation des décisions ; on peut parfaitement ne rien révéler des discussions ni des avis de ceux qui y ont pris part, tout en expliquant sur quelle base les décisions sont fondées. Deux limites doivent être signalées : la publication des opinions individuelles des juges ; les motifs dits « non-juridiques » des décisions [1355].

1351. Justice Bingham, « Reasons and Reasons for Reasons : Differences Between a Court Judgment and an Arbitration Award », *Arbitration International*, 1988, p. 141-154.

1352. Voir S. Castillo-Wyszogrodzka, « La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste », *D.*, 2014, p. 1838.

1353. S. Dauchy et V. Demars-Sion, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien-droit : principe ou usage ? », *Revue historique de droit français et étranger,* 82-2, 2004, p. 171-188. Les auteurs expliquent ensuite que nombre d'auteurs et commentateurs conseillaient au juge de ne pas expliquer les raisons de leur décision afin de ne pas prêter le flanc à la critique, seuls les juges « sots » ou « désinvoltes » se hasarderont à proposer une motivation qui n'est pas nécessaire.

1354. *Ibidem*, p. 177.

1355. Sur ce dernier point, F. Couveinhes Matsumoto et R. Nollez-Goldbach (dir. publ.), *Les motifs non juridiques des jugements internationaux,* Pedone, 2016, particulièrement la discussion menée par P. Brunet sur le concept même de « motifs non juridiques ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

646. La motivation est dès lors considérée comme une avancée des droits des citoyens non seulement pour assurer la sécurité juridique à laquelle ils ont droit, garantir le respect du procès équitable au sens de l'article 6 de la CEDH, mais aussi pour comprendre les décisions qui sont rendues, en permettre l'intelligibilité et assurer leur mise en œuvre « correcte ». C'est ainsi que tant le statut de la CIJ (seulement pour les arrêts) que son règlement (pour les arrêts et les avis) exigent que les décisions rendues par cette juridiction soient motivées [1356]. Dans un grand nombre de systèmes juridiques, l'absence de motivation est un « vice » de la décision qui en permet l'annulation. C'est une règle qui a été étendue à l'arbitrage international [1357], même si, dans certains systèmes juridiques comme la France, elle est assortie de deux tempéraments : *a)* les parties sont libres de décider que la sentence ne sera pas motivée. Il est rare qu'elles le fassent, mais l'autonomie de la volonté préside à cette question [1358] ; *b)* la partie qui se prévaut de la sentence peut prouver par des documents extrinsèques que la décision n'a rien omis des débats ni ne les a dénaturés, dès lors, elle peut pallier l'absence de motivation par une preuve équivalente [1359]. On note à cet égard que la CIJ, dans l'affaire ayant opposé la Guinée-Bissau au Sénégal à propos de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 [1360], répond ainsi aux arguments de la Guinée-Bissau sur la nullité de la sentence pour défaut de motivation :

> « La motivation ainsi retenue est brève et aurait pu être plus développée. Mais les renvois opérés par le paragraphe 87 tant aux conclusions du Tribunal qu'au libellé de l'article 2 du compromis n'en permettent pas moins de déterminer sans aucune difficulté

1356. Il en va de même pour le TDIM et un grand nombre de juridictions internationales. Voyez la liste établie par F. Couveinhes Matsumoto, « Existe-t-il des motifs « non juridiques » des jugements internationaux », dans *op. cit. supra* note 1355, aux p. 24 et 25.

1357. Aux Etats-Unis, pays dans lequel les sentences arbitrales internes ne sont pas motivées, il est admis que les sentences internationales le soient. Au Royaume-Uni également, la tradition ancienne voulait que les sentences arbitrales ne soient pas motivées, sauf en matière maritime. La loi de 1979 a modifié la tradition et a étendu la pratique en matière maritime aux autres domaines couverts par l'arbitrage. Le comité sur l'arbitrage de l'ILA a entamé un travail sur la motivation des décisions arbitrales qui devrait parvenir à maturité lors de la conférence de Kyoto en 2020.

1358. Dans l'*Affaire de la sentence arbitrale* du 31 juillet 1989, les parties avaient au contraire, dans leur compromis d'arbitrage (par. 3 de l'article 9), convenu que « la décision sera pleinement motivée » (arrêt CIJ du 12 novembre 1991, par. 42.

1359. En ce qui concerne la motivation des sentences arbitrales, notons le travail en cours du Comité sur l'arbitrage international de l'ILA dont le rapport et la résolution sont attendus pour la réunion de Kyoto en août 2020.

1360. Arrêt du 12 novembre 1991.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> les raisons qui ont conduit le Tribunal à ne pas répondre à la seconde question. … Cette motivation, bien que ramassée, est claire et précise. »[1361]

La Cour confirmera son analyse à l'occasion de son examen d'un autre argument présenté par la Guinée-Bissau. Pour elle, la motivation doit être claire et permettre aux parties de comprendre les raisons qui ont guidé le Tribunal. Si tel est le cas, la motivation est suffisante [1362].

647. Quand la décision est rendue au nom d'une collégialité, les motifs de la décision sont forcément impersonnels et doivent être rédigés de manière plus brève que si chaque juge parle en son nom personnel. En effet, il est plus facile de mettre d'accord une communauté de rédacteurs sur un texte bref que sur un texte fleuve qui peut entraîner des digressions et détours étrangers au style de rédaction de certains membres de cette communauté. Toutefois, la collégialité peut entraîner la nécessité de retrancher certains éléments de la motivation pour permettre l'adhésion de tous à la décision. Il en va ainsi au Conseil d'Etat français [1363] dont une partie des techniques a été empruntée par la CJUE dès l'origine et semble perdurer en grande partie aujourd'hui.

648. Analyser la motivation des décisions de justice nécessite de se pencher sur les méthodes d'énonciation : la structure des arrêts (plan apparent ou non) ; l'insertion d'une annonce de plan ; la référence explicite aux sources (doctrine, travaux préparatoires, jurisprudence) ; les recours aux notes de bas de page [1364]. A cela s'ajoute la possibilité ou non d'accompagner la décision d'annexes, comme les opinions individuelles ou séparées. Cette analyse doit également être complétée par des éléments de paratexte, tels que les communiqués de presse (ou toute participation à des moyens modernes de communication tels que les blogs des cours), des entretiens explicatifs par les juges, le rapport du conseiller rapporteur, l'avis de l'avocat général, les études documentaires préalablement établies [1365].

1361. Arrêt du 12 novembre 1991, par. 43.

1362. *Ibidem*, par. 63-65. On doit noter cependant que la décision de la CIJ est accompagnée de deux déclarations, quatre opinions individuelles et deux opinions dissidentes.

1363. L. Dutheillet de Lamothe, « Regards sur les modèles de rédaction des décisions de justice à l'étranger », dans F. Malhière (dir. publ.), *Comment rédiger une décision de justice au XXI^e^ siècle ?*, Dalloz 2018, à la p. 112.

1364. E. Champs, « Vers une typologie des modes de rédaction des décisions de justice ? », dans F. Malhière (dir. publ.), *op. cit. supra* note 1363, p. 133-147.

1365. *Idem*, à la p. 136.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

649. En droit international, la motivation a toujours été considérée comme essentielle pour de nombreuses raisons. La première, et impérieuse raison, est que la décision doit être comprise, d'abord, par les parties. Il est essentiel à la légitimité des décisions rendues, et donc de l'institution dans son ensemble, que la décision soit lisible. Certes, c'est une illusion de penser qu'elle pourra être lue aisément par tout un chacun, sans formation juridique. Toutefois, elle doit pouvoir être décryptée par tous les juristes de la terre et tous ceux qui sont appelés à appliquer le droit international [1366], par les tiers appelés à déterminer l'état du droit à un moment T donné et, plus généralement, par toute la communauté dans laquelle la décision est appelée à développer ses effets.

650. La motivation des décisions est une autre manière de légitimer l'institution qui rend la décision. C'est ce que l'on pourrait appeler « la légitimité extérieure »[1367]. Cette légitimité extérieure a deux fonctions. L'une concerne l'acceptation de la décision par les parties afin qu'elles l'exécutent volontairement sans avoir recours à des procédures d'exécution forcée. La seconde concerne l'évolution du droit et donc de la société internationale au sens large. Cette seconde fonction est perdue lorsque les décisions demeurent confidentielles comme c'est le cas encore dans l'arbitrage du commerce international, malgré le fait que l'on connaisse de plus en plus de sentences en extrait et qu'au moins une institution d'arbitrage a décidé de publier les sentences rendues sous son égide.

651. La motivation de la décision va dépendre grandement des techniques de délibéré, des méthodes de rédaction des décisions, de la possibilité ou non pour les juges qui ne partagent pas l'avis de la majorité d'écrire leur propre opinion. Or, le délibéré des juges demeure une boîte noire impossible à déchiffrer car très peu de personnes extérieures à l'institution peuvent y assister. Si certains bénéficient de ce privilège,

---

1366. La tendance est nettement vers la simplification des décisions judiciaires tout au moins en matière de justice nationale comme le montre la réforme qui a été mise en œuvre en France, par la Cour de cassation en 2017. Les grands arrêts de la Cour seront mieux motivés. Des motivations enrichies seront imposées lorsque la décision opère un revirement de jurisprudence ou dans la mise en œuvre du principe de proportionnalité imposé par la jurisprudence de la CourEDH ou de la CJUE. Une note explicative est mise en ligne concomitamment à l'arrêt. Le but affiché de la Cour est non seulement de mieux faire comprendre ses décisions en France mais aussi d'accroître l'influence de la Cour à l'étranger.

1367. Traduction de l'expression *« output legitimacy »* employée par A. M. Hol, « Internationalisation and Legitimacy of Decisions by the Highest Courts », dans Muller & Loth (dir. publ.), *Highest Courts and the internationalisation of Law,* Hague Academic Press, 2009, p. 79.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ils sont soumis au secret qui entoure ce délibéré. C'est pourquoi ici, plus encore que dans d'autres parties du cours, l'expérience personnelle est utile pour donner quelques indications sur les techniques particulières utilisées par les juges pour parvenir à leurs décisions. A cela s'ajoutent quelques enseignements tirés de l'expérience inédite organisée par M. Troper avec les Cours constitutionnelles française et italienne, relatée ci-dessus [1368].

652. L'application des règles de droit est le premier devoir du juge pour motiver sa décision. William Park ironise sur la centralité de la question « comment les arbitres raisonnent-ils ? » [1369]. En effet, dit-il, cette question est bien plus alléchante que celle de savoir quelles sont les règles applicables à une affaire donnée, puisqu'elle centre la focale sur l'homme. L'étude des travaux préparatoires des décisions de deux hautes juridictions nationales [1370] révèle que les juges recherchent d'abord les textes applicables, puis regardent les précédents et enfin la doctrine. Dans chacune de ces catégories, les influences internationales, européennes et étrangères jouent leur rôle. En revanche, cette étude ne dit rien de l'influence des principes qui, selon la synthèse qui en est faite, n'ont pas été utilisés en suffisamment grand nombre pour permettre d'en tirer des conclusions [1371]. Et si les principes ne sont pas étudiés, le droit tendre *(soft law)* est complètement absent, montrant ainsi qu'il n'a aucun rôle à jouer devant ces juridictions nationales. On peut penser cependant que le droit tendre, particulièrement sur la preuve qui, nous le savons tous, est au cœur du débat judiciaire, aura une influence importante notamment en arbitrage. Selon la charge et l'administration de la preuve, selon le poids des preuves apportées par les parties, la décision sera très différente [1372].

1368. M. Troper (dir. publ.) *op. cit. supra* note 1298. Le fond du droit ne nous intéresse pas dans ce cours, mais les méthodes sont porteuses d'enseignement y compris pour la justice internationale. Voyez l'introduction de M. Troper pour les limites de l'expérience conduite qui demeure un « jeu » dont les participants avaient une parfaite conscience sachant aussi que leur décision n'avait aucune conséquence pratique. De plus le cas fictif qui leur a été soumis a été simplifié si bien que le contexte politique, économique, social et culturel n'a pas été pris en considération autant qu'il l'aurait été dans un cas réel.

1369. W. Park, « Rules and Reliability : How Arbitratiors Decide », dans T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914, p. 3. Cf. également W. Park, « Decision-Making in Arbitration », dans F. Osman *et al.* (dir. publ.), *Soft Law et le droit du commerce international,* LexiNexis Canada, 2008, p. 179.

1370. P. Deumier (dir. publ.) *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts,* Dalloz, 2013.

1371. *Ibidem*, à la p. 261.

1372. Nous aurions pu consacrer un chapitre entier à cette question.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

653. Comme W. Park le dit si bien [1373], la décision des arbitres comme celle des juges, et la motivation des décisions qu'ils rendent, dépendent aussi de la conception que se font les membres du tribunal de ce qu'est la vérité. Dans les pays de *civil law*, notamment en France, tout participant à l'exercice judiciaire sait que la vérité judiciaire n'est pas la Vérité et que le rôle du juge n'est pas de s'approcher de cette Vérité ontologique. En revanche, les juges venant de la tradition de *common law*, probablement influencés par le protestantisme, se sentent investis d'une mission destinée à rechercher la Vérité ou à s'en approcher le plus possible. D'où d'ailleurs l'importance accordée aux témoins et à leur crédibilité, l'essentiel du processus de *cross examination* étant organisé pour tenter de décrédibiliser le témoin [1374].

654. La question de savoir qui procède à l'interrogation des témoins ou des experts durant l'audience peut aussi avoir une influence sur le résultat et la conviction des juges. Parce que, *in fine*, c'est bien de cela qu'il s'agit : les juges sont-ils convaincus ? C'est tout ce qui compte. C'est d'ailleurs pourquoi, dans les années les plus récentes, de nombreuses contributions ont été écrites sur l'*advocacy in arbitration*. Il est notoire qu'il n'existe pas de véritable dialogue entre les juges et les parties (et leurs conseils) à la CIJ. Tous les sachants que nous avons interrogés ont confirmé que les juges doivent prévenir le Président et leurs collègues des questions qu'ils souhaitent poser et ils peuvent être dissuadés de ce faire selon l'inclinaison du Président ou de la majorité de la Cour. Certes, ils peuvent nonobstant poser leurs questions, mais beaucoup renoncent. Une audience à la CIJ ne se présente pas du tout de la même manière qu'une audience devant la Cour suprême des Etats-Unis ou une audience d'arbitrage. Les juges y sont beaucoup plus silencieux. En arbitrage, les co-arbitres ont la liberté de poser les questions qu'ils jugent utiles, au moment où ils le jugent utile, sans avoir à en référer au Président ou à l'autre co-arbitre. Toutefois, si les membres du tribunal se réunissent avant l'audience, il n'est pas rare que Président et co-arbitres s'entendent sur la séquence des questions à poser aux parties.

655. L'application du droit est un exercice exigeant que le juge ne peut pas prendre à la légère. Dans l'arbitrage commercial,

1373. *Op. cit. supra* note 1369, à la p. 8.

1374. Voir M. A. Cymrot et P. Levine, « Going First Makes a Difference : Decision-Making Dynamics in Arbitration », dans T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914, p. 175 ; U. Cartwright-Finch, « Human Memory and Witness Evidence in International Arbitration », dans T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914, à la p. 199.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

essentiellement contractuel, le contrat constitue l'alpha et l'oméga du travail du juge. Mais quand le contrat n'est pas clair ou que l'activité des parties dans la mise en œuvre du contrat est différente de ce que dit la lettre du contrat, la solution va dépendre du droit applicable [1375]. Dans l'application des règles de droit pertinentes, l'arbitre ou le juge ne doit pas se prendre pour un professeur. Son rôle n'est pas de présenter l'intégralité des différentes interprétations possibles, mais de se contenter de discuter les éléments pragmatiquement pertinents pour le litige qu'il doit trancher [1376].

656. La question se pose aussi de savoir si le juge ou l'arbitre peut proposer aux parties sa propre analyse juridique alors qu'elle n'a pas été soulevée par elles. Cette question va trouver des réponses différentes selon la personnalité des juges. Certains juges considèrent qu'il appartient aux parties seules de cadrer leur contentieux et que le juge n'a pas à proposer sa propre analyse. D'autres au contraire pensent qu'il appartient au juge de proposer son raisonnement juridique s'il considère qu'il est mieux à même de fonder la décision à venir. Si celui-ci l'entraîne à appliquer des normes qui n'ont pas été discutées par les parties, le juge doit mettre ces normes dans le débat contradictoire de manière à permettre aux parties d'en discuter. Le juge ne peut pas prendre les parties par surprise et inclure dans sa décision des normes qui n'ont pas été discutées contradictoirement. A défaut, il encourt la nullité de la décision.

657. La maxime *jura novit curia* [1377] s'applique-t-elle aux juridictions internationales, y compris les arbitres, comme elle s'applique aux juges nationaux dans certains systèmes juridiques [1378] ? Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* [1379], la CIJ a estimé que cette maxime s'applique pleinement. Elle se

1375. Un exemple est donné par W. Park, *op. cit. supra* note 1369, à la p. 14.

1376. Bingham, *op. cit. supra* note 1351, p. 154. Dans le même sens, R. Posner, *op. cit. supra* note 1266, p. 204 ss.

1377. Cette maxime est en grande partie obsolète même devant les juges nationaux car ils n'ont plus le temps (s'ils ne l'ont jamais eu) de procéder aux recherches nécessaires dans un dossier donné et comme ils n'ont pas d'assistants, si les parties ne fournissent pas les éléments nécessaires au raisonnement juridique du juge, il y a de fortes chances qu'une norme juridique pourtant applicable demeure inappliquée.

1378. *Jura novit curia* ne s'applique pas au juge anglais. Il peut se contenter des règles exposées et discutées par les parties, ce qui ne l'empêche pas cependant de soulever d'autres règles qui lui sembleraient pertinentes à la condition qu'il les soumette au débat contradictoire des parties.

1379. Arrêt du 27 juin 1986, par. 29.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

réfère à la décision prise par la CPJI dans l'affaire du *Lotus* [1380]. Pour l'arbitrage international, la pratique diffère d'un tribunal à l'autre. Si l'on adhère à la théorie complètement a-nationale de l'arbitrage, selon laquelle chaque tribunal arbitral est ancré dans un système juridique autonome (l'ordre juridique arbitral), indépendant des ordres juridiques nationaux, on pourrait penser que la maxime ne s'applique pas puisque cet ordre juridique est indéterminé. En d'autres termes, dans cette conception, les parties doivent plaider le fait et le droit ; le tribunal arbitral étant limité par ce qui est plaidé par les parties. De surcroît, même si l'on n'adhère pas à cette théorie déterritorialisée de l'arbitrage, la composition même des tribunaux arbitraux, dont les membres n'appartiennent généralement pas au système juridique dont les règles s'appliquent à l'affaire en cause, entraîne une impossibilité pragmatique de mettre en œuvre la maxime. Admettre le contraire voudrait dire que les membres du tribunal arbitral devraient conduire leurs propres recherches juridiques, ce qui n'est généralement pas fait, même si, parfois, les secrétaires de tribunal arbitral peuvent être d'une grande aide de ce point de vue. Toutefois, à l'inverse de cette position, si l'on considère que chaque tribunal arbitral participe à la construction du droit international, il a pour mission de ne pas s'en tenir à ce que plaident les parties et doit soulever l'application des règles de droit appropriées, quitte à les soumettre au débat contradictoire [1381].

658. Une autre question est de savoir si l'arbitre, quand il applique un droit national, doit se conformer à la manière de faire du juge de ce système national, s'il était saisi de la même affaire. En d'autres termes, l'arbitre est-il en quelque sorte un juge décentralisé du système de droit dont il doit faire application ? A cette question, des réponses diverses sont apportées en pratique. Si la norme applicable est une norme d'ordre public, l'arbitre doit se conformer à ce que ferait un juge national. Si en revanche la norme n'est pas d'ordre public, l'arbitre n'a pas forcément

1380. CPJI, série A n° 10, p. 31. Dame R. Higgins explique l'application de cette maxime dans son cours pour la *UN Audiovisual Library* : *What International Courts May and May not Do,* 20 juillet 2012, disponible http ://webtv.un.org/ »/watch/icj-judge-higgins-what-international-courts-may-and-may-not-do/2622990063001/ ?term=&lan=spanish&page=4 ?term (visualisé le 14 mars 2019).

1381. On peut citer plusieurs décisions arbitrales allant en ce sens. Cf. la sentence du TAS, 2005/A/983 et 984, 12 juillet 2006 ; Ole Spiermann, « Applicable Law », *Oxford Handbook of International Investment Law,* 2012 ; la chronique de M. Maisonneuve *et al.*, *Rev. arb*. 2017, à la p. 16 ; la chronique de P. Jacob et F. Latty, *AFDI*, 2012, p. 605, à la p. 617 ; la chronique de F. Latty, *AFDI,* 2009, p. 683, à la p. 695.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pour tâche de penser à la cohérence du système juridique dont les normes sont applicables, si bien qu'il est plus libre de sa décision qu'un juge national ne le serait en appliquant sa propre norme. Il existe aussi l'arbitre qui voudrait profiter d'un arbitrage pour créer une nouvelle règle de droit ou pour dévier d'une jurisprudence qu'il n'a jamais aimée. C'est un danger, évidemment, mais tout arbitre un tant soit peu sérieux évitera cette tentation. La solution se trouve donc en équilibre entre les deux extrêmes : l'arbitre n'est pas contraint comme l'est un juge national, mais il ne peut pas non plus se départir sans justification solide d'une jurisprudence étatique établie et constante à propos de la norme qu'il doit appliquer.

659. Une question similaire se pose lorsque deux tribunaux arbitraux séparés doivent appliquer une même norme juridique ou deux normes très similaires, comme c'est le cas en matière d'investissement à propos de normes telles que la clause de la nation la plus favorisée ou le traitement juste et équitable ou la notion d'investissement pour les besoins de la compétence. Les « divergences » notées entre sentences, alors même que les tribunaux appelés à trancher ces questions devaient statuer sous l'égide d'une même institution (le CIRDI), ont posé problème. Ainsi ont été critiquées, notamment, les décisions des tribunaux arbitraux dans les affaires *SGS c. Pakistan* [1382] et *SGS c. Philippines* [1383]. Des divergences similaires se sont fait jour sur l'application d'une clause de la nation la plus favorisée à la disposition d'un traité sur le règlement des différends. Le tribunal dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* [1384] a accepté une telle application. La pratique des tribunaux arbitraux subséquents s'est divisée en deux parties, les uns suivant l'approche de la sentence *Maffezini*, les autres la rejetant [1385]. Or les tribunaux arbitraux étant indépendants les uns des autres, et certaines de ces normes étant formulées de manière suffisamment abstraite, ou s'appliquant dans des contextes différents, la notion même de « précédent » ne peut pas s'appliquer [1386] et les interprétations divergentes d'un même concept abstrait peuvent se justifier.

660. Les juges utilisent aussi des arguments parajuridiques ou non juridiques comme l'ont très bien démontré les participants à une

1382. CIRDI ARB/01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003.
1383. CIRDI ARB/02/06, décision sur la compétence du 29 janvier 2004.
1384. CIRDI ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.
1385. Voyez les affaires citées par A. Reinisch, *op. cit. supra* note 46, p. 116, notes 42 et 43.
1386. C. Kessedjian, *op. cit. supra* note 1312.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

journée d'étude de 2014 [1387]. Il n'existe pas de catégorie bien définie de motifs non juridiques. On pourrait d'ailleurs se demander si le droit tendre *(soft law)* peut entrer dans cette catégorie. Pour les besoins de la discussion, on admet que tout motif tiré du contexte économique, social, humain, entre dans la catégorie des motifs non juridiques. Il en va de même lorsque le juge fait appel à des règles éthiques. On pourrait élargir aussi cette catégorie à une argumentation fondée sur des principes très généraux et non juridiques comme le raisonnable ou la proportionnalité. Certes, ces principes sont considérés par certains comme faisant désormais partie de l'arsenal des règles de droit à la disposition du juge. Force est cependant de reconnaître que ces principes sont tellement vagues et laissent une telle marge de manœuvre au juge qu'ils perdent la fonction de guide vigilant que doit avoir toute règle de droit.

E. Les opinions séparées

661. Comme nous l'avons dit ci-dessus, si la justice est rendue au nom d'une cour « unie », statuant collectivement, il n'y a pas de place pour les opinions séparées, qu'elles soient contribuantes, concordantes *(concurring)* ou dissidentes *(dissenting)*. Si, en revanche, il est reconnu que chaque juge formant la juridiction peut exprimer sa manière de concevoir la solution du litige et les raisons pour lesquelles il pense ainsi, la décision sera rendue par une majorité des membres de la juridiction [1388]. Mais de quoi parle-t-on exactement ? Les expressions divergent pour désigner ces opinions, annexées aux décisions judiciaires ou arbitrales, divergences qui sont, en partie, le fruit de la culture et des pratiques constatées. Il n'est pas rare que ces opinions soient appelées « individuelles » faisant ainsi référence à une tradition du droit romain [1389], reprise par le *common law* d'origine (c'est-à-dire

1387. F. Couveinhes Matsumoto et R. Nollez-Goldbach (dir. publ.), *op. cit. supra* note 1355.

1388. La majorité peut être difficile à déterminer, lorsque les juges votent différemment selon les questions posées à la juridiction. On parle alors en anglais de *« plurality »*. Un exemple d'une telle configuration peut être trouvée dans l'arrêt *Bemba* de 2018 rendu par la CPI.

1389. La véritable origine des opinions séparées est bien le *jus controversum* du droit romain et non le *common law*, contrairement à ce qu'il est habituel de lire dans tous les ouvrages consacrés à ce thème. Sur le *jus controversum*, voir V. Marotta et E. Stolfi (dir. publ.), *Jus controversum e Processo Fra Tarda Republica ed Età dei Severi,* Atti del Convegno – Firenze, 21-23 octobre 2010, L'Erma di Bretschneider, 2012.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

anglais) [1390]. Dans la tradition romaine, les juristes sont interrogés par l'empereur et chacun répond à la question posée, de manière individuelle. L'empereur décide en fonction des opinions exprimées. S'il ne les suit pas, il peut être contredit par les avis ultérieurs. Il s'instaure donc un dialogue constant entre les juristes (qui disent le droit) et l'empereur (qui prend la décision), dialogue qui a pour but de persuader l'Empereur de suivre une certaine direction [1391]. Le *common law* emprunte au droit romain la forme des décisions de justice. Dans le *common law* d'origine, il n'existe pas de décision en tant que telle, mais une addition de positions individuellement exprimées par chacun des juges qui composent la juridiction, la décision se dessinant grâce à la majorité convergente des opinions. Dans les premiers temps d'existence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, c'est cette pratique qui était suivie. Ce n'est qu'en 1801, avec la présidence Marshall, que la pratique se perd au profit d'une décision rendue collectivement par la Cour [1392]. Mais la supposée unanimité n'est qu'une fiction niant, en quelque sorte, les différences qui ont pu se faire jour au sein de la juridiction au cours du délibéré, ou prétendant que la décision a pu, telle que rédigée, rallier tous les membre de la juridiction. Cette fiction devint assez rapidement intenable d'autant plus que, même du temps du juge Marshall, certains membres de la juridiction continuaient à exprimer leurs opinions. La pratique devint donc la suivante : la décision de la Cour est annoncée en même temps que le nom des juges qui participent à former la majorité. Les autres juges signent alors individuellement ou collectivement des opinions dissidentes *(dissenting opinions)* ou concurrentes, concordantes ou contribuantes *(concurring opinions)* [1393].

1390. Voir par exemple l'explication historique proposée par A. Sheppard et D. Kapeliuk, « Dissents in International Arbitration », dans T. Cole (dir. publ.), *op. cit. supra* note 914, à la p. 314.

1391. « Conversare, domandare, rispondere », c'est ainsi que Massimo Brutti commence son texte pour expliquer ce dialogue. Cf. M. Brutti, « Il dialogo tra giuristi e imperatori », dans V. Marotta et E. Stolfi, *op. cit. supra,* note 1389, p. 97-204.

1392. E. Zoller, « La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », dans *La république, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril,* Montchrestien, 2001, p. 610. La volonté de Marshall de toujours avoir une Cour unanime afin de renforcer son autorité s'est vite heurtée à des critiques, notamment sur le caractère dictatorial de la pratique d'unanimité, des opinions séparées se faisant jour assez rapidement, malgré tout.

1393. Le vocabulaire en français n'est pas stabilisé du fait de la nature hybride de ces opinions. Elles sont concurrentes car elles proposent une motivation concurrente de la motivation adoptée par la majorité. Elles contribuent cependant à la décision dans la mesure où elles adoptent la même conclusion que celle de la majorité.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

662. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la pratique des opinions séparées ne suit pas la frontière de partage habituelle entre monde romano-germanique et monde du *common law* [1394]. De nombreux pays de tradition civiliste admettent les opinions séparées. Même dans un pays comme la France, dans lequel les juridictions ne connaissent pas la pratique, certaines autorités administratives indépendantes, comme la Commission consultative nationale des droits de l'homme, rend des avis à la majorité de ses membres, ceux-ci pouvant signer des opinions séparées. L'Espagne et l'Allemagne permettent des opinions séparées aux juges de leur Cour constitutionnelle. La Norvège rend obligatoire la publicité des votes individuels au sein de la Cour suprême. Le Portugal permet aux juges de la minorité d'expliquer les raisons de leur vote appelé *voto vencido* [1395].

663. Les juridictions internationales admettent pratiquement toutes les opinions séparées. Au sein de la CourEDH, ces opinions peuvent prendre la forme d'opinions séparées à proprement parler, dissidentes ou concordantes, ou de simples déclarations de dissentiment [1396]. Le règlement de la CIJ prévoit que le dispositif de chaque arrêt indique le nombre et les noms des juges ayant constitué la majorité. Les opinions séparées peuvent prendre la forme d'opinions dissidentes, d'opinions individuelles ou de déclarations [1397]. Les tribunaux pénaux internationaux de même que la Cour pénale internationale admettent les opinions séparées [1398]. Les panels de l'OMC connaissent la pratique des opinions séparées, mais elles ne sont pas signées. Le Tribunal irano-américain admet les opinions séparées [1399]. Il n'y a guère que la CJUE qui n'admette pas les opinions séparées. On constate ainsi l'influence du système français sur la création de cette juridiction.

664. La très grande majorité des règles des institutions d'arbitrage du commerce international [1400] et la plupart des lois nationales sur

1394. Etude de la Commission européenne, *Les opinions dissidentes dans les Cours suprêmes des Etats membres,* 2012.

1395. *Ibidem*, par. 2.2.14. En tout, sur les 28 Etats membres de l'UE en 2018, 21 acceptent d'une manière ou d'une autre que des opinions individuelles soient exprimées par les juges.

1396. Art. 45 par. 2 de la Convention et 74-2 du règlement de la Cour.

1397. Art. 57 du Statut et 95 par. 2 du règlement. On sait que l'éventuelle admission de telles opinions dans le statut de la CPJI avait été très controversée et discutée.

1398. Art. 23 (2) du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et 22 (2º) du Tribunal pour le Rwanda. Art. 74 et 83 du Statut de la Cour pénale internationale.

1399. L'article 32 (3) du statut.

1400. L'exception se trouve à l'article 49 (5) du CIETAC qui prévoit expressément que les opinions séparées sont conservées dans le dossier de l'affaire et peuvent être annexées à la sentence sans toutefois en faire partie.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'arbitrage demeurent silencieuses sur la possibilité pour les arbitres de signer une opinion séparée [1401]. Il est courant de déduire leur licéité de la disposition incluse dans la plupart de ces règlements ou lois selon laquelle la sentence est rendue à la majorité des membres du tribunal arbitral [1402]. La Convention CIRDI permet les opinions séparées non seulement par les membres des tribunaux arbitraux statuant sous son égide, mais également pour les panels d'appel [1403].

665. Quelle est l'ampleur du phénomène ? Les statistiques sont parlantes. Les opinions séparées, toutes juridictions confondues, sont en nette augmentation [1404]. Aujourd'hui, dans les pays dans lesquelles elles sont le plus pratiquées, les statistiques s'établissent de la manière suivante : 24 % à la Cour suprême du Royaume-Uni entre 2009 et 2013 ; 30 % pour la *High Court* d'Australie et 62 % pour la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique [1405]. Ces opinions ont également tendance à être très longues. Par exemple, l'ensemble des opinions séparées dans l'affaire du *Sud Ouest africain*, jugée le 18 juillet 1966 par la CIJ, occupait 450 pages et l'opinion du juge Schwebel dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* prenait 268 pages à comparer avec les 136 pages de la décision elle-même [1406].

1401. L'exception se trouve à l'article 43.4 du règlement du *Arbitration Institute* (NAI), en vigueur depuis le 1er janvier 2015.

1402. Voir par exemple J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, p. 717 ss. Egalement, J.-F. Poudret, « Légitimité et opportunité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? », dans *Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage,* Litec 2004, p. 243.

1403. Art. 48 (4).

1404. Cf. les statistiques données par W. Mastor, *Les opinions séparées à la Cour internationale,* L'Harmattan, 2005, p. 161. L'arbitrage n'est pas isolé dans cette évolution. Sur 219 décisions rendues sous l'égide du CIRDI entre la fin des années 1980 jusqu'au début de l'année 2015, 45 comportent une ou plusieurs opinions séparées. Il est difficile de se faire une opinion sur la pratique en arbitrage du commerce international, les institutions d'arbitrage ayant refusé de donner des informations sur cette pratique. On peut trouver certaines informations dans la littérature de seconde main. Pour la pratique au sein de la CCI, voir G. Flecke-Giammarco, *Journal of Arbitration Studies*, volume 24, no 3, p. 47, montrant que le nombre d'opinions séparées est resté stable entre 2004 et 2013 (p. 54).

1405. Ces chiffres sont tirés de A. Sheppard et D. Kapeliuk, *op. cit. supra* note 1390, à la p. 314.

1406. De 1945 à 1985, la Cour internationale de Justice a rendu 33 arrêts représentant 1421 pages du Recueil, alors que les opinions séparées représentent plus de 4600 pages, chiffres cités par W. Mastor, *op. cit. supra* note 1404, p. 168, citant A. Oraison, « Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice (montée en puissance et restructuration formelle de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse) », *RRJ-DP,* 1999, p. 1265 et s.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Quant à l'affaire *Allemagne c. Italie* sur les immunités [1407], l'arrêt tient en 60 pages ; il s'accompagne de trois opinions individuelles et trois opinions dissidentes dont celle du juge *ad hoc* Gaja. Cent onze pages ont été nécessaires au juge Cançado Trindade pour son opinion dissidente. Par contraste, on note le faible taux des opinions séparées en arbitrage du commerce international (15 % pour la CCI), alors que le chiffre pour l'arbitrage d'investissement (CIRDI et hors CIRDI confondus) est plus élevé pour atteindre 23 % [1408]. Devons-nous nous étonner de ces chiffres ? Pas forcément. Les sociétés dans lesquelles nous vivons sont de plus en plus complexes ; le droit est de plus en plus difficile à écrire et à appliquer ; les litiges posent de plus en plus de questions ardues à trancher (ce que Dworkin appelait les *hard cases*) ; les intérêts en présence sont de plus en plus antagonistes et complexes ; les principes ou règles de droit applicables dans une même affaire sont parfois difficilement conciliables entre eux [1409]. Il est donc compréhensible que les juges ressentent plus de difficultés à se mettre d'accord sur une seule et même décision et tiennent à exprimer leur avis lorsqu'il diffère de celui de la majorité.

666. Certains soupçonnent les juges d'adorer rédiger des opinions dissidentes qui les mettent en valeur et leur donnent une notoriété que leur vote en faveur d'une décision collégiale ne leur donnerait pas. Mais d'autres, tel R. Posner, pensent au contraire que les juges ne sont pas à l'aise lorsqu'ils doivent rédiger une opinion dissidente. Il s'exprime ainsi :

> « Most judges do not like to dissent (Supreme Court Justices are an exception …). Not only is it a bother and frays collegiality, and usually has no effect on the law, but it also tends to magnify the significance of the majority opinion. Judges also do not

1407. Arrêt du 3 février 2012.

1408. A. J. van den Berg, « Dissenting opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », dans M. Arsanjani *et al.* (dir. publ.), *op. cit. supra* note 1062, à la p. 824. Ces chiffres doivent cependant être pris avec précaution. L'auteur a analysé 150 sentences rendues publiques, ce qui ne représente pas l'intégralité des sentences d'investissement rendues car certaines demeurent secrètes, soit que, sous l'égide du CIRDI, les parties n'ont pas donné leur accord à la publication ; soit qu'elles soient rendues sur une procédure *ad hoc* et sont restées secrètes. A. Sheppard et S. Kapeliuk mentionnent que si l'on s'en tient aux 70 sentences CIRDI rendues publiques, le taux tombe à 17 %, *op. cit. supra* note 1390, à la p. 320.

1409. Voir par exemple le point de droit fondamental sur lequel le juge Th. Meron se trouve en désaccord dans l'affaire *Galic* : « Fairness in sentencing *(separate and partialy dissenting opinion*, *Prosecutor c. Stanislav Galic)* », dans *op. cit. supra* note 843, à la p. 246.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> like dissents from their decisions, which is why dissents fray collegiality. Judges do not like to be criticized, to bother having to revise a draft opinion in order to parry any solid punches thrown by the dissent, or worst of all, to lose the third judge to the dissenter. » [1410]

M. Bedjaoui rejoint R. Posner sur un point, les opinions individuelles, qu'elles soient dissidentes ou autres, font corps avec la décision, éclairent en contrepoint la décision de la majorité et permettent d'en saisir tout l'apport [1411].

667. Un juge allemand a fait les délices de la doctrine lorsqu'il a intitulé son opinion dissidente dans l'affaire *Procureur c. Krajisnik* « Fundamentally dissenting opinion on the right to self defense » [1412]. Comme le dit un commentateur, l'intitulé a probablement une signification particulière en allemand, mais en anglais cela équivaut à « frapper du poing sur la table » [1413]. Cette opinion dissidente est un modèle du genre. Elle nous oblige à réfléchir au dilemme que les opinions séparées posent entre ceux qui considèrent que les opinions dissidentes sont une pratique déplorable, et ceux pour qui elles sont indispensables car elles contribuent au développement du droit international [1414].

668. En arbitrage d'investissement, les opinions dissidentes sont citées par les parties au soutien de leurs positions [1415]. Ainsi, la Roumanie, dans l'affaire qui l'oppose à Rompetrol [1416], appuie son mémoire à l'encontre de la compétence du CIRDI sur l'opinion dissidente du Professeur Weil dans l'affaire *Tokios Tokelés c. Ukraine* [1417]. Plus rarement, elles sont mentionnées par le tribunal lui-même. Ainsi dans l'affaire *ATA c. Jordan* [1418], le tribunal mentionne plusieurs fois l'existence d'une opinion dissidente à la suite d'une sentence FIDIC intervenue entre l'une des parties et un tiers non présent dans l'arbitrage lui-même, mais sans la prendre à son compte (en tout cas pas de manière

1410. R. Posner, *op. cit. supra* note 1263, p. 32.
1411. M. Bedjaoui, « La fabrication des décisions de la Cour internationale de Justice », dans *op. cit. supra* note 1325, à la p. 65.
1412. TPIY, affaire nº IT-00-39-A A. Ch. 11 mai 2007.
1413. A. Klip, *op. cit. supra* note 1206, p. 266-282.
1414. On peut penser que certaines opinions dissidentes en matière d'arbitrage d'investissement ont participé à l'évolution de ce droit. Voir les opinions dissidentes citées par A. Sheppard et D. Kapeliuk, *op. cit. supra* note 1390, à la p. 323.
1415. Cf. par exemple, Azurix, CIRDI nº ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006.
1416. CIRDI ARB/06/3.
1417. CIRDI ARB/02/18.
1418. *ATA c. Jordan*, CIRDI nº ARB/08/2, sentence du 18 mai 2010.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

directe). On retrouve aussi la mention d'une opinion dissidente, mais cette fois des juges de la CIJ, dans l'affaire *Salini c. Jordan* [1419].

669. Pour les besoins de la communication que nous avions donnée au colloque de la SFDI sur le précédent, nous avions opéré une dichotomie entre les effets internes et les effets externes de l'opinion séparée [1420]. Nous reprenons cette dichotomie ici car elle nous semble toujours pertinente. Quant aux effets internes, il est clair que l'opinion séparée s'adresse avant tout aux juges de la majorité et aux parties. Dans le descriptif que nous avons fait de l'organisation du délibéré au sein de certaines juridictions internationales, le dialogue entre les juges de la juridiction s'établit dès que des désaccords irréductibles se font jour si bien que la majorité doit s'efforcer de répondre aux arguments des juges de la minorité, sauf si les opinions séparées sont préparées dans le seul dessein de valoriser la personne qui signe une telle opinion [1421]. Si ce phénomène existe indéniablement, il n'est pas représentatif, et de loin, de la conception que la plupart des juges se font du rôle qu'ils endossent en signant de telles opinions. Plusieurs juges et arbitres interrogés ont affirmé qu'ils agissaient avec la plus grande prudence et uniquement dans le but de permettre une meilleure réflexion collective. Ce n'est que, *in extremis*, si leur voix n'est pas entendue pleinement au cours du délibéré [1422], qu'ils feront connaître publiquement leur avis. Mais comme, dans un très grand nombre de cas, le juge ou l'arbitre qui écrit une opinion dissidente est celui ou celle qui a été désigné par la partie qui a perdu sur un argument juridique donné, la conclusion est facilement atteinte selon laquelle les juges *ad hoc* et les arbitres désignés par les parties sont partiaux. Or, cette accusation est souvent forgée pour minimiser le poids des arguments juridiques développés dans l'opinion dissidente, qui peuvent être parfaitement valables. Conclure automatiquement que le juge *ad hoc* ou l'arbitre qui vote dans

1419. *Salini c. Jordan*, CIRDI n° ARB/02/13, sentence du 31 janvier 2006.

1420. C. Kessedjian, «Les opinions séparées des juges et des arbitres comme précédent», dans SFDI, *Colloque de Strasbourg, Le précédent,* Pedone, 2016, p. 135-147.

1421. Une biographie consacrée au juge Scalia explique l'étonnement de ses collègues lorsqu'il a annoncé, fort peu de temps après son entrée en fonction, qu'il allait signer une opinion dissidente alors que la tradition non écrite voulait qu'un juge récemment nommé à la Cour suprême attende quelques temps avant de se désolidariser de la juridiction à laquelle il venait d'accéder. Cf. Bruce A. Murphy, *Scalia – A court of One,* Simon & Schuster, 2014.

1422. C'est en effet au cours du délibéré que les juges font connaître leur position par rapport au projet de décision si bien que l'énoncé d'une position différente permet au juge qui rédige la décision de prendre en considération ces positions, dans la mesure du possible.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

le sens des arguments de la partie qui l'a nommé est biaisé, ne rend pas justice de la difficulté qu'il y a à rédiger une opinion dissidente et aux hésitations multiples qui précèdent une telle rédaction. De surcroît, on peut dire aussi que l'opinion dissidente est peut-être le signe d'un délibéré mal conduit. Si les questions en jeu ne sont pas bien posées, si le débat n'est pas structuré selon une argumentation juridique logique, il est fort possible qu'un argument essentiel ne se voit pas accorder le poids nécessaire et que la minorité se sente obligée d'exprimer un avis contraire à celui de la majorité.

670. Les traditions diffèrent d'une juridiction à l'autre sur la préparation de la décision qui va être rendue. Mais de nombreux juges témoignent de ce que les membres de la juridiction, se déclarant en désaccord avec la décision qui se dessine, aident leurs collègues de la majorité à affiner leur pensée grâce aux arguments qu'ils mettent en avant pour justifier la future décision afin de la rendre plus intelligible et plus convaincante. Il s'agit là d'une maïeutique particulière au délibéré. Le but ultime de cette maïeutique, la plupart du temps, est d'éviter les opinions séparées puisque les juges de la majorité sont convaincus que la publication d'une ou plusieurs opinions séparées entraînera un amoindrissement de la portée de la future décision. Elle permet de faire progresser la pensée collective et constitue le signe d'un vrai délibéré. Elle peut également être considérée comme le « gage de la solidité du système » [1423]. Un auteur a pu affirmer que les opinions séparées sont la condition essentielle au bon fonctionnement de la CIJ [1424].

671. Mis à part cet effet collectif, l'expression de désaccords au sein de la juridiction est-elle susceptible d'amoindrir la portée de la décision ? La doctrine est partagée sur ce point. Pour un certain nombre d'auteurs, les opinions séparées revêtent la même nature que la doctrine et, dès lors, ne participent pas à la décision au sens propre du terme, si bien qu'elles ne peuvent avoir de réelle influence sur la portée de la décision. C'est la position d'André Tunc [1425], de Pierre Lambert [1426] et d'Yves Laurin [1427]. Même Judith Vailhé, qui caractérise

1423. Justice R. Ginsburg, entretien avec N. Lenoir, *Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 5, 1998, p. 49.

1424. I. Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court,* Martinus Nijhof, 1984, p. 266, cité par W. Mastor, *op. cit. supra* note 1404, p. 164, note 335.

1425. A. Tunc, « L'importance de la doctrine dans le droit des Etats-Unis », *Droits,* 1994 n° 20, p. 77.

1426. P. Lambert, « Les opinions séparées de Monsieur le Juge Pettiti », dans *Mélanges Louis Edmond Pettiti,* Bruylant, 1998, p. 28.

1427. Y. Laurin, « L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 5 janvier 1993, Doc. p. 13.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les opinions séparées de « corps de doctrine parfait » [1428], ou André Oraison, pour qui elles forment une « doctrine d'action » ou « doctrine finalisée » [1429], ne sont pas prêts à admettre qu'elles entachent l'autorité de la décision [1430]. Une confirmation de cette position peut être trouvée en arbitrage du commerce international. Pour la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), les opinions séparées ne faisant pas partie de la décision [1431], elles ne sont pas soumises à son examen et l'arbitre signant une telle opinion ne reçoit aucune remarque ni du secrétariat de la CCI ni de la Cour elle-même. Toutefois, la Cour reçoit l'opinion séparée en même temps que le projet de sentence de la majorité, si bien qu'elle peut s'inspirer des arguments articulés par cette opinion séparée pour rédiger les remarques qu'elle adressera au tribunal arbitral à la suite de l'examen du projet de sentence [1432].

672. Un exemple historique pourrait nous convaincre, cependant, que les opinions dissidentes ont de l'influence. On a souvent relevé que les opinions dissidentes de trois juges ayant siégé au sein du Tribunal de Tokyo avaient joué un rôle significatif dans l'amoindrissement de l'effet des décisions prises par ce tribunal [1433]. C'est surtout l'opinion dissidente du juge indien, Radhabinod Pal, qui, n'étant d'accord à peu près sur rien de ce que la majorité avait à dire, forgea la base des critiques, surtout au Japon, et la tentative de discrédit du tribunal [1434]. Son désaccord portait non seulement sur des points techniques, mais, plus fondamentalement, il désavouait la philosophie sous-jacente au développement du droit international comme facteur de paix. Y. Totani montre que le juge Pal était un juriste bengali de bonne éducation à la fois en droit indien mais aussi en droit anglo-américain. Il avait été juge à Calcutta sans jamais écrire une seule opinion dissidente. Même

1428. J. Vailhé, *Les opinions séparées individuelles des juges de la Cour européenne des droits de l'homme – Lecture de la jurisprudence sur le cumul des fonctions judiciaires,* thèse, Paris, 2002, p. 169.

1429. A. Oraison, « L'influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la CPJI et de la CIJ », *RBDI,* volume XXXII, 1999-1, p. 207.

1430. Pour une position similaire, cf. E. Loquin, observations sous l'arrêt de la CA Paris, 9 oct. 2008, *RTDCom*, n°3, 2008.

1431. C'est aussi ce que prévoit le règlement de la NAI cité *supra* note 10.

1432. G. Flecke-Giammarco, « The ICC Scrutiny Process and Enhanced Enforceability of Arbitral Awards », *J. of Arb. Studies,* volume 24, nº 3, 2014, p. 47.

1433. Le juge Bernard, juge français, le juge Pal de l'Inde et le juge Röling des Pays-Bas. On note également que le juge australien Webb (qui était le Président) a rédigé une opinion séparée, et le juge philippin Jaranilla a rédigé une opinion contribuante.

1434. Pour une analyse de cette opinion dissidente, voir Y. Totani, *The Tokyo War Crimes Trial,* Harvard U. Press, 2008, p. 218 ss.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

si, pour Totani, les raisons qui ont amené le gouvernement indien à le nommer au tribunal de Tokyo ne sont pas claires, il pouvait être considéré comme un juge modéré et parfaitement adapté pour cette fonction. Totani soupçonne que Pal, qui venait du Bengale et était un nationaliste, ait pu saisir l'occasion pour élever sa voix contre le poids des puissances coloniales dans son pays [1435]. Il indique que Nehru, à l'époque Premier ministre de l'Inde, avait immédiatement écrit aux autres puissances pour leur dire qu'aucune des idées développées par Pal dans son opinion dissidente n'était partagée par son gouvernement et qu'il se désolidarisait complètement du juge Pal. Totani raconte ensuite comment un certain Tanka Masaaki (ancien assistant d'un des accusés japonais) publia des extraits de l'opinion dissidente de Pal l'année du retour à l'indépendance du Japon, livre qui devint un best-seller et qui fut à l'origine de l'invitation répétée de Pal au Japon. Durant ses visites au Japon, Pal poursuivit sa critique et arguait que la décision avait été prise sur des bases émotionnelles plutôt que sur une lecture précise du droit tel qu'il existait au moment des faits. Il accusait les puissances occidentales des mêmes méfaits que ceux dont les Japonais étaient accusés disant qu'elles avaient envahi l'Asie et que pour cela elles étaient coupables. Finalement, c'est sur la base de cette opinion dissidente que le concept de « procès des vainqueurs » et de revanche sous les oripeaux de la justice, a pris forme [1436]. Pour Totani, le gouvernement japonais de l'époque considérait Pal comme un héros de la cause japonaise. Ce serait grâce à cette opinion dissidente qu'il reniait la déclaration qu'il avait initialement acceptée d'intégrer dans le Traité de Paix de San Francisco de 1951, selon laquelle le Japon acceptait le jugement du tribunal de Tokyo (art. 11).

673. Toutefois, on note qu'en arbitrage, la présence d'une opinion dissidente n'empêche pas la reconnaissance ni l'exécution d'une

1435. *Ibidem*, p. 223.

1436. Totani, *op. cit. supra* note 1434, p. 233 ss, relate le grand nombre de livres qui ont été publiés au Japon sur ce thème à partir des années 1952, c'est-à-dire très rapidement après la levée du joug occidental sur le pays. Il indique aussi (p. 246 ss) que les recherches effectuées par les universitaires historiens à partir des années 1980, c'est-à-dire par une nouvelle génération qui n'avait pas connu la guerre, montrent qu'il ne s'est pas agi d'une justice bâclée et de revanche mais que l'image est plus nuancée que cela. Toutefois, il est clair que, jusqu'à aujourd'hui, Pal fait l'objet d'un véritable culte au Jaopn, ainsi que l'a montré le Professeur Mark Drumbl lors d'une conférence organisée par iCourts en avril 2019. Sa communication « Memorializing Dissent : Judge Pal in Tokyo Then and Now » sera publiée dans les actes du colloque.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

sentence arbitrale. C'est ce qui a été décidé en France [1437], la Cour d'appel de Paris affirmant que l'opinion dissidente ne fait pas partie de la décision et constitue seulement un élément de fait [1438]. Il faut donc voir dans cette pratique arbitrale la confirmation que l'opinion séparée ne devrait pas atteindre l'autorité de chose jugée de la décision.

674. Pourtant, l'expression de désaccords sur une décision donnée permet aux signataires de se désolidariser de la majorité et ne manque pas d'amoindrir la portée de précédent de la décision rendue dans ces circonstances [1439]. Les juges doivent assumer publiquement leurs positions [1440] afin de remplir leur mission vis-à-vis de la cité. C'est tout particulièrement le cas pour les systèmes dans lesquels les juges sont élus, ce qui entraîne incontestablement une personnalisation de la justice, les juges devant rendre compte de l'exercice de leur mandat, ce qu'ils font en signant les décisions rendues par la juridiction ou des opinions séparées. Dans un système comme celui des Etats-Unis d'Amérique, lorsque la Cour suprême est très divisée [1441] et que les opinions séparées sont solidement charpentées, elles permettent de redonner à la décision sa juste mesure de précédent [1442].

675. Les opinions séparées sont aussi susceptibles d'amenuiser la notoriété de la juridiction qui rend la décision. C'est ce que certains auteurs n'hésitent pas à dire en affirmant qu'une opinion dissidente révèle une fracture au sein du tribunal arbitral [1443]. C'est probablement aussi pourquoi les institutions d'arbitrage ne souhaitent pas communiquer sur les opinions séparées rendues par l'un des membres de tribunaux arbitraux statuant sous leur égide. Elles craignent peut-être que la notoriété de l'institution ne soit mise à mal. Mais il s'agit

1437. Paris, 9 octobre 2008, *Rev. arb*. 2009, p. 352, note J.-G. Betto et A. Canivet ; Paris 16 janvier 2003, *D*., 2003, somm. p. 2479, observation Th. Clay, *JDI* 2004, p. 161, note C. Kessedjian.

1438. Paris, 16 janv. 2003, *cit. supra* note 29. Voir également Paris, 17 mars 2011, 10/09268, *Rev. arb.* 2011, p. 475.

1439. P. J. Rees et P. Rohn, « Dissenting Opinions : Can they Fulfill a Beneficial Role ? », *Arbitration International*, volume 25, 2009, p. 329.

1440. A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, Thèse Limoges, 2007, p. 26.

1441. Parfois, la Cour ne parvient à réunir une majorité et la décision est rendue par une *« plurality »*.

1442. M. A. Thurman, « When the Court Divides : Reconsidering the Precedential Value of Supreme Court Plurality Opinions », *Duke L. J.* 1992, p. 419 ; D. Morgan, « Mr Justice William Johnson, creative dissenter », *Mich. L. Rev.* 1944, p. 513.

1443. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien, 2013, n° 434. Voir aussi les auteurs cités par E. Loquin, observations sous l'arrêt Paris, 1re chembre C, 9 octobre 2008, RTD Com, n° 3, 2008, affaire *Merial c. Klocke Verpackungs-Service*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

d'une spéculation car aucun argument n'a été avancé pour expliquer le refus de communication. Si certaines institutions d'arbitrage se sont déclarées opposées aux opinions séparées [1444], d'autres prévoient désormais dans leur règlement qu'elles soient publiées [1445].

676. En ce qui concerne l'effet vis-à-vis des parties, l'opinion séparée revêt indéniablement un caractère pédagogique à double titre. Lorsqu'elle est rédigée par le juge *ad hoc*, elle permet à la partie perdante qui l'a désigné de s'assurer que tous ses arguments ont été entendus, pris en considération et clairement réitérés afin de lever toute ambiguïté [1446]. En outre, elle commente utilement la décision de la Cour, sa portée, sa signification exacte se comprenant souvent mieux [1447]. Un juge de la CourEDH va dans le même sens quand il affirme :

> « Elles rendent les discussions au sein de la Cour vivantes, transparentes et pluralistes, elles mettent en évidence les tendances et controverses, soulignent la liberté d'expression et l'indépendance des différents juges et, dans ce sens, appartiennent à la philosophie générale de la Cour. » [1448]

L'opinion séparée, surtout si elle est dissidente, permet aussi à la partie qui a perdu de former plus aisément un recours, lorsque celui-ci est possible. Cela ne concerne pas directement la CIJ puisque ses décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours à proprement parler. Toutefois, un auteur a pu voir dans les opinions séparées un moyen pour les Etats de contrôler le développement du droit international [1449]. Cet effet, s'il existe, affecte plus largement les Etats dans leur ensemble et pas seulement les Etats parties au litige. En cela il déborde un peu l'effet interne que nous avons identifié.

1444. X. Giocanti, « Colloque d'arbitres », *Institut du droit et des pratiques des affaires internationales,* Paris, 5 octobre 1982, *Rev. arb*., 1983, p. 501.

1445. Voir notamment, *Netherlands Arbitration Institute*, règlement en vigueur au 1er janvier 2015, par. 20.

1446. E. Lauterpracht, opinion séparée sous l'ordonnance de 1993, CIJ, *Affaire ayant trait à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie*, *Recueil* 1993, p. 409.

1447. A. P. Sereni, « Le opinioni separate dei giudici costituzionali ed internazionali », *Quaderni della giuriprudenza constituzionale*, Giuffré éditions,1964, p. 113-160, traduit en français : « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », *RGDIP,* 1964, p. 810-857.

1448. L. Wildhaber, « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme », dans R. J. Dupuy (dir. publ.), *Droit et Justice – Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos,* Pedone, 1999, à la p. 529.

1449. M. Manouvel, *Les opinions séparées à la Cour internationale – Un instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, 2005.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

677. En matière d'arbitrage, on note que de plus en plus d'opinions séparées sont rédigées de manière à donner à la partie condamnée par la sentence les moyens de justifier un recours à l'encontre de celle-ci ou de s'opposer à sa reconnaissance ou son exécution. Il semblerait aussi que parmi ces opinions, un petit nombre vont jusqu'à révéler des faits constatés lors du délibéré, ce qui paraît contraire à l'éthique de l'arbitrage. On peut trouver un exemple de cette évolution dans l'affaire qui a donné lieu à la décision de la Cour d'appel de Paris du 20 janvier 2015 [1450]. La Cour annule la sentence en ce qu'elle a prononcé la liquidation d'une société non partie à l'instance arbitrale. A la lecture de l'arrêt, on constate que ce point avait vraisemblablement été signalé dans l'opinion séparée signée par l'un des membres du tribunal arbitral, ce qui n'a pas manqué d'attirer l'attention de la Cour qui a été encore plus vigilante sur le point objet du débat.

678. En matière d'arbitrage d'investissement, l'opinion séparée du Professeur Stern dans l'affaire *OPC et OEPC c. Equateur* [1451] a été utilisée par l'Equateur pour étayer son recours à l'encontre de la sentence. Et en droit international public, c'est également ce qu'a fait la Guinée-Bissau dans l'affaire qui l'a opposée au Sénégal au sujet de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989, étudiée ci-dessus. La Guinée-Bissau a fondé son recours devant la CIJ sur la déclaration du Président du Tribunal jointe à la sentence arbitrale. Le Vice-Président Oda souligne d'ailleurs dans son opinion individuelle que la Guinée-Bissau a, en réalité, mal interprété la teneur de cette déclaration [1452].

679. Parmi les effets externes de l'opinion séparée, on doit noter que, bien loin de constituer une « calamité publique » [1453], elles permettent de rendre une justice plus compréhensible pour les justiciables et permettent de faire évoluer la jurisprudence pour favoriser son adaptation aux besoins de la société. En effet, au-delà des parties au litige qui est tranché par la décision, les opinions séparées s'adressent également au public en général et au législateur. Il n'est pas rare à cet égard de voir les opinions séparées citées ultérieurement dans des

1450. Paris, Pôle 1, ch. 1.1., 20 janvier 2015, 12/16039*, G.P.* 2015, observation D. Bensaude (signalons une erreur de référence dans la publication à la *Gazette du Palais*).

1451. CIRDI ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012.

1452. *Recueil CIJ*, 1991, p. 81. Voir aussi l'opinion individuelle du juge Lachs, *Recueil,* p. 93.

1453. P. Pescatore, Intervention au cours des débats, dans SFDI, *La juridiction internationale permanente,* Colloque de Lyon, Pedone, 1987, p. 258-259, cité par M. Manouvel, *op. cit. supra* note 1449, p. 89 et note 199.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mémoires soumis à la juridiction dans d'autres affaires. Il en va ainsi, par exemple, de l'opinion signée par Dame Rosalyn Higgins dans l'affaire des *Plateformes pétrolières* [1454] jugée par la CIJ.

680. L'opinion séparée permet aussi une meilleure interprétation de la décision rendue. La CIJ ne dit pas autre chose. Dans l'avis qu'elle rend le 27 mai 1987 [1455], elle affirme que pour interpréter ou élucider un jugement, « il se peut … qu'il convienne de consulter les opinions individuelles ou dissidentes jointes au jugement » [1456]. Et plus loin, encore plus explicitement, elle décide :

> « Pour interpréter ou élucider un jugement, il est à la fois permis et souhaitable de prendre en considération les éventuelles opinions dissidentes ou autres jointes à ce jugement. Les déclarations et opinions que des membres d'une juridiction rédigent au moment où une décision est rendue et qu'ils joignent à cette décision peuvent contribuer à clarifier celle-ci. C'est pourquoi le Tribunal, suivant en cela l'exemple de la Cour elle-même, a eu pour pratique non seulement de permettre aux juges d'exprimer de telles opinions, mais aussi de les publier avec le jugement, ce qui est une sage pratique. En l'espèce, il est donc légitime, pour mieux saisir la position du Tribunal sur la question à l'examen, de se reporter non seulement au jugement lui-même mais encore à la « déclaration » de M. Ustor et à l'opinion dissidente de M. Kean. » [1457]

C'est en raison de cette décision que celui qui deviendra plus tard le Président de la Cour pouvait affirmer que les arrêts de la Cour ne se comprennent pas sans leurs opinions séparées car elles les éclairent en contrepoint et permettent de saisir pleinement leur apport à la jurisprudence [1458].

681. A l'inverse, l'absence d'opinion séparée peut rendre plus absconse la décision rendue. Ainsi, un certain nombre de décisions de la CJUE sont difficilement compréhensibles du fait qu'elles doivent rester suffisamment vagues et abstraites pour satisfaire tous les membres de la juridiction puisqu'elles sont rendues de manière collégiale, sans

---

1454. *Iran c. Etats-Unis d'Amérique*, 12 décembre 1996, *Recueil*, 1996, p. 803 et 6 novembre 2003, *Recueil* 2003, p. 161.

1455. Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif *(Affaire Yakimetz)*, *Recueil* 1987, p. 18.

1456. *Ibidem*, p. 45 par. 48.

1457. *Ibidem*, p. 45 par. 49.

1458. M. Bedjaoui, « La « fabrication » des arrêts de la Cour internationale de Justice », dans *op. cit. supra* note 1344, p. 105.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qu'aucune opinion séparée ne puisse s'exprimer. Les méthodes de rédaction propres à la CJUE, consistant à retrancher à partir du texte préparé par le juge rapporteur, participent à la difficulté parfois ressentie de comprendre pleinement ce que la Cour a voulu dire. Les décisions gagneraient probablement en précision et intelligibilité si des opinions séparées étaient possibles.

682. L'effet externe le plus caractéristique des opinions séparées a trait à l'évolution de la jurisprudence. L'opinion séparée, quand elle est bien faite, charpentée et convaincante, va préparer un revirement de jurisprudence ou au moins une évolution. Dans leur chronique à l'AFDI 2013, les professeurs Jacob, Latty et de Nanteuil estiment que l'opinion séparée de la juge Higgins citée ci-dessus « tend presque à faire figure aux yeux des arbitres de manuel de contentieux international » [1459]. En effet, les futures parties à un litige similaire hésiteront moins à procéder devant le juge lorsqu'elles pourront se reposer sur une opinion séparée afin de tenter de faire modifier la jurisprudence qui leur cause préjudice.

683. L'exemple historique le plus emblématique aux Etats-Unis d'Amérique concerne la ségrégation. Le dernier arrêt admettant la ségrégation, *Plessy c. Ferguson* [1460], était accompagné d'une opinion dissidente très fortement argumentée et les commentateurs pensaient que la décision de la majorité ne tiendrait pas dès que la Cour se saisirait d'une nouvelle occasion de se prononcer en la matière. Ce fut fait dans l'affaire *Brown c. Board of Education* [1461], qui met fin à la ségrégation dans les écoles publiques, par une décision unanime. La dissidence d'un jour devient la majorité du lendemain [1462].

684. Un autre exemple tiré de la jurisprudence de la CIJ en matière de mesures provisoires et conservatoires montre l'influence des opinions séparées sur l'évolution de la position de la Cour. En 2006, la Cour rend une ordonnance dans l'affaire dite des *Usines de pâte à papier* [1463]. A cette décision sont jointes deux opinions individuelles expliquant les conditions dans lesquelles, au dire des signataires, des mesures provisoires doivent être examinées par rapport aux demandes sur le

1459. AFDI 2013 p. 447.
1460. 163 US 537 (1896).
1461. 347 US 483 (1954).
1462. Voir Baird et T. Jacobi, « How the Dissent Becomes the Majority : Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court », *Duke L. J.,* 2009, volume 59.2, p. 183.
1463. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, Recueil* 2006, p. 113.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

fond, et comment un examen *prima facie* de ces demandes doit être conduit afin de décider si les mesures provisoires doivent être ou non octroyées. En d'autres termes, pour les signataires, les demandes au fond doivent revêtir un certain degré de plausibilité pour justifier les mesures provisoires. Quelques années plus tard, dans l'ordonnance qu'elle rend dans l'affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader [1464], la Cour reprend à son compte le critère dégagé par les juges Abraham et Benouna dans l'affaire de 2006 et décide : « Considérant que le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne devrait être exercé que si les droits allégués par une partie apparaissent au moins plausibles… » [1465]

685. En droit des investissements, et uniquement sur la base des informations publiques sur la pratique sous l'égide du CIRDI, on constate que des opinions séparées ont été citées approximativement par 21 sentences sur les 169 rendues entre 1971 et 2011. Par exemple la notion d'investissement a fait l'objet de l'opinion dissidente de G. Abi Saab dans l'affaire *Abaclat c. Argentine* [1466]. Celle-ci a inspiré, au moins implicitement, des sentences ultérieures et notamment la sentence dans l'affaire *Postova Banka c. Grèce* [1467]. On peut également mentionner l'évolution de la pratique CIRDI sur la détermination de la nationalité de l'investisseur. Dans l'affaire *Tokio Tokalés c. Ukraine* [1468], le professeur Weil signe une opinion dissidente pour stigmatiser la constitution d'une société *ad hoc* étrangère permettant de bénéficier de la Convention de Washington de 1965, alors que l'investisseur réel possède la nationalité de l'Etat hôte. C'est le raisonnement du Professeur Weil qui sera retenu par le tribunal dans l'affaire *Venoklim c. Venezuela* [1469].

686. L'application de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) au règlement des différends a été critiquée par B. Stern dans son opinion dissidente dans l'affaire *Impregilo c. Argentine* [1470] car

1464. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 28 mai 2009, *Recueil*, 2009, p. 139.
1465. *Ibidem*, par. 57.
1466. ARB/07/5, 4 août 2011.
1467. ARB/13/8, décision sur la compétence, 9 avril 2015.
1468. ARB/02/18, décision sur la compétence, 29 avril 2004.
1469. ARB/12/22, 3 avril 2015.
1470. ARB/07/17, 21 juin 2011. Il s'agissait de savoir si la période amiable de dix-huit mois, exigée par le traité bilatéral applicable, avant de pouvoir procéder à l'arbitrage pouvait être ignorée grâce à l'application d'un autre traité bilatéral (entre l'Argentine et les Etats-Unis) par le truchement de la clause de la nation la plus favorisée.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

elle entraîne, notamment, un *treaty shopping* abusif [1471]. Or, le tribunal arbitral dans l'affaire *Rafat Ali Rizvi c. Indonésie* [1472], tout en refusant d'entrer en matière sur l'éventuelle application de la NPF compte tenu de la controverse qu'elle suscite, refuse de donner droit aux prétentions de la demanderesse sur l'évitement des conditions plus strictes du traité entre le Royaume-Uni et l'Indonésie grâce aux autres traités signés par l'Indonésie. De plus, le tribunal dans l'affaire *Garanti Koza c. Turkménistan* [1473] utilise l'opinion séparée de B. Stern pour examiner le critère supplémentaire qu'elle avait identifié pour vérifier le consentement à l'arbitrage.

687. On peut encore citer d'autres sentences en matière de droit des investissements qui se fondent en tout ou en partie sur une opinion séparée signée dans une affaire précédente pour adopter la position prise par cette opinion. Il en va ainsi de la sentence dans l'affaire *LESI c. Algérie* [1474] par rapport à l'opinion dissidente de Samuel K. B. Asante dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* [1475]. Le plus souvent c'est un aspect ou un concept retenu par l'opinion séparée qui est repris par une sentence. Dans la sentence *ConocoPhilips c. Venezuela* [1476], la notion de bonne foi au centre de l'opinion dissidente de P. Weil dans l'affaire Tokios Tokelés est reprise par le tribunal. C'est également ce que fait le tribunal dans l'affaire *SGS Société générale c. Paraguay* [1477] qui s'appuie sur l'opinion dissidente de Sir F. Berman, dans l'affaire *INA c. Pérou* [1478], pour rejeter l'argument de la demanderesse selon lequel le tribunal devrait accepter comme vraies ses affirmations sur la compétence.

688. Les opinions séparées permettent, enfin, de préparer le terrain pour une évolution de la législation. Si la question est certainement plus fréquente dans l'ordre interne des systèmes qui admettent les opinions séparées, notamment de leurs juridictions suprêmes, elle n'est pas absente du droit international. Par exemple, la réforme du Statut du Tribunal administratif des Nations Unies a notamment été influencée

1471. On retrouve le même argument dans l'opinion dissidente de J. Ch. Thomas dans l'affaire *Hochtief c. Argentine*, ARB/07/31, 24 octobre 2011 et celle de S. Torrès Bernardez dans l'affaire *Ambiente Ufficio c. Argentine*, ARB/08/9, 2 mai 2013.

1472. ARB/11/13, décision sur la compétence, 16 juillet 2013.

1473. ARB/11/20, *Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent*, 3 juillet 2013.

1474. ARB/05/3, 3 novembre 2008.

1475. ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.

1476. ARB/07/30, 3 septembre 2013.

1477. ARB/07/29, décision sur la compétence, 12 février 2010.

1478. ARB/03/4, 5 septembre 2007. Voir également l'affaire *Perenco c. Equateur*, ARB/08/6, *Decision on remaining issues of jurisdiction and on liability*, 12 septembre 2014.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

par une opinion dissidente signée par B. Stern sur la question des pouvoirs implicites du Tribunal [1479]. On peut signaler aussi que l'article 31.1.*d)* du Statut de la CPI a été inspiré par l'opinion dissidente du juge Cassese dans l'affaire *Erdemovic* [1480].

689. Cette valeur de l'opinion séparée s'appuie sur une nouvelle conception de l'autorité telle qu'on peut l'envisager aujourd'hui après les travaux d'Hannah Arendt. Dans son essai, « Qu'est-ce que l'autorité ? » [1481], l'auteur montre que l'autorité est traditionnellement le résultat d'une hiérarchie, d'une obéissance imposée par un rapport inégalitaire entre les personnes. Or, la société contemporaine réclame un rapport plus égalitaire entre les acteurs, permettant ainsi à l'argumentation de retrouver une place prépondérante afin de persuasion. L'autorité persuasive est préférée à l'autorité imposée hiérarchiquement. C'est exactement dans cette ligne de pensée que se placent les opinions séparées. Tous les membres de la juridiction sont égaux et ont toute légitimité de faire valoir leurs arguments qui peuvent être aussi utiles à la justice que ceux de la majorité.

690. Le bilan de ce qui précède permet de conclure que les opinions séparées, en suscitant un débat public, remettent un peu de démocratie dans la création prétorienne du droit. Les juges ne doivent pas demeurer hors de portée du débat public tant leur rôle dans la cité est devenu prépondérant. En exprimant publiquement leurs propres analyses, à condition que toute ambition personnelle en soit exclue, ils participent à une meilleure acceptation du droit par les sujets de la norme et à une saine évolution du droit.

Conclusion

691. On ne peut terminer ce chapitre sans insister sur le fait que le tiers impartial et indépendant, en droit international, est l'objet d'une attention soutenue de la part d'une audience très large, semblable à ce *greenhouse effect* dont parlent certains commentateurs [1482]. Non

1479. B. Stern, « The Implied Powers of UNAT in the Discharge of its Jurisdictional Function », dans *International Administrative Tribunals in a Changing World,* Esperia Publications Ltd, 2008 p. 73.

1480. Opinion annexée à la décision d'appel du TCTY, 7 octobre 1997.

1481. H. Arendt, *La crise de la culture,* édition française tirée de la seconde édition de *Between Past and Future* (1968)*,* Folio Essais, 1989.

1482. Par exemple, L. Baum, *op. cit. supra* note 848. C'est également ce que dit la juge Navanethem Pillay (Afrique du Sud), dans D. Terris *et al*., *op. cit. supra* note 71, à la p. 45.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

seulement, les médias du monde entier s'intéressent aux activités des tiers, mais leurs décisions ou les affaires dans lesquelles ils interviennent, sont généralement très significatives pour la société internationale dans son ensemble si bien que de nombreux groupes d'intérêt, aux objectifs divers scrutent cette activité. Le tiers ne peut pas être indifférent à ces coups de projecteur dont les effets se feront sentir jusqu'à la salle des délibérations [1483]. L'effet miroir de cette notoriété permet à ces tiers d'être très demandés pour toutes sortes d'activités extérieures à leur institution, notamment des conférences [1484]. Cet exercice est parfois périlleux et doit être effectué avec tact et discrétion, quitte à décevoir l'auditoire. Mais il n'est jamais neutre et aura des répercussions ensuite sur la manière dont le tiers exercera ses fonctions.

1483. Cela fait penser à l'espace stratégique dont parle D. Caron, *Understanding why International Courts and Tribunals Look and Act as They Do, UN Audiovisual Library*, 17 octobre 2014, http://webtv.un.org/»/watch/david-d.-caron-on-understanding-why-international-courts-and-tribunals-look-and-act-as-they-do/3854825225001/?term=&lan=spanish&page=4?term (visualisé le 18 mai 2019).

1484. L. Baum donne les chiffres (1998-2004) des activités des juges de la Cour suprême des Etats-Unis pour lesquelles ils sont défrayés par la Cour elle-même : Scalia (128), O'Connor (125), Breyer (92), Ginsburg (89), Kennedy (88). Pour ne citer que les plus actifs. Parmi ces activités celles situées à l'étranger : O'Connor (31), Scalia (25), Kennedy (24), Breyer (18) et Ginsburg (17).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 12

LE DIALOGUE DES JUGES

Introduction

692. Dès l'abord, il est nécessaire de dissiper un malentendu sur le dialogue des juges, cette « diplomatie judiciaire » comme le dit joliment un auteur [1485], qui a suscité autant de malentendus que d'espoirs faussement entretenus, et de théories grandioses déconnectées de la réalité [1486]. Nous serons beaucoup plus modeste dans notre quête pour comprendre la pratique de ce dialogue ou de cette coopération transjudiciaire, car, après tout, la justice elle-même est un exercice dialogique du langage, comme nous le rappelle Paul Ricœur [1487]. Nous sommes tous d'accord, espérons-le, pour dire qu'il ne s'agit pas d'une catégorie juridique identifiée dans des contours très définis et appelant un régime juridique sophistiqué et complexe. Beaucoup d'auteurs parlent de dialogue des juges quand une juridiction utilise, et même cite, les décisions d'autres juridictions (généralement étrangères ou internationales) pour s'informer sur la manière dont d'autres juges pensent les problèmes en jeu dans l'affaire qu'ils doivent juger [1488]. D'autres considèrent que des recherches dites de « droit comparé » sont aussi une modalité de dialogue des juges [1489]. Nous ne le pensons pas. Rechercher de manière unilatérale comment d'autres juges, même situés à l'étranger, ont abordé la question dont le juge est saisi, est

1485. L. Burgorgue-Larsen, « Le dialogue des juges – L'ère dialogique en question(s) – De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », dans B. Bonnet (dir. publ.), *Traité des rapports entre ordres juridiques,* LGDJ, 2016, à la p. 771.

1486. Pour un test de réalité salutaire, voir L. Pasquet, « Dialogue or Interaction ? – A Non-Cosmopolitan Reading of Transjudicial Communication », dans A. Müller et H. E. Kjos (dir. publ.), *Judicial Dialogue and Human Rights,* CUP, 2017, chapitre 17, p. 467-503.

1487. *Amour et Justice,* Editions Points, 2008, p. 27.

1488. Pour un exemple de cette conception, voir A. Nussberger, « The ECtHR Use of Decisions of International Courts and Quasi-Judicial Bodies », dans A. Müller (dir. publ.), *op. cit. supra* note 1486, p. 419-432. Les statistiques disponibles sur de telles citations sont parlantes : plus de 1400 occurrences entre 2000 et 2007 entre neuf pays d'Europe relevées par une étude citée par J. Bengoetxea, « Judicial and Interdisciplinary dialogues in European law », dans S. Menétrey et B. Hess (dir. publ.), *Les dialogues des juges en Europe,* Larcier, 2014, à la p. 41.

1489. Par exemple pour le juge constitutionnel américain, voir B. Markesisnis et J. Fedtke, « The Judge as Comparatist », 80 *Tul. L. Rev*. 11 (2005).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

simplement pour lui une manière intelligente de s'ouvrir l'esprit, mais ne met pas en cause un « dialogue » au sens propre du terme [1490]. La recherche sur le droit étranger [1491] a été grandement facilitée par la création des magistrats de liaison qui, installés au cœur d'un système étranger, facilitent les relations judiciaires entre leur pays d'origine et le pays hôte dans lequel ils effectuent leur mission en participant à une meilleure connaissance réciproque des autorités de chaque pays, y compris les autorités judiciaires, des spécificités de chaque ordre juridique. Ils assurent aussi une bonne coordination des procédures entre les deux pays, notamment en matière pénale, et facilitent ainsi, l'harmonie des solutions entre ces deux pays [1492].

693. Nous avons une conception beaucoup plus pragmatique de ce dialogue des juges. Il est rendu indispensable par la multiplication des tribunaux internationaux [1493], qu'ils soient à vocation universelle ou régionale, entraînant un risque de fragmentation du droit international qui a été identifié à de multiples reprises et que nous avons signalé en début de ce cours [1494]. Pour les rapports entre Etats, le fait que la CIJ n'ait ni l'exclusivité, ni même de prééminence, dans l'œuvre de dire le droit international ajoute à l'impression d'éparpillement, alors même qu'elle est considérée comme « l'organe judiciaire principal » des Nations Unies, ainsi qu'il a déjà été dit. Les Etats eux-mêmes participent à l'éparpillement potentiel du contentieux quand ils s'accordent sur une convention comme celle de Montego Bay sur le droit de la mer qui prévoit, dans son article 287, alinéa 1, pas moins de quatre possibilités de recours devant différentes juridictions. L'autonomie des tribunaux

1490. Dans le même sens, L. Burgorgue-Larsen, *op. cit. supra* note 1485, à la p. 773. En France, c'est l'expression employée par le Commissaire du gouvernement Genevois dans ses conclusions dans l'affaire Cohn-Bendit (CE 1978) qui a lancé l'expression mais dans un sens qui n'avait probablement pas anticipé tout ce qui allait suivre. L. Burgorgue-Larsen discute pas à pas le concept dans l'article qu'elle consacre à ce thème aux Mélanges Genevois. Voir aussi J.-Ph. Derosier, « Le dialogue des juges : de l'inexistence d'un concept pourtant éprouvé », dans S. Menétrey et B. Hess, *op. cit. supra* note 1488, aux p. 52-53. Il rappelle que lorsque Genevois utilise cette expression il l'oppose au « gouvernement des juges » et à la « guerre des juges ».

1491. La Convention de Londres du 7 juin 1968 a été le premier instrument de coopération administrative internationale dans le domaine de l'information sur le droit étranger. Elle n'a pourtant pas donné lieu à autant d'activité qu'espéré et elle a montré assez rapidement les limites de son utilisation.

1492. Notons à cet égard que certains accords passés entre juridictions dont nous ferons état ci-dessous l'ont été pour faciliter la preuve du droit étranger.

1493. L'article 95 de la Charte des Nations Unies dispose : « Aucune disposition de la présente Charte 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. »

1494. Cf. *supra*, notamment dans l'introduction générale.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

arbitraux participe au même phénomène avec un effet multiplicateur exponentiel puisque chaque tribunal arbitral constitue une juridiction indépendante, mais éphémère puisqu'elle existe seulement pour le temps du litige qu'il lui est demandé de juger. La fragmentation est aussi inhérente au fait que le juge national rend de multiples décisions de droit international et qu'il est le juge naturel du droit international ainsi que nous l'avons démontré précédemment [1495]. Pour tenter d'éviter cette fragmentation, les juges peuvent entrer en dialogue, soit de manière informelle, soit de manière plus organisée. Cet exercice dialogique n'est pas une garantie d'harmonie dans les solutions qui seront trouvées en pratique, mais cela peut permettre de réduire les incohérences.

694. L'expression « dialogue des juges » a fait flores et recouvre des réalités très diverses, si bien qu'il convient de préciser ce que nous entendons par là. Nous prenons comme point de départ le fait que les juges appelés à statuer sur des règles de droit international, ou simplement sur des situations internationales, ne doivent pas se considérer en concurrence les uns avec les autres, mais doivent coopérer entre eux afin de trouver la meilleure voie pour parvenir à une solution satisfaisante [1496]. Le but, clairement affiché par le concept, est l'harmonie internationale des solutions ainsi que la satisfaction des justiciables qui se retrouvent dans des situations d'autant plus complexes qu'elles sont éclatées sur plusieurs territoires entraînant l'implication de plusieurs ordres juridiques. A leur égard, il importe peu que les décisions des différentes juridictions « se répondent » les unes les autres car alors il est trop tard. Ce dont les justiciables ont besoin ce sont des décisions compatibles entre elles, harmonisées, qui ne les écartèlent pas entre des impératifs contradictoires qui installent un désordre international dont ils sont les premiers à pâtir.

695. L'une des méthodes souvent couverte par l'expression « dialogue » ou « interaction » est l'utilisation qu'une juridiction peut faire de la jurisprudence déjà rendue par d'autres juridictions. Ainsi, dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro,* la CIJ déclare qu'elle prendra toute la mesure des décisions prises par le TPIY sur des questions de fait et de droit liées à la situation dont la Cour est saisie, mais pas en ce qui concerne le droit international général. Il en va

1495. Cf. *supra* chapitre 4.

1496. La concurrence des droits et des systèmes, comme la concurrence des tribunaux nous a toujours semblé être un phénomène néfaste à la bonne gouvernance de la société internationale. Cf. C. Kessedjian, « Le droit entre concurrence et coopération », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon,* Dalloz, 2008, p. 119-132.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de même pour les décisions prises par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies [1497]. Dans l'affaire *Diallo* la Cour donne déférence aussi à la Charte africaine des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Commission africaine des droits de l'homme et du peuple. Mais, pour certains membres de la doctrine, la Cour n'est en aucun cas contrainte d'agir de cette manière-là car la Charte des Nations Unies a organisé une certaine primauté des décisions de la Cour par rapport aux autres juridictions internationales. Selon R. Kolb, cette primauté résulte de la combinaison des articles 92 et 103 de la Charte [1498]. En tout état de cause, ceci, pour nous, ne constitue pas un dialogue. Il s'agit simplement d'un emprunt de droit comparé, car le droit comparé n'est pas limité aux droits nationaux, comme il est compris souvent.

696. L'expression « dialogue des juges » est aussi appliquée aux relations qui existent entre la CJUE et les juridictions des Etats membres dans le cadre des questions préjudicielles par lesquelles une juridiction nationale demande à la Cour de l'éclairer sur l'interprétation du droit de l'UE [1499]. Il ne s'agit pas, pensons-nous, d'un véritable dialogue, au sens où nous l'entendons car, dans cet exercice, la CJUE est en position hiérarchique supérieure par rapport aux juridictions des Etats membres [1500]. Il y a donc fort peu de place pour un véritable dialogue avec la Cour, même si elle peut demander des éclaircissements à la juridiction qui pose la question préjudicielle. Et il n'y a aucun dialogue avec les

1497. Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), arrêt du 19 juin 1992.

1498. R. Kolb, *op. cit. supra* note 804, à la p. 1255.

1499. Rappelons que la CJUE a toujours refusé de recevoir des questions préjudicielles de la part des arbitres, sauf dans les cas relativement limités dans lesquels les tribunaux arbitraux font partie du système judiciaire des Etats membres, comme les tribunaux arbitraux en matière fiscale au Portugal. Dans son avis 1/17 du 30 avril 2019 à propos de l'accord économique et commercial global entre le Canada d'une part et l'UE et ses Etats membres de l'autre, la Cour approuve les dispositions concernant la création d'une cour d'arbitrage permanente alors qu'elle avait critiqué les processus d'arbitrage dans les litiges d'investissement intra-européen dans l'arrêt *Achmea*, C-284/16, 6 mars 2018. Sur la question des questions préjudicielles que peuvent ou non poser les arbitres à la CJUE, voir notamment C. Kessedjian et L. Vanhonnaeker, *op. cit. supra* note 793. Le gouvernement britannique a aussi envisagé de retenir la possibilité pour la CJUE de répondre à des questions préjudicielles sur le droit de l'Union après le Brexit en cas de désaccord entre le Royaume-Uni et l'UE. Ces questions seraient alors posées par la Commission conjointe arbitrale qui serait formée en vertu de l'accord de sortie de l'UE (version antérieure à la démission de T. May). Cette solution était envisagée par le *White Paper on the Furture Relationship between the UK and the EU*, juillet 2018.

1500. Cette position hiérarchique s'est encore renforcée avec la décision C-416/17 du 4 octobre 2018 par laquelle la Cour condamne la France en manquement, notamment en raison de l'absence de renvoi préjudiciel dont s'est « rendu coupable » le Conseil d'Etat. Cette décision est une première dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

autres juridictions des Etats membres qui seront amenées à appliquer la décision de la Cour puisque celles-ci sont rendues « pour droit » et qu'elles n'auront en rien participé à la question préjudicielle. Certes, on peut penser que puisque tous les Etats membres ont la possibilité et le pouvoir d'intervenir dans ces procédures, ces Etats auront à cœur de répercuter dans leurs mémoires en intervention les préoccupations des juridictions de leur pays et de leur système juridique. Si cela se fait effectivement dans certains Etats membres, le processus est opaque et laissé au libre vouloir de l'Etat.

697. De la même manière, il ne peut être question de dialogue des juges lorsqu'une juridiction internationale ou une juridiction nationale est chargée de statuer sur un recours formulé à l'encontre d'une sentence arbitrale. Une telle hypothèse a été discutée à la fois pour la CPJI et la CIJ [1501]. L'article 87.1 du Statut prévoit la possibilité que la Cour soit saisie d'une question ayant déjà donné lieu à une « procédure devant un autre organe international », termes très généraux qui peuvent englober à la fois une institution juridictionnelle ou un organe quasi juridictionnel. Dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue en 1906 par le Roi d'Espagne *(Honduras c. Nicaragua)*, la Cour a limité très sensiblement l'étendue de sa compétence, refusant le rôle de cour d'appel sur cet arbitrage [1502], position confirmée par la décision prise dans l'affaire concernant la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 *(Guinée-Bissau c. Sénégal)* [1503]. Il en va de même pour les juridictions nationales appelées à statuer sur un recours formé à l'encontre d'une sentence arbitrale, qu'elle ait été rendue dans le même pays que la juridiction appelée à statuer ou dans un pays étranger. Tous les pays qui sont parties à la Convention de New York de 1958 sont extrêmement prudents sur l'étendue de ce contrôle, d'autant qu'en aucune manière il ne peut concerner le fond de l'affaire. Seul un nombre limité de motifs peut être examiné qui peut encore être réduit par l'Etat en question grâce à l'article VII de la Convention puisque celui-ci autorise les Etats parties à être plus favorables à l'arbitrage que ne l'est la Convention. Mais quelle que soit l'attitude des Etats à cet égard, le juge national chargé d'un tel recours n'entre pas en dialogue avec le tribunal arbitral qui a rendu la sentence.

1501. Cf. G. Gaja, « Relationship of the ICJ with Other International Courts and Tribunals », dans Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court of Justice*, 2012, 2e édition, p. 571, aux p. 580-582.

1502. Rapport 1960, p. 192-214.

1503. CIJ, arrêt du 12 novembre 1991.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

698. Pour nous, le dialogue des juges prend plusieurs formes possibles, en vue d'un objectif primordial : une meilleure adéquation de l'art de juger aux besoins de la société internationale et une meilleure cohérence dans la construction du droit international. Un premier dialogue est celui qui réunit des juges de différentes juridictions qui discutent entre eux sur les matières qu'ils sont appelés à traiter, sur leur perception de certaines questions juridiques difficiles. Il a lieu généralement sous forme de « résidences » comme l'ont fait en leur temps Robert Badinter et Stephen Breyer ou comme l'a organisé la Conférence de La Haye de droit international privé avec le séminaire de De Ruwenberg [1504]. Ces dialogues peuvent permettre d'échanger de bonnes pratiques et nourrir la réflexion des juges dans leur travail quotidien. Il favorise une discussion ouverte, riche, parfois discordante, propre à contribuer à une meilleure préparation des juges.

699. Une autre forme de dialogue est celle utilisée par les juges de la famille et ceux de l'insolvabilité. Plus organisée, en anglais on parle de *court-to-court communication*, les juges dialoguent dans des cas concrets pour parvenir soit à une décision commune, soit à deux décisions identiques ou similaires, le but étant l'harmonie des solutions [1505]. A notre avis, ce dialogue dans des cas concrets ne se fait pas *ultra vires*, contrairement à ce qu'affirme un auteur [1506] car, s'il l'était, il serait totalement inacceptable pour le justiciable et ne pourrait conforter la légitimité du juge, notamment dans la sphère internationale, objectif que nous attribuons aussi au dialogue des juges.

700. Les premiers à être entrés en dialogue transnational sont les juges nationaux [1507]. La mondialisation des activités humaines, le fait que plusieurs juges nationaux sont simultanément confrontés à des contentieux similaires voire identiques dans lesquels les mêmes questions leur sont posées, les a incité à rompre l'isolement dans lequel ils doivent prendre leurs décisions. Les rencontres entre juges se sont multipliées au point que l'on s'est demandé s'il ne conviendrait pas de formaliser quelque peu ces communications judiciaires à travers les

1504. Cf. *infra*, par. 719 ss. Le réseau et les processus de dialogue et coopération qui en sont résulté ont été complété par le « processus de Malte » entamé en 2004. Cf. https ://www.hcch.net/fr/news-archive/details/ ?varevent=349 (visité pour la dernière fois le 3 mai 2019).

1505. Cf. *infra*, par. 736 ss.

1506. L. Burgorgue-Larsen, *op. cit. supra* note 1485, à la p. 778.

1507. Faisant partie des travaux de doctrine pionniers en cette matière, voir A.-M. Slaughter, « A typology of transjudicial communication », 29 *University of Richmond L. Rev.*, 99-137 (1994).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

frontières. Pour le moment cette formalisation n'a pas donné jour à des pratiques certaines, laissant ainsi chaque juridiction maître de ses relations internationales et des dialogues qu'elle souhaite instituer avec ses homologues à l'étranger.

701. Les juges internationaux ou les juges qui statuent sur des situations internationales sont également en dialogue. Cette forme de dialogue est différente selon que l'on se situe entre égaux ou entre juges qui devraient être égaux mais sont en réalité dans une position hiérarchique l'un envers l'autre. Normalement, dans la sphère internationale, il n'y a pas de hiérarchie entre les juges. Dans la sphère de l'ordre juridique européen, alors même que le juge national est le juge de droit commun du droit européen, la CJUE est, *de facto*, la Cour suprême, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle du droit européen. C'est elle qui, aux dires de ses différents présidents, a le dernier mot sur l'interprétation du droit européen. Si bien que le supposé dialogue des juges dans la sphère européenne, n'est pas un véritable dialogue mais une conversation de maître à élève. C'est pourquoi, l'on doit séparer trois types de dialogues : le dialogue des juges internationaux ; le dialogue des juges nationaux appelés à statuer sur le même type de questions ; le non-dialogue des juges dans l'ordre européen.

702. Toutefois, l'exposé nous paraît devoir être facilité si l'on regarde aussi les questions concrètes à propos desquelles le dialogue des juges pourrait être fructueux. C'est pourquoi nous commencerons par étudier le dialogue des juges pour établir leur compétence (A). Nous étudierons ensuite le dialogue entre ordres juridiques, c'est-à-dire sur la substance du droit (B). Puis nous verrons comment les juges nationaux dialoguent à propos d'affaires internationales spécifiques (C) et comment le dialogue s'établit entre juges nationaux et juges internationaux (D). Nous terminerons ce chapitre avec quelques considérations sur les modalités de ces dialogues (E).

A. Le dialogue appliqué à la compétence juridictionnelle

703. Comme nous l'avons dit au chapitre 9, les chefs de compétence ouverts en matière de contentieux international engendrent très facilement des hypothèses dans lesquelles plusieurs juges sont compétents en même temps. Or, nous l'avons aussi constaté, les règles de litispendance ou de *forum non conveniens* ne fonctionnent pas de

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

manière satisfaisante [1508]. Si bien que nous pensons qu'un dialogue des juges serait la meilleure technique pour qu'une décision conjointe soit prise afin que les juges compétents décident ensemble lequel d'entre eux est le juge le plus adéquat. A défaut, et si plusieurs chefs de compétence sont d'égale valeur, comment vont-ils coordonner leur travail afin qu'une administration de la justice ordonnée puisse être organisée à travers les frontières ?

704. Pour le moment, ce dialogue que nous appelons de nos vœux n'existe pas. Pourtant, il est possible sans que les parties en pâtissent bien au contraire. Les parties doivent être informées pleinement du dialogue qui s'établirait entre les juges afin que le principe de la contradiction soit préservé.

705. Prenons l'exemple de la proposition qui a été faite par l'ILA dans sa résolution 2/2012 [1509], à l'article 4 intitulé « Transnational Judicial Cooperation ». Avant d'analyser cette proposition, il convient de préciser que l'ILA avait déjà proposé des normes sur la coopération transfrontière entre juges dans la résolution de Rio de 2008 sur les actions de groupe [1510] et, dans une moindre mesure, dans ses résolutions d'Helsinki (mesures provisoires) [1511] et Londres *(forum non conveniens)* [1512]. La plus aboutie des propositions est sans conteste celle de la résolution 2/2012 que nous analysons maintenant. De plus, ce texte n'est pas limité aux questions de compétence, mais s'étend également aux questions de preuve et plus généralement à toutes les

1508. Un auteur a eu beau considérer qu'une décision de *forum non conveniens* conditionnée est un accord entre juges, il n'en demeure pas moins qu'une telle décision prise unilatéralement est au mieux un diktat d'un juge vis-à-vis de son collègue étranger. Voir J. L. Westbrooke, « International Judicial Negotiation », 39 *Tex. Int'l L. J.* 567 (2003). Il existe des transferts de compétence organisés par des Conventions de La Haye (enlèvement des enfants et protection des adultes), mais là encore ces transferts sont opérés unilatéralement sans qu'un dialogue préalable entre juges soit organisé ni même suggéré.

1509. *International Civil Litigation and the Interests of the Public – Sofia Guidelines on best practices for International Civil Litigation for Human Rights violations*, adoptée par l'*International Law Association,* 75e conférence, Sofia, Bulgarie, août 2012.

1510. *Paris-Rio Guidelines of Best Practices For Transnational Group Actions*, adoptée par l'*International Law Association*, 73e conférence, Rio de Janeiro, Brésil, 17-21 août 2008, article 8.

1511. *Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation,* adoptée par l'*International Law Association*, 67e conférence, Helsinki, Finlande, 12-17 août 1996, article 15.

1512. *Leuven/London Principles on Declining and Referring Jurisdiction in Civil and Commercial Matters,* adoptée par l'*International Law Association,* 69e conférence, Londres, 25-29 juillet 2000. La résolution de Londres dans son ensemble est inspirée d'un esprit de coopération, même si aucune disposition en particulier n'insiste sur cet aspect.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

questions posées par ce contentieux civil pour les violations des droits de l'homme (art. 4.5) [1513].

706. L'article 4 débute par ce qui doit être considéré comme une injonction, ou tout au moins une forte recommandation, à destination des juges : « The courts of States using these Guidelines shall cooperate with one another. » Les rédacteurs de ce texte ne laissent pas vraiment le choix aux juges. Cela se comprend à la fois par l'avancée des idées à l'époque où ce texte est adopté, mais aussi par la matière concernée qui demande une attention redoublée de la part du juge puisqu'il s'agit de violation des droits de l'homme par des entreprises. Nous sommes en 2012, à une époque où le contentieux international a déjà fait l'expérience de coopérations transfrontières entre juges dans le domaine familial, notamment en matière d'enlèvement d'enfants [1514], et dans le domaine de l'insolvabilité [1515]. La seconde raison est encore plus respectable : nous sommes en matière de violation des droits de l'homme et, qui plus est, de violations graves, dont les auteurs sont des entreprises. La résolution porte donc sur les recours civils des victimes contre les entreprises qui se rendent coupables de violation de leurs droits fondamentaux. On entend par là à la fois les droits fondamentaux au sens strict, mais aussi des droits fondamentaux de la troisième génération, à savoir les droits fondamentaux des salariés et la protection de l'environnement, y compris le droit à l'eau et à un environnement sain. Or, l'une des faiblesses du système actuel est justement la difficulté pour les victimes de trouver un for approprié pour que leurs demandes soient entendues [1516]. Certes, plusieurs possibilités s'offrent à elles, mais aucune n'est pleinement satisfaisante et les entreprises ont les moyens en ressources humaines et financières de faire traîner les procédures, notamment. C'est pourquoi, dans ce domaine tout particulièrement, la coopération transfrontière entre juges est plus que nécessaire [1517].

1513. C'est donc par commodité que nous en traitons dans cette section consacrée au dialogue pour les questions de compétence juridictionnelle. Nos développements dans la présente section sont également pertinents pour les autres sections du présent chapitre.

1514. C'est le travail effectué au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé.

1515. Voir les références indiquées dans C. Kessedjian, *Droit du commerce international,* PUF, Thémis, 2013, p. 141.

1516. Pour une démonstration de ce point, du point de vue du contentieux aux Etats-Unis, voir M. Steinitz, *op. cit. supra* note 100.

1517. C'est aussi la raison pour laquelle le Professeur M. Steinitz a proposé de créer une cour civile internationale, cf. *op. cit. supra* note 100.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

707. Une fois cette injonction posée, la résolution ILA 2/2012 propose :

> « A court may communicate with a court or authority of another country in connection with matters relating to such proceedings with a view to coordinating the proceedings to avoid duplication and costs and enhance efficiency in the administration of justice. A Court may appoint a special judge to carry forward the coordination. »

La règle prend pour hypothèse, de manière implicite, que plusieurs juges sont compétents pour statuer sur le litige et qu'ils ont été saisis du même litige ou d'un litige connexe. Il leur est donc demandé de se parler pour coordonner leurs procédures. Le texte ne leur dit pas quelle est la solution procédurale qu'ils doivent adopter. Il est possible que la meilleure solution soit que l'un des juges se désiste au profit de l'autre. Mais il est aussi possible que la meilleure solution soit autre. Par exemple, les deux juges pourraient demeurer saisis, chacun statuant sur une portion différente du litige (en fonction, par exemple, de la localisation des groupes de victimes). Ils pourraient alors entendre des témoignages ensemble. Cela peut se faire par vidéoconférence (art. 4.7) ; ou bien le juge rapporteur d'un tribunal peut être présent dans l'autre procédure. Ils pourraient juger la responsabilité ensemble et délibérer séparément pour le montant des dommages et intérêts. Ils pourraient statuer ensemble sur les mesures de protection à prendre. Toutes les solutions sont ouvertes à condition qu'elles respectent les conditions posées par le texte : (1) la bonne administration de la justice ; (2) l'efficacité du processus en évitant les duplications de procédure ; (3) la réduction des coûts. Ces trois critères doivent s'entendre comme une aide à l'analyse des juges et non pas un carcan inflexible. Une large marge d'appréciation est donnée au juge dans le cadre énoncé, formulé de manière suffisamment abstraite pour pouvoir s'adapter aux besoins spécifiques de la cause. Cet encadrement abstrait et flexible fait confiance au juge pour en faire une application la plus pertinente possible au cas de l'espèce. La confiance dans l'office du juge forme la philosophie sous-jacente au système dans son ensemble.

708. La règle de l'article 4.3 est centrale pour l'acceptation par les parties du processus de coopération inter-juges. En effet, cette disposition prévoit que les parties ne peuvent subir un quelconque préjudice du fait de la mise en place de la coopération. Le principe de la contradiction *(due process)* doit être préservé à tout moment. Il

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

est seulement possible de l'adapter en cas d'urgence. Il est possible en effet que des mesures urgentes doivent être prises pour préserver les droits des victimes si bien que l'on peut admettre une entorse provisoire et réversible au principe de la contradiction dans ce cas. Préserver le principe de la contradiction veut dire que les juges doivent informer les parties non seulement qu'ils vont utiliser les lignes directrices de l'ILA, mais aussi les tenir informés de chaque étape qu'ils ont l'intention d'entreprendre pour établir ce dialogue (art. 4.4.). La préservation du principe de la contradiction implique aussi que les conseils des parties doivent pouvoir participer aux communications établies entre les juges (art. 4.6) ou en tout cas être tenus dûment informés de manière à leur permettre de répondre si besoin est. A cette fin, il est prévu qu'un rapport *(transcript)* doit être établi de toute communication effectuée par les juges et qu'il doit être transmis à toutes les parties intéressées. Lorsque les parties participent dans le processus de coopération, toute soumission effectuée par elles est considérée comme ayant été faite dans chacune des procédures pendantes, sauf si les juges en ont décidé autrement auparavant ou que la partie indique clairement que sa soumission n'est faite qu'à l'intention de l'un des juges (art. 4.7).

709. Enfin, la résolution 2/2012 incite les juges à coordonner entre eux le prononcé de leurs décisions. Cela peut être fait, par exemple, le même jour, à la même heure. Mais, surtout, ils doivent s'assurer que les décisions qu'ils rendent sont compatibles les unes avec les autres. (*do not conflict with one another*, art. 4.8). Cette disposition est fondamentale pour donner un vrai recours aux parties, d'autant plus que si les décisions sont contradictoires ou incompatibles, elles ne pourront pas être reconnues ni exécutées à l'étranger, au moins dans le pays qui aura rendu l'autre décision en conflit. La coordination à ce stade ultime de la procédure est donc la dernière étape obligatoire du processus de coopération, sans laquelle la coopération aura été vaine.

710. Pour le lecteur, cette coopération peut sembler compliquée. En réalité, elle ne l'est pas particulièrement dans le monde du XXI^{e} siècle où les moyens techniques permettent de mettre en communication, y compris audiovisuelle, des personnes situées dans des coins reculés de la planète, à moindre coût. Le seul véritable obstacle est le décalage horaire. Si l'un des juges se trouve en Australie, l'autre en Europe et le troisième aux Etats-Unis, il faudra que l'un d'entre eux se lève tôt, que l'autre se couche tard pendant que le troisième renonce à son déjeuner. Mais c'est un bien petit sacrifice pour les avantages immenses que

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les parties au procès pourront en tirer. La justice en sortira également gagnante.

B. Le dialogue à propos des injonctions des ordres juridiques

711. L'affaire *Lockerbie* (1992-1998) ayant opposé la Libye et les Etats-Unis d'Amérique à propos de l'incident aérien concernant un avion de la Pan Am, détruit en vol au-dessus de cette localité écossaise en 1988, permet de donner l'exemple d'un éventuel dialogue qui aurait pu s'instaurer entre le Conseil de sécurité et la Cour, cette dernière ayant eu la volonté de coopérer avec le Conseil tout en appelant de ses vœux des égards mutuels entre les deux institutions afin d'éviter qu'elles rendent des décisions exécutoires en contradiction les unes avec les autres [1518]. Une partie des arguments des Etats-Unis, dans cette affaire, reposait sur le fait que la Cour ne serait plus compétente ou que la requête ne serait pas recevable, dès lors que le Conseil de sécurité avait été saisi et avait adopté les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) en vertu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies. Pour répondre à cet argument, la Cour utilise un argument *ratione temporis* : les résolutions du Conseil de sécurité ont été adoptées après le dépôt de la requête à la Cour, si bien que la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête devant s'apprécier au moment du dépôt de la requête, les résolutions du Conseil de sécurité ne sauraient en rien modifier les éléments de sa compétence ou de la recevabilité. Quant à la résolution 731 (1992) adoptée par le Conseil de sécurité, la Cour estime qu'elle n'a aucune incidence sur sa décision dans la mesure où elle ne contient qu'une recommandation sans effet contraignant. La Cour ne répond pas vraiment à l'argument présenté par les Etats-Unis selon lequel « … la Libye se serait efforcée, en saisissant la Cour, de « défaire les décisions du Conseil » alors que celles-ci avaient rendu sans objet la demande formulée par la Libye. En revanche, si elle reconnaît que des évènements postérieurs à l'introduction d'une requête peuvent priver la requête de son objet [1519], elle estime ici que l'exception de non-lieu soutenue par les Etats-Unis priverait la Libye d'une appréciation sur le fond des droits revendiqués alors même que ces droits n'ont pas été

1518. *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt du 27 février 1998. R. Kolb, *op. cit. supra* note 804, dit p. 1253 que cela n'a pas été vraiment le cas du côté du Conseil.

1519. Arrêt du 27 février 1998, p.131 et la jurisprudence antérieure citée.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

étudiés par le Conseil. On le constate, si l'éventuelle coopération entre le Conseil et la Cour est effectivement au cœur de l'affaire *Lockerbie*, à aucun moment la Cour ne s'empare de cette question. Elle ne traite des exceptions présentées par l'Etat défendeur que du point de vue des règles de compétence et de procédure au sens strict. Elle évite ainsi une question de politique interne à l'institution des Nations Unies et de répartition des rôles entre elle-même et le Conseil et de l'éventuelle coordination entre les deux organes de l'organisation. Elle marque, de plus, son indépendance, en affirmant implicitement qu'il lui appartient d'avoir le dernier mot, quelle que soit la position du Conseil.

712. Un autre dialogue, probablement avorté, entre le Conseil de sécurité et, cette fois, la CPI [1520], aurait pu s'instaurer à propos de l'affaire *Omar El Bechir*, seul accusé poursuivi pour crime de génocide devant la Cour. Le Conseil de sécurité par une résolution prise à l'unanimité [1521], a demandé à la Cour d'ouvrir une enquête en déférant au Procureur la situation au Darfour depuis le 1er juillet 2002. La même résolution demande la coopération du gouvernement soudanais ainsi que des autres Etats intéressés. Depuis, la Cour a eu à se prononcer sur deux saisines contre l'Afrique du Sud d'une part et la Jordanie d'autre part, deux Etats qui ont soulevé des questions d'immunité susceptibles d'empêcher les poursuites en raison des agissements de ce chef d'Etat alors encore en exercice. L'affaire a rebondi depuis cette résolution, en raison de l'arrestation au Soudan de Omar El Bechir qui, pour le moment, n'a pas encore été transféré à La Haye, l'unanimité au sein du Conseil de sécurité ayant cédé devant les intérêts politico-stratégiques d'au moins un des membres permanents du Conseil.

713. Le *Brandeis Institute for International Judges*, au sein du *International Center for Ethics, Justice and Public Life* de la Brandeis University, en collaboration avec *Pluri-Courts* d'Oslo, a, depuis une quinzaine d'années [1522], organisé périodiquement un forum pour les membres des tribunaux internationaux ainsi que pour des juges de tribunaux nationaux chargés de litiges internationaux, leur permettant de dialoguer entre eux sur des thèmes d'intérêt commun. Les délibérations sont confidentielles, en ce sens qu'elles suivent ce

1520. Une certaine forme de dialogue entre la CPI et le Conseil de sécurité a été organisé par l'article 16 du Statut de Rome par lequel la Cour ne peut procéder si le Conseil agit en vertu du chapitre VII de la Charte. Ce texte a été à l'œuvre concernant l'Uganda.

1521. Résolution 1593 (2005).

1522. La première réunion a eu lieu en 2002. Cf. https://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/biij/index.html.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qui est convenu d'appeler les *Chatham House Rules (no citation, no attribution)*, permettant ainsi aux participants de parler librement et au public qui lit les rapports de connaître quand même *a minima* ce qui a été discuté. Ainsi, les thèmes abordés durant ces réunions sont divers : défis à l'autorité des cours internationales ; les acteurs locaux au service de la justice mondiale ; l'Etat de droit *(rule of law)* à l'ère des droits de l'homme ; coordination et coopération de la justice mondiale ; vers un Etat de droit international *(an International Rule of Law)*. Ce que l'on ne sait pas, cependant, c'est l'influence que ces délibérations ont eue sur le travail des juges et de l'institution à laquelle ils appartiennent.

714. Comme nous l'avons montré dans l'introduction de ce cours, l'espace OHADA connaît plusieurs juridictions qui, compte tenu de leur espace géographique et matériel, peuvent faire naître des affrontements. L'OHADA englobe l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique centrale, elle rassemble donc tous les Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC. Du point de vue substantiel, les trois organisations ont pour objectif l'intégration économique de leur espace géographique par l'établissement d'un marché commun plus ou moins avancé. En outre, l'élargissement des champs matériels de compétence de l'OHADA, notamment à des domaines qui avaient déjà fait l'objet de normes dans les sous-régions UEMOA et CEMAC, a renforcé les conflits de normes potentiels. H. Tchantchou [1523] propose un dialogue institutionnel entre les juges afin de forger une véritable « conscience communautaire » [1524] qui lui apparaît comme un impératif dans la construction de cette « communauté de destin juridique » [1525], fût-elle limitée au droit des affaires. En réalité, les juridictions nationales des Etats membres de l'OHADA bénéficient d'un recours consultatif, très similaire au recours préjudiciel organisé entre les juridictions des Etats membres de l'UE et la Cour de Luxembourg [1526]. Mais l'auteur va un pas plus loin et prône un dialogue plus général entre les juges de l'espace OHADA [1527]. Pour lui, la CCJA doit être considérée comme une cour suprême interne délocalisée, si bien qu'elle est hiérarchiquement supérieure dans l'ordre interne des trois espaces [1528]. Mais, pour H. Tchantchou,

1523. H. Tchantchou, *op. cit. supra* note 86.
1524. C'est l'expression qu'emploie Maurice Kamto dans la préface qu'il signe au livre de H. Tchantchou, *op. cit. supra* note 86, p. 7
1525. *Ibidem.*
1526. Article 14 par. 2 du Traité OHADA.
1527. Tchantchou, *op. cit. supra*, note 86, p. 73 ss. Mais on peut douter que l'exemple qu'il donne soit une application concrète du dialogue qu'il prône.
1528. Tchantchou, *op. cit. supra*, note 86, p. 102.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la CCJA est aussi une cour internationale qui se place au même niveau que les cours de l'UEMOA et la CEMAC [1529]. En conséquence, aucune des trois juridictions ne peut saisir l'autre par un renvoi préjudiciel. De surcroît, plutôt que d'instaurer un dialogue entre elles, les trois cours ont plutôt opéré par voie d'autolimitation de leur compétence. Ainsi la Cour de l'UEMOA a considéré qu'elle n'avait pas le droit d'interpréter les actes uniformes OHADA car cela porterait atteinte à l'exclusivité conférée à la CCJA [1530]. La même autolimitation a été montrée par la CCJA qui, par ordonnance 01/2005, a refusé de se déclarer compétente pour interpréter des normes UEMOA [1531].

715. Un réseau de juges comme celui organisé par la Conférence de La Haye de droit international privé, dont il sera question ci-après, utilise le système de communication directe propre à ce réseau pour que le juge puisse prendre connaissance des éléments de droit étranger dont il a besoin [1532]. Le réseau est aussi utile pour décider des mesures provisoires qui peuvent être nécessaires dans un cas particulier, notamment lorsqu'il y a urgence. Mais surtout, il est remarquable que ce réseau ait été créé pour l'application d'une convention internationale, point commun entre tous les juges appartenant au réseau, mais qui, comme toute convention internationale, a besoin du système juridique de chaque Etat partie pour lui donner une application concrète. Nous avons soutenu par ailleurs, que le dialogue des juges n'avait pas besoin d'un socle commun de normes [1533], mais il est certain qu'il est grandement facilité lorsque les juges en dialogue possèdent en commun la même base juridique sur laquelle s'appuie leur décision.

716. Toutefois, les juges appartenant à deux ordres juridiques régionaux séparés peuvent aussi dialoguer pour statuer sur des affaires qui les concernent, chacun d'entre eux dans la perspective d'une harmonie internationale des solutions. C'est ce que font parfois les juges de la CJUE et ceux de la CEDH pour les « deux Europes » que constituent l'UE d'un côté et l'Europe du Conseil de l'Europe [1534] de l'autre. Comme le rappellent opportunément J.-Cl. Bonichot et

1529. *Ibidem*.
1530. *Idem*, p. 103.
1531. Citée par Tchantchou, *op. cit. supra*, note 86, p. 108.
1532. Cf. annexe 1, ci-dessous, point 11.
1533. C. Kessedjian, « L'avenir de la coopération judiciaire transfrontière », dans S. Menétrey et B. Hess (dir. publ.), *op. cit. supra*, note 1488, reproduit dans *Le droit international collaboratif,* à la p. 109.
1534. Ce que F. Mitterrand avait appelé « la grande maison Europe » ou Grobatchev « la maison commune européenne ».

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

A. Nussberger [1535], chacune des deux juridictions protège les droits de l'homme selon des normes très semblables, voire parfois identiques, mais doivent en faire application dans le contexte de leur ordre juridique propre qui demandent des adaptations spécifiques et des accommodements particuliers. Le dialogue entre eux permet de comprendre ce qui est irréductible à une position commune [1536]. D'une certaine manière, ce dialogue a échoué lorsque la CJUE a décidé que l'adhésion de l'UE à la CEDH était incompatible avec la compétence exclusive qu'elle estime avoir sur l'ordre juridique européen [1537]. Surtout, la Cour de Luxembourg ne voulait pas qu'en devenant partie à la CEDH, l'UE puisse ainsi ouvrir la voie à des recours devant la Cour de Strasbourg à l'encontre de ses décisions et des normes juridiques de l'UE, la fameuse « présomption Bosphorus » [1538] n'étant pas jugée suffisante pour calmer les inquiétudes de la CJUE [1539]. Toutefois, la jurisprudence ultérieure de la CJUE montre qu'elle est parfaitement disposée à utiliser des critères approchants, voire identiques à ceux que pourrait utiliser la CourEDH quand elle analyse la compatibilité de l'application du droit de l'UE avec les exigences des droits fondamentaux [1540].

C. Les réseaux de juges nationaux

717. De très nombreuses juridictions nationales entrent dans des réseaux internationaux préexistants ou créent leurs propres réseaux dont les buts sont multiples. La Cour de cassation française a, de

1535. J.-Cl. Bonichot et A. Nussberger, « Dialogue entre juges européens », dans B. Bonnet (dir. publ.), *op. cit. supra*, note 1485, p. 1269-1283.

1536. Mais voir Ch. Kohler, « Protecting Fundamental Rights in the European Union : Competing Approaches by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union », Colloque trinational France, Allemagne, Ile Maurice, 14-17 mars 2018.

1537. Avis 2/13, du 18 décembre 2014.

1538. Dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turism c. Irlande*, la CourEDH a décidé qu'il existait une présomption de compatibilité avec la Convention européenne de protection des droits de l'hommes des règles et actions des Etats membres d'une organisation internationale qui avaient agi en conformité avec les injonctions de cet ordre juridique particulier.

1539. Ch. Kohler, *op. cit. supra* note 1536, insiste sur le paradoxe auquel l'avis 2/13 de la CJUE aboutit et donne en exemple l'affaire *Avotins c. Latvia* avec les décisions CourEDH de chambre du 25 février 2014 et de la grande chambre du 26 mai 2016 examinant à nouveau si la Cour suprême de Latvie avait eu raison de permettre l'exécution d'un jugement de Chypre en vertu du droit de l'UE.

1540. Voir la jurisprudence citée par Ch. Kohler, *op. cit. supra* note 1536. L. Burgorgue-Larsen, au colloque de l'AIDC à Fukuoka en août 2018, a parlé d'un dialogue CJUE et CourEDH sur les réfugiés, affaire *ND et DT c. Espagne*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

longue date, noué des relations avec ses homologues étrangers. La Cour a, notamment, conclu des conventions de coopération avec la Cour suprême populaire de Chine et avec la Cour de cassation de la République de Tunisie. Le but de telles conventions est l'échange de points de vue sur des thèmes d'intérêt commun et qui dépassent les frontières nationales, telles la lutte contre le terrorisme ou les questions liées au droit de l'environnement [1541].

718. L'inspiration tirée du droit étranger (ce que l'on appelle généralement, à tort, le droit comparé) et son utilisation dans la jurisprudence constituent pour certains un « dialogue des juges » dont nous avons dit qu'il n'entre pas dans notre conception du phénomène. Toutefois, il n'est pas inutile de rappeler que si un tribunal national est confronté à une requête d'une partie pour introduire une institution qui n'existe pas *stricto sensu* dans son droit national, il pourra regarder ce que dictent l'un ou l'autre des droits étrangers qui connaissent cette institution et s'en inspirer. Généralement, cet exercice est mené unilatéralement sans que le juge étranger soit interrogé et sans qu'un véritable dialogue ne s'instaure. Ainsi, quand la Cour de cassation française adopte le principe de l'*estoppel* [1542], elle mène ses recherches par elle-même, sans (au moins officiellement) se faire aider par son homologue étranger pour qui la notion est connue. La Cour ne se contente pas de copier une institution étrangère, mais en précise les contours de manière à l'adapter aux besoins du système juridique français. Au-delà de cette approche unilatérale, certains chefs de juridiction adoptent des accords pour que les juges appartenant à ces juridictions puissent s'informer mutuellement des spécificités de leur ordre juridique dans une affaire en particulier, évitant ainsi les généralités qui ne servent pas à grand-chose, écueil habituel du droit comparé tel qu'on l'enseigne dans les facultés ou les écoles de droit. Ainsi le *Chief Justice* de l'Etat de New York et le *Chief Justice* de New South Wales en Australie ont signé un accord le 20 décembre 2010, suivant en cela l'exemple de l'accord signé entre le *Chief Justice* de Singapour et celui de New South Wales [1543].

1541. Plus d'information peut être trouvée dans les rapports annuels de la Cour de cassation.

1542. Civ. 1, 6 juillet 2005, n° 01-15912.

1543. Il ne semble pas que ces accords aient été mis en application dans des cas concrets, au moins dans les premières années suivant leur conclusion. D'après le *Chief Justice* J. J. Spigelman qui était en poste à l'époque, ces accords sont avant tout signés pour faciliter la preuve du droit étranger. Cf. J.J. Spigelman, « Proof of foreign law by reference to the foreign court », *Law Quarterly Review,* 2011, p. 208.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

719. Ces réseaux sont parfois suscités par une organisation intergouvernementale lorsque la mise en œuvre des normes qui sont adoptées sous son égide nécessitent une intervention du juge national, mais peut donner lieu à des instances se déroulant concomitamment dans deux pays différents et nécessitant donc une coopération entre ces juges. C'est cette idée qui a été à l'origine de ce qui est désormais connu sous l'appellation « Séminaire judiciaire de De Ruwenberg sur la protection internationale des enfants de 1998 » du nom du petit village du Sud des Pays-Bas dans lequel le séminaire s'est tenu. A l'issue de ce séminaire, un résumé des principales conclusions a été adopté, que nous reproduisons en annexe 1 de ce chapitre et qui montre que loin de s'inquiéter du dialogue transfrontière des juges, les participants l'appelaient de leurs vœux. Certes, les conclusions montrent que l'on restait, à cette époque, à un niveau de généralité qui ne posait pas de difficulté. Mais le séminaire a permis de donner corps à un réseau actif de juges, désormais appelé « Le réseau international des juges de La Haye (RIJH) » ou en anglais *The International Hague Network of Judges* (IHNJ), dont les membres mettent en œuvre un dialogue actif, y compris dans des affaires concrètes ainsi qu'il sera dit ci-dessous. En 2018, le réseau compte 133 juges de 84 pays. Il s'agit bien d'établir, grâce à ce réseau, des communications directes entre les juges [1544]. C'est d'ailleurs pourquoi, il est recommandé aux Etats de désigner des juges en activité et qui sont compétents dans le domaine de la famille afin qu'ils fassent partie du réseau.

720. Pourtant, pour le moment, c'est plutôt l'absence de dialogue qui est à déplorer, comme le montre l'affaire *Monster Cable* [1545] qui a été soumise à la fois aux juges californiens et aux juges français. Dans cette affaire, un distributeur français d'une société californienne avait accepté que le contrat soit soumis à une clause d'élection de for au profit des juridictions californiennes. Or, en France, une règle impérative [1546] exige qu'en fin de contrat, le distributeur perçoive une indemnité, ce que ne prévoit pas le droit californien. Se doutant qu'il n'obtiendrait pas gain de cause devant les juridictions de Californie, le distributeur agit en France et plaide l'illicéité de la clause d'élection de for au motif

1544. Cf. point 2 des conclusions, *infra*, en annexe 1. Pour une explication détaillée des activités de la Conférence de La Haye de droit international privé dans ce domaine, cf. Ph. Lortie, « Les lignes de conduite émergentes et les Principes généraux de la Conférence de La Haye relatifs aux communications judiciaires directes », dans S. Menétrey et B. Hess, *op. cit. supra* note 1488, à la p. 287.

1545. En France, Civ. 1, 22 octobre 2008, n° 07-15823.

1546. Article L.442-6 du Code de commerce.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qu'elle empêcherait l'application d'une loi de police française. La Cour de cassation, voulant probablement montrer sa grande tolérance vis-à-vis du commerce international, décide que la clause est licite et que l'applicabilité d'une loi de police française ne peut pas, à elle-seule, justifier la compétence des tribunaux français au mépris d'une clause d'élection de for au profit d'un juge étranger, autrement parfaitement valable. Cette décision n'aurait pas appelé la critique si la Cour s'était, en même temps (ou encore mieux auparavant), assurée que le juge de Californie avait compris l'impérativité du droit français applicable et accepté d'en faire application dans cette affaire. Le dialogue ainsi instauré par le juge français aurait permis de rendre compatible les exigences du droit français avec celles de l'autonomie de la volonté et de la sécurité juridique. En l'absence de dialogue, et laissé à lui-même pour comprendre et évaluer les exigences du droit français, le juge américain, immanquablement, a décidé que la règle de conflit française désignait le droit du fournisseur et que, sans regarder plus loin, il devait appliquer son propre droit [1547]. Ce faisant, il ne comprenait pas le rôle particulier d'une loi de police en droit français et son influence sur le mécanisme de la règle de conflit. Mais le juge américain n'est pas à blâmer. Il est de notoriété publique que les juges de *common law* ne sont pas à l'aise avec l'application d'un droit étranger et, a fortiori, de normes impératives, telles les lois de police, qui empêchent le jeu normal de la règle de conflit. C'est le juge français qui, conscient du danger qu'il y avait à laisser une des normes impératives du droit français entre les mains d'un juge étranger, aurait dû ouvrir le dialogue et proposer sa coopération au juge américain.

721. C'est exactement la même difficulté à laquelle ont été confrontés les ayants droit des victimes du crash aérien de *West Caribbean Airlines* à nouveau entre les juridictions françaises et les juridictions américaines. Nous avons présenté cette affaire dans le chapitre 9 [1548]. Le dialogue qui aurait dû s'instaurer entre le juge français et le juge américain concernait l'interprétation de la Convention de Montréal, à laquelle les deux pays sont parties. Dans une conception civiliste des règles de la Convention, influencée par le droit de l'UE, la France considère que les règles de la convention offrent aux demandeurs un choix de plusieurs fors qui ne permettent aucune flexibilité. Une fois que le demandeur a opéré le choix auquel la Convention lui donne droit, la juridiction choisie ne peut

1547. *Audio Marketing Services SAS c. Monter Cable*, ND Cal., n° C.12-04760 WHA (2013).

1548. Cf. *supra* par. 535.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qu'accepter sa compétence sans que le défendeur puisse interférer dans le choix effectué par le demandeur. A l'inverse, certaines juridictions américaines [1549], dont le juge de Floride saisi dans cette affaire, estiment que la théorie du *forum non conveniens* [1550] faisant partie des règles de procédure, son application n'est pas interdite par la Convention si bien qu'elle estime que le choix des parties n'est qu'une offre parmi toutes celles prévues par la Convention et que si elle estime que ce choix ne correspond pas au centre de gravité de l'affaire elle peut se déclarer *non convenient*. Un dialogue aurait pu (dû) s'instaurer entre ces deux juges de manière à parvenir à une interprétation conjointe dans laquelle tous les éléments de l'affaire auraient pu être pris en considération au lieu de laisser chaque juge décider unilatéralement de la décision qu'il entendait prendre. Cela est d'autant plus important que l'on a à faire ici à une convention internationale dont l'interprétation uniforme est normalement l'un des objectifs que se fixent les Etats parties [1551].

D. Le dialogue entre juges nationaux et juges internationaux

722. En droit pénal, pour lutter contre les crimes de guerre, le Président Badio Camara appelle de ses vœux « un dialogue fécond » entre les juges nationaux et les juges des juridictions pénales internationales [1552], comme l'ont fait A. Cassese et M. Delmas Marty [1553], tout en reconnaissant que pour un juge national, il est parfois difficile de se défaire de son ordre juridique pour entreprendre un tel dialogue. Le juge Badio Camara prend appui, pour soutenir le dialogue des juges nationaux avec les juges de la CPI, sur le devoir de coopération inscrit à l'article 86 du Statut de la CPI selon lequel des actes d'enquête à mener sur le territoire d'un Etat Partie doivent être facilités par cet Etat qui doit aussi collaborer à l'arrestation des mis en cause. Mais

1549. E. Treppoz, *op. cit. supra*, note 1158, fait état de deux courants jurisprudentiels aux Etats-Unis.

1550. Pour une autre affaire de *forum non conveniens* en concurrence avec les juridictions françaises, en matière de crash arien, voir l'affaire *Flash Airlines* citée chapitre 9.

1551. On note, cependant, que la Convention de Montréal ne contient pas de disposition telle celle que l'on trouve à l'article 7 (interprétation uniforme) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

1552. M. Badio Camara , « Prévention et répression des crimes de guerre et des crimes internationaux : quel rôle pour les magistrats ? », dans *Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'homme – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux,* Pedone, 2017, p. 189, à la p. 199 ss.

1553. A. Cassese et M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux,* PUF, 2002.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

il soutient aussi que la coopération peut se traduire par le fait que la justice nationale poursuive les criminels de guerre [1554]. Et même si les Etats ont eux-mêmes intégré dans leur droit national des dispositions pour attribuer compétence à leurs juridictions pour poursuivre et juger des auteurs présumés de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, cette compétence est complémentaire à celle de la CPI (qui conserve priorité) et seul le dialogue entre le juge national et la CPI peut assurer une bonne coordination de cette compétence avec celle de la Cour [1555].

723. Le dialogue des juges nationaux et internationaux devrait exister de manière plus sereine entre les juges des Etats membres de l'UE et les juges de la CJUE. Nous avons déjà exposé ci-dessus que, pour nous, la méthode de la question préjudicielle n'est pas un exemple de dialogue au sens où nous l'entendons. En revanche, il serait parfaitement possible d'aménager le processus pour qu'il se transforme en véritable dialogue. En premier lieu, le juge national qui pose la question préjudicielle devrait mieux prendre en considération les conséquences systémiques que la question de droit de l'UE pose dans le système juridique national et donner des pistes à la Cour de justice sur les éléments à prendre en considération dans la réponse qu'elle va apporter. Les juges des autres Etats membres devraient avoir la possibilité de participer au dialogue. Rappelons en effet que les décisions de la CJUE sont rendues « pour droit », c'est-à-dire qu'elles ont un effet *erga omnes* y compris dans tous les Etats membres autres que celui dont émane le juge qui a posé la question préjudicielle. Aujourd'hui, les juges des autres Etats membres ne sont pas consultés ni entendus, sauf si une consultation interne a lieu et que l'Etat lui-même intervient en relayant les préoccupations des juges statuant sur son territoire [1556]. Prenons l'exemple de l'affaire *Achmea* [1557]. Cette affaire, mettant en cause la validité des accords d'arbitrage insérés dans des traités bilatéraux d'investissement entre Etats membres de l'UE, posait (et continue à poser) de nombreuses difficultés systémiques notamment quant à la répartition de compétence entre l'Union européenne et ses Etats membres en matière d'arbitrage et pour ce qui a trait à la distinction entre arbitrage d'investissement et arbitrage du commerce international. Or, si un véritable dialogue s'était

1554. M. Badio Camara, *op. cit. supra* note 1552, p. 200.

1555. Pour deux affaires mettant en cause la remise par la justice française d'une personne réclamée par la CPI, voir Crim. 4 janvier 2011, nº 10-87760 et nº 10-87759.

1556. A notre connaissance, ceci n'a pas lieu, ou, au moins, pas de manière systématique ni organisée.

1557. CJUE, C-284/16, 6 mars 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

instauré entre les juges des Etats membres, qui, de manière habituelle, sont appelés à contrôler les sentences arbitrales, et donc la validité des accords d'arbitrage, et la CJUE, la décision aurait pu être différente car la Cour aurait pu prendre en considération les conséquences systémiques que la décision qu'elle s'apprêtait à rendre allait engendrer.

724. Le 1er août 2018 est entré en vigueur le Protocole nº 16 à la CEDH permettant « aux plus hautes juridictions » [1558] des Etats membres du Conseil de l'Europe, de demander un avis consultatif à la Cour de Strasbourg sur une « question de principe » [1559] relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Le Protocole est entré en vigueur grâce à la ratification de la France, dixième pays à l'avoir fait. Depuis, aucun autre pays n'a procédé à une ratification, seuls dix pays étant, à la date où nous écrivons, parties à ce Protocole [1560]. Douze autres Etats ont signé mais n'ont pas encore procédé à la ratification. Vingt-cinq Etats n'ont même pas signé le Protocole, montrant ainsi une assez grande réticence vis-à-vis de ce nouvel instrument ou, à tout le moins, un certain attentisme, ces Etats préférant probablement ratifier lorsque le mécanisme aura fait ses preuves.

725. Ce nouvel instrument et le mécanisme de l'avis qu'il met en place présente des caractéristiques qui montrent son hybridation avec d'autres mécanismes comme le recours préjudiciel auprès de la CJUE. A ce dernier mécanisme, il emprunte l'exigence que la demande d'avis soit émise « dans le cadre d'une affaire pendante » devant la juridiction de qui procède la demande d'avis [1561]. Toutefois, et cela peut paraître un peu contradictoire avec l'exigence précédente, l'avis doit être demandé sur une « question de principe » [1562]. Pour réconcilier ces deux exigences, on peut interpréter le texte en ce sens que la Haute juridiction qui pose la question doit probablement s'attendre à ce qu'il existe un contentieux nourri sur cette question, mais que c'est à l'occasion d'une affaire en particulier qu'elle interroge la Cour, un peu comme s'il s'agissait d'une « affaire-test ».

726. Il s'agit d'un vrai avis en ce sens que la demande est facultative, contrairement au renvoi préjudiciel qui a un caractère obligatoire

1558. Protocole nº 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 1.1.

1559. *Ibidem*.

1560. Les dix pays sont : Albanie, Arménie, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Lituanie, Saint-Marin, Slovénie et Ukraine.

1561. Protocole 16, article 1.2.

1562. Protocole 16, article 1.1.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

(avec une petit marge d'appréciation) pour les juridictions statuant en dernier recours. L'avis donné est non contraignant [1563], contrairement à la décision de la CJUE qui a un effet contraignant *erga omnes*. Toutefois, on peut penser que la juridiction qui a demandé l'avis suivra l'interprétation donnée, sauf si, entretemps, les éléments de la question ont changé ou le contentieux n'a pas évolué dans le sens qui avait été prévu par le juge national.

727. La demande est d'abord étudiée par un collège de cinq juges de la Grande Chambre afin de déterminer si la Cour l'accepte ou pas. En cas de refus, la décision est motivée [1564]. C'est la Grande chambre qui statue sur l'avis [1565] afin de lui donner un caractère plus solennel et plus légitime, puisqu'il est destiné à influencer le contentieux non seulement dans le pays de la juridiction qui a demandé l'avis, mais aussi dans tous les autres pays membres du Conseil de l'Europe.

728. La marque du dialogue est cristallisée dans le fait que le juge élu au titre du pays membre d'où émane la demande d'avis doit siéger dans la Grande Chambre qui rend l'avis. En cas d'absence de ce juge ou d'empêchement, une personne choisie par le Président de la Cour sur une liste soumise par ce pays membre siège en qualité de juge [1566]. On peut penser en effet que la présence de ce juge permettra d'informer les juges de la Cour, s'il y a lieu, sur les spécificités juridiques du pays d'où émane la question ou bien d'expliciter les raisons pour lesquelles l'avis est demandé en plus de celles qui ont été précisées dans la motivation de la demande d'avis.

729. L'objectif d'un tel instrument, au moins pour la France, est de limiter le contentieux qu'elle peut avoir devant la CourEDH. Bien que les condamnations de la France ne représentent que 2 % des condamnations totales prononcées par la CourEDH chaque année, la France a souhaité améliorer ses performances de respect de la Convention et espère que ce nouvel instrument l'y aidera. On peut espérer aussi que, bien que l'avis ne soit pas contraignant, il aide à une meilleure unité d'application de la Convention au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. On peut ainsi penser qu'il s'agit là d'un mécanisme proche des *test cases* du droit anglais. Notons, pour finir, que la première demande d'avis a été faite par l'assemblée plénière de la Cour de cassation

1563. Protocole 16, article 5.
1564. Protocole 16, article 2.1.
1565. Protocole 16, article 2.2.
1566. Protocole 16, article 2.3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

française, le 5 octobre 2018 [1567]. L'affaire concerne le sujet hautement politique de la gestation pour autrui et des conséquences à admettre, en France, d'une gestation pour autrui ayant eu lieu en Californie en 2000 à la demande d'un couple de nationalité française, domicilié en France. Ont suivi de longues péripéties judiciaires qui, en 2011, ont abouti à l'interdiction faite aux parents d'intention de faire transcrire à l'état civil français les actes de naissance des enfants les mentionnant comme leurs père et mère. Saisie par les parents, la Cour de Strasbourg, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit que cette interdiction avait violé l'article 8 de la CEDH et que la France devait verser une somme aux deux enfants au titre du préjudice moral. Forts de la décision de la Cour de Strasbourg, les parents ont demandé le réexamen de l'affaire ce qui leur a été accordé le 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions ayant dit que l'affaire devait se poursuivre devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. La demande d'avis de l'assemblée plénière est très détaillée en ce qu'elle rappelle toute l'évolution jurisprudentielle française jusqu'au point actuel qui consiste à suivre la « réalité biologique ». Cela entraîne la transcription de la filiation vis-à-vis du père lorsque son « matériel biologique » a été utilisé, mais interdire la transcription de la mère d'intention dont le matériel biologique n'a pas été utilisé. En revanche, pour cette dernière, le droit français lui permet d'adopter facilement l'enfant issu de la gestation pour autrui, dans le cadre du mariage avec le père biologique. La Cour de cassation française interroge donc la Cour de Strasbourg pour savoir si les deux aspects de cette jurisprudence que nous venons de rappeler n'excède pas la « marge d'appréciation » que la CourEDH a reconnu aux Etats dans ce domaine.

730. Les ressorts de cette demande d'avis méritent que l'on s'y arrête. Tout d'abord, on note que la demande a été faite à l'occasion d'une affaire qui a déjà duré plus de dix-sept ans et a fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour de cassation et d'une décision de la CourEDH. C'est dire les hésitations dont elle fait l'objet et les difficultés qu'elle pose. Parmi celles-ci, la plus importante pour la France est l'équilibre entre un ordre public fort qui interdit de procéder à une gestation pour autrui en France, des agissements de contournement de cet ordre public par les parents, et l'intérêt des enfants dont est imprégné le droit de la filiation et, plus généralement, le droit de la famille. Admettre la transcription en France d'un état civil établi à l'étranger, certes légalement au

1567. Assemblée plénière 5 octobre 2018, n° 10-19053.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

regard du droit étranger, mais en complète contrariété avec l'ordre public français, signifie, ni plus ni moins, donner une prime à la fraude à la loi perpétrée par des personnes qui en ont les moyens [1568] et remettre en cause frontalement les bases mêmes de l'ordre public français [1569]. Le juge doit donc concilier ces impératifs contradictoires, ce qui est évidemment le propre même du rôle du juge. La Cour de cassation, d'une certaine manière, cherche à faire valider par la CourEDH l'utilisation qu'elle a faite de la marge d'appréciation qui lui a été reconnue, sachant que les parents d'intention, dans cette affaire, iront probablement jusqu'au bout pour faire prévaloir leur propre vision extrême de ce qu'ils considèrent comme leur droit. Il a paru étrange pour certains observateurs que la Cour de cassation cherche ainsi à utiliser le Protocole 16 [1570] pour faire valider sa marge d'appréciation. Mais vu sous l'angle du dialogue des juges, cette demande d'avis paraît très judicieuse.

E. La mise en œuvre du dialogue

731. Il peut tout d'abord exister un dialogue informel et relativement théorique au travers de colloques organisés par les juridictions. La CourEDH publie annuellement un petit fascicule reprenant, sur un thème donné, des interventions de différents juges sous le titre générique « Dialogue entre juges ». Il s'agit de colloques entre juges, organisés chaque année le jour de l'audience solennelle d'ouverture de la Cour. Ils abordent des thèmes diversifiés et les communications sont toutes disponibles sur le site de la Cour.

732. Ce dialogue peut aussi prendre la forme de séminaires en résidence ou de rencontres informelles au cours de réunions comme celles suscitées par le *Brandeis Forum for International Judges*, organisé par le *Brandeis Institute for International Judges* (BIIJ) dont

1568. La gestation pour autrui coûte cher car les parents d'intention doivent normalement prendre soin de la femme portant l'enfant et subvenir à ses besoins durant la grossesse au moins jusqu'à l'accouchement.

1569. Malgré ce qui est souvent dit, la mère qui porte l'enfant est rarement dans une situation enviable (extrêmement surveillée par les parents d'intention) et accepte cette situation la plupart du temps par nécessité financière, le contrat qu'elle passe avec les parents d'intention étant à titre lucratif et lui permet donc de vivre pendant un certain temps.

1570. Nous faisons allusion à la discussion qui eut lieu le 28 novembre 2018 lors d'une réunion de la branche française de l'ILA, au Conseil d'Etat à Paris, sur le Protocole 16. Depuis, la CourEDH a prononcé son avis le 10 avril 2019.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

les résumés et les rapports sont disponibles sur le site Internet de la *Brandeis University*. Ces rencontres ont commencé en 2002 et ont eu lieu à intervalles réguliers mais pas exactement chaque année. En 2018, deux des co-directeurs sont les directeur et directeur adjoint de l'institut *PluriCourts* de l'Université d'Oslo qui a déjà tant travaillé sur le sujet des juges internationaux. Le troisième co-directeur est Richard J. Goldstone, ancien Procureur en chef du TPIY et du TPIR. Le programme de 2018 a été organisé par un groupe de quatre juges internationaux : Ujal Bhatia (OMC – Organe d'appel), James Crawford (CIJ), Erik Mose (CourEDH) et Christine Van den Wyngaert (CPI, mais qui a, depuis, quitté la Cour).

733. En 2018, les juges rassemblés dans ce séminaire ont décidé de s'attaquer aux critiques qui sont émises à l'encontre de la justice internationale. Cela a résulté dans l'adoption, en leur capacité personnelle uniquement, de la recommandation d'Oslo du 26 juillet 2018 dont nous reproduisons le texte en annexe 2 à la fin de ce chapitre. Il est remarquable que ce dialogue de quelques juges (15 au total), chacun appartenant à une juridiction internationale ou internationalisée, ait abouti à une recommandation qui embrasse le spectre complet du statut et du rôle du juge : sa sélection et sa nomination ; l'éthique et l'intégrité de la fonction ; l'efficacité de la procédure ; la transparence dans l'administration de la procédure et l'accès aux décisions ; le rôle du juge vis-à-vis du public. Pour paraphraser une formule bien connue : le juge est du monde et dans le monde.

734. Il existe aussi les réseaux de juges comme celui des présidents des cours suprêmes des Etats membres de l'UE. L'association qui a été formée en 2004 a tenu son assemblée constituante le 10 mars 2004, à Paris, avec le soutien financier de la Commission européenne (programme AGIS). Le site dédié à ce forum précise : « The Network of the Presidents provides a forum through which European institutions are given an opportunity to request the opinions of Supreme Courts and to bring them closer by encouraging discussion and the exchange of ideas. » Cette association a notamment en 2017 et 2018 publié des communiqués de presse sur la situation du système judiciaire en Pologne.

735. Mais le véritable dialogue des juges, à notre avis, est celui qui a lieu dans des affaires particulières lorsque les questions posées à un juge dans un pays donné sont issues de circonstances factuelles identiques et que les juges saisis dans divers Etats sont compétents et n'ont pas décidé de se désister au profit d'un de leurs collègues situés

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

à l'étranger. Les premières affaires qui donnèrent lieu à un tel dialogue sont des affaires de faillite transnationale. Plus récemment, ce sont des affaires d'enlèvement d'enfant qui, au sein du réseau de juges formé sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé, ont permis aux juges des pays concernés de ce concerter pour tenter de trouver une solution commune.

736. En matière d'insolvabilité, plusieurs organisations se sont penchées sur la coopération entre juges pour des raisons évidentes et impérieuses. Lorsque l'insolvabilité atteint une entreprise installée dans plusieurs pays, si chacun des pays tente d'organiser le paiement des dettes et la répartition des biens séparément, certains créanciers seront probablement lésés alors que d'autres obtiendront des sommes qui n'auraient pas dû leur revenir. La première coordination dans l'histoire de l'insolvabilité internationale eut lieu à propos de la faillite de la BCCI [1571]. Ce fut une coordination totalement informelle et dont la mémoire ne garde pas le résultat concret. Il en est allé de même dans l'affaire *Maxwell* [1572]. Mais de cette expérience, l'*International Bar Association* tira quelques années plus tard l'idée qu'elle pouvait travailler sur une méthode de coopération entre les juges. Cette organisation adopta en 1995 le *Model Insolvency Act* [1573]. Puis ce fut au tour de l'*American Law Institute* qui, dans le cadre de l'ALENA, a adopté des lignes directrices pour la coopération inter-juridictions qui a été suivi d'un rapport intitulé *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* [1574] qui comprend les *Global Guidelines for Court-to-Court Communications in International Insolvency Cases*, texte très complet de 37 principes et 18 lignes directrices. Ce travail avait été précédé par un guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale publié en 2010 essentiellement destiné à coordonner les règles de droit applicables et à éviter le chevauchement de compétence entre plusieurs juridictions,

1571. Pour la France, Com. 14 mai 1996, n° 94-16186.

1572. *Re Maxwell Communications Corporation plc (No.2), Barclays Bank plc c. Homan* [1992] BCC 757 (Hoffmann J) et 767 (CA) ; *Re Maxwell Communications Corporation plc*, 170 B.R. 800, 801-807 (Bankr. S.D.N.Y. 1994), (juge Brozman), aff'd, 186 B.R. 807, 812-815 (S.D.N.Y. 1995) (Scheindlin USDJ), aff'd, 93 F.3d 1036 (2d Cir. 1996) (Cardamone, Circuit Judge). Voir également, *In re Condor Ins., Ltd*., 601 F.3d 319 (5th Cir. 2010).

1573. https ://www.ibanet.org/LPD/Insolvency_Section/Insolvency_Section/Default.aspx.

1574. Mai 2012. Le texte se trouve facilement sur le site de Insol, www.insol.org. Le rapport présenté à l'Assemblée générale de l'ALI en 2012 ne fut pas adopté par cette organisation.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

notamment en organisant l'insolvabilité entre procédure principale et procédure secondaire, comme le feront plus tard le règlement européen en la matière [1575] et les *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court communications Guidelines* [1576]. En octobre 2016, un *Judicial Insovency Network* a été créé par 11 juges spécialisés en la matière, provenant de 8 juridictions, avec un objectif clairement affirmé de faciliter la communication et le dialogue entre eux pour toutes les procédures de restructuration des entreprises et d'insolvabilité [1577]. En février 2017, la Cour suprême de Singapour a publié les *JIN Guidelines* qui furent adoptées, la semaine suivante, par la *US Bankruptcy Court for the District of Delaware*, la *Commercial Court of Bermuda* et la *US Bankruptcy Court for the Southern District of New York*. Et en mai 2017 c'était au tour du *Chancellor de la High Court of England and Wales* de l'adopter comme partie intégrante du *Chancery Guide de cette juridiction* [1578]. On notera que seules des juridictions de *common law* étaient représentées en 2016 et ont adopté le guide, montrant ainsi qu'il existe encore probablement des difficultés pour établir un dialogue entre juges appartenant à des cultures juridiques différentes [1579]. Point sur lequel le réseau de juges de La Haye offre un démenti éclatant.

737. En matière d'enlèvement d'enfants, les juges du réseau formé par la Conférence de La Haye en 1998, ont, au fil des années, dans des affaires concrètes, utilisé un système de communication directe entre eux afin de mieux rendre la justice dans un domaine hautement délicat et humainement sensible qu'est l'enlèvement international d'enfants. Les juges du réseau peuvent donc se poser des questions directement entre eux afin de résoudre les difficultés qu'un cas leur pose. Lors de la réunion de 2018, les participants ont reconnu que les questions posées à l'intérieur du réseau devaient recevoir une réponse

1575. Règlement (UE) 2015/848 du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, réformant le règlement (CE) 1346/2000.

1576. Cf. http://www.ejtn.eu/PageFiles/16467/EU_Cross-Border_Insolvency_Court-to-Court_Cooperation_Principles.pdf. Visualisé pour la dernière fois le 22 décembre 2018.

1577. Information tirée du Blog de Bob Wessels « JIN Guidelines strengthen court-to-court cross-border cooperation in insolvency cases », posté le 29 mai 2017.

1578. Bob Wessels mentionne des cas concrets dans lesquels ces instruments ont été utilisés.

1579. Voir P. Rossi, « La communication des juges en matière de procédure collective », dans S. Menétrey et B. Hess, *op. cit. supra* note 1488, à la p. 215 ; également, M.-C. Gaffinel, « La communication des magistrats en droit de la famille », dans S. Menétrey et B. Hess, *op. cit. supra* note 1488, à la p. 225 qui doute du développement de la pratique.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

rapide afin d'améliorer encore les délais dans lesquels ces affaires sont résolues [1580].

738. Le processus de communication directe nécessite de la part du juge une grande flexibilité et inventivité [1581]. Certes, il est contraint par ses règles de procédure civile et la protection des droits fondamentaux procéduraux des parties, mais, dans ce cadre à respecter, il doit utiliser toutes les possibilités pour faire usage de la communication directe afin d'améliorer la gestion du dossier. Notamment, il est particulièrement important que les décisions prises au sujet du retour de l'enfant puissent être exécutées rapidement et de manière sûre pour l'enfant. Cela passe évidemment par une meilleure utilisation des moyens électroniques de communication, si bien que la Conférence de La Haye de droit international privé s'est engagée à faire créer un site sécurisé d'échange grâce à des fonds versés par l'Allemagne [1582].

739. Le succès concret de la communication directe entre juges passe notamment par une meilleure formation des juges à l'existence et au fonctionnement de ce mécanisme [1583]. Cela passe aussi par la publication des éléments d'information, rendus anonymes, sur des affaires concrètes et des mécanismes qui ont été utilisés afin d'inspirer la pratique des juges. Une liste des *best practices* pourrait aussi aider les juges à mieux comprendre comment ils peuvent bénéficier du système de communication directe afin d'améliorer la bonne administration de la justice.

Conclusion

Loin d'être une question anecdotique, comme pourrait le laisser penser l'image n° 17 [1584], le dialogue des juges est devenu une nécessité dans un monde globalisé qui favorise l'éclosion de contentieux dépassant

1580. Cf. annexe 1, points 13 et 16 à 18.

1581. Voir également, M.-C. Gaffinel, « La communication des magistrats en droit de la famille », dans S. Menétrey et B. Hess, *op. cit. supra* note 1488, à la p. 225.

1582. Cf. annexe 1, point 37.

1583. Cf. annexe 1, point 14.

1584. Il s'agit d'une photo des archives de la Cour suprême des Etats-Unis (reproduite avec l'aimable autorisation de cette institution) montrant les juges Ginsburg et Scalia sur le dos d'un éléphant lors d'une visite officielle en Inde. L'amitié des deux juges est devenue légendaire et leurs échanges au sein de la Cour a même donné lieu à la création d'un opéra. Dans le film RBG, une séquence les montre tous les deux lors d'un entretien télévisé. Scalia explique que l'image de leur visite en Inde va susciter des critiques puisqu'il est installé devant la juge Ginsburg. Celle-ci réplique avec son ton calme et inimitable : « C'était uniquement une question de poids … l'éléphant n'aurait pas supporté que vous soyez installé à l'arrière. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Image 17. Supreme Court Justices Ruth Bader Ginsburg and Antonin Scalia ride an elephant in India in 1994. © Collection of the Supreme Court of the United States/ Dey Street Books, reproduite avec l'aimable autorisation de la Cour suprême des Etats-Unis.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

largement les frontières étatiques et sur lesquels plusieurs juges sont appelés à statuer. La bonne administration de la justice internationale exige que les juges se parlent, non seulement à l'occasion de réunions et séminaires informels, mais aussi, plus concrètement, dans des affaires spécifiques. Dans ce dernier cas, les droits fondamentaux des parties doivent être scrupuleusement protégés afin de ne pas utiliser le dialogue à leur détriment.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ANNEXE 1

LE SÉMINAIRE POUR JUGES SUR LA PROTECTION INTERNATIONALE DES ENFANTS, DE RUWENBERG, 22-25 JUIN 1998

(texte reproduit du site de la Conférence de La Haye de droit international privé – visualisé pour la dernière fois, le 21 décembre 2018)

La dernière matinée du séminaire, consacrée au sujet « Vers une coopération judiciaire internationale », a permis de dégager les conclusions suivantes :

1. Suivant l'exemple de l'Australie, il est recommandé aux juges participants d'examiner, avec les autorités appropriées de leur pays (par exemple, avec les présidents des tribunaux ou avec toute autre autorité appropriée, eu égard aux particularités du système judiciaire en question), l'utilité éventuelle de designer un ou plusieurs magistrats qui agiraient comme intermédiaires et assureraient le dialogue avec les autorités centrales de leur pays, avec les autres juges de leur propre juridiction ainsi qu'avec les juges d'autres pays ; cette fonction pourrait être limitée, à tout le moins initialement, aux affaires liées au fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

2. Conformément aux objectifs du programme Grotius de l'Union européenne, plusieurs juges ont fait état de leur intention de diffuser les résultats du séminaire à l'intérieur de leurs juridictions respectives.

3. Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé enverra aux juges participants (environ deux fois par an) un bulletin concis dont l'objectif est de diffuser l'information pratique sur la coopération judiciaire en matière de protection internationale de l'enfant, notamment les changements d'adresses des autorités ou des personnes à contacter, les développements relatifs aux instruments internationaux (par exemple de nouvelles ratifications ou adhésions), les développements essentiels relatifs aux droits nationaux (concernant, par exemple, la jurisprudence, les changements intervenus dans la procédure ou l'organisation judiciaire, la tenue de conférences ou de séminaires pour juges, etc.), ainsi que des exemples d'une

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

coopération judiciaire fructueuse. En plus des juges ayant participé au séminaire, ce bulletin pourrait être envoyé à tout juge intéressé.

4. Il a largement été admis que des efforts particuliers doivent être entrepris en vue d'assurer une participation accrue de juges aux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, aussi bien pour le développement de nouveaux instruments que pour l'examen du fonctionnement pratique des Conventions.

5. Les participants ont été unanimes pour dire que le séminaire a permis d'accroître la compréhension mutuelle des différents systèmes judiciaires et de faire progresser l'objectif d'une coopération judiciaire plus efficace en matière de protection internationale de l'enfant. Il a été suggéré d'organiser ce genre de séminaire régulièrement (tous les trois ou quatre ans).

H :\hcch.net\ftp DOC\deruwen.1f.doc

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ANNEXE 2

UN EXEMPLE DE RÉSULTAT DES TRAVAUX D'UN RÉSEAU DE JUGES

Oslo recommendations for enhancing the legitimacy of international courts – 26 July 2018 [1585]

Drafted collectively on 2 June 2018 and finalized on 26 July 2018 by the participants of the BRANDEIS INSTITUTE FOR INTERNATIONAL JUDGES

Convened in Oslo from 30 May to 2 June 2018, organized by the *International Center for Ethics, Justice and Public Life* (Brandeis University) and the *PluriCourts Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order* (Faculty of Law, University of Oslo)

Aware of the current climate of waning support for many institutions of international justice and increasing challenges to their legitimacy ;

Mindful that each international court has its own specific mandate, jurisdiction and institutional organization, and that any recommendations below must reflect these specificities ;

Emphasizing that the primary work of international judges is to produce well-reasoned and timely judgments, which are seen to be so ;

Recognizing that ensuring the legitimacy of international courts may still require more from both judges and their institutions ;

The participants of the 2018 session of the Brandeis Institute for International Judges declare that international courts should seek to conform to the recommendations below in order to enhance their institutional legitimacy.

A. Nomination and selection of international judges

– The process of nomination and selection of judges for international courts should respect the relevant rules of the institution and be open and transparent.

1585. Texte reproduit à partir du site du Brandeis Institute, visualisé pour la dernière fois le 17 décembre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

- As a matter of principle, it is desirable that for every regular judicial vacancy there be a plurality of candidates.
- Nominators should bring forward candidates who demonstrate the necessary competence and expertise and are clearly fit to perform their judicial duties. Institutions may consider establishing a maximum age limit for candidates to ensure the fitness of selected judges into the future.
- Nominators and selectors should give consideration to the diverse composition of international benches, including diversity by gender.
- The nomination and selection authorities should ensure that judges may work independently and in security.

B. Ethics and judicial integrity

- Each international court should have a code of judicial ethics whose provisions are well known to judges.
- Judges should behave in a manner that does not cast doubt upon their independence, integrity, and impartiality.
- In situations where serious ethics violations by a judge are alleged and require an investigation, consideration should be given to the appointment of an external committee, provided the institution allows such a procedure, composed of individuals with relevant knowledge and experience, to conduct the investigation and make recommendations.
- Judges should remain aware that producing well-reasoned judgments, based on the applicable law, remains their central role and the lynchpin of their institution's legitimacy.
- Dissenting or separate opinions, if allowed by the institution, should be delivered with restraint and formulated in respectful language so as not to undermine the authority of the court.

C. Efficiency of proceedings

- Judges should deal with a case in an efficient and timely manner, avoiding any unnecessary delay.
- Judges should give priority to the work of their court, ensure their availability, and avoid distractions from other professional activities.
- The efficient and cost-effective use of technology should be encouraged.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

D. Transparency of proceedings and access to judicial output

– Hearings should, in principle, be open and accessible to the public and live- streamed for remote viewing.
– Subject to the specific character of the institution, there may be need for some part or all of proceedings to remain confidential. Judicial deliberations should remain confidential.
– Video footage should be archived and made available online to the extent possible.
– Judgments and other judicial decisions, normative institutional documents such as rules of procedure, submissions by parties, and evidentiary materials (depending on the specificity of the institution) should be easily accessible to the public via the court's website or archived elsewhere.
– Courts should create searchable databases of their jurisprudence for reference by other courts and the public.

E. Role of judges in outreach and interactions with the public

– In view of the complex and shifting global context, courts must increasingly pay attention to communicating their decisions, tasks and responsibilities.
– Court Presidents should assume primary responsibility, their caseload and other duties permitting, for interacting with states parties and relevant organizations.
– Judges should endeavor to promote the tasks and functioning of their court by explaining its work to the public – including visitors, students, and practitioners – as appropriate.
– International courts, assisted by departments responsible for communication and outreach, should coordinate the outreach activities of their members and offices to ensure correct and consistent messaging to their various constituencies.

These recommendations were drafted and endorsed by the following international judges, acting in their personal capacities:

– Olivier Beauvallet (France), Extraordinary Chamber in the Courts of Cambodia
– Ujal Bhatia (India), World Trade Organization Appellate Body
– Micheline Braidy (Lebanon), Special Tribunal for Lebanon
– Tujilane Rose Chizumila (Malawi), African Court of Human and Peoples' Rights

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

– James Crawford (Australia), International Court of Justice
– Emmanuelle Ducos (France), Special Criminal Court for the Central African Republic
– Liesbeth Lijnzaad (Netherlands), International Tribunal for the Law of the Sea
– Erik Møse (Norway), European Court of Human Rights
– Alphons Orie (Netherlands), Residual Mechanism for International Criminal Tribunals
– Marc Perrin de Brichambaut (France), International Criminal Court
– Maureen Rajnauth-Lee (Trinidad and Tobago), Caribbean Court of Justice
– Shree Baboo Chekitan Servansing (Mauritius), World Trade Organization Appellate Body
– Peter Tomka (Slovakia), International Court of Justice
– Ekaterina Trendafilova (Bulgaria), Kosovo Specialist Chambers
– Emmanuel Ugirashebuja (Rwanda), East African Court of Justice

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 13

L'INFLUENCE DE L'INTERVENTION DU TIERS SUR LA NORME INTERNATIONALE

> « Je distinguerai une finalité courte, en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre fin à l'incertitude ; à quoi j'opposerai une finalité longue, plus dissimulée sans doute, à savoir la contribution du jugement à la paix publique. »
>
> Paul Ricœur [1586]

Introduction

741. Le tiers impartial et indépendant, tel que nous l'avons identifié dans les chapitres qui précèdent, se voit confier des tâches diverses dans la société internationale. En premier lieu, il participe à la solution d'un différend. Mais, au-delà, lorsque la décision qu'il rend est largement acceptée, il contribue au développement du droit international et à la consolidation de la société internationale. C'est alors d'autorité au sens large du terme dont on peut parler, ainsi que le précise J. Salmon [1587]. Cette autorité est celle que Platon estime légitime, fondée qu'elle est sur la Justice et l'Equité, ainsi que le rappellent A. Kojève [1588] ou H. Arendt [1589]. Le but de ce chapitre est de déterminer comment ces rôles divers influent sur la norme elle-même ou, comment le travail du tiers impartial et indépendant participe pleinement à forger la société internationale telle que nous la connaissons.

742. La première remarque introductive a trait à la temporalité de l'influence du tiers impartial et indépendant. Parce qu'il statue sur un temps relativement court (en tout cas par rapport au législateur),

1586. *Le Juste 1,* Ed. Esprit, 1995, à la p. 185.

1587. J. Salmon, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice », dans *Droit international et argumentation,* Bruylant, 2014, à partir de la p. 117.

1588. A. Kojève, *op. cit. supra* note 8, notamment p. 77.

1589. H. Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité ? », dans *op. cit. supra* note 1481, p. 121. Le texte original en anglais, « What is Authority ? », dans *Between Past and Future : Eight Exercises in Political Thought,* paraît en 1958 d'abord, puis en seconde édition en 1968. C'est la seconde édition qui sert de base à la traduction française en 1972.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

le tiers a un avantage indéniable sur le législateur, il peut adapter sa décision (ou inciter les parties à le faire quand il ne prend pas lui-même de décision) aux évènements les plus récents, aux nouvelles exigences de la société, aux besoins non seulement des parties en cause, mais aussi des autres membres de la société qui peuvent être affectés par l'issue prochaine du litige. C'est pour cela que, au chapitre 7 de ce cours, nous avons parlé des audiences (des auditoires) du tiers impartial et indépendant qui ne sont pas limitées aux seules parties. Par exemple, quand la CourEDH exige de la Turquie et de la Russie de mettre en œuvre des obligations d'information telles celles contenues dans la Convention Aarhus, alors qu'aucun de ces deux pays n'est partie à cette Convention, elle agit bien au-delà de la simple résolution du litige qui lui est soumis en tenant compte des besoins de la société internationale dans son ensemble.

743. La seconde remarque introductive a trait à la sphère spatiale dans laquelle le tiers impartial et indépendant intervient. Même quand il s'agit du juge national, la sphère spatiale de ce tiers est vaste puisqu'il s'adresse, potentiellement, au genre humain dans son ensemble. C'est particulièrement vrai pour la justice pénale internationale. Ambition démesurée, diront certains. Nous sommes prête à les suivre, mais nous rappelons que la globalisation nous a rendus tellement interdépendants, que la planète sur laquelle nous vivons est entre les mains de chacun d'entre nous. D'où les appels pressants à la coopération que nous avons lancés au fur et à mesure de nos travaux doctrinaux, que les acteurs soient des Etats, des individus, ou des tiers au sens de ce cours.

744. Ayant à l'esprit ces deux dimensions quelque peu démesurées à l'échelle de l'être humain, qu'allons nous traiter dans ce chapitre ? Tout d'abord, nous identifierons dans quelle mesure le tiers impartial et indépendant est créateur de droit (A). Puis nous comparerons les méthodes du législateur et du tiers impartial et indépendant (B). Enfin nous nous intéresserons à l'exécution des décisions ou accords de règlement intervenus après que le tiers a rempli sa mission (C). Ce dernier aspect peut paraître étonnant car il est, au sens technique, indépendant de la création normative. Toutefois, il nous paraît que l'exécution de la norme créée par le tiers, qu'elle soit faite par la seule volonté des parties ou en raison de l'*exequatur* que lui confère un juge national, est susceptible de lui donner le poids qui, sans elle, lui manquerait. Pour qu'une norme développe réellement ses effets, qu'elle influence le comportement des justiciables, qu'elle forge un cadre pour les activités

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

au sein de la société internationale [1590], il faut qu'elle soit acceptée et, dès lors, reconnue et exécutée.

A. Le tiers impartial et indépendant, créateur de droit

745. Une remarque préliminaire s'impose : il ne sera question dans cette section que du juge au sens générique *(adjudicator)* que nous avons défini en introduction de ce cours [1591], car le tiers médiateur ou conciliateur ne contribue en aucune mesure au développement du droit [1592]. Non seulement, comme nous l'avons déjà dit, les solutions obtenues par les parties avec l'aide du médiateur sont souvent en marge du droit, au sens strict, même si elles doivent respecter les normes d'ordre public, mais encore ces solutions sont confidentielles, même lorsqu'elles interviennent entre Etats, ou entre Etats, d'un côté, et personnes privées (comme en matière d'investissement), de l'autre, le nombre d'accords de règlement connus étant très faible par rapport à tous ceux qui sont conclus chaque année.

746. C'est une longue tradition de *common law* anglaise de reconnaître que les juges sont des *lawmakers*. Cela est attesté par une littérature abondante de droit anglais dont nous ne donnons qu'un bref résumé ici [1593]. Evidemment, cela ne veut pas dire que si le législateur s'est prononcé et qu'une loi a été votée, les juges soient libres de faire ce qu'ils veulent. Pour le juge anglais, en effet, la fonction d'interprétation de la loi *(statute interpretation)* ne s'exerce pas de la même manière que celle qui consiste à trouver le *common law*. Mais, même dans les pays de *common law*, des voix s'élèvent pour s'étonner du rôle législatif des tribunaux, soutenant que le débat politique des gens de robe n'est pas forcément le plus approprié et devrait être laissé aux législateurs [1594]. D'autres auteurs font une analyse pragmatique

1590. Il y a aussi une influence sur les sociétés et le droit internes, notamment, des décisions en matière de droits de l'homme.

1591. Nous n'aborderons pas la question de savoir qui du juge ou de l'arbitre est plus libre de se départir d'une norme légiférée. Voir la discussion dans E. Lauterpacht, *op. cit. supra* note 68, à la p. 86.

1592. Une analyse similaire peut être faite pour les arbitres qui statuent *ex æquo et bono*.

1593. Lord Reid, « The Judge as a Law Maker », 12 *JSPTL* 22 (1972), Lord Devlin, « Judges and Lawmakers », 39 *Modern Law Review* 1 (1976) ; Lord Diplock, *The Courts as Legislators*, Holdsworth Club, 1965 ; A. Lester, « English Judges as Lawmakers », *Public Law* 269 (1993).

1594. Par exemple, E. Hirsch Levi, « The Nature of Judicial Reasoning », 32 *U. of Chicago L. Rev.* 395 (1965).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

du travail judiciaire notamment quand le juge « applique » le droit international [1595].

747. Pour les systèmes de tradition civiliste ou romano-germanique, l'acceptation de cette fonction du juge est plus tardive [1596]. La célèbre formule de Montesquieu, selon laquelle les juges « sont la bouche de la loi » (c'est la troisième fois que nous l'invoquons !) demeure ancrée dans la mémoire collective, de même que l'injonction de Napoléon qui voulait des juges silencieux et obéissants. Ces deux rappels sont devenus des poncifs bien inadaptés à ce qu'exige la mondialisation des relations personnelles et économiques, même si une certaine doctrine française persiste et signe : « Un juge créateur de droit ? Non merci ! » [1597] Pourtant, un magistrat, ayant occupé la plus haute fonction judiciaire, n'hésite pas à dire que le juge est un « paralégislateur » [1598]. Or, si l'on remonte au droit romain le terme *iurisprudentia* désignait les opinions des jurisconsultes et renvoyait à la prudence ou la sagesse dont ils devaient faire preuve puisqu'ils devaient conseiller le prince. A quel moment historique le terme « jurisprudence » a-t-il pris la signification que nous lui connaissons aujourd'hui ? Cela s'est probablement fait progressivement. Quoi qu'il en soit, nous sommes parvenus à un temps où, comme nous l'avons dit dans le chapitre 1 de ce cours, la place du juge dans l'ordonnancement de la société est indéniable et nous devons donc prendre la mesure de ce que cela veut dire pour la norme juridique elle-même. C'est l'objet de ce chapitre [1599].

748. Qu'en est-il du droit international [1600] ? D'un point de vue historique, il est indéniable que le Tribunal de Nuremberg et, dans une

---

1595. Cf. par exemple, P. B. Stephan, « Inferences of Judicial Lawmaking Power and the Law of Nations », 106 *The Georgetown L. J.*, 1793 (2018). L'auteur analyse uniquement la contribution de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. Pour les juridictions internationales, cf. D. Terris *et al*., *op. cit. supra* note 71, aux p. 115 ss.

1596. L'article 1 du Code civil suisse donne l'autorisation au juge de créer une norme juridique comme s'il était un législateur en ces termes : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

1597. F. Terré, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », dans *Archives de philosophie du droit*, *La création du droit par le juge,* Dalloz, tome 50, 2007, p. 305-311.

1598. P. Drai, Discours lors de l'audience solennelle de la Cour de cassation, 6 janvier 1993, *La documentation française,* 1993, p. 10.

1599. Nous n'aborderons pas les nuances qui pourraient être apportées à l'analyse en fonction de la composition de la juridiction qui statue. Ainsi, l'influence d'une décision de chambre devrait être moindre que celle d'une assemblée plénière ou d'une grande chambre (CourEDH ou CJUE, par exemple).

1600. Cf. A. von Bogdandy et I. Venzke (dir. publ.), *International Judicial Lawmaking,* Springer, 2012. T. Ginsburg, « Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking », 45 *Virginia J. Int'l L.* 631 (2005). Pour la CPJI, voir Ole Spiermann,

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

moindre mesure, celui de Tokyo, ont été créateurs de droit, même s'ils ont puisé les racines de cette création dans ce que Henri Donnedieu de Vabres appelait la « conscience universelle » [1601]. Certes, disait-il, le Tribunal se fonde sur du droit international déjà existant, mais il le développe dans un « esprit à la fois traditionnel et novateur, respectueux des vérités consacrées par l'expérience, méfiant à l'égard de certaines audaces, sensible, toutefois, aux exigences accrues d'un monde changeant » [1602]. Est attestée la prudence du juriste de tradition civiliste qui préfère penser que, avant l'intervention du tiers, le droit existe au moins en germe et que le tiers ne fait que le mettre à jour en l'adaptant aux nécessités de la cause. Quand il dit que le tiers doit « se méfier de certaines audaces », il fait implicitement référence au refus opposé à Lemkin par le Procureur américain de s'emparer du concept de crime de génocide qui lui paraissait une innovation impossible à mettre en œuvre à Nuremberg.

749. L'un des ouvrages consultés pour ce cours n'hésite pas à parler du rôle de législateur de la Cour internationale de Justice [1603]. On pourrait d'ailleurs souligner que, puisque la Cour est peu saisie par rapport au nombre d'occurrences pour lesquelles elle pourrait l'être, elle peut être tentée de se prononcer au-delà des limites strictes exigées par l'affaire dont elle est saisie. Indépendamment de cette hypothèse, les juges de la Cour ont souvent eu un rôle important dans l'interprétation évolutive ou dynamique du droit en fonction des conditions contemporaines de la société dans laquelle le texte à interpréter prend place [1604]. Ainsi, A. de la Pradelle concluait le portrait d'Alejandro Alvarez (ancien juge à la CIJ) par ces mots : « L'Ecole de la Vie, avec Alvarez, passe de la doctrine à la jurisprudence et, du même coup, fait accéder la jurisprudence à l'œuvre législative. » [1605] Un ouvrage consacré au droit international termine le chapitre où est étudié le recours au juge par ces mots : « La Cour de La Haye a apporté des contributions fondamentales sur les points sui-

---

International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice – The Rise of the International Judiciary, CUP, 2005. Pour une brève critique sévère du juge international comme *lawmaker,* voir Ch. Leben, « La juridiction internationale », *Droits,* tome 9, 1989.

1601. Cours de La Haye, *op. cit. supra* note 225, p. 486.

1602. *Idem*, p. 487.

1603. A. S. Muller, D. Raic et J. M. Thuranszky (dir. publ.), *The International Court of Justice – Its Future Role after Fifty Years,* Martinus Nijhoff, 1997, Part II, Section D, p. 325.

1604. Les critiques parlent alors « d'activisme judiciaire », comme le fait par exemple R. Kolb, *op. cit. supra* note 804, à la p. 1227.

1605. A. de la Pradelle, *Maîtres et Doctrines en droit des gens,* 2e édition, Paris, Les éditions internationales, 1950, à la p. 439.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

vants … » et suit une longue énumération des grandes têtes de chapitres des apports de la CIJ [1606]. C'est dire à quel point le rôle du juge international a pris une importance croissante dans la construction et l'évolution du droit international, même si ce rôle demeure controversé [1607]. Les spécialistes de droit international public et du travail de la Cour pourront, comme l'ont fait les auteurs de ce travail scientifique, sous couvert de démontrer le rôle de législateur de la Cour, découvrir dans les arrêts et avis de la Cour toutes les occurrences dans lesquelles elle est allée au-delà de la simple interprétation des règles existantes et poussé le plus loin possible sa vision de ce que doit être le droit international. Le droit international s'y prête particulièrement bien puisqu'il est incomplet. Et si le Comité de juristes chargé de créer la première cour permanente internationale a ajouté les principes généraux de droit international dans les sources de droit où le juge doit puiser les solutions qu'il recherche, c'était à la fois pour pouvoir compléter le droit international encore en balbutiement et pour ne pas lui donner complète carte blanche [1608].

750. Plus le droit international utilise des concepts généraux et imprécis, plus les cours internationales doivent appliquer la coutume internationale [1609], ou les principes généraux de droit international, ou des concepts comme le principe de proportionnalité, plus la marge de manœuvre dont elles disposent est grande et plus leur contribution est rendue nécessaire pour la cohérence du droit international [1610]. Ainsi la CIJ, dans l'affaire *Nicaragua* [1611], décide que les articles 1 et 3 des Conventions de Genève possèdent la nature de principes de droit humanitaire et lient les Etats-Unis au titre de la coutume internationale. Ce faisant, elle fait évoluer le droit international en donnant une

1606. D. Carreau et F. Marrella, *Le droit international,* 12e édition, Pedone, 2018, aux p. 718-719.

1607. A. Pellet, « Shaping the Future of International Law : The Role of the World Court in Law-Making », dans M. H. Arsanjani *et al.* (dir. publ.), *op. cit. supra* note 1062, chapitre 51, qui rappelle les propos de M. Reisman à cet égard et les discute.

1608. A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit du droit international,* Pedone, 1974.

1609. Sur l'importance de la coutume, voir L. Lijnzaad et Conseil de l'Europe (dir. publ.), *Le juge et la coutume internationale,* Brill/Nijhoff, 2016. Sur les controverses doctrinales en la matière, O. Sender et M. Wood, « The Emergence of Customary Interantional Law : Between Theory and Practice, dans C. Brölmann et Y. Radi (dir. publ.), *Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making,* Edward Elgar, 2016.

1610. F. Rigaux affirmait que « le juge est devenu l'arbitre de tous les conflits de lois que les législateurs n'ont pas pu ou pas voulu résoudre », dans *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 255. Bien d'autres passages du livre offrent une réflexion sur le rôle du juge en fonction de ce qu'a déclaré le législateur.

1611. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), arrêt du 27 juin 1986.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

interprétation innovante pour ne pas dire plus [1612]. Mais l'on doit reconnaître que, comme le dit E. Belliard,

> « déterminer la pratique effective des Etats et l'existence d'une *opinio juris*, ainsi que sa portée ou, pour reprendre les termes de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit », n'est généralement pas chose aisée » [1613].

La pratique de la CPIJ [1614] et, dans une moindre mesure, celle de la CIJ, montrent à quel point le juge est assez libre de déterminer la coutume comme il l'entend [1615], par les moyens de preuve qui lui paraissent le plus pertinent et sans qu'il procède à une enquête exhaustive de la pratique des Etats. En cela il est particulièrement aidé par le travail effectué au sein de la Commission du droit international [1616]. Il en va de même lorsque les arbitres reçoivent les pouvoirs d'amiable compositeur comme cela a été le cas dans les Accords de Paix de Dayton pour l'arbitrage sur le territoire de Brcko. Les trois sentences arbitrales rendues en vertu de ce texte ont fait preuve d'une grande imagination grâce aux pouvoirs conférés par les textes [1617].

751. Cela vaut aussi pour les domaines du droit en émergence. Ainsi la *lex sportiva* apporte un exemple topique pour montrer comment le tiers impartial et indépendant construit un ordre juridique spécial. Un auteur qui a consacré sa thèse à ce *corpus* juridique [1618] montre dès l'introduction de son ouvrage que le Tribunal arbitral du sport (TAS) a petit à petit pris de l'assurance et, dès 1990, a identifié ce qui a d'abord été appelé une *lex ludica* pour devenir très rapidement ensuite une *lex sportiva*. L'auteur montre que cela a été possible parce que les

---

1612. Cela a un prix puisque c'est à la suite de cet arrêt que les Etats-Unis ont retiré leur acceptation de la compétence obligatoire de la Cour.

1613. E. Belliard, « Introduction », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p. ix.

1614. L'affaire du *Lotus* divisa les juges sur le point de droit coutumier à trancher et la décision fut finalement prise grâce à la voix prépondérante du Président.

1615. P. Tomka, « Le droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour mondiale : l'importance croissante de la codification », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p. 5.

1616. P. Tomka, *op. cit. supra* note 1615, à la p. 11. Et voir Sir M. Wood, « Les travaux actuels de la Commission du droit international et le rôle des juges en matière de coutume internationale », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p. 180.

1617. Toutes les informations sur cet arbitrage peuvent être consultées à l'url suivante : http ://www.ohr.int/ ?ohr_archive_taxonomy=brcko-arbitration.

1618. F. Latty, *La* lex sportiva – *Recherche sur le droit transnational,* Martinus Nijhoff Pub., 2007 p. 35.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

commentateurs des décisions étaient également eux-mêmes, souvent, les arbitres qui composaient les panels du TAS rendant les décisions [1619]. Mais au-delà du personnel humain, le besoin d'autonomiser les normes appliquées de tout ordre juridique national a été ressenti comme une nécessité, seule à même d'asseoir la légitimité du TAS. Le *corpus* ainsi créé s'est fondé sur des valeurs communes aux milieux sportifs, et quelques règles de base posées par les organisations sportives. Ce sont les arbitres qui ont fait le reste [1620].

752. La mise en évidence de la création normative par le juge ne règle cependant pas la question fondamentale que nous devons nous poser à savoir l'influence de cette création normative sur la structure de la norme. Intuitivement, l'effet du recours à la justice sur la structure et la texture de la norme internationale ne paraît pas discutable. Qu'il suffise de penser aux méthodes de travail du législateur d'un côté et du juge de l'autre pour se rendre compte des différences majeures de méthode. Au-delà de cette évidence, nous voudrions mesurer ce que disait H. Lauterpacht sur la justice internationale : « it is a tangible contribution to the development and clarification of the rules and principles of international law » [1621].

753. Le but de ce chapitre n'est pas de dresser un bilan de la jurisprudence des différentes juridictions internationales pour montrer en quoi elles ont pris, ou usurpé diront certains, le rôle de législateur. L'objet de ce chapitre est plus théorique et abstrait, mais tente aussi

1619. Ce point est problématique et doit être étudié avec attention. En effet, si les décisions sont commentées par ceux-là même qui les ont rendues, des effets pervers peuvent s'en suivre, le commentateur manquant de la distance nécessaire pour apprécier de manière critique la décision. D'un autre côté, la non-publication systématique des décisions rendues par les tribunaux arbitraux rend impossible la constitution d'une véritable « jurisprudence ». Voyez le débat entre J.-M. Jacquet, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.*, 2010, p. 445, et C. Kessedjian, « La pratique arbitrale », dans *Mélanges offerts au Professeur Jean-Michel Jacquet,* LexisNexis, 2013, p. 121. La non-publication comporte aussi un autre inconvénient lié au fait que seuls les arbitres ont connaissance de leur propre pratique. Ainsi, la science juridique doit dépendre du bon vouloir de chaque tribunal arbitral ou de l'institution sous l'égide de laquelle les décisions sont rendues, pour connaître les décisions rendues. Or, tribunaux arbitraux et institutions auront tendance à ne faire connaître que les décisions dont ils seront « fiers » et auxquelles ils souhaitent donner une certaine publicité.

1620. Pour qu'ils puissent agir ainsi, les arbitres doivent connaître les sentences que leurs pairs rendent. Cela a lieu dans un certain nombre de domaines en plus du sport, comme les sentences de la *National Grain and Feed Association* ainsi que signalé par L. Bernstein, « Merchant Law in a Merchant Court : Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms », 144 *University of Pennsylvania Law Review*, 1765, à la p. 1820 (1996). En général sur ce point, voir F. Gélinas, « Arbitration as a Transnational Governance by Contract », *Transnational Legal Theory,* 2016, p. 181.

1621. H. Lauterpacht*, op. cit. supra* note 372, p. 5.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de questionner les résultats des autres recherches disponibles. En cela, c'est probablement la partie la plus difficile du cours. Comment évaluer l'influence du recours à la justice sur la norme de droit international ? Autrement dit, quels sont les critères qui permettent de mesurer les « produits » de la justice et leur impact sur la norme ? Pour mener à bien ce travail, les spécialistes de sciences sociales sont mieux placés que les juristes. Ainsi, Yuval Shany, dans un ouvrage qui fait date, a analysé, à travers le prisme des sciences sociales, l'effectivité des décisions des tribunaux internationaux et montré comment la légitimité de ces tribunaux pouvait être évaluée [1622]. Pour aller dans le même sens et au-delà, il conviendrait de mener des recherches empiriques et critiques en analysant au plus près les décisions rendues par rapport aux normes de droit positif, écrites ou non écrites, et montrer comment les décisions ont façonné une autre norme ou une norme amendée qui ensuite fut admise comme faisant partie du droit international. Ce travail passe par une analyse sémantique et du discours que des chercheurs ont entreprise [1623]. Brider l'imagination des juges, qui n'en manquent pas si l'on en croit Jean Giraudoux : « Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination » [1624], est impossible et n'est pas souhaitable car c'est grâce à eux que le droit demeure vivant et acceptable par les justiciables en fonction de l'évolution de la société au sein de laquelle ils exercent leur fonction. Ainsi, on note que la pratique des Etats a été influencée de manière indéniable par les décisions des tribunaux internationaux [1625].

754. Si l'on ne procède pas à une analyse du discours, on peut au moins rechercher l'acceptation des décisions par les parties et, éventuellement, les tiers, en analysant leur exécution, le taux d'échec et de réussite et les cas dans lesquels la justice est impuissante à « imposer » les solutions qu'elle préconise. Certes, cette clef d'analyse est contestée comme critère pour évaluer l'effectivité de la justice internationale. Mais comme notre prisme est plutôt l'impact sur la norme et non l'effectivité en général, et que l'on doit regarder à la fois l'exécution de décisions de droit international et de droit privé, nous

1622. Voir Y. Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts,* OUP, 2014. Dans l'introduction, l'auteur fait un état complet des travaux antérieurs sur lesquels il ne revient pas. Parmi ceux-ci on peut noter L. R. Helfer et A.-M. Slaughter, « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication », 107 *Yale L. J.* 273-391 (1997).

1623. A cet égard, on prendra connaissance avec intérêt du travail de thèse effectué par Edoardo Stoppioni, cité *supra* note 1270.

1624. *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène 5.

1625. Voir par exemple K. J. Alter, L. R. Helfer et M. R. Madsen, « The Variable Authority of International Courts », 79 *Law and Contemporary Problems,* p. 1-36 (2016) ; K. J. Alter et M. R. Madsen, *International Court Authority,* OUP, 2017.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

pensons que l'exécution des décisions est un critère utile. Là encore, les études empiriques sont probablement les meilleures bases sur lesquelles affirmer cette acceptation ou non-acceptation. Faute d'avoir pu mener une telle recherche, nous nous contenterons d'analyser les discours sur l'exécution et comprendre l'influence que les décisions ont grâce à leur mise en œuvre pratique.

755. On peut enfin étudier, à partir des écrits de la doctrine, le *soft power* des décisions de justice qui dépendra beaucoup, on en a l'intuition, de la personnalité des juges et de celle des membres de la doctrine qui commentent ces décisions, donnant encore plus de poids au « collège invisible » dont nous avons déjà parlé.

756. La dernière remarque de cette section sera pour rappeler que l'effet des décisions prises par le tiers va être fonction de l'acceptation de la sentence non seulement par les parties et leurs conseils, mais aussi par les autres acteurs de la scène juridique internationale, les autres tiers, les Etats et leur gouvernement, les institutions elles-mêmes et le public au sens large [1626]. L'acceptabilité de la décision est donc un facteur à prendre en considération quand le tiers statue [1627].

B. Le tiers et le législateur – comparaison des méthodes

757. Il existe de grandes différences méthodologiques et structurelles entre le travail d'une juridiction et le travail du législateur. Tocqueville soulignait trois caractéristiques de la puissance judiciaire : servir d'arbitre ; se prononcer sur des cas particuliers et non sur des généralités ; ne pouvoir agir que lorsque l'on fait appel à elle ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie [1628]. Mais ce ne sont pas les seules qui doivent être soulignées : l'espace géographique dans lequel chacun intervient n'est pas le même ; les intérêts à défendre prennent des couleurs variées ; la souplesse et l'adaptabilité de l'un se comparent avec une certaine rigidité de l'autre ; le courage des juges n'a pas grand-chose en commun avec celui du législateur ; pour le juge, il n'existe pas de vide juridique ; la hiérarchie entre juge et législateur est aussi marquante ; l'accès au droit légiféré, ainsi que sa compréhension par le

1626. Cf. ce que nous avons dit au chapitre 11 sur la fabrication de la décision par le juge.

1627. Cf. par exemple Ch. Jarrosson, « L'acceptabilité de la sentence », *Rev. arb.*, 2012, p. 793-804.

1628. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique,* 1848, tome I, première partie, chapitre VI, p. 159-160.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

justiciable, n'ont pas grand-chose à voir avec ceux du droit prononcé par un juge. Nous allons reprendre chacun de ces éléments.

758. Le temps du législateur n'est pas le temps du juge. En premier lieu, le juge doit être appelé, saisi, pour pouvoir intervenir. Il intervient dans des temps pathologiques, c'est-à-dire quand un différend, voire un litige, est né. Certes, si le tiers est un médiateur ou un conciliateur, il peut intervenir tôt, avant que la progression du différend ne soit trop dommageable. Mais, quelle que soit la nature du tiers, il intervient à la demande des parties alors que celles-ci sont en désaccord sur l'application de la norme qui les lie. Il ne peut s'autosaisir contrairement au législateur qui est souverain et peut intervenir quand il le décide lui-même. Cette temporalité spécifique encadrant le rôle du tiers va avoir des incidences sur la norme juridique prononcée par lui. En second lieu, le juge intervient normalement sur un temps relativement bref alors que le législateur a pour lui la longue durée. Ces concepts sont relatifs car de nombreuses procédures internationales durent très longtemps alors même que, pour la CEDH, le juge doit statuer dans un délai raisonnable qui est rarement respecté par la justice internationale [1629]. C'est d'ailleurs pourquoi toutes les juridictions internationales proposent des procédures accélérées qui ne peuvent, cependant, prospérer qu'avec le plein appui et la pleine coopération des parties. On constate aussi que le « législateur » international a besoin d'un temps long pour intervenir. La négociation d'un traité prend plusieurs années et sa ratification encore de très nombreuses années. C'est la raison pour laquelle est née la pratique des Etats de réduire considérablement le nombre d'Etats parties exigé pour permettre l'entrée en vigueur d'une convention afin que celle-ci intervienne plus rapidement.

759. Le juge statue sur des affaires spécifiques et ne peut se prononcer sur des cas généraux [1630]. En ce sens, il est un arbitre entre deux positions qui lui sont présentées compte tenu des limites de la preuve apportée au cours du procès. La vérité judiciaire dépend de l'administration de la preuve, si bien qu'elle ne peut être qu'une approche nécessairement

1629. Les affaires devant la CIJ et les arbitrages d'investissement se déroulent sur plusieurs années. L'affaire *Bemba* devant la CPI a duré dix années entre le mandat d'arrêt et le revirement en appel ayant décidé de son acquittement puis la confirmation de sa condamnation pour subornation de témoins.

1630. Portalis dans son discours préliminaire au Code civil disait :

> « La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées, d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre ne suffit pas. »

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

imparfaite de la Vérité, au sens philosophique du terme. Une nuance doit immédiatement être apportée à ces affirmations car elles valent pour les affaires contentieuses, mais pas pour une demande d'avis [1631]. Dans ce dernier cas, en effet, la décision prise revêt un caractère général, sauf si l'on est dans le cadre d'une procédure de la nature des questions préjudicielles devant la CJUE ou du Protocole 16 devant la CourEDH qui, elles, doivent être posées dans le contexte d'une affaire en particulier [1632]. Toutefois, même pour ces décisions, leur effet général a un impact sur toutes les parties à des litiges similaires devant toutes les juridictions des Etats membres de l'organisation au sein de laquelle la juridiction siège [1633].

760. Pour le contentieux, la CIJ a toujours été consciente de son rôle particulier et n'a jamais voulu le confondre avec celui du législateur, au moins en théorie, suivant en cela Hegel qui critiquait dans la jurisprudence la confusion entre les fonctions législatives et judiciaires [1634]. Ainsi dans l'*Affaire de l'interprétation des Traités de paix entre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, elle affirme que la Cour doit appliquer les Traités, pas les réviser [1635]. Mais comme le reconnaît A. Pellet, la frontière entre faire œuvre législative et élucider ce que le droit international prescrit est extrêmement ténue : « you will name "legislation" a legal reasoning you disapprove of, but you will call that same reasoning "progressive development" when you favor it » [1636]. Même si l'on admet que le tiers impartial et indépendant crée du droit, il ne peut le faire que dans les interstices laissés par le législateur. Son rôle est donc plus étroit que celui du législateur qui est souverain au sens plein du terme. Si le législateur a été précis, le tiers n'aurait guère de possibilité de compléter la norme. Si, en revanche, le législateur a été imprécis ou incomplet, parfois à dessein, alors le tiers aura plus de pouvoir. Connaître l'art de composer avec le législateur, demande de la part du tiers des années de pratique [1637]. Le juge peut recourir à une large palette de normes, y compris le droit

1631. En général, sur l'influence des avis rendus par les juridictions internationales, voir par exemple, M. Katz, *The Relevance of International Adjudication*, Harvard University Press, 1968.

1632. Sur ces procédures, cf. *supra* par. 724 ss.

1633. On note également que la CJUE distingue clairement les demandes d'avis des questions préjudicielles.

1634. *Principes de philosophie du droit,* par. 211.

1635. Deuxième phase de l'affaire, *Recueil*, 1950, p. 221, citée par A. Pellet, dans *op. cit. supra* note 1062, à la p. 1074.

1636. *Ibidem*.

1637. B. N. Cardozo, *op. cit. supra* note 238, aux p. 113-115.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

tendre [1638] ou des principes généraux du droit, manière bien aisée d'inventer le droit, au double sens de ce mot : *a)* inventer un trésor qui existe déjà et ne demande qu'à être découvert, *b)* inventer de toutes pièces une règle qui n'existe pas comme Leibnitz parvint à résoudre une équation dont la solution était inconnue auparavant et qu'Alan Turing, sans avoir lu Leibnitz, découvrit à son tour quand il était très jeune. Par ailleurs, le juge peut aussi utiliser une hiérarchie des normes en faisant prévaloir une norme conventionnelle sur une norme nationale [1639] ou une norme conventionnelle sur une autre norme conventionnelle conformément aux règles d'interprétation prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités [1640]. Quand le tribunal arbitral de l'Alabama décide que le Royaume-Uni a manqué à ses obligations de *due diligence* il fait preuve d'une inventivité certaine qui aura une influence indéniable sur l'accueil en droit international de cette obligation de *due diligence* [1641]. Cette même inventivité sera à nouveau mise en œuvre par un tribunal arbitral statuant sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) c. Sri Lanka*, qui, pour la première fois, met à la charge d'un Etat une obligation de *due diligence* dans le cadre d'un traité bilatéral d'investissement [1642]. Quant à la CIJ, et contre toute attente, elle a fait sienne des normes de *soft law* dans l'affaire *Australie c. Japon* (Nouvelle-Zélande intervenant) sur la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* [1643]. La Cour prend en considération les lignes directrices de la Commission baleinière

1638. Pour un exemple d'utilisation du droit tendre par un juge en matière de gestion des entreprises cotées en bourse sur les marchés internationaux, CA Paris, 19 décembre 2013, nº 12/22644, *Rev. soc.* 2014 p. 306, note A. Viandier.

1639. Depuis 1975 (arrêt *Jacques Vabre,* chambre mixte, 24 mai 1975, nº 73-13556), la Cour de cassation, en France, a décidé que tout juge devait s'assurer, avant d'appliquer une règle de droit français, qu'elle est conforme aux droits fondamentaux tels que codifiés par la Convention européenne des droits de l'homme ou, plus généralement, aux conventions auxquelles la France est partie.

1640. A l'heure où nous écrivons, le sujet le plus épineux concerne l'éventuelle invalidité ou ineffectivité des dispositions de la Charte du droit de l'énergie au regard du droit de l'UE tel qu'interprété par la CJUE dans l'arrêt *Achmea.* Plusieurs tribunaux arbitraux ont décidé que cette décision n'avait aucun effet sur la Charte de l'énergie en s'appuyant notamment sur la Convention de Vienne de 1969. En dernier lieu, voyez la sentence intérimaire rendue dans l'affaire *Eskosol c. Italie*, CIRDI ARB/15/50, le 7 mai 2019.

1641. Cette obligation est devenue un principe général du droit international qui va désormais au-delà des Etats pour atteindre les entreprises, notamment en vertu des Principes de l'OCDE à destination des entreprises multinationales.

1642. CIRDI ARB/87/3, 27 juin 1990, est la première sentence rendue sous l'égide du CIRDI en vertu d'un TBI alors que le Sri Lanka ne conteste pas la compétence. Le Tribunal arbitral est composé de Ahmed Sadek EL Kosheri (président), Berthold Goldman (nommé par le demandeur) et K. B. Asante (nommé par le défendeur).

1643. *Recueil*, 2014, p. 248-249 par. 47.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

internationale afin d'apprécier la conduite de l'Etat défendeur [1644]. On peut encore parler de pouvoir lorsqu'un juge argentin, le 1er avril 2011, décide que l'Etat turc a commis le crime de génocide au détriment du peuple arménien entre 1915 et 1923 [1645].

761. Mais pour procéder ainsi, le juge doit avoir du courage et utiliser toute l'ampleur du pouvoir qui lui est conféré soit par sa charte constitutive, soit par l'accord des parties. C'est d'ailleurs pour cela que, dans le chapitre 7 de ce cours, nous avons insisté sur la personnalité des juges et sur la philosophie personnelle qui sous-tend leur conception de l'acte de juger. Il en va surtout ainsi dans les domaines qui ne sont pas encore pleinement développés par une longue ligne de décisions préalables ou par une codification précise d'un législateur scrupuleux. Là encore, le développement parallèle du droit des investissements et du droit européen permet de vérifier concrètement comment le juge exerce son pouvoir. A la suite de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Achmea*, le juge allemand aurait parfaitement pu limiter les conséquences de la décision en exerçant le pouvoir que la répartition des compétences au sein de l'UE lui donne. De plus, il aurait pu avoir une lecture étroite de la décision de la CJUE pour sauver la sentence arbitrale en cause. Cela était d'autant plus nécessaire que les décisions de justice, contrairement aux règles légiférées, sont par nature « rétroactives » en ce sens qu'elles s'appliquent à des situations qui ont d'ores et déjà entièrement développé leurs effets, si bien que l'annulation d'une sentence arbitrale, justifiée grâce à une certaine interprétation du fonctionnement général d'un ordre juridique donné (en l'occurrence le droit de l'UE), entame immanquablement la sécurité juridique à laquelle ont droit les justiciables. Le juge allemand aurait pu faire preuve de ce courage dont nous parlions ci-dessus pour faire prévaloir un principe général équivalent à un droit fondamental (la sécurité juridique) sur l'ordonnancement de l'ordre juridique européen qui n'aurait pas souffert de ne se voir mis en œuvre qu'à l'avenir [1646].

1644. Hervé Ascensio, « Soft law », dans *Dictionnaire des idées reçues en droit international,* Pedone, 2017, p. 543-544.

1645. https ://www.infobae.com/2011/04/01/1022193-argentina-un-juez-responsabilizo-turquia-el-genocidio-del-pueblo-armenio/ (visualisé le 11 décembre 2018).

1646. Le droit européen donne des exemples de cas dans lesquels le juge national a estimé ne pas pouvoir suivre les exigences posées par la CJUE. On citera notamment l'arrêt de la Cour suprême du Danemark du 6 décembre 2016, 1re chambre, no 15/2014, en matière de discrimination par l'âge, refusant d'appliquer les instructions données par la CJUE dans les affaires C-499/08, 12 octobre 2010 et C-441/14, 19 avril 2016. Cf. le

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

762. C'est également de courage dont doit faire preuve le juge lorsque le législateur lui accorde un pouvoir en raison du choix de règles abstraites et générales comme c'était le cas traditionnellement dans les pays de culture romano-germanique. Le juge a beaucoup plus de pouvoir lorsqu'il doit mettre en œuvre une norme abstraite que si la norme légiférée est écrite en termes précis et détaillés. Prenons l'exemple de la loi française sur le devoir de vigilance de 2017 [1647]. Cette loi crée une obligation, pour certaines entreprises, de publier un rapport de vigilance sans qu'elle précise exactement en quoi il doit consister. Or, si un dommage survient en raison des activités d'une entreprise visée par le texte, le juge devra prendre en considération le plan de vigilance et en tirer toutes les conséquences en cas d'incomplétude, d'inexactitude ou de non-publication. Ce sera au juge à établir les standards, ce qui lui donne un pouvoir considérable d'encadrer le travail des entreprises à cet égard. L'évolution de la jurisprudence en Europe sur la compétence juridictionnelle des tribunaux en cas de dommages causés par les filiales à l'étranger de sociétés domiciliées en Europe relève de la même analyse [1648].

763. Un autre exemple pour lequel le courage des juges est mis en cause concerne l'allégation de crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis sur le territoire de la République islamique d'Afghanistan. Le 12 avril 2019, la Chambre préliminaire II de la CPI a rejeté, à l'unanimité, la demande du Procureur d'ouvrir une enquête [1649]. Les juges ont décidé qu'une enquête sur la situation en Afghanistan à ce stade (12 ans après les faits) ne servirait pas les intérêts de la justice. C'est oublier le caractère d'exemplarité que toute décision de justice, et surtout celles de la CPI, revêt pour assurer la paix dans la société internationale, au-delà des circonstances factuelles propres à l'affaire jugée. De plus, on note que c'est la première fois que la CPI utilise l'article 53 1. *c)* de son Statut qui permet de ne pas ouvrir une enquête 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 ». La notion d'« intérêts de la justice », essentiellement utilisée par les ordres juridiques de tradition de *common law*, avait suscité des interrogations (et des incompréhensions) au moment de

---

bref commentaire de K. Steensgaard, « Danish Refusal to Follow the Court of Justice on the Applicability of EU Law », *ZEuP*, 2019, p. 407.

1647. Loi n°2017-399 du 27 mars 2017.

1648. C. Kessedjian, « Rapport général », Colloque de l'AIDC Fukuoka 2018, à paraître, 2020.

1649. Affaire nº CPI-02/17-33.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

la rédaction du Statut. Avec cette affaire, on voit l'usage que la Cour peut en faire, dont on ne peut s'empêcher de penser qu'il est le résultat des menaces proférées par les Etats-Unis d'Amérique contre la Cour, menaces partiellement mises à exécution avant le rendu de la décision du 12 avril 2019.

764. La relation entre le juge et le législateur dans l'ordre juridique européen est fort instructive. Dans la structure inventée par les Pères fondateurs, et compte tenu du peu de pouvoir que le Parlement avait à l'époque de la formation de ce qui était la CEE, le Parlement n'avait pas qualité à agir devant la Cour et ne pouvait pas non plus être poursuivi devant elle. C'était en quelque sorte une application stricte de la séparation des pouvoirs. Toutefois, plus le Parlement a reçu de pouvoirs et s'est approché d'un parlement au sens plein du terme, plus il a cherché à faire prévaloir ses prérogatives devant la Cour. Celle-ci lui a donc accordé le pouvoir d'intervenir dans des procédures qui pouvaient porter atteinte à ses pouvoirs [1650]. Plus tard, elle lui reconnaîtra le pouvoir de saisir la Cour en annulation d'un acte de la Commission [1651]. Il faudra attendre 1992 pour que le Parlement puisse saisir la Cour directement, action qui n'entraîna aucune contestation de la part des Etats membres ou du Conseil [1652]. Tout ceci fut ensuite codifié par le Traité de Maastricht. C'est le Traité de Nice qui a encore étendu les pouvoirs du Parlement. C'est en vertu de ces nouveaux pouvoirs qu'il contesta devant la Cour l'accord passé entre l'UE et les Etats-Unis d'Amérique sur les dossiers des passagers aériens [1653].

765. Le courage des juges est encore exemplifié par la CJUE elle-même. Par exemple, le 6 septembre 2017 [1654], elle rend une décision sur la relocalisation des réfugiés après l'afflux soudain de ceux-ci en Europe. La Cour a validé le système de Dublin alors que la Commission européenne en 2015 avait déclaré que ce système était un échec. Cette décision est d'autant plus nécessaire que, en 2050, un habitant du monde sur quatre sera africain et que les flux ne cesseront pas, phénomène qui sera amplifié avec les réfugiés climatiques. D'une manière générale la Cour de Luxembourg, dès sa formation, a eu une influence décisive sur

1650. Par exemple dans l'affaire *Isoglucose*, 138/79.
1651. Affaire *Tchernobyl*, 70/88.
1652. C-284/90, arrêt du 31 mars 1992 et C-295/90, arrêts des 7 juillet et 20 octobre 1992.
1653. Affaire *Parlement c. Commission*, C-317/04 et C-318/04.
1654. Affaire *Slovaquie c. Conseil,* Grande Chambre, affaires Jointes C-643/15 et C-647/15.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'ordre juridique européen. C'est elle qui a forgé, petit à petit, ce que le marché intérieur est devenu. Quand elle a jugé l'affaire *Costa c. Enel* [1655], par laquelle elle a établi le principe de la primauté du droit européen sur le droit des Etats membres, elle a forgé l'ordre juridique européen et lui a donné une assise qui ne se départira pas jusqu'à aujourd'hui. De la même manière quand, en 1962, elle décide l'affaire *van Gend en Loos* [1656], elle modifie profondément la structure du droit international classique en admettant que les citoyens (individus et personnes morales) bénéficient de droits directement applicables (c'est le fameux « effet direct ») en vertu du droit européen et qu'ils peuvent en demander la mise en œuvre aux juridictions des Etats membres. Il en ira de même avec l'affaire *Cassis de Dijon* [1657], dans laquelle elle va créer ce qui sera nommé plus tard la « reconnaissance mutuelle », en affirmant que les Etats membres ne peuvent, sauf exceptions très limitées, ajouter des mesures de contrôle à des produits déjà mis légalement sur le marché dans un autre Etat membre. Certes, elle s'appuie sur le texte du Traité interdisant les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives, mais elle donne corps à ce principe vague et qui aurait parfaitement pu demeurer théorique [1658]. Avec ces trois exemples, nous avons démontré qu'un tiers impartial et indépendant, mieux qu'un législateur, peut, par une seule décision prise à l'occasion d'un litige donné, orienter définitivement l'évolution normative que le législateur reprendra éventuellement à son compte par un phénomène que l'on appelle « codification ».

766. Vient immédiatement à l'esprit la question de savoir si ce rapport juge/législateur, que l'on comprend bien avec les exemples que nous venons de donner, est spécifique au mécanisme du renvoi préjudiciel lui-même. K. Alter et L. Helfer le montrent bien pour ce qui est du Tribunal de la Communauté andine, dont la création a été modelée sur la structure et le fonctionnement de la CJUE [1659]. Toutefois, ce mécanisme dépend de la bonne volonté des juges nationaux qui ne sont pas tous aussi volontaires pour envoyer des questions préjudicielles. Rien ne vaut donc le recours direct

1655. Affaire 6/64, 15 juillet 1964.
1656. Affaire 26/62, 5 février 1963.
1657. Affaire *Rewe-Zentral AG* 120/78, 20 février 1979.
1658. Pour d'autres exemples de création normative par la CJUE, voir S. Saurugger et F. Terpan, *The Court of Justice of the European Union and the Politics of Law,* Palgrave, 2017, chapitre 8.
1659. K. J. Alter et L. Helfer, *Transplanting International Courts*, OUP, 2017, chapitres 3, 5 et 10.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des citoyens pour que le juge international ait un réel impact sur la norme.

767. Le recours au tiers présente des avantages de souplesse indéniable. Le législateur peut donc être tenté de s'en remettre au juge pour compléter les normes qu'il crée. Mais ce rôle est critiqué car le juge a nécessairement une vision partielle des questions en cause, encadré qu'il est par les circonstances factuelles du dossier qu'il juge [1660]. A l'inverse, le juge, si les parties lui en donnent la possibilité, peut revenir sur ses décisions antérieures et affiner sa jurisprudence en fonction des conséquences que ces décisions auront développées dans la pratique. S'il estime qu'une décision n'a pas complètement rempli les objectifs qu'il s'était donné, il peut préciser à nouveau, mieux orienter, mieux guider les justiciables avec le risque indéniable que sa jurisprudence soit moins lisible car trop évolutive, mais c'est le prix à payer pour une bonne adaptation des décisions de justice aux besoins de la pratique. La pérennité de la jurisprudence ne peut pas engendrer un droit acquis pour les parties à une jurisprudence figée malgré les exigences de la sécurité juridique [1661].

768. Le législateur peut aussi désavouer le tiers. Nous avons déjà dit que le législateur est souverain. Nous entendons par là que dans un système démocratique, le législateur tire sa légitimité des urnes et qu'il est celui qui, *in fine*, dit ce que le droit doit être. En conséquence, si une évolution jurisprudentielle ne lui convient pas, il peut parfaitement « désavouer » le tiers et créer d'autres normes ou donner une « interprétation officielle » qui est destinée à lier le tiers. Ceci est plus délicat dans la sphère internationale puisqu'il n'existe pas de « législateur » au sens propre du terme. Mais, on assiste à une tendance similaire dans les négociations en cours pour réformer le règlement des différends en matière d'investissement [1662]. Les Etats se sont inquiétés du fait que certains tribunaux arbitraux ont donné une interprétation « erronée » aux dispositions du traité bilatéral sur lequel l'investissement litigieux était fondé ou au droit international général

1660. En ce sens, P. Tercier, « Des législateurs innomés », dans *Innominatverträge : Festgabe zum 60. Geburtstag von Welter R. Schluep,* Gebundenes Buch, 1988, à la p. 54. Cf. aussi P. Drai qui parle de « para-législateur » dans son discours à l'audience solennelle de la Cour de cassation française, 6 janvier 1993, La Documentation française, 1993, p. 10.

1661. CourEDH, *Unedic c. France*, 18 décembre 2008 et en droit français, Civ. 1, 9 octobre 2001. R. Pound, « Law must be stable and yet it cannot stand still. », cité par Hans Peter Walter, « Zeitgemasse richterliche Rechtsfortbildung », *Recht*, 2003, p. 5.

1662. CNUDCI, Groupe de travail III, négociations en cours. Tous les documents disponibles peuvent être consultés sur le site de la CNUDCI.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

qu'ils devaient appliquer. Pour « rectifier » ce qu'ils considèrent comme une interprétation incorrecte, les Etats ont la possibilité de s'entendre sur une interprétation officielle de ces dispositions. S'ils ne le font pas, ils prennent le risque que les « erreurs » se perpétuent et soient répétées par d'autres tribunaux.

769. De manière plus subtile qu'un désaveu clair, le travail du juge peut être encadré par l'acte qui l'institue. Ainsi la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit dans son article 293 (rendu applicable au TDIM par l'article 23 de son statut), que la coutume internationale appliquée par le juge ne pourra pas être incompatible avec la Convention [1663]. La Convention établit donc une hiérarchie des normes qui s'impose au juge. Ceci n'a rien de choquant, le législateur étant parfaitement dans son rôle quand il opère de cette manière et guide le juge. Comme l'expliquent T. Treves et X. Hinrichs, les Etats ne voulaient pas se voir opposer de vieilles coutumes maritimes qu'ils considéraient comme dépassées et contre lesquelles ils avaient établi de nouvelles règles dans la Convention [1664]. La CJUE, quant à elle, a une position contrastée vis-à-vis de la coutume internationale, à la fois faite d'ouverture et de réticence [1665]. Elle a eu l'occasion de l'appliquer en matière d'immunité d'un Etat dans la relation de travail établie avec un de ses employés n'assumant aucune fonction relevant de la puissance publique [1666]. De son côté, la CourEDH cherche très nettement à rendre compatible les obligations européennes en matière de droits de l'homme avec les règles coutumières internationales. Mais, en cas de difficulté, elle encourage les Etats membres du Conseil de l'Europe à avoir une pratique cohérente afin de prévenir les cas difficiles [1667]. Enfin, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se sert de la coutume pour mieux conforter ou circonscrire la compétence qui lui est conférée par la Convention qui la créée. Mais elle s'en sert

1663. Texte rappelé par T. Treves et X. Hinrichs, « Le tribunal international du droit de la mer et le droit international coutumier », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p. 24.

1664. *Ibidem*. L'article est très riche et détaille pour chaque question abordée par le TDIM soumise selon lui à la coutume comment il a procédé.

1665. J. Malenovsky, « Le juge et la coutume internationale : perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p .55.

1666. Affaire *Mahamdia*, CJUE, C-154/11, 19 juillet 2012, décision rendue dans le cadre du règlement 44/2001. Pour d'autres affaires mettant en cause des règles coutumières internationales, cf. J. Malenovsky, *op. cit. supra* note 1665, aux p. 57 ss.

1667. I. Ziemele, « Le droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p. 72.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

aussi pour mieux imposer aux Etats membres des obligations qui sont complémentaires par rapport à ceux qu'ils se sont engagés à suivre en vertu de la Convention [1668]. On parvient à un résultat similaire en vertu de l'article 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui permettent au juge de créer de nouvelles obligations à la charge des systèmes judiciaires grâce au droit à un recours effectif qui, utilisé par le juge comme principe général du droit définissant un objectif à la charge des Etats, entraîne une création normative nouvelle et l'obligation d'admettre des institutions jusque-là inconnues dans le système juridique en cause [1669].

770. L'accès au droit est supposé être plus aisé lorsque le droit est légiféré que lorsqu'il est issu de la jurisprudence. En tout cas, c'est ce que pensent les juristes de tradition civiliste : le travail législatif est plus aisément connaissable que de tenter de construire la synthèse d'une jurisprudence éventuellement foisonnante. De surcroît, si la norme juridique est issue du travail des tribunaux arbitraux, le justiciable se heurte à un deuxième écueil du fait qu'un grand nombre de sentences arbitrales n'est pas publié empêchant ainsi d'en prendre connaissance. Cela est vrai pour les sentences du commerce international. En revanche, cela est moins vrai pour les sentences rendues sous l'égide du CIRDI, ou par le tribunal irano-américain ou d'autres tribunaux mixtes ou publics statuant sous l'égide de la CPA. La CJUE a bien compris ce problème puisqu'elle publie périodiquement des synthèses de sa jurisprudence selon une liste de mots clefs qui suivent les grands champs du droit de l'Union. La « perte » de substance que l'arbitrage fait peser sur le développement du droit a très souvent été relevée par les juges nationaux, comme l'a fait le *Lord Chief Justice of England and Wales,* arguant de ce que la substance du droit anglais était en régression sur certains sujets depuis que le recours à l'arbitrage était devenu la justice naturelle de certains milieux d'affaires [1670]. Il ajoutait qu'il favorisait une réforme de l'arbitrage afin d'autoriser plus de recours contre les sentences rendues pour permettre au juge anglais de contrôler les points de droit d'intérêt public jugés en arbitrage.

1668. E. Vio Grossi, « Le droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits humains », dans L. Lijnzaad *et al.*, *op. cit. supra* note 1609, à la p. 82.

1669. Cf. le projet de recherche REJUS destiné à mettre en évidence ce phénomène.

1670. Bailii Lecture, mars 2016, citée par D. Jones, « Arbitrators as Law-Makers », 6 *Indian J. Arb. L.,* 18 (2018).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

C. L'exécution des décisions ou accords de règlement

771. L'exécution des décisions est une des composantes essentielles du droit à un procès équitable et une garantie de l'efficacité de la justice. C'est par ces mots que s'exprime la *Magna Carta* des juges européens adoptée par le CCJE en novembre 2010 dont il a déjà été question[1671]. On peut ajouter que de l'efficacité de la justice dépend aussi l'efficacité du droit. Puisque le caractère volontaire de la justice internationale est sa marque de fabrique la plus persistante, il n'est pas faux de penser que les décisions prises à la suite de l'intervention du tiers devraient généralement être suivies d'effet. C'est, en tout cas, en philosophie du droit, une conséquence admise de l'autonomie de la volonté. Il n'empêche que, parfois, ce principe de bon sens est mis à mal. Le juge Breyer n'hésite pas à dire que « … le respect des décisions de justice est une question de mœurs, d'habitudes et de coutumes des peuples » [1672]. Plusieurs hypothèses seront examinées. La première se penchera sur l'exécution des accords de règlement. La deuxième sur l'effectivité des décisions de la CIJ. La troisième sur l'exécution des décisions des juges nationaux.

772. Lorsque les parties ont recours à une médiation ou une conciliation, si elles parviennent à un accord, donc si la médiation est réussie, elles concluent un accord que la Convention CNUDCI dite de Singapour, appelle « accord de règlement ». Comme son nom l'indique, cet accord est un contrat et, en tant que tel, il n'est pas censé circuler dans le monde comme circule une sentence arbitrale en vertu de la Convention de New York de 1958, ou les jugements en vertu de nombreuses conventions bilatérales ou, lorsqu'elle enrera en vigueur, la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale [1673]. Cet accord met fin au litige qui avait donné lieu à la médiation et, en tant que tel, il possède un caractère quasi juridictionnel. C'est à ce titre que certains pays lui accordent un effet de « chose jugée » alors même qu'il n'a pas encore été homologué par un juge [1674]. La nature hybride, contractuelle et quasi juridictionnelle, de l'accord de règlement explique les difficultés

1671. Cf. *supra*, chapitre 1, note 145.
1672. S. Breyer, *op. cit. supra* note 482, p. 31.
1673. Le texte en a été adopté le 2 juillet 2019.
1674. C'est le cas de la France, Code civil, article 2052. La réforme de 2016 a « modernisé » la terminologie utilisée dans le texte en supprimant les mots « autorité de chose jugée », mais la description des effets dans le texte issu de la réforme de 2016 revient au même.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que les négociateurs au sein de la CNUDCI ont eu pour s'entendre sur des dispositions qui permettent sa circulation internationale. Le premier but a été de faciliter l'exécution aisée des accords de règlement afin de renforcer la sécurité juridique du recours à la médiation, même si celle-ci étant volontaire, on aurait pu s'imaginer qu'une telle convention n'était pas nécessaire. Malheureusement, la première intention des négociateurs n'a pas été suivie de tous les effets que l'on aurait aimé voir développer. En effet, la partie qui veut résister à l'exécution de l'accord se voit dotée d'une longue liste de moyens qu'elle peut avancer devant le juge afin que l'accord ne puisse pas être exécuté [1675]. C'est un peu regrettable, mais comme toujours quand une nouvelle convention est adoptée, seule la pratique pourra dire si elle est utile et si elle remplit ses objectifs [1676]. Notons enfin que les transactions judiciaires sont exclues du champ d'application de la Convention de Singapour ainsi que les transactions qui sont incorporées dans une sentence arbitrale. Cela s'explique aisément : ces transactions perdent leur caractère de contrat pour emprunter celui de jugement ou de sentence dans lesquels elles sont subsumées. Ce qui est exécuté n'est plus la transaction en tant que telle mais le jugement ou la sentence qui l'a incorporée [1677].

773. L'effectivité de leurs décisions est généralement une préoccupation pour tous les tribunaux et cours internationaux. On dit toujours que les arbitres doivent s'efforcer de rendre des sentences susceptibles d'être exécutées. Certes, cela ne correspond qu'à une obligation de moyens, mais cette injonction pèse sur les épaules des tribunaux arbitraux qui sont conscients du devoir qui doit être le leur de rendre une décision efficace.

774. Pour la CIJ, l'efficacité de ses décisions a toujours été une préoccupation, à tel point qu'elle en a fait le thème du congrès réuni à La Haye pour fêter ses cinquante premières années d'existence [1678]. Le système juridique international est fondé sur la volonté des Etats

1675. Convention de Singapour, article 5.

1676. Pour une explication de la Convention (et de la loi modèle qui y est attachée), voir J.-M. Jacquet, communication donnée au Comité français de droit international privé, 5 octobre 2018 à paraître dans les actes du Comité. Et en anglais, T. Schnabel, « The Singapore Convention on mediation : A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements », disponible sur ssrn, https ://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id=3239527 (visualisé le 14 janvier 2019). Notons que J.-M. Jacquet était le délégué français lors des négociations et que T. Schnabel était le chef de la délégation des Etats-Unis d'Amérique. L'auteur de ces lignes était elle-même observateur pour l'ILA.

1677. Cf. *infra*.

1678. La Haye, 16, 17 et 18 avril 1996. Voir aussi Ph. Couvreur, *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law,* Brill, 2017.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

non seulement par rapport à la compétence des tribunaux (ainsi que nous l'avons montré au chapitre 9), mais également en ce qui concerne l'efficacité de la norme émise par une juridiction internationale. C'est le propre même de ce système en contraste avec ce qui se passe dans les systèmes nationaux où la force publique est là pour permettre l'exécution des décisions de justice s'il en est besoin. Or, un juge de la Cour affirme que son efficacité dans l'exercice de sa compétence, ou ce que nous appellerions l'effectivité de ses décisions, est certaine, même si elle est limitée [1679]. Il ajoute :

> « … depuis sa création, la Cour a rendu cent-vingt-et-un arrêts dans des affaires mettant en cause soixante-dix-neuf Etats, ce à quoi il faut ajouter vingt-sept avis consultatifs. Tous les arrêts rendus au fond par la Cour sont autant de différends résolus, et autant de situations qui auraient pu aboutir à un conflit ouvert et qui ont trouvé une issue pacifique. Dans la grande majorité des cas, ses arrêts sont exécutés spontanément – c'est d'ailleurs un des aspects positifs du principe selon lequel la compétence de la Cour est basée sur le consentement des Etats : des Etats ayant consenti à la juridiction de la Cour sont plus susceptibles d'exécuter ses décisions de plein gré » [1680].

Mais le même auteur reconnaît que l'efficacité est limitée dans la mesure où, même si l'article 94.2 de la Charte des Nations Unies prévoit que la partie qui ne peut faire exécuter un arrêt de la Cour peut demander au Conseil de sécurité de prendre des mesures pour faire exécuter la décision, le Conseil n'a jamais pris de telles mesures [1681].

775. Le concours des juges nationaux est souvent nécessaire pour appliquer les décisions internationales. Ainsi, il est reconnu qu'un Etat et ses tribunaux ne peuvent exciper de règles nationales contraires pour

1679. R. Abraham, « La Cour internationale de Justice, dans G. Guillaume (dir. publ.), *La vie internationale et le droit,* Hermann, 2017, à la p. 49.

1680. *Ibidem*. On peut ajouter que jusqu'en 1970, toutes les décisions de la Cour avaient été exécutées par la partie perdante. La première fois où l'Etat condamné a refusé l'exécution est intervenue avec l'affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*). Plus récemment, on constate une remise en cause du respect par les Etats des décisions de la CIJ, comme nous le montre l'exemple de l'Italie sur la question de l'immunité de l'Allemagne pour les faits de guerre. Alors que la CIJ a décidé en 2012 que l'Allemagne doit bénéficier de l'immunité, les tribunaux italiens continuent à condamner l'Allemagne (cf. les décisions citées par C. Kessedjian, *verbo* « Immunités », *Encyclopédie Dalloz de droit international*, octobre 2017, n° 121.). Voir également, R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, chapitre 9, « Execution of International Judicial Awards : Experience since 1945 », p. 250-286.

1681. *Ibidem*, p. 50.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

refuser de donner effet à une décision internationale [1682]. C'est en ce sens que l'on peut dire que les Etats sont face à l'obligation d'exécuter les décisions des juridictions internationales rendues à leur encontre, sans qu'ils puissent s'abriter derrière leur ordre juridique, alors même que c'est sur le fondement du droit étatique que l'exécution intervient. Ainsi, lorsque la décision internationale condamne l'Etat à payer une indemnité, le paiement doit intervenir selon les modalités concrètes prévues par le droit de cet Etat [1683]. Les mesures à prendre sont donc uniquement dictées par le droit interne de l'Etat concerné [1684], quitte à ce que des aménagements soient pris afin de donner satisfaction à la personne qui a gagné devant la juridiction internationale [1685]. Toutefois, J. Matringe [1686] note que certaines juridictions internationales n'hésitent plus à user d'un pouvoir de suggestion ou même d'injonction, sous forme, par exemple, d'arrêts pilotes qui permettent de donner des directives à l'Etat destinataire [1687].

776. Malgré le principe que nous venons d'exposer, il existe des hypothèses dans lesquelles un juge national a refusé d'appliquer une décision internationale. Ainsi J. Matringe signale que la Cour d'appel du *District of Columbia*, aux Etats-Unis, a rejeté les demandes de citoyens américains qui se plaignaient que l'Etat n'avait pas appliqué la décision de la CIJ dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. La décision est prise, notamment, sur le fondement que les citoyens ne sont pas habilités à demander l'application d'une décision internationale à laquelle ils ne sont pas partie [1688]. Cet exemple montre la limite du développement du droit international par le truchement du juge malgré le fait qu'il détient, comme le dit si bien un auteur pour le juge interne, « le monopole de la violence légitime dans la société moderne » [1689]. On a beau penser que le juge « est l'instrument de pénétration de la règle commune dans la

1682. J. Matringe, « L'exécution par le juge étatique des décisions judiciaires internationales », *RGDIP* 2013, p. 555-578, à la p. 556.

1683. En ce sens, l'article 68.2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

1684. Cf. par exemple l'article 46, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voyez également CIJ, *Avena,* point 9 et demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004, *Recueil*, 2009, p. 3.

1685. Cf. par exemple l'article 41 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1686. *Op. cit. supra* note 1682, à la p. 562.

1687. L'auteur donne d'autres exemples de techniques utilisées tirés de la pratique d'autres juridictions internationales.

1688. J. Matringe, *op. cit. supra* note 1682, à la p. 568.

1689. Blandine Kriegel, *op. cit. supra* note 142, p. 244.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

vie quotidienne de tous les Etats membres »[1690], ou qu'il a pour mission d'assurer une fonction régulatrice pour l'ensemble de la communauté à laquelle il s'adresse, le fait qu'il statue pour un litige particulier demeure une limite indépassable.

777. L'effectivité de la justice pénale internationale a donné lieu à la publication de la Déclaration de Paris du 16 octobre 2017 à la suite de la réunion à l'Ecole nationale de la magistrature des représentants des tribunaux et cours pénaux internationaux. Mais le sens pris par le mot *effectiveness* est plutôt celui de l'efficacité de la procédure et de la bonne administration de la justice pour prendre en considération à la fois la complexité des crimes poursuivis et l'idée selon laquelle les juridictions doivent rendre compte. Le document ne parle pas directement de l'exécution des décisions prises, sauf à dire que, en filigrane, on peut comprendre que si la gouvernance des juridictions suit les principes énoncés, il y a plus de chances que les décisions rendues soient respectées car elles seront plus légitimes.

778. C'est aussi une préoccupation constante pour les décisions de toutes les juridictions, y compris les tribunaux arbitraux. On peut noter à cet égard que les Etats se sont mis d'accord en 1958 sur une convention pour l'exécution des sentences arbitrales[1691], complétée par des dispositions extrêmement draconiennes de la Convention de Washington de 1965 pour les sentences arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI. On doit cependant noter que c'est seulement en juillet 2019 qu'une convention a été conclue pour la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par des juges nationaux, en remplacement de la vieille Convention de 1971, qui n'a eu que très peu de succès. Ce texte de 2019 n'a été précédé que par le droit européen et la Convention de 2005[1692] pour les décisions fondées sur une élection de for opérée par les parties au litige[1693].

1690. Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, p. 12.

1691. Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

1692. En Europe, la Convention de Bruxelles de 1968 a été transformée en règlement de l'UE, (en dernier lieu, règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)), et la Convention de Lugano du 30 octobre 2007. Voir également les différentes conventions adoptées dans le cadre du Mercosur, N. de Araujo, *Dereito Internacional Provado,* 4e édition, Renova, 2008. Cf. également les conventions conclues dans le cadre de l'ASEAN.

1693. Il s'agit de la Convention de La Haye de 2005. On doit noter cependant que cette Convention n'est entrée en vigueur qu'en raison de sa ratification par l'UE en son nom et au nom de tous ses Etats membres, le Danemark et le Royaume-Uni ratifiant séparément. Parmi les Etats tiers, seuls le Mexique, Monténégro et Singapour sont

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

779. Il existe un lien fort entre légitimité et confiance dans l'institution judiciaire et exécution des décisions rendues par ces institutions. Comme l'expliquent très bien K. Alter et L. Helfer dans leur analyse du *Tribunal de la Communidad andina*, autant ce tribunal a pu développer un corps de règles très respecté dans le domaine de la propriété intellectuelle, autant a-t-il été empêché de ce faire dans d'autres domaines, en raison notamment d'un manque d'indépendance par rapport aux pouvoirs politiques des Etats membres, de l'instabilité politique et économique de la région et d'une culture d'irrespect pour le droit [1694].

780. Pendant très longtemps, et probablement encore aujourd'hui, le droit international a souffert du fait qu'aucun mécanisme d'exécution des décisions n'existe, les parties respectant les décisions rendues uniquement si, politiquement, cela est pertinent et souvent avec l'idée que la réciprocité permettrait à un autre Etat d'exécuter à son tour (réciprocité positive) ou au contraire dans la peur que si l'on n'exécute pas d'autres feront pareil (réciprocité négative). Ce n'est pas faute pour les Pères fondateurs des Nations Unies d'avoir prévu dans la Charte que la partie qui veut faire exécuter une décision à l'encontre d'un des membres de l'organisation peut avoir recours au Conseil de sécurité pour ce faire en cas de réticence par la partie qui doit exécuter, ainsi que nous l'avons déjà dit [1695]. Mais cette possibilité est restée virtuelle car le texte lui-même ne paraît pas très comminatoire [1696]. C'est d'ailleurs pourquoi le mécanisme d'exécution, inséré dans la Convention de Washington de 1965, est si révolutionnaire d'une certaine manière, comme nous l'expliciterons plus avant ci-après. La Convention prévoit aussi une claire et forte obligation d'exécution par les parties [1697].

781. C'est probablement l'OMC qui a montré la voie pour une meilleure exécution des décisions prises dans le cadre de son organe

---

liés par cette Convention, ce qui montre le manque d'intérêt des Etats pour les règles qu'elle propose.

1694. K. J. Alter et L. R. Helfer, *Transplanting International Courts : The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice,* OUP, 2017.

1695. Article 94 (2) de la Charte des Nations Unies.

1696. A. Reinsich, *op. cit. supra* note 46, dit qu'il n'y a eu qu'une seule tentative et qu'elle s'est heurtée au veto d'un des membres permanents. Il cite H. Mosler et K. Oellers-Frahm, dans Bruno Simma (dir. publ.), *The Charter of the United Nations : A Commentary,* 1178 (2002).

1697. Article 53 CIRDI. A. Reinisch, *op. cit. supra* note 46, dit que si l'Etat hôte ne se conforme pas à la décision rendue, l'investisseur peut alors à nouveau se prévaloir de la protection diplomatique (p. 113). Cf. *infra* paragraphe 792.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

de règlement des différends. La thèse de A. Hamann [1698] montre excellemment comment la « fonction exécutive » a été pleinement intégrée à la fonction juridictionnelle, de manière inédite et selon des modalités que l'auteur qualifie de « complètes, diversifiées et sophistiquées », permettant ainsi d'intégrer les décisions rendues dans l'ordre juridique international pour former un tout qui conforte la sécurité juridique. Cela ne va pas sans controverse comme l'explique la préface d'Hélène Ruiz-Fabri [1699]. Mais la force du mécanisme mis en place par l'OMC est démontrée, si besoin en était, par le récit par lequel commence la thèse de A. Hamann. Si une organisation nationale a jugé utile de demander à un juge américain une décision déclaratoire selon laquelle une décision de l'ORD ne peut avoir d'effet sur le territoire américain, c'est bien que cette demanderesse connaissait la puissance de la décision et en craignait les effets dans l'ordre international comme dans l'ordre national, notamment au regard des enjeux économiques. La force du système mis en place par l'OMC est attesté par le fait que, pour les cas qui sont effectivement jugés, les décisions bénéficient d'un très fort coefficient de bonne exécution (de 85 à 90 %) en raison même de la phase de suivi de la mise en conformité. Il y a bien sûr des résistances dans quelques cas sensibles, mais le degré de respect est très élevé [1700].

782. Les décisions de justice ont un effet d'autorité de chose jugée restreinte en ce qu'elle ne concerne que les parties en cause et uniquement pour les points tranchés par la décision dans les strictes limites des circonstances dans lesquelles le différend est né [1701]. De ce fait, il est difficile d'assurer l'établissement d'un système juridique *erga omnes* avec des décisions de justice. Cela est encore plus difficile si une même question de droit est tranchée différemment par diverses juridictions du fait de la prolifération des tribunaux internationaux. C'est d'ailleurs pourquoi un ancien président de la CIJ avait proposé que la Cour soit la seule à pouvoir se prononcer sur des questions de droit international général et que tous les autres tribunaux internationaux devraient poser des questions préjudicielles à la CIJ lorsqu'ils sont eux-

1698. A. Hamann, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC,* Brill/Nijhoff, 2014.

1699. *Op. cit. supra* note 1698, p. xvii.

1700. La thèse de A. Hamann sera peut-être remise en cause compte tenu du climat actuel de suspicion de certains Etats parmi les plus puissants de la planète vis-à-vis de la justice internationale. Seul l'avenir pourra dire si le taux élevé de respect pour les décisions internationales se maintient.

1701. Article 59 du statut de la CIJ, notamment.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

mêmes appelés à statuer sur une telle norme sans le bénéfice préalable d'une interprétation par la CIJ.

783. Les décisions des cours régionales sont probablement plus suivies que celles des cours internationales à vocation universelle. La CJUE, en ce qu'elle est à la fois une cour internationale/régionale, une cour constitutionnelle et une cour suprême, bénéficie d'un respect accru de ses décisions, même celles qui sont prises à l'encontre des Etats. Mais cet effet n'est pas obtenu par la simple aura dont cette cour peut bénéficier. Le législateur européen a beaucoup aidé la Cour, par exemple, en organisant un recours en manquement à l'encontre des EM lorsqu'ils ne respectent pas une norme issue de l'ordre juridique européen, y compris lorsque cette norme émane de la Cour. De la même manière, la possibilité conférée à la Cour de prononcer des sanctions pécuniaires, y compris des astreintes, à l'encontre d'un EM pour non-respect d'une de ses décisions, constitue une révolution dans le monde de la justice internationale [1702]. En 2000, c'est avec la Grèce que cette disposition a été inaugurée. La deuxième affaire fut soulevée en 2005 en matière de pêche [1703]. En 2013, la Commission européenne a saisi la CJUE dans neuf affaires qui venaient ainsi devant la Cour pour la seconde fois en raison du manquement de chacun des EM de se conformer à une décision précédente de la Cour [1704]. La Commission européenne se transforme donc en bras armé de la Cour quand une décision de cette dernière est violée par un Etat. Il est loin le temps où le Premier ministre d'un des EM pouvait dire publiquement et en substance après une décision de la Cour condamnant son pays : « après tout, ce n'est qu'une décision de la Cour européenne » [1705].

784. Toutefois, même pour la CJUE, l'exécution de ses décisions sur question préjudicielle est beaucoup plus difficile à évaluer. Tout d'abord, on note que le texte du traité ne dit rien sur les effets des décisions préjudicielles à l'égard des juridictions nationales. Certes, tout le système permet de penser que les juges n'ont pas le pouvoir de se départir des décisions de la Cour sur question préjudicielle. Toutefois, on doit noter qu'il n'existe aucune mesure de contrôle ni dans les textes ni dans la pratique. Si bien qu'il est tout à fait possible

1702. Article 260 TFUE. Dans le jargon de l'UE, on appelle cette procédure « manquement sur manquement ».

1703. Affaire C-304/02.

1704. Information donnée par S. Saurugger et F. Terpan, *The Court of Justice of the European Union and the Politics of Law,* Palgrave, 2017, p. 96.

1705. Propos attribués à Lionel Jospin, alors Premier ministre de la France, dans l'affaire dite de la vache folle.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que les juridictions nationales ne suivent pas à la lettre les décisions de la CJUE. De plus, on remarque une évolution notable dans la manière dont la Cour rédige ses décisions sur questions préjudicielles. De plus en plus, elle donne des directives générales aux juges nationaux et renvoie à leur appréciation l'application concrète de ces consignes générales aux faits de l'espèce, donnant ainsi une marge de manœuvre aux juridictions des EM pour mettre en œuvre les consignes définies par elle.

785. La légitimité de la CJUE a été grandement facilitée par la Commission elle-même qui, en sa qualité de gardienne des traités dans l'ordre juridique européen, a toujours fait de la Cour son alliée, notamment en lui demandant des avis qui ont permis à la Cour d'asseoir une plus grande autorité sur l'évolution de l'ordre juridique européen [1706]. De la même manière, la Commission n'hésite pas à recourir aux actions en manquement [1707] quand elle constate que les juridictions nationales n'appliquent pas une décision de la Cour. Elle peut également demander à ce que l'Etat membre dont les juridictions n'obtempèrent pas soit condamné pécuniairement.

786. Il existe un moyen plus subtil de ne pas «exécuter» les décisions des juridictions. Un exemple peut être tiré du refus des EM de l'UE de conférer à la Cour les pouvoirs juridictionnels sur certains aspects de la politique européenne. Par exemple, le Traité d'Amsterdam qui a «communautarisé» le droit international privé a assorti cette communautarisation d'une limitation de compétence de la Cour. Il faudra attendre le traité de Lisbonne pour que le droit international privé tombe dans le droit commun des questions préjudicielles de l'article 267 TFUE. Il en est allé de même de la politique étrangère et de sécurité commune ainsi que des nouveaux moyens de la gouvernance européenne. Tous les domaines (éducation, culture, notamment) gérés par ces nouveaux moyens de gouvernance ne donnent pas lieu à des actes de droit dérivé si bien que la Cour ne peut pas les contrôler. Cela confirme l'idée que la Cour est vraiment une cour internationale et dépend des Etats membres pour sa compétence. Bien entendu, la Cour a renforcé sa position quand la Charte des droits fondamentaux est devenue obligatoire.

1706. Notons, cependant, que l'avis 1/17 (30 avril 2019) sur le CETA et la validité du dispositif de règlement des différends que ce traité contient, a été demandé par la Belgique.

1707. Bien que l'on perçoive un net infléchissement de ces actions dans les récentes années. Cela peut s'expliquer par un recentrage de la politique européenne du fait de la crise grave de légitimité de l'Europe et du projet européen dans son ensemble.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

787. Pour la CourEDH, dans un certain nombre de pays adhérents au Conseil de l'Europe et donc à la CEDH, l'effectivité de ses décisions a été facilitée par le fait que les juridictions suprêmes de ces pays ont déclaré que les décisions de la Cour de Strasbourg ont un effet *erga omnes* pour tous les Etats membres. Ainsi la Cour de cassation française, en assemblée plénière, a décidé que

> « les Etats adhérents à cette convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation » [1708].

Cet effet *erga omnes* sera renforcé lorsque la Cour rendra les avis qui lui seront demandés en vertu du Protocole 16 entré en vigueur en 2018 et dont nous avons déjà parlé [1709].

788. En droit international, il existe un autre prisme : l'exécution à l'étranger des décisions prises par un juge statuant sur le territoire d'un Etat donné. Ce thème est l'un des marronniers [1710] du droit international privé. Quand, en 1958, les Pères fondateurs de ce qui était à l'époque la CEE ont visé l'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales comme sujet que les Etats membres (alors seulement au nombre de six, tous de tradition civiliste) devraient négocier entre eux [1711], ils savaient que la solidité des relations économiques entre leurs ressortissants reposait en partie sur la facilité offerte à ces derniers de faire reconnaître à l'étranger les droits qu'ils avaient acquis en vertu d'une décision de justice dans un pays donné ou à travers une procédure d'arbitrage. Une telle disposition révélait ainsi le caractère pragmatique des Pères fondateurs de la CEE, tel un Jean Monnet qui, bien que grand commis de l'Etat français, n'en avait pas moins été négociant participant aux activités de l'entreprise familiale négociante en cognac.

789. L'histoire montre que les Etats membres de la CEE ne jugèrent pas utile de négocier entre eux une convention qui aurait fait double

1708. Cass Ass. Pl., 15 avril 2011, n° 10-17049.

1709. Cf. *supra* chapitre 12.

1710. En France, cette expression triviale est utilisée par les journalistes pour désigner un sujet qui revient de manière récurrente surtout lorsque l'actualité manque de piquant et de nouveauté.

1711. C'était l'article 220 du Traité de Rome qui sera aboli seulement avec le Traité de Lisbonne (entré en vigueur le 1er décembre 2009).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

emploi avec la Convention de New York récemment adoptée [1712]. En revanche, ils commencèrent à négocier ce qui allait devenir dix ans plus tard la Convention de Bruxelles de 1968. Cette Convention marque le point de départ d'une *success story*, celle de l'espace de justice en matière civile et commerciale de ce qui est aujourd'hui l'UE. De très nombreux textes sont venu s'ajouter à la Convention de Bruxelles, elle-même transformée en règlement en raison de ce que l'on a appelé la « communautarisation » du droit international privé européen avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam [1713]. Ce cours n'est pas le lieu pour passer en revue l'histoire de cette construction, mais le but de ces rappels est de montrer que dans une sous-région telle que l'UE, l'intégration juridique peut entraîner des conséquences positives pour les acteurs privés, à tel point que, dans une des versions du Brexit, le Royaume-Uni avait pensé conserver ces dispositions, ne serait-ce qu'en les transposant dans son droit interne. Au moins dans cette sous-région, à laquelle il faut ajouter les pays membres de l'AELE (Suisse, Norvège, Islande, Liechtenstein), l'efficacité transfrontière des décisions en matière civile et commerciale est une réalité de tous les jours.

790. Au plan universel, les choses sont beaucoup plus laborieuses [1714]. Cette question de l'efficacité transfrontière des décisions tombe dans la compétence de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui a fêté ses 125 ans en 2018, ayant été formée en 1893 comme un forum de négociation périodique pour être transformée en 1955 en organisation intergouvernementale permanente sans toutefois changer son nom. Dès 1905, la Conférence adopte une convention relative à la procédure

1712. Mais quand les Pères fondateurs de la CEE signèrent le Traité de Rome en 1957, les négociations pour ce qui allait devenir la Convention de New York de 1958 étaient encore en cours.

1713. La dernière version du règlement Bruxelles I est celle du règlement 1215/2012 commentée par H. Gaudemet-Tallon et C. Kessedjian, *RTDe*, septembre 2013 et C. Kessedjian, « L'espace judiciaire civil et commercial européen : Le règlement « Bruxelles I » refondu, *RGDIPub,* 2013.3, p. 545.

1714. Tous les jours, de nombreuses décisions prises par des tribunaux nationaux se voient refuser une quelconque efficacité par une autre juridiction nationale. L'une des affaires les plus emblématiques à cet égard est celle opposant Texaco/Chevron à de multiples entités et personnes, notamment la communauté de Lago Agrio, pour les activités qu'elle a conduites en Equateur. Une décision des juridictions équatoriennes de condamnation de Chevron à plusieurs millions de dollars s'est heurtée au refus des juridictions américaines au motif qu'elle avait été obtenue par fraude. Cf. (parmi une multitude de décisions) *Chevron c. Donziger*, 974 F.Supp.2d 362 (SDNY 2014) confirmée en appel par la Cour du deuxième circuit.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

civile [1715] qui ne comporte pas de disposition sur la reconnaissance ou l'exécution des décisions. Ce sera également le cas pour la Convention de 1954 qui lui a succédé. Il faudra attendre 1971 pour que la première convention dans ce domaine soit adoptée [1716]. Comme elle nécessitait une « bilatéralisation », c'est-à-dire l'autorisation de chaque Etat à l'accession de tout autre Etat, son développement a été freiné. Son succès fut donc modéré, même s'il est plus grand qu'il n'y paraît à première vue, car son contenu fut adopté sous forme de loi interne par les pays du nord de l'Europe. Ce n'est qu'à la fin des années 1990 qu'une nouvelle tentative sera entreprise, à la demande des Etats-Unis d'Amérique qui voyait ses décisions bloquées à l'étranger, notamment par tous les pays qui, comme le Japon, les Pays-Bas et les pays du Nord de l'Europe, exigent la réciprocité pour pouvoir reconnaître ou exécuter des décisions étrangères. Cette tentative échoua pour de multiples raisons qu'il serait trop long d'analyser ici. Qu'il suffise de dire que le sujet est difficile et que l'erreur stratégique commise à l'époque fut de tenter de répliquer, à l'échelle mondiale, une convention proche de la Convention de Bruxelles de 1968. Que l'on en juge. Alors que les six Etats membres de la CEE avaient en commun une même culture juridique (même si au sein de cette culture plusieurs nuances existent) puisqu'ils sont tous de tradition civiliste, dix années leur ont été nécessaires pour négocier et conclure la Convention de Bruxelles de 1968 que nous avons mentionnée ci-dessus. Quand on cherche à conduire le même exercice au niveau mondial avec des systèmes juridiques aussi différents que ceux de la Chine, de l'Argentine, de l'Australie ou de la Norvège, on peut imaginer la complexité accrue de l'exercice. Les Etats membres de la Conférence de La Haye ont donc mis leurs espoirs dans le nouveau round de négociation commencé dans les années 2010, après qu'en 2005 la Convention sur les accords d'élection de for a été conclue [1717]. Le texte adopté en 2019 a pris huit années supplémentaires de négociation pour aboutir.

1715. Disponible sur le site de la Conférence : https ://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1905-civil-procedure-convention.

1716. Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, texte disponible sur le site de la Conférence www.hcch.net.

1717. Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : https ://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court. On ne peut pas dire que cette convention est un succès car si l'on omet l'UE (qui y a adhéré pour ses vingt-huit Etats membres), seuls le Mexique, le Monténégro et Singapour en sont partie.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

791. Pour ce qui est des sentences arbitrales, le succès de la Convention de New York de 1958 est très connu et il est inutile d'approfondir longuement ce pan du droit international. Qu'il suffise de dire que, à la date du 31 juillet 2019, 160 Etats avaient accédé à la Convention en en faisant l'une des conventions mondiales ayant eu le plus de succès et certainement la première de la CNUDCI. Toutes les grandes économies du monde en sont parties. On note qu'en 2015 l'Etat de Palestine y a accédé. A quoi est dû ce succès ? Tout d'abord, la Convention est écrite, comme il était d'usage au temps où elle a été négociée, en des termes généraux et abstraits qui donnent de claires directives au juge mais lui laisse un assez grand pouvoir d'adapter ses dispositions au besoin de la cause. De plus, grâce à son article VII, la Convention autorise les Etats à utiliser d'autres normes plus favorables à l'exécution des sentences, qu'elles soient nationales ou internationales, ce qui permet aux Etats les plus ouverts à l'arbitrage, de passer outre les dispositions surannées de la Convention. Il s'agit là d'un outil incomparable d'adaptation indirecte de la Convention. Une autre raison est évidemment sa longévité. Elle a résisté au temps et surtout la CNUDCI a résisté aux propositions de négocier un ou plusieurs protocoles ou même une nouvelle convention de New York, ce qui n'aurait fait que morceler le droit de l'exécution des sentences arbitrales, sous couvert de modernisation, mais aurait amoindri le haut degré de sécurité juridique que l'on a atteint avec la Convention de 1958 [1718].

792. Ce que nous venons de dire pour les sentences arbitrales vaut à la fois pour les sentences rendues en matière de commerce international, qu'elles soient issues d'un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, et pour les sentences en matière d'investissement, sauf pour les sentences rendues sous l'égide du CIRDI. En effet, pour ces dernières, la convention CIRDI organise un système fermé sur lui-même. Les demandes d'annulation d'une sentence CIRDI sont examinées par les comités *ad hoc* constitués en vertu de l'article 52 de la Convention. Si la sentence n'est pas annulée, elle doit être reconnue et exécutée par les Etats partie à la Convention CIRDI en vertu des articles 53 à 55 qui empêchent les Etats d'utiliser leurs mécanismes habituels de recours et d'*exequatur*

1718. En 2008, lors du Congrès ICCA de Dublin, A. J. van den Berg avait proposé d'amender la Convention de New York pour l'améliorer. Cette proposition avait été combattue par E. Gaillard. Depuis, un guide a été préparé par le Secrétariat (2016) accompagné d'une *webplatform* qui recense la jurisprudence sur la Convention et d'autres informations fort utiles. Le tout a bénéficié de l'aide d'une équipe coordonnée par les professeurs E. Gaillard, G. Bermann et M^me^ Y. Banifatemi.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

des sentences arbitrales. Seule l'immunité d'exécution est préservée par le système (art. 55). Pour le reste, les Etats s'engagent à traiter la sentence « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat » (art. 54(1)). Cette disposition est absolument remarquable, révolutionnaire à son époque, elle demeure unique dans l'histoire de l'exécution transfrontière des décisions de justice. Elle ouvre la voie, pour le moment inexplorée, à un véritable droit transnational de l'exécution des décisions.

Conclusion

793. En conclusion de ce chapitre, on doit se demander si un des contrecoups de l'effectivité des décisions internationales et du rôle incomparable du tiers grâce à l'influence qu'il a sur la structure et la texture de la norme internationale, ne se traduit pas par une méfiance accrue des Etats. Ce serait un paradoxe que de voir les Etats qui ont participé, souvent avec force, à la création des juridictions internationales, s'en détourner ensuite lorsque celles-ci deviennent trop efficaces. L'élève qui dépasse le maître ou qui prend son autonomie n'a pas toujours l'heur de plaire ! On doit se demander si ce n'est pas ce qui se passe aujourd'hui. On le voit au moins avec trois exemples. D'abord, il a été suggéré à plusieurs reprises que l'une des raisons pour lesquelles le gouvernement britannique est si pressé de voir le Brexit se concrétiser, est liée, notamment, à l'insatisfaction croissante qu'il ressent vis-à-vis de la Cour de Luxembourg qui a systématiquement refusé de donner effet à des institutions connues du droit anglais dans le cadre de sa jurisprudence en matière de droit international privé[1719]. On peut se poser la même question avec l'ORD de l'OMC et l'attitude des Etats-Unis. Enfin, il est clair que les Etats ont été étonnés de l'ampleur que le contentieux d'investissement a prise et l'incroyable influence exercée par les tribunaux arbitraux dans ce domaine. Ils veulent maintenant s'en débarrasser ou, *a minima*, lier beaucoup plus les mains des arbitres par des interprétations officielles [1720].

1719. On a en tête le *forum non conveniens* et les *anti-suit injunctions*, notamment.

1720. Ce sont les négociations en cours au sein de la CNUDCI (groupe de travail III) qui nous informent le mieux sur ce mécontentement.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

CHAPITRE 14

QUAND LE JUGE DEVIENT UN ALGORITHME

Introduction

794. Les débats sur l'intelligence artificielle (IA) s'intensifient et personne ne peut se permettre le luxe de les ignorer, même si on aimerait probablement mieux ne pas s'encombrer l'esprit avec ces nouvelles formes de penser et d'agir. Il convient néanmoins de reconnaître que nous sommes face à la troisième révolution profonde de nos sociétés : la première ayant été celle de l'imprimerie, la deuxième la révolution industrielle et la troisième, celle du XXI^e^ siècle, la révolution de l'intelligence artificielle, ce que A. Garapon et J. Lassègue appellent « la révolution graphique » [1721] en ce sens que l'écriture mathématique a remplacé l'écriture alphabétique [1722] et que l'écriture informatique comporte des caractéristiques profondément différentes de celles que l'intelligence humaine utilise [1723]. Alexandre Senegacnik a magnifiquement représenté cette révolution grâce à la caricature reproduite ci-après (cf. image n^o^ 18).

795. En 2027, 10 % du PIB mondial sera réalisé grâce ou avec le support des *blockchains* [1724]. La *blockchain* est une technique de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée et fonctionnant sans organe central de contrôle. Par extension, une *blockchain* constitue une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création. Cette base de données est sécurisée. Elle est partagée par ses différents utilisateurs, sans intermédiaire, ce qui permet à chacun de vérifier la validité de la chaîne [1725]. Il existe des *blockchains* publiques, ouvertes à tous et des *blockchains* privées, dont l'accès et l'utilisation sont limités à un certain nombre d'acteurs. La première *blockchain* est apparue

1721. A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale,* PUF, 2018, p. 19 ss.

1722. On doit remarquer, cependant, que l'écriture n'est pas toujours alphabétique, puisque plusieurs millions de locuteurs utilisent des idéogrammes, ce qui engendre une manière de pensée très différente.

1723. A. Garapon et J. Lassègue, *op. cit. supra* note 1721, aux p. 41 et s.

1724. Présentation faite par R. Battaglini sur le programme JUR, à l'ERA, Trèves, en octobre 2018.

1725. Définition donnée par le site Blockchain France, visualisé le 4 janvier 2019.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

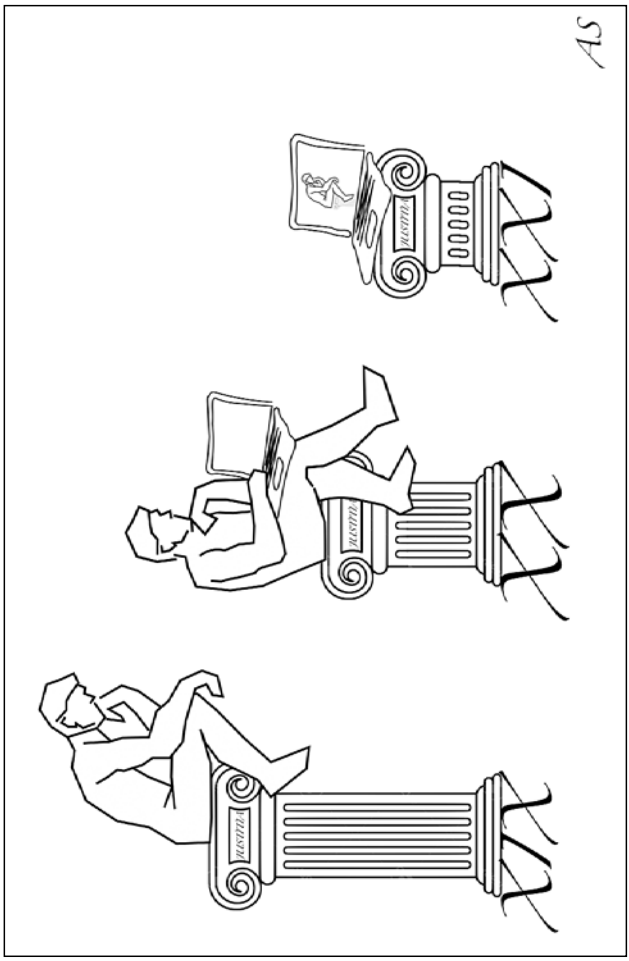

Image 18. Caricature créée par Alexandre Senegacnik pour ce livre, reproduite avec l'aimable autorisation de l'artiste.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

en 2008 avec la monnaie numérique *Bitcoin*. Une application de la *blockchain* se trouve dans le traçage des produits. Les *smart contracts* sont une autre application des *blockchains*. Il s'agit de programmes autonomes qui exécutent automatiquement les conditions et termes d'un contrat, tels que définis au préalable et inscrits dans la *blockchain*, sans nécessiter d'intervention humaine une fois que le programme est lancé. Le programme obéit à une suite logique d'instructions conditionnelles du style « si tel événement intervient, alors telle conséquence en est déduite ». Une application simulée a été créée à Londres en 2015 [1726] pour l'indemnisation des passagers en cas de retard de vol. Le passager n'a plus à remplir de formulaire. Le logiciel recoupe diverses banques de données : la liste des passagers sur le vol en retard, les conditions tarifaires de leur contrat de transport, d'autres conditions qui pourraient interférer sur le droit à indemnisation. L'indemnisation due éventuellement à chaque passager est alors « automatiquement » mise en œuvre pour les passagers qui remplissent les conditions. C'est une application similaire que la justice peut utiliser.

796. Une précision est nécessaire à ce stade. Les *smart contracts*, contrairement à ce que leur nom indique, n'ont aucune force juridique par eux-mêmes. Ce sont des logiciels qui mettent en musique les contrats passés entre les parties, qui peuvent être très nombreuses, et qui sont liées par des réseaux de contrats plus ou moins complexes. Ce qui est à venir, dont pour le moment à notre connaissance nous n'avons pas d'exemple, et que l'on nous promet avec l'intelligence artificielle, c'est que le logiciel pourra de lui-même s'adapter (parce qu'il aura appris tout seul ?) à des circonstances nouvelles non prévues initialement dans son programme. Ou bien il pourra aller chercher de lui-même des paramètres dans une autre banque de données non initialement programmée pour être connectés avec les données qui lui ont été fournies.

797. Cette révolution s'est faite à bas bruit, mais elle était en germe depuis l'invention des premiers ordinateurs. Rappelons-nous la célèbre réplique de Cary Grant (Dr Praetorius) dans le film de Joseph Mankiewicz, *People Will Talk*, à propos de la médecine :

> « Whether the practice of medecine should become more and more involved with the human beings it treats or whether it

1726. Le cryptographe américain Nick Szabo avait parlé de ces *smart contracts* dès 1995.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> should go on as in its present form, only a matter of pills, serum and knives, until eventually we shall undoubtedly involve an electronic doctor . . .»

Nous sommes en 1951 et le scénariste, Mankiewicz lui-même, s'est inspiré d'une pièce de Curt Goetz écrite en 1950. Quelle magnifique prémonition.

798. Alan Turing, le mathématicien anglais, qui, au cours de la Seconde Guerre mondiale, a réussi à décoder Enigma, la machine allemande de codage, est probablement le précurseur de tout ce qui est advenu ensuite, sans que nous en ayons eu conscience, sauf peut-être Steve Job dont on dit que la marque et le logo se sont inspirés de la pomme chargée de cyanure avec laquelle Turing s'est suicidé [1727]. Présage de ce qui est encore à venir? Dès 1936, Turing théorise un modèle universel de calcul en décomposant tous les actes qui le constituent [1728].

799. Dans ce chapitre, nous ne parlons pas de ce qu'il est convenu d'appeler la «e-justice», au sens où l'usage des techniques de communication alliant un ordinateur et une ligne téléphonique peut améliorer la gestion des dossiers, l'interface entre les justiciables, les conseils et le tribunal ou la manière d'administrer les preuves en justice par des moyens de gestion de masses de données, ce qu'il est convenu généralement d'appeler la «numérisation», «les nouvelles technologies» ou la justice «zéro papier» [1729]. Nous ne parlons pas non plus de la tenue d'audiences par moyens télé/audio/visuels, qui sont désormais le degré primaire et basique de l'usage de techniques dans le fonctionnement de la justice [1730]. Quand une zélote de l'utilisation maximale des techniques computationnelles parle, on entend tous les bénéfices que l'usage de ces techniques peut engendrer:

> «Machines may increase efficiency, lower cost, ensure consistency in outcomes, circumvent the need for translation, expand

1727. Steve Job a nié que son inspiration vienne de Turing. Toutefois, il semble que ce faisant il ait surtout souhaité préserver les marchés potentiels de son entreprise, dont un certain nombre sont encore peu accueillants à l'homosexualité.

1728. A. Garapon et J. Lassègue, *op. cit. supra* note 1721, aux p. 68-72.

1729. Pour des articles sur ces différents thèmes, voir notamment, Archives de philosophie du droit, *L'E-justice – Dialogue et Pouvoir,* Dalloz, tome 54, 2011. Voyez aussi la réunion des ministres de la Justice européens en Autriche, 16 juillet 2018 qui ont discuté de ces questions dans la perspective d'une meilleure justice à rendre pour les citoyens de l'Union. Sur la numérisation de la justice, voir H. Jacquemin et A. de Streel (dir. publ.), *L'intelligence artificielle et le droit,* Larcier, 2017, p. 259 ss.

1730. L. Cadiet *et al.*, *op. cit, supra* note 215, à la p. 151.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> access to international arbitration and, . . . possibly reduce biais [1731]. » [1732]

Et plus loin :

> « The incredible thing about machine-learning is that the machine teaches itself. » [1733]

Heureusement, la même personne perçoit l'une des conséquences que l'on peut en tirer :

> « This capacity allows us to minimize human intervention and influence over the machine's decision making process but also can create a black box around how, exactly, the machine decides an issue ? In the world of international arbitration, this lack of transparency may prove particularly problematic. » [1734]

Effectivement, si quelqu'un doit voir les difficultés, ce sont bien les juristes. On dit souvent que le département juridique d'une entreprise est le lieu où les dirigeants vont quand ils veulent entendre un « non », car les juristes voient les risques quand tous les autres voient les opportunités. Mais les entreprises commencent à utiliser l'IA pour les décisions de gestion que les dirigeants doivent prendre, les algorithmes devenant de plus en plus sophistiqués et les résultats, au dire de certains, de plus en plus fiables. Mais on ne peut s'empêcher de se demander comment un être humain peut décider qu'un résultat produit par IA est « fiable » quand il ne peut vérifier aucun des processus que l'IA a utilisé pour y parvenir. On en revient à la « boîte noire » mentionnée ci-dessus.

A. La justice algorithmique

800. Dire que la justice peut être rendue par des algorithmes signifie que l'intelligence artificielle et le *big data* peuvent analyser un grand nombre de décisions de justice déjà rendues et, s'appuyant sur cette analyse, décider comment une affaire en particulier doit être tranchée. En ce sens, certains parlent de « justice prédictive ». On parvient à cela en

1731. Sur ce dernier point, v. la démonstration magistrale contraire de Cathy O'Neil, *Algorithmes, la bombe à retardement,* Les arènes, 2018, originellement publié en anglais sous le titre *Weapons of Math Destruction*.

1732. A. Endicott, « Machine-Assisted Arbitration – Possibilities and Pitfalls for Machine learning for International Dispute Resolution », OGEMID, 26 septembre 2018.

1733. *Ibidem*.

1734. *Ibidem*.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

« paramétrant » le droit et en « systématisant » les réponses données par un tribunal à une question déterminée. On peut affiner en paramétrant aussi le nom du juge afin d'avoir une vision aussi parfaite que possible de la « jurisprudence » de ce juge en particulier [1735]. Cela permet aux avocats de mieux cibler leurs arguments en fonction de la personne qui jugera ou des membres qui composeront le tribunal (si la justice est collégiale) sans permettre de « choisir » son juge. Fera-t-on cela avec l'arbitrage ? On peut déjà probablement le faire avec l'arbitrage d'investissement (au moins en partie grâce aux sentences CIRDI et *ad hoc* publiées). Un participant aux négociations de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats-hôtes a suggéré qu'il existe déjà un logiciel dans lequel vous entrez le nom de l'Etat et de l'investisseur et le nom des arbitres que vous pressentez pour composer le tribunal arbitral et la « machine » sort la sentence qui sera rendue. En fonction du résultat, vous pouvez décider de désigner l'un ou l'autre des arbitres disponibles et tenter d'influencer la nomination de l'un ou l'autre des présidents que vous avez testés grâce au logiciel.

801. Nous devons comprendre exactement de quoi nous parlons quand nous parlons de justice algorithmique et d'intelligence artificielle appliquée à la justice. Un algorithme est une formule mathématique qui permet à une machine à qui l'on a donné un certain nombre d'informations, d'en ressortir un « produit » après un processus entièrement *computarized* comme une machine à produire des pâtes : à un bout de la machine vous introduisez de la farine, des œufs, du lait et de l'eau, du sel et du poivre, la machine produit une pâte qui est ensuite découpée en lanières, séchées selon la nécessité du produit et empaquetées prêtes à distribution et à l'achat. La justice algorithmique fonctionne de la même manière : vous introduisez dans l'ordinateur les caractéristiques essentielles des parties, la ou les questions en litige, les faits essentiels, les arguments des parties, et la machine malaxe le tout pour sortir une décision prête à être signée par le « juge » et notifiée aux parties.

802. Pourquoi est-ce possible ? Parce que la « machine » a intégré au préalable une masse de données de décisions de justice sur la même

1735. On le constate immédiatement, cela vaut uniquement pour les systèmes juridiques dans lesquels la justice est rendue par l'accumulation des opinions des juges composant la juridiction, sauf à utiliser une base de données différente lorsque la justice est collégiale pour connaître, selon la composition des chambres, les orientations données à la jurisprudence par un groupe.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

question et qu'elle peut donc « reproduire » une décision en fonction des données qu'elle a ingurgitées. Ainsi, une expérience a été conduite par une plateforme d'IA sur des accords de confidentialité *(non-disclosure agreements)*. Il a été demandé à un groupe test de juristes chevronnés et à un ordinateur d'IA de lire ces contrats et d'identifier les trente questions juridiques qu'ils posent. Les humains ont eu un taux de fiabilité de 85 % quand l'ordinateur est parvenu à 95 % ; l'ordinateur a pris 26 minutes quand les humains ont eu besoin de 92 minutes en moyenne. Sur un contrat, l'ordinateur a été fiable à 100 % alors que le meilleur des humains en concurrence avec lui n'a réussi « que » 97 % [1736]. Fort de ce type de résultat, une machine a déjà été développée pour passer l'examen du barreau au Japon [1737].

803. Dès 1990, Alan Wolfe parle de justice algorithmique et la critique en disant qu'elle ne tient pas compte de la capacité de l'être humain d'interpréter, d'appliquer et de créer la norme juridique puisque la justice algorithmique est juste intéressée par *the rule-following character* [1738]. L'IA est fondée sur les nombres. Plus le nombre de cas identiques sera grand, plus la machine sera justifiée à « juger » dans le même sens. Comme l'a fort bien dit Barbara Cassin, l'IA est une machine époustouflante à reproduire le Même. Un magistrat français, fin connaisseur des arcanes de la justice, Antoine Garapon, a pu parler de l'apparition d'

> « … un droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et la technique, un droit qui s'applique tout seul et n'a besoin d'aucune administration, ni d'aucun tiers de justice, ne dépendant plus ni des coutumes, ni de la culture, un droit qui coïnciderait totalement avec la science » [1739].

804. C'est ainsi que les logiciels juridictionnels sont fondés essentiellement sur trois fondamentaux : la théorie des jeux et sa supposée *rational decision making* ; la sagesse des foules ; les oracles [1740]. La justice algorithmique ne peut fonctionner sans communauté dont

1736. « AI beats humans at contracts », partagé sur OGEMID le 11 mars 2018, visualisé sur Internet le 12 mars 2018.

1737. CBC News, article par W. Snowdon, 20 septembre 2017.

1738. A. Wolfe, « Algorithmic Justice », dans D. Cornell, M. Rosenfeld et D. Gray Carlston (dir. publ.), *Deconstruction and the Possibility of Justice,* Routledge, 1992, p. 366, reproduction d'un article paru initialement dans 11 *Cardozo L. Rev*. 1409 (1990).

1739. *Les enjeux de la justice prédictive*, *JCP*, édition G., n° 12, 9 janvier 2017, doctr. 31.

1740. Présentation de R. Battaglini, *op. cit. supra* note 1724.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

l'implication sera confortée par des « récompenses » [1741]. On le constate, chacun de ces quatre paramètres contient son propre risque de biais. On le sait depuis longtemps parmi les économistes, la théorie des jeux a ses limites et chaque opérateur sur le marché ne se conduit pas forcément de manière rationnelle. Certes, on peut vouloir augmenter les cas dans lesquels la rationalité de la prise de décision est à l'œuvre. Mais la notion même de rationalité est relative. Elle dépend des données qui sont connues par celle ou celui qui décide. On peut discuter sur la sagesse des foules. L'histoire (même récente) nous apprend que les foules ne sont pas toujours sages. Elles sont facilement manipulables car elles ne possèdent pas toujours toutes les informations pertinentes dont elles ont besoin pour prendre leur décision. Les oracles ne sont, eux aussi, pas exempts de biais. Certes, il sera possible de les former et informer de manière à ce qu'ils remplissent leur rôle le mieux possible. Mais on ne peut attendre d'eux qu'ils aient toujours raison dans leur manière de concevoir la décision qui devra être prise. C'est probablement le dernier paramètre qui pose le plus de questions d'éthique. Pour « bien » fonctionner, les membres de la communauté doivent recevoir des « récompenses ». Cela révèle le peu de valeur que les systèmes algorithmiques réservent à l'acte gratuit, pour le bénéfice de la collectivité, sans intérêt individuel. Qu'il suffise de renvoyer nos lecteurs au livre de Michael Sandel, *What Money Can't Buy : The Moral Limits of Markets* [1742], dont chaque page montre l'inanité d'un raisonnement fondé sur la récompense.

805. On le comprend à la suite de cette description, où va se placer le sens de l'équité (à la base de tout acte de juger) ? Il n'est possible que si celle ou celui qui juge est capable de ressentir des émotions. Or, les psychologues nous apprennent que les machines, comme les

1741. *Ibidem*. Nous avons fait remarquer à l'orateur, qui n'en avait pas eu conscience, que l'équipe à l'origine de ce qu'il décrivait n'était composée que d'hommes. De plus, comme le disent A. Garapon et J. Lassègue, ce ne sont pas des juristes qui sont à l'origine des *legaltech*, mais des jeunes hommes d'affaire, des *geeks,* qui ont vu dans la justice un champ inexploité (*op. cit. supra* note à la p. 91). Les *legaltech* sont les entreprises qui offrent d'ores et déjà des services juridiques algorithmiques. En novembre 2018, Katie Atkinson en dénombrait 1095, réparties de la manière suivante :

> « 226 Marketplace companies, 263 Document automation companies, 202 Practice management companies, 81 Legal research companies, 40 Legal education companies, 32 ODR companies and 50 Analytics companies. »

Cf. K. Atkinson, « The Computer as Courts », présentation Erasmus Universiteit, Rotterdam, 19 novembre 2018. L'oratrice indiquait par ailleurs qu'en 2019 (du 17 au 21 juin), la 17e conférence sur l'intelligence artificielle et le droit *(Artificial Intelligence and Law)* sera hébergée par le *Cyberjustice Laboratory* de Montréal.

1742. Farrar, Straus et Giroux, 2012.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

psychopathes, sont incapables d'empathie ni d'émotion. Pour que la machine devienne une vraie « intelligence » et puisse rendre la justice, il faudra qu'elle puisse intégrer des émotions.

B. La justice internationale réfractaire à l'algorithme

806. Avant d'étudier comment la justice internationale pourrait être rendue, ou non, par des algorithmes, il n'est pas inutile de regarder leur utilisation par la justice nationale. Nous ne citerons que deux affaires qui exemplifient comment des algorithmes influencent la décision des juges. La *High Court of Justice* à Londres [1743] a décidé que, dans le cadre d'une procédure de preuve électronique *(e-disclosure)*, l'une des parties au litige devait communiquer le *predictive coding* en même temps que la communication électronique des preuves concernant 17,6 millions de fichiers électroniques. De cette masse de données, l'algorithme a tiré 3,1 millions de fichiers. Il convenait ensuite de gérer ces fichiers afin qu'ils révèlent les informations les plus pertinentes pour le dossier. Cet exemple fait immédiatement penser à cet aphorisme que l'on prête à Oscar Wilde sur les économistes : « ils connaissent le prix de chaque chose, mais en ignorent la valeur ». Toujours est-il que le juge, en autorisant l'utilisation du *predictive coding*, s'est appuyé sur les critères suivants : nombre de documents concernés, nature et complexité de la procédure, facilité de retrouver les documents, accessibilité, coût, authenticité et intégrité et pertinence des documents. Ces facteurs ne sont pas spécifiques au processus de *e-disclosure*, mais prennent une teinture différente dans ce processus dans la mesure où les programmes informatiques utilisés pour gérer les documents doivent au minimum respecter ces différents objectifs et permettre d'effectuer le contrôle des opérations de manière intelligible. La description du processus par le juge est instructive [1744]. La machine est « formée » *(trained)* grâce à un échantillon de documents (en l'occurrence entre 1600 et 1800 documents). La sélection de l'échantillon est absolument essentielle pour l'intégrité du processus. C'est pourquoi le juge suggère que cette sélection doit être faite par un juriste senior qui maîtrise parfaitement les questions juridiques en jeu dans le dossier afin de pouvoir déterminer la pertinence des échantillons choisis. Considérant

1743. Décision du 16 février 2016, http ://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/256.html. On note que le juge cite des décisions rendues l'une aux Etats-Unis d'Amérique et l'autre en Irlande pour appuyer sa propre décision.

1744. Voir surtout à partir du par. 19 de la décision.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

que le juge n'a reçu aucune preuve selon laquelle l'utilisation du *predictive coding* pouvait entraîner un résultat moins fiable qu'une autre méthode, et que les parties se sont mises d'accord sur la nature du logiciel et sa méthode d'utilisation, il décide d'en autoriser l'usage [1745].

807. Une autre utilisation des algorithmes pour aider la justice peut être trouvée dans l'affaire *State c. Loomis* [1746], en matière pénale. Le tribunal de première instance s'était servi des résultats d'un programme appelé COMPAS pour évaluer les chances de récidive du prévenu et adapter sa condamnation à ce que le logiciel avait déterminé. Le prévenu faisait appel de la décision de condamnation sur le fondement de l'impossibilité à laquelle il s'était heurté de discuter, et éventuellement contredire, l'étude prédictive qui avait été ainsi conduite par le logiciel. Bien que la cour supérieure de l'Etat accepte la critique énoncée à l'encontre du programme informatique et décide que tout prévenu doit être informé au préalable qu'un algorithme sera utilisé dans le processus de jugement, elle n'en confirme pas moins la condamnation car, dit-elle, les juges de première instance ne se sont pas fondés uniquement sur les résultats fournis par ce programme qui n'a été qu'une aide à la décision. Les principes de l'OCDE en matière d'intelligence artificielle adoptés le 22 mai 2019 insistent sur le fait que les acteurs de l'IA doivent s'engager à assurer la transparence et une divulgation responsable des informations liées aux systèmes qu'ils créent afin de permettre aux personnes concernées d'en appréhender le résultat et d'en comprendre le fonctionnement afin, éventuellement, de pouvoir les contester [1747].

808. Mais si les décisions sont rendues en dehors de toute intervention humaine, il n'y aura plus de juges (devenus inutiles) et, surtout, il n'y aura plus de procès puisque le robot aura déjà donné la solution au litige. Or, si telle est la réalité, le droit sera alors complètement figé à un moment T donné sans aucune possibilité d'évolution. En effet, comme nous l'avons dit en début de chapitre, les algorithmes ne peuvent

1745. Nous pensons que l'accord des parties a eu un poids important dans la décision du juge ainsi que la réduction du coût de gestion considérable. *In fine*, le juge estime aussi que, compte tenu de la date à laquelle l'audience a été fixée, il y aura suffisamment de temps de revenir à une autre méthode si jamais l'utilisation du logiciel s'avère inopérante ou insatisfaisante.

1746. 881 NW2nd 749 (Wisconsin, 2016).

1747. Principe 1.3. Le texte des principes est disponible à l'url suivante : https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449#_ga=2.88145691.1437953966.1559062000-618903139.1426969559 (visualisé le 28 mai 2019).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

fonctionner qu'en prenant appui sur une base de données et sont donc programmés pour reproduire le Même. Ne pouvant que « reproduire », ils contribuent à rendre stable (c'est un euphémisme) la jurisprudence. De plus, comme vient de le démontrer une mathématicienne américaine, Cathy O'Neil [1748], les algorithmes peuvent être « faux » en ce sens qu'ils reproduisent les biais de la société [1749] puisque les personnes qui les créent choisissent, par des formules mathématiques, de donner un poids différent à telle ou telle donnée, si bien que le résultat va reproduire les biais introduits dans la machine au moment de sa programmation et, grâce à son effet multiplicateur, va répandre le biais à une très grande échelle. C'est pourquoi cet auteur affirme que ces algorithmes ne sont rien d'autre que des « armes de destruction mathématique », plagiant ainsi une célèbre formule qui a permis aux dirigeants états-uniens de lancer la guerre d'Irak sur le fondement de faits inventés de toutes pièces. Le jeu de mots est plus perceptible en anglais du fait de la prononciation très proche entre « mass » et « math ».

809. De la démonstration de Cathy O'Neil, on doit retenir que la machine possède ses propres biais qui remplace ou duplique les biais humains. Et parce qu'elle travaille sur la masse, elle démultiplie ses biais et leur impact sur la société. De plus, une perturbation minimale dans le processus de calcul de la machine, peut entraîner une conclusion irrationnelle et absurde. Ainsi, le Professeur Guglielmo Tamburrini, présente un test effectué avec une machine qui commence avec un bus pour écolier (les bus jaunes américains) parfaitement reconnu par la machine mais qui, après une petite perturbation, devient une autruche alors qu'il s'agit exactement de la même image que celle initialement analysée. Le même test a été effectué avec une tête de chien et le même résultat est obtenu [1750].

810. Quant à l'art de juger, exercice éminemment délicat, complexe et qui exige la nuance, il n'est pas inutile de relire ce que dit un juge canadien du *duty of fairness* que doit appliquer le juge :

1748. Cathy O'Neil, *op. cit. supra* note 1731.

1749. Il est apparemment prouvé qu'un algorithme construit par une femme ne comporte pas les mêmes fonctions que celui créé par un homme. Cela a été affirmé par l'un des participants au colloque organisé par France-Amériques le 15 octobre 2018 sur « L'intelligence artificielle peut-elle prédire une décision de justice ? ».

1750. G. Tamburrini, « Alien Artificial Intelligence in the Court and its Meaninful Human Control », présentation au cours du colloque « Exploring Pathways to Civil Justice in Europe – The Computer as the Court Panel, Erasmus Universiteit – Rotterdam, 19 novembre 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

> «Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.» [1751]

811. Les logiciels de justice prédictive sont fondés sur le poids que le programmateur a donné à chaque catégorie d'information qui est fournie à la machine. On devrait donner plus d'importance à une décision de cour suprême, qu'à une décision de cour d'appel et plus de poids à une décision de cour d'appel qu'à une décision de première instance. Par ailleurs, la machine qui doit «juger» un cas entièrement nouveau, ne pourra pas se fonder sur une base de données qui, par hypothèse, n'existera pas. Elle devra donc être programmée pour «décider» le cas le plus approchant, celui qui lui paraîtra correspondre le mieux aux circonstances nouvelles qui lui sont présentées, sans que la personne jugée puisse comprendre ni discuter son «raisonnement», au risque qu'elle assimile un bus scolaire avec un éléphant.

812. On perçoit immédiatement les difficultés qu'un tel système crée pour la justice internationale. Comme nous l'avons dit en introduction, il n'existe pas de hiérarchie entre les juridictions internationales si bien que si, sur une même question, elles ne sont pas d'accord entre elles, comment le logiciel déterminera-t-il le poids à accorder à chacune des juridictions internationales qui se sont prononcées? Devra-t-il accorder plus de crédit à une décision de la CIJ qu'à une décision d'une juridiction spécialisée? Il n'est pas certain que ce soit ce qu'ont voulu les Pères fondateurs des Nations Unies. Ils n'ont pas, en effet, conféré à la CIJ les pouvoirs d'une cour suprême ni d'une cour constitutionnelle, mais ont décidé qu'elle est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. En conséquence, quelqu'un devra trancher la question de savoir

1751. *Baker c. Canada (ministère de la Citoyenneté et de l'immigration),* (1999) 2 SCR 817, par. 22.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

si le logiciel doit donner le même poids aux décisions de la CIJ comme à celles de toute autre juridiction internationale. La même question, encore plus difficile, se pose entre une juridiction internationale telle la CIJ et un tribunal arbitral. Et comme nous savons maintenant que le juge naturel du droit international est le juge national [1752], comment va-t-on hiérarchiser les décisions ? Devra-t-on donner un poids proportionnel à la taille du PIB du pays, ou à l'importance de sa population, ou à l'ancienneté de sa culture, ou au nombre de droits de tirage au sein des organisations financières internationales, ou devra-t-on utiliser le système de l'Union postale internationale ou de l'Organisation internationale des communications ? Au contraire, ne doit-on pas donner le même poids à chacune des décisions rendues par une juridiction nationale, quel que soit le pays dans lequel elle a été rendue, selon les règles de vote au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, un Etat – une voix, quelle que soit la taille des Etats. Mais peut-être devra-t-on accorder un poids en fonction du nombre de décisions rendues chaque année sur cette question sur le territoire de chacun des Etats. Poser ces questions suffit à montrer l'absurdité du système.

813. En outre, le système du *deep learning* ou du *feedback loop* peut être problématique. Le logiciel d'intelligence artificielle apprend par couche successive, comme le fait un humain, sauf qu'il n'oublie rien, comme le glacier qui enferme les informations géologiques depuis des siècles. De plus, dès qu'il « rend une décision », celle-ci vient immédiatement s'ajouter aux strates précédentes et elle se trouve pondérée par le logiciel lui-même sans intervention humaine uniquement parce qu'elle comportera tel ou tel critère qui la fera entrer automatiquement dans une catégorie. Aucune analyse de qualité n'entre dans cette manière de procéder. Ce que nous venons de décrire montre que ce qui doit nous intéresser désormais c'est le fonctionnement de l'algorithme et les informations qui lui sont données ainsi que les pondérations qui sont utilisées. Ces algorithmes doivent donc être complètement ouverts, et doivent pouvoir être contrôlés, à tout moment, par un tiers de confiance… cela nous rappelle quelque chose.

814. Pour ce qui est l'arbitrage [1753], pour le moment, tant que les sentences en matière de commerce international ne sont pas disponibles publiquement, il ne pourra pas y avoir d'arbitrage artificiellement

1752. Cf. *supra* chapitre 4.

1753. Voir par exemple J.-M. de la Jara, A. Infantes et D. Palma, *Machine Arbitrator : Are we Ready ?*, Kluwer Arbitration Blog, 4 mai 2017, http ://kluwerarbitrationblog.com/2017/05/04/machine-arbitrator-are-we-ready/.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

intelligent, puisque nous l'avons dit, il faut qu'une masse suffisante de données existent pour que l'on puisse construire un système fiable. L'arbitrage humain du commerce international a encore de beaux jours devant lui. En revanche, il est désormais possible de construire un logiciel de justice prédictive avec les sentences d'arbitrage d'investissement, au moins celles rendues sous l'égide du CIRDI, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

Conclusion

815. Il faut espérer que le tiers impartial et indépendant devenu un algorithme ne se transforme pas en tyran comme dans la fable d'Esope intitulée *les grenouilles qui voulaient un roi*. Fatigué d'entendre les suppliques des grenouilles, Jupiter leur envoya une cigogne (dans certaines versions il s'agit d'un crocodile) pour les gouverner et qui, suivant son instinct plurimillénaire, finit par les manger toutes. Gageons avec Luc Julia que cela n'adviendra pas [1754].

1754. L. Julia, *L'intelligence artificelle n'existe pas,* First éditions, 2019.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

BIBLIOGRAPHIE

NB : Cette bibliographie est organisée par chapitre. Cette méthode présente un avantage et un inconvénient. Pour le lecteur qui n'est intéressé que par un chapitre de ce cours, une bibliographie minimale lui est proposée pour le chapitre en question. En revanche, le lecteur qui souhaite simplement vérifier l'existence d'une référence ou d'une autre, devra passer en revue les quatorze chapitres. Nous avons privilégié le premier par rapport au second. N'apparaissent pas dans cette bibliographie des ouvrages généraux qui ont pu nous inspirer et qui peuvent parfois donner lieu à des notes infra-paginales dans le texte du cours lorsqu'ils traitent de la justice de manière marginale dans une problématique plus générale. N'apparaissent pas non plus des articles ou ouvrages consultés mais dont la pertinence est marginale. Ces deniers peuvent néanmoins avoir donné lieu à une référence en note infra-paginale sur un point particulier.

1. La place du tiers impartial et indépendant dans un système ou un ordre juridique donné

Abi-Saab, G., *Le développement du droit international : Réflexions d'un demi-siècle,* Recueil d'articles réunis par M. G. Kohen et M. J. Langer, PUF, 2013.

Albert J., et J.-B. Merlin (dir. publ.), *L'avenir de la justice pénale internationale,* Bruylant, 2018.

Alexandrowicz, C. H., « The Afro-Asian World and the Law of Nations (Historical Aspects) », *Recueil des cours*, tome 123 (1968), p. 117-214.

Allain, J., *A Century of International Adjudication – The rule of law and its limits,* TMC Asser Press, 2000.

Allard, J., et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, Seuil, 2005.

Alter, K. J., *The New Terrain of International Law : Courts, Politics, Rights*, Princeton University Press, 2014.

Alter, K. J., et D. Kelemen, « Too Much Power for the Judges ? Understanding the European Court's Political Power », *in* Hubert Zimmerman et Andreas Dür (dir. publ.), *Key Controversies in European Integration*, 2e édition Macmillan International, 2016.

Alter, K. J., et L. R. Helfer, *Transplanting International Courts : The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice,* OUP, 2017,.

Alter, K. J., L. R. Helfer et M. Rask Madsen (dir. publ.), *International Court Authority,* OUP, 2018/

–, *The Evolving International Judiciary*, in 7 *Annual Rev. L. & Social Science* 387-415 (2011).

–, *Judicialization of International Relations*, in *Encyclopedia of Political Science* (Sage Publications, 2011).

–, *The Multiple Roles of International Courts and Tribunals : Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review in* Jeffrey L. Dunoff et Mark A. Pollack (dir. publ.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations : The State of the Art*., Cambridge University Press, 2013.

Prakash Anand, R., *Studies in International Adjudication,* Vikas Pub, 1969.

Arendt, H., *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, traduction M. Revault d'Allonnes, Ed. du Seuil, 1991.

–, *Responsabilité et jugement,* Payot, 2009.

d'Aspremont, J., T. Gazzini, A. Nollkaemper et W. Werner (dir. publ.), *International Law as a Profession,* Cambridge University Press, 2017.

Arnull, A., « Judicial Activism and the Court of Justice : How should academics respond ? », Maastricht Faculty of Law Working Paper 2012/3.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Ascensio, H., « L'architecture de la justice pénale internationale », *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter,* Dalloz, 2016, p. 29-40.
–, « La notion de juridiction internationale en question », *in La juridictionnalisation du droit international : colloque de Lille,* SFDI, Pedone, 2003, p. 163.
Audard, C., *Le besoin de justice*, Conférence de l'Université de tous les savoirs, 2002, disponible sur Youtube (visualisée le 7 août 2018).
Bachand, R., *Les subalternes et le droit international – Une critique politique,* Pedone, 2018.
Barsac, T., *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme,* Pedone, 2012.
Beauvallet, O. (dir. publ.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale,* Berger-Levrault, 2017.
Bedjaoui, M., « La vie miraculée du Tribunal irano-américain de réclamations », *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter,* Dalloz, 2016, p. 87-102.
Ben Achour, R., et S. Laghmani (dir. publ.), *Justice et juridictions internationales,* Colloque des 13, 14 et 15 avril 2000, Pedone, 2000.
Ben Hamida, W., « The first Arab Investment Court Decision », 7 *Journal of World Trade Law*, 699-722, 2006.
Bernard, D., et D. Scalla (dir. publ.), *Vingt ans de justice internationale pénale,* Bruxelles, La Charte, 2014.
Besson, S., et N. Levrat (dir. publ.), *Le juge en droit européen et international,* LGDJ et Schultess, 2013.
Betancourt, J. C., *Defining Issues in International Arbitration – Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators,* OUP, 2016.
Biad, A., *La Cour internationale de Justice et le droit international humanitaire – Une* lex specialis *revisitée par le juge,* Bruylant, 2011.
Bingham, T., *The Rule of Law,* Allen Lane, an imprint of Penguin Books, 2010.
Armin von Bogdandy et al., *In Whose Name ? – A Public Law Theory of International Justice*, OUP, 2014, 269 p.
von Bogdandy, A., et I. Venzke, « In the Functions of International Courts : An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority », 26 *Leiden J. Int'l L.* 49 (2013).
Boisson de Chazournes, L., « Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals : The Threads of a Managerial Approach », 28 *EJIL*, p. 13-72 (2017).
D. Bosly, H., et D. Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice – Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux,* Bruylant, 2012, 2e édition.
Breillat, D., et E. C. Coppens (dir. publ.), *Les Cours internationales – Actes du colloque organisé à Nimègue le 29-31 mai 2000,* SSN Nijmegen, 2002.
Brand, P., et J. Getzler, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law – From Antiquity to Modern Times,* CUP, 2012.
Brown, C., *A Common Law of International Adjudication*, OUP, 2007.
Cadiet, L. (dir. publ.), *Médiation et arbitrage – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives,* Litec, 2005.
Caloyanni, M. A., « L'organisation de la Cour permanente de Justice et son avenir », *Recueil des cours*, tome 38 (1931), p. 651-786.
Caprasse, O. *et al.*, *Walking the Thin Line – What an Arbitrator* can *do,* must *do or* must not *do – Recent Developments and Trends,* Colloque CEPANI 40, Bruylant, 2010.
Cardozo, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.
Caron, D., « The Nature of the Iran-US Tribunal », 84 *AJIL,* 104-156, 1990.
Carreau, D., et F. Marrella, *Droit international,* Pedone, 12e édition, 2018.
Cassese, A., « *Reflections on the Current Prospects of International Criminal Justice* », 9 *Journal of International Criminal Justice*, p. 271-275 (2011).
Chakravarty, A., *Investing in Authoritarian Rule – Punishment and Patronage in Rwanda's Gacaca Courts for Genocide Crimes,* CUP, 2016.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Changeux, J.-P., et P. Ricœur, *Ce qui nous fait penser : La nature et la règle*, Odile Jacob, 1968, réédité en 2000, format poche.
Clark, P., *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda – Justice without Lawyers*, CUP, 2010.
Commaille, J., et M. Kaluszynski, *La fonction politique de la justice,* La découverte, 2007.
Cot, J.-P., « Le monde de la justice internationale », *in La juridictionnalisation du droit international : colloque de Lille,* SFDI, Pedone, 2003.
Cotte, B., « Un juge français à la Cour pénale internationale », *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter,* Dalloz, 2016, p. 283-300.
Condorelli, L., *L'optimisme de la raison,* Pedone, Doctrines, 2014.
Cooper, J. (dir. publ.), *Being a Judge in the Modern World,* OUP, 2017.
Crawford, J., *Hasard, ordre et changement : le cours du droit international,* Martinus Nijhoff, 2015.
Cuniberti, G., *Rethinking International Commercial Arbitration : Towards Default Arbitration*, Edward Elgar, 2017.
Daillier, P., M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public,* LGDJ, 2009, 8e édition.
Davis, C. L., *Why Adjudicate ? Enforcing Trade Rules in the WTO,* Princeton University Press, 2012.
Delmas-Marty, M., *Le refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III),* Seuil, 2007.
Delsol, C., *La grande méprise – Justice internationale, gouvernement mondial, guerre juste …*, La Table Ronde, 2004.
Devlin, R., et A. Dodek (dir. publ.), *Regulating Judges – Beyond Independence and Accountability*, EElgar, 2016.
Dothan, S., *Reputation and Judicial Tactics – A Theory of National and International Courts,* CUP, 2014.
Douzinas, C., et A. Geary, *Critical Jurisprudence – The Political Philosophy of Justice*, Hart, 2005.
Dugard, J., « Is the Truth and Reconciliation Process Compatible with International Law ? An Unanswered Question. », 13 *South African J. of Human Rights*, 258-268, 1997.
Dunoff, J. L., et M. A. Pollack (dir. publ.), *International Law and International Relations : Synthesizing Insights from Interdisciplinary Scholarship,* CUP, 2013.
Duynstee, B., *et al.* (dir. publ.), *The Building of Peace – A Hundred Years of Work on Peace Through Law – The Peace Palace 1913-2013,* Carnegie Foundation, Eleven, 2013.
Fadel, F., et C. Eid, *Quelle justice internationale au Proche Orient ? – Le cas du Tribunal spécial pour le Liban,* Les Presses de l'Université de Montréal, 2016.
Fassbender, B., et A. Peters (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012.
Fassin, D., *Punir – Une passion contemporaine,* Seuil, 2017.
Fernandez, J. (dir. publ.), *Justice pénale internationale,* Bliblis inédit, CNRS Ed. 2016.
Fortier, V., *Le juge, gardien des valeurs,* CNRS, 2007.
Francioni, F., *Access to Justice as a Human Right,* OUP, 2007 et 2012.
Franck, T., *Judging the World Court,* New York, Priority Press Publications, 1986.
Fronza, E., et S. Manacorda (dir. publ.), *La justice* pénale *internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc : études des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz, 2003.
de Frouville, O., *Le cosmopolitisme juridique,* Pedone, 2015.
Garapon, A., « Les trois temporalités de la justice », *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter,* Dalloz, 2016, p. 431-444.
–, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010.
Garapon, A., S. Perdriolle et B. Bernabé, *La prudence et l'autorité, Juges et procureurs au XXIe siècle*, O. Jacob, 2014.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Garoupa, N., et T. Ginsburg, *Judicial reputation – A comparative Theory*, The University of Chicago Press, 2015.
Gaudemet, J., et E. Chevreau, *Les institutions de l'Antiquité*, 8e édition, LGDJ Lextenso éditions, 2014.
Gérard, P., F. Ost et M. van de Kerchove (dir. publ.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements,* Bruxelles, Faculté universitaire de st Louis, 1983.
Girard, F., *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris, A. Roussseau, 1901.
Grandjean, G., et J. Wildemeersch, *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruylant, 2016.
Grewe, C., « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine entre l'internationalisation du droit constitutionnel et les traditions de la justice constitutionnelle en Europe », *in De Code en Code – Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr,* Dalloz, 2009, p. 365-378.
Grieves, F., *Supranationalism and International Adjudication,* U of Illinois Press, 1969.
Griffith, J. A. G., *The Politics of the Judiciary,* 5e édition, Fontana Press, 1997.
Grossman, N., H. G. Cohen, A. Follesdal et G. Ulfstein, *Legitimacy and International Courts – Part of Studies on International Courts and Tribunals*, CUP, 2018.
Guarnieri, C., *The Power of Judges*, OUP, 2002.
Guarnieri, C., et P. Pederzoli, *La puissance de juger – Pouvoir judiciaire et démocratie,* Editions Michalon, 1996.
Guillaume, G., *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIe siècle – Le regard d'un juge,* Pedone, 2003.
Guzman, A. T., « International Tribunals : A Rational Choice Analysis », *U. Penn. L. Rev.*, 2008, p. 171-235.
Habicht, M., *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes : A Compilation and Analysis of Treaties of Investigation, Conciliation, Arbitration, and Compulsory Adjudication, concluded during the First Decade following the World War*, Harvard U Press, 1931.
Hagan, J., R. Levi et G. Feralles, « Swaying the Hand of Justice : The Internal and External Dynamics of Regime Change at the International Tribunal for the Former Yugoslavia », 31 *Law and Social Inquiry*, p. 585-616, 2006.
Hama, K., *Le statut et les fonctions du juge pénal international,* L'Harmattan, 2014.
Hartmann, F., *Paix et châtiment – Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationales,* Flammarion, 2007.
Haarscher, G. (dir. publ.), *Justice et argumentation, essais à la mémoire de Chaïm Perelman,* Ed. de l'Université de Bruxelles, 1986.
Hama, K., *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, L'Harmattan, 2014.
Hedley, Sir M., *The Modern Judge – Power, Responsibility and Society's Expectations,* LexiNexis, 2016.
Herz, R., *The Art of Justice*, Hart Pub., 2012.
Higgins, R., « International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law », *Recueil des cours,* tome 230 (1991), p. 9-342.
Hinton, A., *Trials of Transition in Cambodia*, OUP, 2018.
Holland, K. M. (dir. publ.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Macmillan, New York, 1991.
Howse, R., H. Ruiz-Fabri, G. Ulfstein et M. Q. Zand (dir. publ.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals,* Cambridge University Press, 2018.
Institut international des droits de l'homme, *René Cassin Amicorum Discipulorumque liber* – Volume I – *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme,* Pedone, 1969.
Iten, J.-L., *et al*., *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale,* Dalloz, 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Jacob, R. (dir. publ.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes,* LGDJ, 1996.
–, *La grâce des juges – L'institution judiciaire et le sacré en Occident,* PUF, 2014.
–, «Le jugement de dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne», *Archives de philosophie du droit*, 1994, p. 87-104.
Jacques, F., et S. Goyard, *Le droit, le juste et l'équitable,* Salvator, 2014.
Jankélévitch, V., *Le pardon,* (1971), réédité par Flammarion, 2019.
Jeangène Vilmer, J.-B., *Pas de paix sans justice? – Le dilemme de la paix et de la justice en sortie de conflit armé,* Presses de Sciences Po, 2011.
Jenks, C. W., *The Prospects of International Adjudication,* Oceana Pub.,1964.
Jessup, P. C., *The price of international Justice*, Columbia University Press, 1971.
–, «Do New Problems Need New Courts?», 65 *American Society Int'l L. Proc.* 261 (1971).
Johnson, G., *Lord Robert Cecil – Politician and Internationalist,* Ashgate, 2013.
Jorda, C., «La justice internationale, une nouvelle protection des droits de l'homme», *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter,* Dalloz, 2016, p. 479-498.
Katz, M., *The relevance of international adjudication*, Havard U. Press, 1968.
Amoulgam Azé Kerté, A. A., *L'Afrique et les mécanismes universels de justice* pénale *internationale*, L'Harmattan Cameroun, 2016.
Kessedjian, C., «Diversité, pertinence et efficacité des mécanismes internationaux de règlement des différends en matière économique», *in* N. Etcheverry Estrazulas et D. P. Fernandez Arroyo (dir. publ.), *Enforcement and Effectiveness of the law – La mise en oeuvre et l'effectivité du droit,* Springer, 2018, p. 75.
Klein, N. (dir. publ.), *Litigating International Disputes,* CUP, 2014.
Klip, A., *Special Tribunal for Lebanon: 2009-2013,* Intersentia, 2017.
–, *Special Court for Sierra Leone: 2012-2015*, Intersentia, 2018.
Kojève, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* Gallimard, 1981.
–, *La notion de l'autorité,* Gallimard, 2004.
Kolb, R., *La Cour internationale de Justice,* Pedone, 2013.
Konaté, D., *La cour pénale internationale*: entre nécessité de justice et impératif de paix, L'Harmattan Côte d'Ivoire, 2018.
Kosar, D., *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies,* CUP, 2016.
Koskenniemi, M., *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law, 1870-1960,* CUP, 2002.
Larrère, C., et E. Pommier (dir. publ.), *L'éthique de la vie chez Hans Jonas,* Publications de la Sorbonne, 2013.
Lauterpacht, E., *Aspects of the Administration of International Justice,* Cambridge, Grotius Pub. Ltd, 1991.
Lazzeri, C., Force et justice dans la politique de Pascal, PUF, 1993.
Leben, C., «La juridiction internationale», *Droits*, tome 9, 1989, p. 143-155.
Lecourt, R., *L'Europe des juges,* Bruylant, 1976.
Lefort, C., *Essais sur le politique, XIX^e^-XX^e^ siècles,* Seuil, 2001.
Lemonde, M. (avec la collaboration de Jean Raynaud), *Un juge face aux Khmers rouges*, Seuil, 2013.
Lijnzaad, L. (dir. publ.), *The judge and international custom / Le juge et la coutume internationale*, Brill Nijhoff, 2016.
Lillich, R. B., *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, Syracuse U. Press, 1962.
Lucy, W., *Understanding and Explaining Adjudication*, OUP, 1999.
Mackenzie, R., C. Romano, Y. Shany, et P. Sands (dir. publ.), *The Manual on International Courts and Tribunals,* OUP, 2^e^ édition, 2010.
Mahinga, J.-G., *Le tribunal international du droit de la mer: organisation, compétence et procédure*, Larcier, 2013.
–, *Le statut du tribunal international du droit de la mer: Commentaire article par article,* L'Harmattan, 2015.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Malabat, V. (dir. publ.), *Juge national, européen, international et droit pénal,* Editions Cujas, 2012.
Mani, V. S., *International adjudication : Procedural aspects*, M. Nijhoff, 1980.
Mastor, W., et L. Miniato (dir. publ.), *Les figures du procès au-delà des frontières,* Dalloz, 2013.
Max Planck Institute for Comparative, Public law and International law, J*udicial Settlement of International Disputes - International Court of justice, Other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation,* Springer Verlag, Berlin, 1974, volume 62.
Merrills, J. G., *International Dispute Settlement*, CUP, 2017, 6e édition.
Meron, T., *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, Oxford University Press, 2011.
Miranda Metou, B., *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruylant, 2012.
Meyer, L. H. (dir. publ.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, CUP, 2009.
Moreau, M.-A., H. Muir Watt et P. Rodière (dir. publ.), *Justice et mondialisation en droit du travail – Du rôle du juge aux conflits alternatifs,* Dalloz, 2010.
Moura Vicente, D. (dir. publ.), *Towards a universal justice ? Putting international courts and jurisdictions into perspective*, Brill/Nijhoff, 2016.
Murphy, L., « Institutions and the Demands of Justice », *Philosophy and Public affairs*, 1998, p. 251-291.
Nadal, J.-L., « Le pouvoir de la justice », *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 575-594.
Niboyet, J.-P., « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflits de lois », *Recueil des cours*, tome 40 (1932), p. 153-236.
Nyman-Metcalf, K., et I. F. Papageorgiou, *Regional Integration and Courts of Justice,* Intersentia, 2005.
Palmer, N., *Courts in Conflict – Interpreting the layers of Justice in Post-Genocide Rwanda*, OUP, 2015.
Patel, B. N., « Recommendations on the Enhancement of the Role and Effectiveness of the International Court of Justice and State Practice : the Gap Between Recommendation and Practice (1917-2006) », *Singapore Year Book of International Law*, volume 11, p. 99-122, 2007.
Patier, X., *Le juge* (roman), Gallimard, 1988.
Pellet, A., « Strengtheting the Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, volume 3, 2004, p. 159-180.
–, « The Anatomy of Courts and Tribunals », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* volume 7, 2008, p. 275-287.
Politis, N., *La justice internationale – Une introduction historique,* facsimilé de l'édition de 1924, Editions Panthéon-Assas, 2017.
Pougoué, P.-G., « L'arbitrage dans l'espace OHADA », *Recueil des cours*, tome 380 (2015), p. 121-280.
Pratap, D., *The advisory jurisdiction of the international court,* Oxford, Clarendon Press, 1972.
Prott, L. V., *The Latent Power of Culture and the International Judge,* Professional Books, 1979.
Rancière, J., *Figures de l'histoire,* Quadrige, PUF, 2019.
Raynaud, P., *Le juge et le philosophe – Essais sur le nouvel âge du droit*, Armand Colin, 2009.
Reinisch, A., « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : The Threat of Fragmentation vs. The Promise of a more Effective System ? », *in* I. Buffard *et al.* (dir. publ.), *International law between universalism and fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner,* Martinus Nijhoff, 2008, p. 107-126.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Reisman, W. M., *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration – Breakdown and Repair,* Duke University Press, 1992.
Remlinger, E., *Les avis consultatifs de la CPJI,* Pedone, 1938.
Reuter, P., *et al.*, *L'application du droit international par le luge français*, Armand Colin, 1972.
Ricœur, P., *Le Juste*, Editions Esprit, 1995.
–, *Le Juste 2*, Editions Esprit, 2001.
–, *Philosophie éthique et politique – Entretiens et dialogues,* Seuil, 2017.
Rigaux, F., *La loi des juges,* Odile Jacob, 1997.
Robertson, D., *The Judge as Political Theorist,* Princeton U Press, 2010.
Roelofsen, C. G., « International Arbitration and Courts », *in* Bardo Fassbender & Anne Peters (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the History of International Law,* OUP, 2012, p. 145-169.
Romano, C. P. R. (dir. publ.), *The Sword and the Scales – The United States and International courts and Tribunals*, CUP, 2009.
Rommel, G., *La vigilance du juge : Montesquieu au-delà de lui-même*, Bruges, La Charte, 2017.
–, *La sagesse du juge. Au-delà de Montesquieu*, Bruges, La Charte, 2013.
–, *L'art de juger. A l'écart de Montesquieu*, Bruges – Bruxelles, La Charte/Bruylant, 2008.
Rosenne, S., *The World Court : What it is and how it works,* Martinus Nijhoff, 6e éd. révisée par Terry D. Gill, 2003.
Rousseau, C., *Droit international public – Tome I – Introduction et sources*, *Sirey, 1970, 464 p. (maison) ; Tome III – Les compétences,* Sirey, 1977.
Ruiz-Fabri, H., « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *in Souveraineté* étatique *et marchés internationaux à la fin du XX*e *siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn,* Litec, 2000, p. 303-334.
Saldana, Q., « La justice pénale internationale », *Recueil des cours*, tome 10, (1925/V), p. 223-430.
Salas, D., *La justice, une révolution démocratique* (textes présentés par), Desclée de Brouwer, 2001.
Sands, P., « Reflections on International Judicialization », 27 *EJIL* 885 (2016).
Saurugger, S., et F. Terpan, *The Court of Justice of the European Union and the Politics of Law*, Palgrave MacMillan, 2017.
Shany, Y., « No longer a weak department of power ? Reflections on the emergence of a new international judiciary », 20 *EJIL* 73 (2009).
Simon, D., « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, nº 2, p. 1.
Sohn, L., « Proposals for the Establishment of a System of International Tribunals », *in* Domke (dir. publ.), *International Trade Arbitration : A Road to World-Wide Cooperation,* American Arbitration Association, 1958, p. 65-73.
Sossou Biadja, C. J., *L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale – Approche comparée de droit international privé,* LGDJ, Schulthess, 2016.
Spiermann, O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice – The Rise of the International Judiciary,* CUP, 2005.
Stone Sweet, A., et F. Grisel, *The Evolution of International Arbitration : Judicialization, Governance, Legitmacy*, OUP, 2017.
Schachter, O., « The Invisible College of International Lawyers », *Northwestern University Law Review*, 1977, nº 2, p. 72.
Sossou Biadja, J. C., *L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale : Approche comparée de droit international privé*, Schulthess, 2015.
Stahn, C., et H. Melber (dir. publ.), *Peace Diplomacy, Global Justice and International Agency – Rethinking Human Security and Ethics in the Spririt of Dag Hammarskjöld,* CUP, 2014.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Tchantchou, H., *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'Ohada – Etude à la lumière du système des Communautés européennes*, L'Harmattan Cameroun, 2009.
Terris, D., C. P. R. Romano et L. Swigart, *The International Judge*, OUP, 2007.
–, « Towards a Community of International Judges », 30 *Loyola of Los Angeles Int'l and Comp. L. Rev.* 2008, p. 419 ss.
Cançado Trindade, A. A., *Evolution du droit international des gens – L'accès des individus à la Justice internationale, le regard d'un juge,* Pedone, 2008.
Truche, P., *Juger et être juge, le magistrat face aux autres et à lui-même,* Fayard, 2001.
Truche, P. (dir. publ.), *Juger les crimes contre l'humanité – 20 ans après le procès Barbie,* ENS Editions, 2009.
Turgis, N., *La justice transitionnelle en droit international*, Bruylant, 2014.
Verrijn Stuart, H., et M. Simons, *The Prosecutor and the Judge – Benjamin Ferencz and Antonio Cassese, Interviews and Writings,* Pallas Pub., 2009.
Verrijn Stuart, H., « The ICC in Trouble », *Journal of Int'l Criminal Justice*, volume 6, issue 3, p. 409-417 (2008).
Volcansek, M. (dir. publ.), *Law above Nations : Supranational Courts and the Legalization of Politics*, University of Florida Press, 1997.
Walzer, M., *Sphères de justice*, Seuil, 2013.
Wehberg, H. (traduit de l'Allemand par Charles G. Fenwick), *The problem of an International Court of Justice*, 1918, publié en facsimilé, The Lawbook Exchange Ltd, 2010.
Wibabara, C., *Gacaca Courts versus the International Criminal Tribunal for Rwanda and National Courts,* Nomos, Stämpfli Verlag, 2014.
Yates, F. A., *The Art of Memory,* Routledge et Kegan Paul, 1966.
Ypi, L., *Global Justice & Avant-Garde Political Agency*, OUP, 2017.
Zimmermann, A., C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm et C. J. Tams (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice – A commentary,* OUP, 2012, 2e édition.

2. La permanence de la justice internationale

Beauvallet, O., *Lemkin - Face au génocide*, Michalon, 2011.
Bedjaoui, M., « Le cinquantième anniversaire de la Cour internationale de Justice (communication) », *Recueil des cours*, tome 257 (1996), p. 9-34.
Brilmayer, L., H. Holtzmann et C. Giorgetti, *International Claims Commissions – Righting Wrongs after Conflicts,* Elgar International Law Series, 2017.
Brown Scott, J., *James Madison's Notes of Debates in the Federal. Convention of 1787 and their Relation to a More Perfect Society of Nations*, OUP, 1918.
–, « The Proposed Court of Arbitral Justice », 2 *The Am. J. Int'l L.* 772-810 (1908).
Bruns, V., « La Cour permanente de Justice internationale, son organisation et sa compétence », *Recueil des cours*, tome 62 (1937), p. 547-672.
Murray Butler, N., *The International Mind : An Argument for the judicial settlement of international Disputes*, New York, Scribner's Sons, 1912.
Caflisch, L., « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *Recueil des cours*, tome 288 (2001), p. 245-468.
Cassayre, A., *La justice dans les cités grecques – De la formation des royaumes hellénistiques au legs d'Attale,* Presses universitaires de Rennes, 2010.
Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du Comité = Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee : 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes = June 16th-July 24th 1920, with annexes, Lawbook Exchange 2005.
Falco, R., *Juge à Nuremberg, Souvenirs inédits du process des criminels Nazis*, éditions Arbre bleu, 2012.
Feller, A. H., *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934 : A study in the Law and Procedure of International Tribunals,* The Macmillan Cy, 1935.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Focarelli, C., *International Law as a social construct, The struggle for global justice*, OUP, 2012.
Franke, U., A. Magnusson et J. Dahlquist (dir. publ.) *How Arbitration Made a Difference – Arbitrating for Peace,* Wolters Kluwer, 2016.
Fraser, H. S., «A Sketch of the History of International Arbitration», 11 *Cornell Law Quarterly* 179, (1926).
Graven, J., *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit – Des origines de la société des Nations*, volume II René Cassin Amicorum Disciplulorumque Liber, Pedone, 1970.
Herzog, J.-B., *Nuremberg : un échec fructueux ?,* LGDJ, 1975.
Hou, Q., *La Cour mixte française de Shanghai à la fin des Qing (1869-1911)*, Thèse pour le doctorat d'histoire, soutenue à Lyon le 6 mars 2017.
Hudson, M. O., *La Cour permanente de Justice internationale,* Pedone, 1936 (édition française établie par le Baron d'Honincthun).
Koskenniemi, M., «The ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference», *in* Y. Daudet (dir. publ.) *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace*, Brill, 2008, p. 128.
Krynen, J., *L'Etat de Justice (France XIII-XX^e siècle)*, tome I *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, 336 p. ; tome II, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012.
Laroque, P., *De la création d'un code de droit international et de l'institution d'un haut tribunal, juge souverain des différends internationaux*, Paris, H. Bellaire, 1875.
Lefort, C., *Les formes de l'histoire – Essais d'anthropologie politique,* Gallimard, Folio, 1978 (réimpression 2000).
Le Floch, G. (dir. publ.), *Les vingt ans du Tribunal international du droit de la mer,* Pedone, 2018.
Martineau, A.-C., «A Forgotten Chapter in the History of International Commercial Arbitration : The Slave Trade's Dispute Settlement System», 31 *Leiden J. Int'l L.* 219-241 (2018).
Myers, D. P., «The Origin of the Hague Arbitral Courts», 8 *The Am. J. Int'l L.* 769-801 (1914).
Neff, S. C., *Justice among Nations : A history of international law*, Havard University Press, 2014.
Pillet, A., *Les conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907 – Etude juridique et critique*, Pedone, 1918.
Röling, B. V. A., et A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, Polity Press, 1993.
Scheffer, D., *All the Missing Souls - A Personal History of the War Crimes Tribunals,* Princeton U. Press, 2013.
Stuyt, A. M., *Survey of International Arbitrations : 1794-1970*, Kluwer, A. W. Sijthoff, 1972 ; 2^e édition Kluwer, 1990.
Taylor, T., *The Anatomy of the Nuremberg Trials – A personal Memoir,* Skyhorse Pub., 1993 (2013).
Totani, Y., *The Tokyo War Crimes Trial – The Pursuit of Justice in the Wake of World War II,* Harvard University Press, 2008.
Tryon, J. L., «The Hague Conferences», 20 *Yale L. J.* 470-485 (1911).
Ullmann, W., «The Medieval Papal Court as an International Tribunal», 11 *Va. J. Int'l L.*, 356 (1971).
Wieviorka, A., *Le process de Nuremberg,* Liana Levi, 2006.

Sur les Tribunaux mixtes

Blühdorn, R., «Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les Traités de Paris», *Recueil des cours*, tome 41 (1932), p. 137-244.
Brington, J. Y., *The mixed Court of Egypt,* Yale University Press, 1930, 2^e édition, 1968.
–, «The closing of the mixed courts of Egypt», 44 *American J. Int'l L.* 303 (1950).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Brown, N. J., « The Precarious Life and Slow Death of the Mixed Courts of Egypt », *International Journal of Middle East Studies* 25, 1993, p. 32-52.
Cannon, B., *Politics of Law and the Courts in Nineteenth-Century Egypt*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1988.
Chevrant-Breton, P., *L'abolition des capitulations et la suppression des tribunaux mixtes en Egypte (1937),* Thèse, Ecole des Chartes, 2000.
Hanley, W., « International lawyers without public international law - The case of Late Ottoman Egypt », *Journal of the history of int'l law*, 2016-1 p. 98-119.
Heyligers, A.-T., « L'organisation des Tribunaux mixtes d'Egypte », *Recueil des cours,* tome 17 (1927/II), p. 1-108.
Hoyle, M. S. W., *Mixed Courts of Egypt*, Graham and Trotman, 1991.
McDougall, A., « The position of foreigners in Egypt on the Termination of the mixed courts », 26 *British Yearbook Int'l L*. 358 (1949).
Messina, S., « Les tribunaux mixtes et les rapports interjuridictionnels en Egypte », *Recueil des cours*, tome 41 (1932), p. 363-500.
Requejo Isidro, M., « Un épisode de l'histoire du droit international privé. Les tribunaux arbitraux mixtes », *in Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel,* LGDJ, 2018, p. 1393-1413.

3. Le médiateur ou conciliateur

Barnes, B. E., *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific,* University Press of America, 2007, 184 p. C'est un livre passionnant que je consulte au Max Planck septembre 2018. Pour bien faire il faudrait que je le revoie car c'est un voyage passionnant dans les cultures de l'Asie.
de la Barra, F. L.,« La médiation et la conciliation internationales », *Recueil des cours*, Tome I (1923), p. 553-568.
Beardsley, K., *The Mediation Dilemna,* Cornell University Press, 2011.
Bercovitch, J. (dir. publ.), *Resolving International Conflicts : The Theory and Practice of Mediation,* Lynne Rienner Pub., 1996.
Bercovitch, J., et S. Sigmund Gartner (dir. publ.), *International conflict mediation : new approaches and findings*, Routledge, 2009,.
Bercovitch, J., et R. Jackson, *Conflict Resolution in the Twenty-first Century,* The University of Michigan Press, 2012.
Bercovitch, J., et J. Z. Rubin (dir. publ.), *Mediating in International Relations – Multiple Approaches to Conflict Management,* St Martin's Press, 1994.
Boisson de Chazournes, L., M. Kohen, J. E. Vinuales (dir. publ.), *Diplomatic and judicial means of dispute settlement*, Nijhoff, 2013.
Bühring-Uhle, C., L. Kirchhof et G. Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business,* Kluwer Law International, 2e édition, 2006.
Cecchi-Dimeglio, P., et B. Brenneur (dir. publ.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de resolution des conflits*, Larcier, 2015.
Chen, C., *Chern on Dispute Boards,* Routledge, 2015.
Cot, J.-P., *La conciliation internationale,* Pedone, 1968.
Efremoff, J., « Organisation de la conciliation internationale comme moyen de prévenir les guerres », *Recueil des cours*, tome 59 (1937), p. 99-224.
–, « La conciliation internationale », *Recueil des cours*, tome 18 (1927), p. 1-148.
Engel, U. (dir. publ.), *New Mediation Practices in African Conflicts,* Leipziger Universitätsverlag, 2012.
Fischer, R., et W. Ury, *Getting to yes – Negotiating an agreement without giving in*, RH Business Books, 2012.
Garby, T., *D'accord ! Négociation/médiation au XXIe siècle*, ICC, 2016.
Kehrer, B., *La médiation – Un nouveau projet de société ?*, Dervy, 2019.
Kirchhoff, L., *Constructive Interventions – Paradigms, Process and Practice of International Mediation*, Wolters Kluwer, 2008.
Koopmans, S. M. G., *Diplomatic Dispute Settlement – The Use of Inter-State Conciliation*, T.M.C. Asser Press, 2008.
Lafond, P.-C. (dir. publ.) *Régler autrement les différends*, LexisNexis, 2015.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Mandelstam, A.-N, « La conciliation internationale d'après le Pacte et la jurisprudence du Conseil de la Société des Nations », *Recueil des cours*, tome 14 (1926/IV), p. 333-648.
Moncayo, G. R., « La médiation pontificale dans l'affaire du canal Beagle », *Recueil des cours*, tome 242 (1993), p. 197-434.
Probst, R. R., « "Good Offices" in International Relations in the Light of Swiss Practice and Experience », *Recueil des cours*, tome 201 (1987), p. 211-384.
Richbell, D., *How to Master Commercial Mediation*, Bloomsbury, 2015.
Schwebel, S. M., *International Arbitration : Three Salient Problems,* Cambridge, Grotius Publications Ltd, 1987.
Slim, R., « Small State Mediation in International Relations : The Algerian Mediation of the Iranian Histage Crisis », *in* Bercovitch et Rubin (edir. publ.), *Mediation in International Relations*, St Martins 's Press, NY, 1992, p. 206-231.
Steffek, F., et H. Unberath (dir. publ.), *Regulating Dispute Resolution – ADR and Access to Justice at the Crossroads,* Hart Pub., 2013.
Stipanowich, T. J., et J. R. Lamare, « Living with ADR : Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations », 19 *Harvard Negotiation L. Rev.* 1-68 (2014).
Tomuschat, C., R. Pisiillo Mazzeschi et D. Thürer (dir. publ.), *Conciliation in International Law,* Brill Nijhoff, 2017.
Tournepiche, A.-M., et J.-P. Marguénaud (dir. publ.), *La médiation – Aspects transversaux,* coll. Colloques et débats, Litec, 2010.
Touval, S., et I. W. Zartman (dir. publ.), *International Mediation in Theory and Practice,* Westview, 1985.
Wallensteen, P., « The Evolving Field of International Mediation », 53 *Development Dialogue*, 2009, p. 27.
Wilkenfeld, J., *et al.* (dir. publ.), *Mediating International Crises*, Routledge, 2005.
Zwier, P. J., *Principled Negotiation and Mediation in the International Arena – Talking with Evil*, CUP, 2013.

4. Le juge national, juge naturel du droit international

Allard, J., et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit,* Seuil, 2005.
Arendt, H., *Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, Folio histoire, 2002.
Philipp Aust, H., et G. Nolte (dir. publ.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts – Uniformity, Diversity, Convergence,* OUP, 2016.
Benvenisti, E., « Reclaiming Democracy : The Strategic Uses of Foreign and International Law in National Courts » 102 *AJIL,* 241-76, 2008.
Benvenuto, O. J., « Reevaluating the Debate surrounding the Supreme Court's use of Foreign Precedent », *Fordham L. Rev.,* 2695-2759 (2006).
Blackmun, H. A., « The Supreme Court and the Law of Nations », 104 *Yale L. Rev.*, 39-49 (1994).
Bork, R. H., *Coercing Virtue : The Worldwide Rule of Judges,* The AEI Press, 2003.
Badio Camara, M., « Prévention et répression des crimes de guerre et des crimes internationaux : quel rôle pour les magistrats ? », *in Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'homme – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux,* Pedone, 2017, p. 189-201.
Bosly, H. D., et D. Vendermeersch, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice : les juridictions internationales et les tribunaux nationaux,* Bruylant, 2012, 2e édition.
Cassese, A., et M. Delmas-Marty (dir. publ.), *Juridictions nationales et crimes internationaux,* PUF, 2002.
Dammann, J., et H. Hansmann, « Globalizing Commercial Arbitration », 94 *Cornell Law Review* (2008), p. 1-71.
Duintjer Tebbens, H., « Une justice internationale néerlandaise à la sauce anglaise ? », *in Europa als rechts- Und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler,* Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2018, p. 39-50.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Forteau, M., « Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre, à la fois ? », *in Le procès international Liber Amicorum Jean-Pierre Cot*, LGDJ 2009, p. 95-129.
Lagerwall, A. (dir. publ.), *Les juges belges face aux actes adoptés par les Etats étrangers et les organisations internationales,* Strada Lex, Bruylant, 2016.
Muller, S., et M. Loth (dir. publ.), *Highest Courts and the Internationalization of Law – Challenges and Changes*, Hague Academic Press, 2009.
Shany, Y., « National Courts as International Actors : Jurisdictional Implications », *Rivista di Diritto Publico Italiano, Communitario e Comparato,* 15 :1 (2009).

5. Le juge international en son palais

L'architecture des Cours constitutionnelles et suprêmes des Etats membres de l'Union européenne, Catalogue de l'exposition, Cour de Justice des Communautés européennes, 2009.
Eyffinger, A., *The Peace Palace : Residence for Justice – Domicile of Learning,* The Hague, The Peace Palace, 1988.
Gelinas, F., *et al.*, « Judicial Architecture and Rituals », *in Foundations of Civil Justice – Toward a Value-Based Framework for Reform,* Springer, 2015, p. 1-37.
Glancey, J., « Let there be Light », *The Guardian*, 2 décembre 2008.
Haldar, P., « The Function of the Ornament in Quintilian, Alberti and Court Architecture », *in* C. Douzinas and Lynda Nead (dir. publ.), *Law and the Image – The authority of Art and the Aesthetics of Law,* U of Chicago press, 1999, p. 117-136.
Jacob, R., *La justice et ses temples,* Errance et Brissaud, 1992.
Marrani, D., *Space, Time, Justice – From Archaic Rituals to Contemporary Perspectives*, Routledge, 2018.
Ministère de la Justice, *La nouvelle architecture judiciaire – Des Palais de justice modernes pour une nouvelle image de la justice,* La Documentation française, 2002.
Resnik, J., et D. Curtis, *Representing Justice – Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms,* Yale University Press, 2011.

6. Quelle allégorie pour la justice internationale ?

Cascetta, A., et D. Zardin (dir. publ.), *Giustizia e iniustizia a Milano fra Cinque e settecento,* Biblioteca Ambrosiana, Bulzoni Editore, 2016.
Delage, C., *La vérité par l'image – De Nuremberg à Milosevic,* Denoël, 2006, 378 p. traduit en anglais par Ralph Schoolcraft and Mary Byrd Kelly, sous le titre *Caught on Camera – Film in the Courtrrom from the Nuremberg Trials to the Trials of the Khmer Rouge,* University of Pennsylvania Press, 2014.
Douzinas, C., et L. Nead (dir. publ.), *Law and the Image – The authority of Art and the Aesthetics of Law,* U of Chicago press, 1999.
da Cunha, P. F., « La balance, le glaive et le bandeau. Essai de symbolique juridique », *in Droit et esthétique, Archives de philosophie du droit*, volume 40, 1996.
Goedert, N., et N. Maillard, *Le droit en représentation(s)*, Mare et Martin, 2017.
Goodrich, P., *Legal Emblems and the Art of Law – Obiter Depicta as the Vision of Governance*, CUP, 2014.
Goodrich, P., et C. Delage (dir. publ.), *The Scene of the Mass Crime : History, Film and International tribunals*, Routledge, 2013.
Goodrich, P., et V. Hayaert (dir. publ.), *Genealogies of Legal Vision*, Routledge, 2015.
Hayaert, V., et A. Garapon, *Allégories de justice – La Grand'chambre du Parlement de Flandre*, F. Paillart editeur, 2014.
Huygebaert, S., *et al.* (dir. publ.), *The Art of Law,* Springer, 2018.
Jacob, R., *Images de la Justice – Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique,* Le léopard d'or, 1994 (vu et exploité)
Litwin, D., « Stained Glass Windows, Peace Palace, The Hague », *in* Jessie

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Hohmann and Daniel Joyce (dir. publ.), *International Law's Objects*, OUP, 2019 (vu et exploité)
Robert, C.-N., *Une allégorie parfaite. La justice, vertu, courtisane, bourreau,* Genève, Georg, 1993.
–, *La Justice dans ses décors : XV^e-XVI^e siècles*, Genève, Droz, 2006.
Olivato, L., « Per l'iconografia della Giustizia », *in* R. Cioffi et O. Scognamiglio (dir. publ.), *Mosaico. Temi e metodi d'arte e critica per Gianni Carlo Sciolla*, Napoli 2012, p. 27-32.
Prosperi, A., *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008.
Rigotti, F., « *Il sole come metafora della giustizia », in La verità retorica : etica, conoscenza e persuasione*, Milano, Feltrinelli, 1995, p. 85-120.
Sbriccoli, M., « La triade, le bandeau, le genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la justice du Moyen Age à l'âge moderne », *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, volume 9, n° 1, 2005, p. 1-42.
Simone, A., *Rappresentare il diritto e la giustizia nella modernità*, coll. Law without law, Mimesis, 2016.
Stepniak, D., *Audiovisual Coverage of Courts,* CUP, 2009.

7. Qui est le tiers impartial et indépendant international ?

Abi Saab, G., « Substantive Requirements or The Portrait of the Jurist as an International Judge », *in* Connie Peck et Roy S. Lee (dir. publ.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, La Haye, Martinus Nihjoff Pub., 1997, p. 166-188.
Bauer, G., et J. Dawuni (dir. publ.), *Gender and the Judiciary in Africa – From Obscurity to Parity ?*, Routledge, 2016.
Baum, L., *Juges and Their Audiences : A Perspective on Judicial Behaviour,* Princeton University Press, 2008.
Bobek, M. (dir. publ.), *Selecting Europe's Judges – A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts,* OUP, 2015.
Cotte, B., P. Ghaleh-Marzban, J.-P. Jean et M. Massé (dir. publ.), *70 ans après Nuremberg. Juger le crime contre l'humanité*, Dalloz, 2017.
Dalmaso Marques, R., « To diversify or Not to Diversify ? Report of the Session Who are the Arbitrators ? », *in ICCA Congress Series, n° 18, Legitimacy : Myths, Realities, Challenges,* Wolters Kluwer, 2015, p. 579-588.
van Haersolte-van Hof, J. J., « Diversity in Diversity », *in ICCA Congress Series, n° 18, Legitimacy : Myths, Realities, Challenges,* Wolters Kluwer, 2015, p. 638-651.
Vauchez, S. H., « More Women – But Which Women ? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights », *Eur. J. Int Law* (2015) 26 (1) : 195-221.
Kerr, M., *As Far As I Remember,* Hart, 2006.
Khambata, D. J., « Tensions between Party Autonomy and Diversity », *in ICCA Congress Series, n°18, Legitimacy : Myths, Realities, Challenges,* Wolters Kluwer, 2015, p. 612-637.
Malleson, K., et P. H. Russell (dir. publ.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power – Critical Perspectives from Around the World*, University of Toronto press, 2007.
Moses, M. L., *The Principles and Practice of International Commercial arbitration,* CUP, 2012, 2^e édition.
Ní Aoláin, F., « More Women – But Which Women ? A Reply to Stéphanie Hennette Vauchez », *Eur. J. Int Law* (2015) 26 (1) : 229-236.
Partridge, S. K., « Frances Kellor and the American Arbitration Association, 67 *Dispute Resol. J.,* n° 1 (2012).
Prott, L. V., *The latent power of culture and the international judge,* Abingdon (RU), Professional Books, 1979.
Racine, J.-B., « Où va l'arbitre du commerce international ? », *in* Filali Osman et

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Ahmet Cemil Yildrim (dir. publ.), *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau,* Lexisnexis, 2017, p. 73-82.
Ruiz-Fabri, H., « Le choix des juges », *in L'exigence de justice – Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 635-652.
Salmon, J., « L'auditoire de la Cour internationale de Justice : du bilatéral à l'universel », *in Droit international et argumentation,* Bruylant, 2014, p. 131-148.
–, « Quels sont les destinataires des avis rendus par la Cour internationale de Justice le 8 juillet 1996 dans les affaires relatives à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires ? », *in Droit international et argumentation,* Bruylant, 2014, p. 149-157.
Schöpfel, A.-S., « La voix des juges français dans les procès de Nuremberg et de Tokyo. Défense d'une idée de justice universelle, *Guerres mondiales et conflits contemporains,* 2013/1, nº 249, p. 101-114.
Schultz, U., et G. Shaw (dir. publ.), *Gender and Judging,* Hart, 2013.
Seraglini, C., « Who are the Arbitrators ? Myths, Reality and Challenges », *in ICCA Congress Series, nº 18, Legitimacy : Myths, Realities, Challenges,* Wolters Kluwer, 2015, p. 589-611.
Sicart-Bozec, M., *Les juges du tiers-monde à la Cour internationale de Justice*, Economica, 1986.
Tulkens, F., « More Women – But Which Women ? A Reply to Stéphanie Hennette Vauchez », *Eur. J. Int Law* (2015) 26 (1) : 223-227.
Veeder QC, V. V., « Who are the Arbitrators ? », *in ICCA Congress Series, nº 18, Legitimacy : Myths, Realities, Challenges,* Wolters Kluwer, 2015, p. 652-660.

8. Indépendance, neutralité et impartialité

Ancel, J.-P., « L'éthique dans l'arbitrage vue par le juge », *in* G. Keutgen (dir. publ.), *L'éthique dans l'arbitrage,* Bruylant, 2012, p. 137-148.
Ayton, P., et G. Helleringer, « Bias, Vested Interests and Self-Deception in Judgment and Decision-Making : Challenges to arbitrator impartiality », *in* Tony Cole (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, p. 21-44.
Bachmann, K., T. Sparrow-Botero et P. Lambertz, *When Justice Meets Politics – Independence and Autonomy of Ad Hoc International Criminal Tribunals*, Peter Lang Edition, 2013.
Bredoulakis, S., « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration : A new Approach to Arbitral Decision-Making », *in* Tony Cole (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, p. 339-374. (Je l'ai lu au Max Planck – exploité)
Canivet, G., M. Andenas et D. Fairgrieve (dir. publ.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, BIICL, 2006.
Castres Saint Martin, C., *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2016.
Choi, S. J., J. E. Fisch et A. C. Pritchard, « The Influence of Arbitrator Background and Representation on Arbitration Outcomes », 9 *Va. L. & Bus. Rev.* 43 (2014).
Cleis, M. N., *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators : Current Case Law, Alternate Approaches and Improvement Suggestions*, Brill, 2017.
van Compernolle, J., et G. Tarzia (dir. publ.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé*, Bruylant, 2006.
Comtois, S., et K. de Graaf (dir. publ.), *On Judicial and Quasi Judicial Independence,* Eleven, 2013, 2013.
Devlin, R., et A. Dodek (dir. publ.), *Regulating Judges – Beyond Independence and Accountability*, EElgar, 2016.
Engstad, N. A., A. Laerdal Froseth et B. Tonder (dir. publ.), *The Independence of Judges,* Eleven, 2014.
Garapon, A., J. Allard et F. Gros, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.
Giorgetti, C. (dir. publ.), *Challenges and Recusals of Judges in International Courts and Tribunals*, Brill/Nijhoff, 2015.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

ICC, *L'indépendance de l'arbitre,* Special Supplement of ICC Bulletin, 2007.
Kapeliuk, D., « The Repeat Appointment Factor », 96 *Cornell Law Rev.* 47 (2010).
Keutgen, G. (dir. publ.), *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, 2012.
Malenovsky, J., « L'indépendance des juges internationaux », *Recueil des cours*, tome 349 (2010), p. 9-276.
Malleson, K., et P. H. Russell (dir. publ.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power : Critical Perspectives from Around the World*, University of Toronto Press, 2006.
Papayannis, D. M., « Independence, Impartiality and Neutrality in Legal Adjudication », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law,* vol. 28 *Revus* (2016) p. 33 ss.
Rau, A. S., « On Integrity in Private Judging », 14 *Arbitration International* 115 (1998).
Ruiz Fabri, H., et J.-M. Sorel (dir. publ.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux,* Pedone, 2010.
Rogers, C., *Ethics in International Arbitration*, OUP, 2014.
Sicilianos, L.-A., « Le droit subjectif du juge à l'indépendance : Quelques réflexions sur l'interprétation de l'article 6, par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Réciprocité et universalité – Mélanges en l'honneur du Professeur E. Decaux*, Pedone, 2017, p. 563-572.
Squatrito, T., « A Comparative Analysis of Formal Independence », *in* R. Howse et al. (dir. publ.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals,* CUP, 2018, p. 405-431.
Sussman, E., « Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making : Reflections on How to Counteract or Play with Them », *in* Tony Cole (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, p. 21-44.
Vaitiekunas, A., *The Court of Arbitration for Sport : Law-Making and the Question of Independence*, Stämpfli Verlag, 2014.
Zimmermann, D., *The Independence of International Courts – The Adherence of the International Judiciary to a Fundamental Value of the Administration of Justice,* Nomos, Hart, 2014.

9. La légitimité du juge internationale par la compétence

Boisson de Chazournes, L., « The Principle of *Compétence de la Compétence* in International Adjudication and Its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals », *in* M. H. Arsanjani *et al.* (dir. publ.), *Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman,* Brill, 2010, p. 1027-1063.
Borchers, P. J., « Jurisdiction to Adjudicate revisited », *in Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honour of Arthur T. von Mehren*, Transnational Pub., 2002, p. 3-10.
Brand, R., « Jurisdictional Common Ground : In Search of a Global Convention », *in Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honour of Arthur T. von Mehren,* Transnational Pub., 2002, p. 11-32.
Bucher, A., « La compétence universelle civile, *Recueil des cours*, tome 372 (2015), p. 9-127.
Corbion, L., *Le déni de justice en droit international privé,* PUAM, 2004.
Flauss, J.-F., et S. Touzé (dir. publ.) Contentieux international des droits de l'homme et choix du forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping, Bruylant, 2012.
Gaudemet-Tallon, H., « De quelques raisons de la difficulté d'une entente au niveau mondial sur les règles de compétence judiciaire internationale directe », *in Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honour of Arthur T. von Mehren,* Transnational Pub., 2002, p. 55-72.
Hovell, D., « The Authority of Universal Jurisdiction », 29 *The European Journal of International Law*, nº 2, 2018.
Koering-Joulin, R., « Où il est encore question de compétence universelle », *in*

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 965-974.
Mailhé, F., *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions – La compétence face à la mondialisation économique*, Economica, 2016.
Nygh, P., « Forum non conveniens and *Lis Alibi Pendens* : the Australian Experience », *in Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, TMC Asser Press, 2000, p. 511-526.
Ruiz-Fabri, H., et J.-M. Sorel, « Juridiction obligatoire ? Procédure contraignante ? Et si l'amoindrissement de la liberté des Etats face à leurs juges ne venait pas d'où l'on pense ? », *in Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* Dalloz, 2010, p. 479-490.
Shani, Y., *Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts*, CUP, 2016.
Takakuwa, A., « International Jurisdiction in Contract and Tort Cases – Recent Developments in Japanese Case Law », *in Intercontinental Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TMC Asser Press, 2004, p. 435-442.
Xue, H., *Jurisdiction of the International Court of Justice,* Brill Nijhoff, 2017.
Zimmermann, A., « Human Rights Treaty Bodies and the Jurisdiction of the International Court of Justice », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, volume 12, 2013, p. 5-29.

*10. Le juge international ouvert sur le monde – l'*amicus curiae

Ascensio, H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, p. 897-930.
Boisson de Chazournes, L. et M. Mo Mbenge, « The Amici Curiae and the WTO Dispute Settlement System : The Doors are Open », *Law and Practice of International courts and Tribunals*, volume 2, 2003, p. 205-248.
Bürli, N., *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights :* Amicus curiae*, Member-State and Third-Party Interventions*, Intersentia, 2017.
Cichowski, R., *The European Court and Civil Society : Litigation, Mobilization and Governance*, CUP, 2007.
Decaux, E., et C. Pettiti (dir. publ.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruylant, 2008.
Dimolitsa, A., « The intervention of *amici curiae* in Investor-State Arbitration », *in Esssays in the honour of K. D. Kerameus*, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, 2009, p. 277.
Dolidze, A., « Bridging Comparative and International Law : *Amicus Curiae* Participation as a Vertical Legal Transplant », *Eur. J. Int Law* (2015) 26 (4), p. 851-880.
Kessedjian, C., « De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des *amici curiae », Keynote addresses XVIIth IACL Congress, European Journal of Law Reform,* vol.8 :1, 2006, p. 93-111.
–, « La nécessité de généraliser l'institution de l'amicus curiae dans le contentieux privé international », *in* H. Mansel et al. (dir. publ.), *Festschrift für Erik Jayme,* Sellier, 2004, p. 403-408.
MacKenzie, R., et P. Sands, « International Courts and Tribunals – *Amicus curiae* », *in* Rüdiger Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.
Menétrey, S., *L'*amicus curiae, *vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010.
Ruiz-Fabri, H., et J.-M. Sorel, *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, 2005.
Wiik, A., Amicus Curiae *before International Courts and Tribunals,* Nomos, Hart, 2018.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

11. La fabrique de la décision

Apostolidis, C. (dir. publ.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Ed. universitaires de Dijon, 2005.

Bedjaoui, M., *et al.*, *La méthode de travail du juge international,* Bruylant, 1997.

Bedjaoui, M., « 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 Virally*, Pedone, 1991, p. 87-107.

Berger, B., et M. E. Schneider (dir. publ.), *Inside the Black Box : How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions,* ASA Series, nº 42, Juris, 2014.

Brekoulakis, S., « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration : A New Approach to Arbitral decision-Making », *in* T. Cole (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2017, p. 339-373.

Canivet, G., « Comprendre le délibéré ? Ou « Le mystère de la chambre du Conseil », *in Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* Dalloz, 2010, p. 205-224.

Coendet, T., « Judicial Decision-Making Today – The Swiss Perspective », *in* Jürgen Basedow, Holger Fleischer et Reinhard Zimmermann (dir. publ.), *Legislators, Judges and Professors,* Mohr Siebeck, 2016, p. 65-96.

Cole, T. (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration,* Kluwer, 2017.

Coulson, R., « The Decision-making Process in Arbitration », 45(3) *Arb. J.* 37 (1990).

Couveinhes Matsumoto, F., et R. Nollez-Goldbach (dir. publ.), *Les motifs non juridiques des jugements internationaux,* Pedone, 2016.

Deumier, P. (dir. publ.), *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, 2013.

Dworkin, R. M., *Justice for Hedgehogs,* Harvard U. Press, 2011.

–, *Justice in Robes,* Harvard U. Press, 2006.

–, *Law's Empire,* Harvard U. Press, 1986.

Dyson, M., « Judicial Decision-Making in England and Wales », *in* Jürgen Basedow, Holger Fleischer et Reinhard Zimmermann (dir. publ.), *Legislators, Judges and Professors,* Mohr Siebeck, 2016, p. 97-150.

Epstein, L. (dir. publ.), *Courts and Judges,* Ashgate, 2005.

Epstein, L., W. M. Landes et R. A. Posner, *The Behaviour of Federal Judges – A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice,* Harvard U. Press, 2013.

Flauss, J.-F., « La collégialité à la Cour européenne des droits de l'homme », *in Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* Dalloz, 2010, p. 453-464.

de Fontmichel, A., M. Donato et A. Meyniel, « Vue d'ensemble du régime juridique du délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », *Les Cahiers de l'arbitrage,* 2014-2, p. 207-224.

Ginsburg, T., « Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking », 43 *Virginia J. Int'l L.* 631-73, 2005.

Giordano, V., et P. Langford, *Judicial Decision-Making : Artificio, Razionalità, Valori,* G. Giappichelli Editore, 2017.

Gorphe, F., *Les décisions de justice – Etude psychologique et judiciaire*, PUF, 1952.

Hernandez, G. I., *The International Court of Justice and the Judicial Function*, OUP 2014,

Kessedjian, C., « Les opinions séparées des juges et arbitres comme précédent », *in Le précédent en droit international,* Société française pour le droit international, Colloque de Strasbourg, Pedone, 2016, p. 135-147.

Klip, A., « Fundamentally Dissenting Judge Schomburg », *in* Martin Böse *et al.*, *Justice without Borders – Essays in Honour of Wolfgang Schomburg*, Brill-Nijhoff, 2018, p. 266-282.

Hirsch Levi, E., « The Nature of Judicial Reasoning », 32 *University of Chicago Law Review* 395 (1965).

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Levin, J., *How Judges Reason – The Logic of Adjudication,* Peter Lang Publishing, 1992.
Malhière, F. (dir. publ.), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle*, Dalloz, 2018.
Nollez-Golbach, R., « Le style judiciaire métissé de la Cour pénale internationale », *Droit et Société,* nº 91, 2015, p. 521-532.
Parise, A., « Judicial Decision-Making in Latin America – Unveiling the Dynamic Role of the Argentine Supreme Court », *in* Jürgen Basedow, Holger Fleischer and Reinhard Zimmermann (dir. publ.), *Legislators, Judges and Professors*, Mohr Siebeck, 2016, p. 151-192.
Park, W. W., « Decision-Making in Arbitration », *in* F. Osman *et al.* (dir. publ.), Soft law *et le droit du commerce international,* LexisNexis, 2018, p. 179-200.
Posner, R. A., *Divergent Paths – The Academy and the Judiciary*, Harvard U. Press, 2016.
–, *Reflections on Judging*, Harvard U. Press, 2013.
–, *How Judges Think,* Harvard U. Press, 2010.
Ruiz-Fabri, H., et J.-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales,* Pedone, 2008.
Sheppard, A., et D. Kapeliuk, « Dissents in International Arbitration », *in* T. Cole (dir. publ.), *The Roles of Psychology in International Arbitration,* Wolters Kluwer, 2017, p. 313-336.
Troper, M. (dir. publ.), *Comment décident les juges : la constitution, les collectivités locales et l'éducation,* Economica, 2008.

12. Le dialogue des juges

Badinter, R., et S. Breyer (dir. publ.), *Le juge dans la société contemporaine*, Fayard, 2003.
Brandeis Institute for International Judges, *The International Rule of Law : Coordination and Collaboration in Global Justice,* 2012.
Burgorgue-Larsen, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95-130.
–, « Repenser le dialogue des juges. L'ère dialogique en question(s). De quelques clarifications pour une meilleure communication académique », *in* B. Bonnet (dir. publ.), *Traité des rapports entre ordres juridiques,* LGDJ, 2016, p. 771-780.
–, « Cour de justice et cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue », *in* G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir. publ.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 273-285.
Higgins, R., « A Babel of Judicial Voices ? Ruminations from the Bench », 55 *ICLQ* 791, (2006).
L'Heureux-Dubé, C., « The Importance of Dialogue : Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », 34 *Tulsa L. J.,* 15-40, 1998.
Matringe, J., « L'exécution par le juge étatique des décisions judiciaires internationales », *R.G.D.I.P.*, 2013-3, p. 555-578.
Menétrey, S., et B. Hess (dir. publ.), *Les dialogues des juges en Europe,* Larcier, 2014.
Müller, A., et H. Elisabeth Kjos (dir. publ.), *Judicial Dialogue and Human Rights*, CUP, 2017.
Pataut, E., S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir. publ.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Editions, tome 43, 2013.
Slaughter, A.-M., « A Typology of Transjudicial Communication », 29 *U. of Richmond L. Rev.* 99, 1994.
–, « A Global Community of Courts », 44 *Harvard Int'l L. J.* 191-219, 2003.
–, *A New World Order,* Princeton U. Press, 2004.
Zang, M. Q., « Shall we Talk ? Judicial Communication between the CJEU and WTO Dispute Settlement », *Eur. J. Int'l Law* (2017) 28(1), p. 273-293.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

–, « Judicial Interaction of International Trade Courts and Tribunals », *in* Robert Howse, Hélène Ruiz-Fabri, Geir Ulfstein, Michelle Q. Zand (dir. publ.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals,* Cambridge University Press, 2018, p. 432-453.

13. L'influence du recours au juge sur la structure et la texture de la norme internationale

Adams, M., *et al*. (dir. publ.), *Judging Europe's Judges : The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice,* Hart Pub. 2013.
Arajärvi, N., « Le rôle du juge pénal international dans la formation du droit international coutumier », EJLS, volume 1, nº 2.
Archives de philosophie du droit, *La création du droit par le juge,* Tome 50, Dalloz, 2007.
Abi-Saab, G., « De la jurisprudence : quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international », *in Etudes en hommage au Professeur don Manuel Diez de Velasco*, 1993 reproduit *in*, *Le développement du droit international,* PUF, 2013, p. 97-106.
Alter, K. J., « Do International Courts enhance Compliance with International Law ? », *Review of Asian and Pacific Studies*, volume 25, p. 51-78, 2002.
Baranger, D., *Penser la loi – Essai sur le législateur des temps modernes,* Gallimard, 2018.
Barraud, B., *La jurisprudence et la doctrine,* L'Harmattan, 2017.
Bentolila, D., *Arbitrators as Lawmakers,* Wolters Kluwer, 2017.
Burgorgue-Larsen, L., « Decompartmentalization : The Key Technique for Interpreting Regional Human Rights Treaties », *International Journal of Constitutional Law (Icon)*, nº 1-2018, p. 187-213.
–, « Environnement et droits de l'homme. De l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Energie, Environnement, Infrastructure*, nº 6, juin 2018.
–, « De quelques « plus values » du système interaméricain des droits de l'homme – réflexions comparées, *in Réciprocité et universalité – Mélanges en l'honneur du Professeur E. Decaux,* Pedone, 2017, p. 605-627.
Cappelletti, M., « The Law Making Power of the Judge and Its Limits : Comparative Analysis », 8 *Monash U. L. Rev.*, 15-67, 1981.
Cataldi, G., « La mise en œuvre des décisions des tribunaux internationaux dans l'ordre interne », *Recueil des cours*, tome 386 (2017), p. 267-428.
Corten, O., *L'utilisation du raisonnable par le juge international – Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, 1997.
Choi, S. J., et M. Gulati, « Customary International Law : How Do Courts Do It ? », *in* Curtis A. Bradley, *Custom's Future – International Law in a Changing World*, Cambridge University Press, 2016, p. 117-147.
Condorelli, L., « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », *in La juridiction internationale permanente,* SFDI, Actes du colloque de Lyon, Pedone, 1987 p. 277-313.
Couvreur, P., *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law,* Brill/Nijhoff, 2017.
–, « The Effectiveness of the International Court of Justice in the Peaceful Settlement of International Disputes », *in* A. S. Muller, D. Raic et J.M.Thuranszky (dir. publ.), *The International Court of Justice : its future role after fifty years*, Martinus Nijhoff, 1997, p. 83-116.
Croze, H., « Le juge doit-il dire le droit ? », *in Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard,* Dalloz, 2010, p. 225-232.
Fagan, F., et S. Levmore (dir. publ.), *The Timing of Lawmaking*, Edward Elgar Pub., 2017.
Fatin-Rouge, M., S., L. Gray et J. Pini (dir. publ.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Gélinas, F., « Arbitration as Transnational Governance by contract », *in Transnational Legal Theory,* 2016, volume 7-2, p. 181-198.
Goicoechea, I., et H. van Loon, « The Key Role of Judges in the Development of Private International Law : Lessons Learned from the Work of the Hague Conference on Private International Law », *in* V. Ruiz Abou-Nigm & MB Noodt Taquela (dir. publ.), *Diversity and Integration in Private International Law*, EUP, à paraître, 2019.
Grisel, F., *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique,* Fondation Varenne – Collection de thèses, volume 49, 2011.
Jacquet, J.-M., « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.* 2010, p. 445.
Jia, B. B., « International Case Law in the Development of International Law », *Recueil des cours*, tome 382 (2017), p. 175-397.
Jones, D., « Arbitrators as Law-Makers », 6 *Indian Journal of Arbitration Law*, 2018-2, p. 18-28.
Kessedjian, C., « La pratique arbitrale », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet,* LexisNexis, 2013, p. 121-127.
Koh, H. H., « Paying "Decent Respect" to international tribunal rulings », 96 *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, p. 45-53, 2002.
Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court,* London, Stevens and Sons, 1982.
–, « The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals », *Recueil des cours*, tome 152 (1976), p. 377-478.
Levin, J., *How Judges Reason – The Logic of Adjudication*, Peter Lang Publishing, 1992.
Limburg, J., « L'autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales », *Recueil des cours*, tome 30 (1929), p. 519-618.
Markesinis, B., et J. Fedtke, « The Juge as Comparatist », 80 *Tulane U. L. Rev.,* 11-167, 2005.
Miranda Metou, B., *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruylant, 2012.
Nemer Caldeira Brant, L., *L'autorité de chose jugée en droit international public,* LGDJ, 2003.
Ouali, E., *Effets juridiques de la sentence internationale - Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales,* LGDJ, 1984.
Rosenfeld, M., *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics,* University of California Press, 1998.
Salmon, J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de Justice », *in Droit international et argumentation*, Bruylant, 2014, p. 105-130.
Schramm, B. K., *La fiction juridique et le juge – Contribution à une autre herméneutique de la Cour internationale de Justice*, Bruylant, 2018.
Schulte, C., *Compliance with decisions of the International Court of Justice*, OUP, 2004.
Shany, Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts,* OUP, 2014.
Sperl, H., « La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers », *Recueil des cours*, tome 36 (1931), p. 385-478.
de Sutter, L., *Après la loi,* PUF, 2018.
Stone Sweet, A., *Governing with Judges : Constitutional politics in Europe*, OUP, 2000.
–, *The Judicial Construction of Europe*, OUP, 2004.
Sussman, E., « Arbitrator Decision Making : Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them », TDM 4 (2014), www.transnational-dispute-management.com.
Tercier, P., « Des législateurs innommés », *in Innominatverträge* - Festgabe Schluep, Gebundenes, 1988, p. 45-60.
–, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », *Association Henri Capitant*, tome XXXIV, 1983, p. 21.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Travers, M., « Les effets internationaux des jugements répressifs », *Recueil des cours*, tome 4 (1924/III), p. 415-470.

14. Quand le juge devient un algorithme

Binns, R., M. Van Kleek, M. Veale, U. Lyngs, J. Zhao et N. Shadbolt, « It's Reducing a Human Being to a Percentage' ; Perceptions of Justice in Algorithmic Decisions », arXiv :1801.10408 [cs.HC], 2018.
Buyle, J.-P., et A. van Den Branden, « La robotisation de la justice », *in* Hervé Jacquemin et Alexandre de Steel (dir. publ.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Larcier 2017, p. 259-318.
Cadiet, L., *« L'accès à la justice, Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice »*, *D.* 2017, p. 522 ss.
Conférence «*Justice prédictive : évolution, révolution ?* », *Journal Spécial des Sociétés*, nº 48, 17 juin 2017.
Croze, H., « Comment être artificiellement intelligent en droit », *JCP*, 2017, p. 882.
Garapon, A., et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018.
Cerrillo, A., et P. Fabra (dir. publ.), *E-Justice : Using Information Communication Technologies in the Court system,* Information Science Reference, 2009.
Gravett, W. H., Towards an Algorithmic Model of Judicial Appointment : The Necessity for Radical Revision of the Judicial Service Commission's Interview Procedures, 80 THRHR 267 (2017).
Hu, M., « Algorithmic Jim Crow », 86 *Fordham L. Rev*. 633 (2017).
Huq, A. Z., « Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice », 68 *Duke Law Journal,* (2019).
Julia, L., *L'intelligence artificielle n'existe pas,* First editions, 2019.
Kehl, D., P. Guo, et S. Kessler, « Algorithms in the Criminal Justice System : Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. Responsive Communities Initiative », Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School, 2017, http ://nrs.harvard.edu/urn-3 :HUL.InstRepos :33746041.
Kroll, J. A., S. Barocas, E. W. Felten, J. R. Reidenberg, D. G. Robinson et H. Yu, « Accountable Algorithms », 165 *U. Pa. L. Rev*. 633 (2017).
O'Neil, C., *Algorithmes, la bombe à retardement,* Les arènes, 2018, originellement publié en anglais sous le titre *Weapons of Math Destruction.*
Robinson, T. D., « A Normative Evaluation of Algorithmic Law », 23 *Auckland U. L. Rev.* 293 (2017).
Supiot, A., *La gouvernance par les nombres,* Fayard, 2015.
Tene, O., et J. Polonetsky, « Taming the Golem : Challenges of Ethical Algorithmic Decision-Making », 19 *N.C. J.L. & Tech*. 125 (2017).
Wolfe, A., « Algorithmic Justice », 11 *Cardozo L. Rev*. 1409 (1990) reproduit *in* D. Cornell, M. Rosenfeld et D. Gray Carlson (dir. publ.), *Deconstruction and the Possibility of Justice,* Routledge, 1992, p. 366.

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

INDEX

Les chiffres renvoient au numéro de paragraphe.
Les chiffres en caractères gras signalent le siège principal de la matière.

A
Aarhus (Convention et Commission de *compliance*), 27, 55, 360, 362, 368, 742
Abbé de Saint Pierre, 46, 108
Abus de droit, 45, 47, 150, 458, 481, 503, 548, 686
Accès à la justice (droit d'–), 8, 27, 40, 49, 54, 55, 80, 84, 137, 266, 327, 533, 545, 553, 556, 733
Accord de règlement, 206, 744, 745, **771 ss**
Accountability (reddition de compte), 441, 467, 469
Alabama (arbitrage), 131, 457, 760
Allégorie de la justice, **305 ss**
  Balance, 279, **310 ss**
  Bndeau, 309, 313 ss
  Genou, 309, 312, 321 ss
  Glaive, 279, 295, 308, **313 ss,** 327, 347
  Livre, 313, 317, 320, 323
  Œil intérieur (ou œil de la Providence), **315**, 324, 328
  Palme, 327
  Serpent, 308, 323
  Soleil de la justice, 296, 315, 324
Allégorie de la paix, **296 ss**
  Albert Besnard (peinture grande salle de justice), **325**
  Sceau de la CIJ, 327
  Sceau de la CPA, 328
  Vitraux de la grande salle de justice, 272, 291, 326
Algorithme, **794 ss**
American Arbitration Association, 124 ss, 473,
American Law Institute, 217, 736
Amicus curiae, **557 ss**
Arbitre, 3, 8, **28 ss**, 42, 46, 56, **97 ss**, 294, 302, 351, 354, 378, 388, 405, 415, 422, 426 ss, 444 ss, 453, 464 ss, 473 ss, 499 ss, 525, 566, 611, 613, 621, 624 ss, **633 ss**, **652 ss**, 664, 669, 682, 750 ss, 773, 793, 800,
Arbitrage (en général, v° aussi Arbitre),
  Ad hoc (voir aussi CNUDCI et CPA), 105, 117, 142, 502, 800
  CCI, 156,
  CIRDI, 11, 24, 84, 149, 156, 354, 377, 388, 398, 415, 430, 436, 468, annexe après 479, 482 ss, 500 ss, 504, 567, 659, 667, 685, 760, 770, 778, 792, 800, 814
  CNUDCI, 156, 473 ss, 502, 800
  CPA, 156, 340, 346, 354, 357, 388, annexe après 479, 568, 770
  Femmes en arbitrage, **390 ss**
  Serments, annexe après 479
  TAS, 24, 377, 439, 444, annexe après 479, 657, 751
Arbitrator Intelligence, 381
Architecture, 6, 130, 144, 239, **270 ss**
Arendt (Hannah), 4, 51, 238, 241 ss, 689, 741
Aristote, 61
Art, **331 ss**
  Arts vivants et de fiction, **342 ss**

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Association européenne de libre échange (AELE), 21, 392, 418, 427, 445 ss, 482, 529, 789
Autonomie de la volonté, 58, 74, 354, 383, 404, 406, 480, 501, 502, 510, 530, 535, 556, 646, 720, 771
Autorité, 1, 16, 42, 45, 47, 82, 145, 183, 186, 270, 297, 427, 441, 671, 785
Avis consultatif, 13, 353, 415, 486, 572, 578, 593, 597, 612, 625, 680, 724, 774
Avocat général (CJUE), 406, 414, 571, 631, 636, 648

B
Balance (voir allégorie de justice)
Bandeau (voir allégorie de justice)
Bangladesh Accord, 510
Barbosa (Ruy), 83, 110
Basdevant (Jules), 332, 372, 465
Bathe, 229 ss
Bernard (Henri), 373, 613, 672
Blockchain, 795
Bodin (Jean), 82, 104
Bourgeois (Léon), exergue chapitre 2, 118
Brandeis Institute for International Judges, 37, 79, 80, 424, 444, 713, 732
Brexit, 217, 220, 337, 696, 789, 793
Broches (Aron), 24, 500
Brown Scott (James), 6, 109, 117, 118, 130, 139
Burgh House (Principes de –), 424, 438, 441, 449, 463

C
Cambodge (Chambres extraordinaires), 19, 45, 76, 329, 338, 351, 548
Cardozo (Benjamin), 75, 600, 760,
Carnegie (Andrew), 113, 130, 272, 285, 286, 331
Cassese (Antonio), 31, 49, 50, 401, 449, 451
CEDEAO, 20
CEMAC, 20, 714
Chandigarh (Palais de justice de –), 285, 322
Charte de l'énergie, 156, 158, 160, 760
Cinéma, 299, 306, 335, 338, 342
CIRDI (ICSID), (V° Arbitrage CIRDI)
CNUDCI (UNCITRAL), 25, 83, 127, 149, 156, 203, 206, 217, 354, 436, 473, 502, 503, 567, 579, 627, 736, 768, 772, 791, 793, 801
Commission de Venise, 54, 437
Commissions mixtes, 15, 106, **110 ss**, 221, 285, 354, 500, 524, 770
Comité *ad hoc*, 205, **504 ss**, 792,
Communauté
  internationale, 38, 47, 145, 291, 386, 441, 449, 481, 495, 576, 714
  (des) juristes, 387
  (des) juges, 388, 403, 424
Communauté économique européenne (CEE), V° Union européenne
Compétence-compétence,
Compétence, **480 ss**
  exclusive, 484, 499, 524, 526, 528, 531, 579, 716
  générale, 22, 140, 222, 261, 268, 518,
  professionnelle, 359, 361, 423
  ratione loci, 482
  ratione materiae, 140, 218, 258, 359, 368, 484, 486, 499, 503, 525
  ratione personae, 22, 218, 261, 483, 503
  ratione temporis, 498
  spéciale, 222, 346,
  universelle, 18, 22, 47, 222, 482, 538, 545, **547 ss**

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Conciliateur, 3, 8, 13, 28, 29, 42, **146 ss**, 186, 398, 404, 415, 448, 499, 572, 609, 745, 758
Conciliation, 6, 13, 18, 22, 27, 112, **146 ss**, 448, 502, 554, 572, 772
Conclusions (de l'Avocat général, CJUE), 31, 571, 631, 636,
Concurrence (des juridictions), 56, 223, 367, 481, 524, 694, 721
Confiance, 5, 22, 85, 86, 145, 148, 173, 182, 185, 190, 207, 218, 291, 305, 322, 354, 377, 424, 405, 424, 434 ss, 479, 558, 594, 614, 707, 779, 813
Conflit d'intérêts, 464, 471
Confucius, 75
Connexité, 516, 532, 631
Convention Aarhus (1998), 27, 55, 360, 362, 368, 742
Convention de La Haye sur les jugements étrangers (2019), 508, 553
Convention Montego Bay (1982), 22, 24, 27, 484, 524 ss, 568, 693
Convention de New York (1958), 127, 206, 468, 499, 505, 697, 772, 780, 789, 791
Convention de Singapour (médiation) (2019), 149, 206, 452, 772
Coopération, 26, 53, 78, 219, 409, 481, 508, 523, 534 ss, 551, 594, **692 ss**, 743, 758
Cordonnier (Louis), 272, 287
Corruption, 75, 424, 499
Courage (du juge), 61, 216, 321, 374, 757, 761 ss
Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Cour africaine des droits de l'homme et des peuples), 20, 54, 136, 357, 395, 406 ss, 419, 428, 570, 695
Cour caribéenne de justice, 416
Cour civile internationale (proposition de –), 25, 87, 216, 223, 258, 519, 706
Cour commune de justice et d'arbitrage (OHADA), 20, 280, 350, 361, 419, annexe après 479, 603, 623, 714
Cour de justice de l'Amérique centrale (1908), 130, 285
Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 11, 21, 25, 31, 268, 291, 320, 363, 392, 395 ss, 406, 424, 468, annexe après 479, 482, 486, 505, 526, 531, 562, 571 ss, 594, 603, 625, 630 ss, 681, 696, 716, 723 ss, 747, 759 ss, 783 ss
Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), 9, 17, 31, 357, 363, 386, 395, 406, 410, 414, 419, 439 ss, 468, 476, 477, 482 ss, 539, 544 ss, 555, 570, 575, 580, 593, 603, 612, 632, 646, 649, 663, 676, 716, 729 ss, 742, 747, 758, 759, 769, 787
Cour interaméricaine pour les droits de l'homme, 21, 31, 54, 127, 136, 273, 353, 357, 360, 363, 424, 428, 483 ss, 570 ss, 630, 632, 769
Cour internationale de Justice (CIJ), *passim*
Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale, 469, 471, annexe après 479, 500, 542, 543, 609, 665, 671
Cour permanente d'arbitrage (v. arbitrage CPA)
Cour permanente de justice internationale (CPJI), 13, 18, 28, 118, 128, 216, 325, 365, 384, 407, 441, 448, annexe après 479, 489, 524, 558, 578, 627, 658, 663, 697, 748
Cour pénale internationale (CPI), 19, 22, 37, 47, 79, 141, 144, 291 ss, 334 ss, 346, 357, 363, 368, 395, 408, 423, 427, 441, 444, 451, 461, annexe après 479, 490, 495, 569, 622, 661, 688, 712, 722, 732, 750, 758, 763
Court-to-court communication (v° dialogue des juges)
Coutume internationale, 19, 399, 545, 747, 750, 769, 771, 803
Cross examination, 653

D
Decision Tree, 635
Deep Learning, 813
Délibéré,
  Organisation du –, 139, 384, 403, 435, 451, 604, **633 ss**, 669, 677
  Secret du –, 437, 601, **616 ss**
Déni de justice (lutte contre le) (voir for de nécessité)
Déport, 252, 445, **471**
Désintéressement, 3, 188, **432**, 454

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Dialogue des juges, **692 ss**
Diké, 296, 310, 311, 320
Diversité, **390 ss**, 423
Donnedieu de Vabres (Henri), 68, 370, **371**, 465, 748
Droits de l'homme, *passim*
– et entreprises transnationales, 555
(voir aussi cour civile internationale)
(voir Procès Kiobel)
(voir Procès Pinochet)
Due Process (ou droits fondamentaux procéduraux des parties), 707
Dworkin (Ronald), 36, 56, 71, 349, 665

E
Eau (symbolique de l'), 291, 303, 334
Effectivité
des décisions de justice, 434, 495, 753 ss, **771 ss**, 787, 793
du recours au juge, 592
Efficacité
De la justice, 771
la procédure, 733, 77, 777
des accords de médiation (v. Convention de Singapour)
des décisions, 480, 774, 789 ss,
des juridictions internationales, 31, 80, 424, 631, 707
du droit, 55, 774
des processus de médiation, 205, 452
Egalité des sexes (dans la fonction de tiers) (voir diversité),
Eichmann (voir procès de Adolf –)
e-justice, 799
Escarra (Jean), 374
Estoppel, 718
Etat hôte (ou d'accueil), 9, 25, 441, 482, 502 ss, 685, 692, 780,
Etat de droit (*Rule of law*), 25, 31, 40, 54, 130, 713,
Ethique
– du juge), 80, 124, **424 ss**, 621, 677, 733, 804
règles d'éthique, 660
Europe chrétienne (arbitre de –), 42, 96, 104
Exécution des décisions, 20, 24, 27, 158, 205 ss, 432, 452, 478, 485, 508, 533, 554, 650, 673, 677, 744, 754, 763, **771 ss**
Exequatur, 485, 744, 792

F
Fairness, 270, 291, 462, 665, 810
Falco (Robert), 32, 351, 370 ss, 403, 465,
Feedback loop, 813
Femmes (au sein des juridictions internationales), 126, 193, 231, 309, 311, **393 ss**,
For de nécessité (*forum necessitatis*), **538 ss**, 554 ss,
Formation des juges, 28, 63, 265, **349 ss**, 379, 404, 407, 608, 623, 739
Forum non conveniens, 482, 506, 512, 516, **533 ss**, 705, 721, 793
Fraude à la loi, 503, 511, 612, 730, 790

G
Gacaca, 45, 150,
Genou (V° allégorie de justice)
Gentili (Alberico), 105
Glaive (V° allégorie de justice)

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Globalisation, 7, 38, 52, 212, 743
Gouvernance, 6, 47, 54, 230, 456, 694, 777, 786
Greenhouse effect, 144, 691
Grotius (Hugo), 82, 209, 276, 331
H
Halévy (Benjamin), 245 ss
Hart (Herbert L. A.), 71
Hegel (Georg W. F.), 1, 760
Heimburger (Henri), 374
Hymans (paul), 43

I
Immunité, 79, 172, 251, 264, 441, 483, 553, 569
  Convention des Nations Unies 2004, 610
  de juridiction de l'Etat, 55, 215, 520 ss, 543, 562, 574, 769
  d'exécution de l'Etat, 215, 522, 780, 792
  du chef de l'Etat, 256, 712
  du tiers impartial et indépendant, 31, 469
  – fonctionnelle, 544
Impartialité, **424 ss**
Impunité (lutte contre l'–), 40, **73 ss**, 222, 251, 291, 547, 555
Indépendance, **424 ss**
Insolvabilité, 499, 513, 699, 706, **736**
Institut de droit international, 6, 90, 113, 378, 545
Intégrité (du juge), 80, 188, 358, 452, 462, 733
  De l'ordre juridique européen, 526
  Du processus, 270, 806
Intelligence artificielle, **794 ss**
International Bar Association, 474, 736
International Law Association (Association de droit international), 186, 203, 514
Investisseurs (en contentieux), 9, 24, 25, 83, 86, 212, 217, 354, 435, 449, 466, 482, 500, **502 ss**, 526, 559, 685
Invisible College, 403, 613, 755, 800
Issue conflict, 464

J
Jackson (Robert H.), 31, 68, 73, exergue chapitre 2, 235, 240, 298, 370
Jennings (Sir Robert), 365, 392
Jessup (Philip), 18, 22, 79, 131, 268, 274, 401, 479
Juge, *passim*
  – *ad hoc*, 118, 310, 384, 394, 400, 404, 407 ss, 427, 435, 444, 446, 479, 489, 603, 638, 644, 665, 669, 676
  – rapporteur, 31, **631**, 636, 642, 648, 681, 707
Jura novit curia, 657
Juridiction
  Internationale, 12, **14 ss, 486 ss**
  Internationalisée, 13, 18, 226, 352, 733
Justice algorithmique, voir algorithme
Justice coloniale, 47, 392
Justice transitionnelle, 14, 30, 150, 545

K
Kellor (Frances), 124 ss
Kelsen (Hans), 15, 39, 56, 616
Kiley (Dan), 298
Kojève (Alexandre), 1 ss, 61, 432, 741

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

L
Lachs, 229 ss
Landau (Moshe), 243 ss
Langue de travail, 30, 88, 101, 121, 135, 151, 212, 217, 224, 242, 266, 298, 352, 370, 374, 405, 453, 461, 560, 593, 623, 638 ss, 643
Lauterpacht (Sir Elihu), 17
Lauterpacht (Sir Hersch), 59, 139, 235, 268
Le Corbusier, 289, 322
Légitimité, **480 ss**, 649
  Extérieure, 650
Lehmberg, 229 ss
Leibniz (Gottfried Wilhelm), 760
Lemkin (Rafaël), 68, 227, 234, 748
Lex sportiva, 751
Litispendance, 481 ss, 506, **524 ss**, 554, 703
Livre (voir allégorie de justice)
Loyauté, annexe après 479

M
Maât (déesse), 311, 332
Marché (de l'arbitrage), 33, 388
Médiateur, 3, 5, 8, 28, 44, 46, 57, 67, 99, 104, **146 ss**, 360, 399, 404, 426, 432 ss, 452, 459, 466, 573, 609, 635, 741, 745, 758
Médiation (V° médiateur)
Magistrat de liaison, 692
Magistrat international, 350, 424, 441
Mémoire, 32, 62
Mondialisation, 10, 38, 52, 547, 564, 700, 747
Monnet (Jean), 1, 4, 331, 788
Montesquieu, 59, 62, 81 ss, 112, 424, 440, 747
Motivation, 4, 253, 387, 603, 624, 629, 639, **645 ss**, 728

N
Nationalité
d'une partie, 355, 503, 546, 549, 685, 729
  d'une personne morale, 262, 386
  d'une personne physique, 503
  du tiers, 355, 363, 384, 411 ss, 435, 441, 446, 631
  effective, 377, 503
Neutralité, **424 ss**
Nomination (conditions de–), 28, 80, 86, 113, 218, 244, 265, 354 ss, 367, 369 ss, 393, **404 ss**, 432, 444 ss, 454, 475, 733, annexe 2 après 740, 800
  Autorité de –, 119
Note en délibéré (*post hearing brief*), 633
Nudging, 187, 613

O
Œil intérieur (voir allégorie de justice)
OHADA, 20, 155, 280, 350, 361, 411, 419, 452, 603, 623, 630, 714
OMC (y compris ORD), 8, 11, 13, 21, 55, 75, 79, 84 ss, 94, 158 ss, 200, 351, 354, 360, 395, 445, 565 ss, 582, 602, 663, 732, 781, 793
Oneto (Robert), 374
Opinion concurrente, contribuante ou concordante, 260 ss, 618, 661, 672
Opinion dissidente, 31, 269, 349, 373, 394, 439, 451, 479, 586, 603 ss, 613, 618, 628, 639, 646, **661 ss**
Opinion individuelle (séparée), 349, 385, 485, 491, 600, **639 ss**

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Ordre public
De direction, 476 ss
De protection, 476 ss
International, 202, 383, 468, 476, 499, 541, 612, 621, 658, 730, 745, 751
transnational (ou véritablement international), 202, 222, 611
Ost (François), 56

P
Paix, *passim*
Palais de la Paix, 6, 113, 130, 272, 275, image 7, 280, **285 ss**, 315, 324, image 11, 325, 328, 331 ss, 346, 598
Palme (V° allégorie de justice)
Panel consultatif (CourEDH), 414
Parité, 394, 398
Partialité, 183, 251, 255, 435, 461, 466
Partialité inconsciente (*unconscious bias*), 397
Perelman (Chaïm), 385
Platon, 61, 76, 270, 324, 741
Point de contact national (PCN), 27, 152
Posner (Richard A.), 351, 600, 605, 614, 629, 655, 666
Post hearing brief (V° note en délibéré)
Précédent, 620, 652, 659, 669, 674, 687, 767, 783
Predictive coding, 806
Principe de la contradiction, 596, 656 ss, 704, 708 ss
Principes généraux du droit, 70, 82, 492, 534, 660, 719, **749 ss**, 760
Probité morale, 305, 357, 462, annexe après 479
Procédure, *passim*
Procès Eichmann, **237 ss**
Procès Kiobel, **257 ss**
Procès de Nuremberg (voir Tribunal militaire international de Nuremberg)
Procès Pinochet, **249 ss**, 550
Procès Tehlirian, **226 ss**
Procès de Tokyo (V° Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient)
Proportionnalité, 70, 545, 649, 660, 750
Protocole 16 (CourEDH), 267, 386, 486, 580, 612, **724 ss**, 759, 787
Psychologie, 35, 387, 424, 600, 604, 614
Publicité
des débats, 617
des votes, 662

Q
Qualités requises
pour devenir juge, **356 ss**
pour devenir médiateur, **185**
Question préjudicielle, 26, 223, 267, 442, 486, 505, 562, 625, 696 ss, 723, 759, 766, 782 ss
Questionnaire
pour le délibéré, 635, 637, 642
pour vérifier l'éventuel conflit d'intérêts, 473

R
Rana Plaza, **510 ss**
Raveh (Yitzhak), 247
Reconnaissance
des jugements, 216, 478, 482, 539, 612, 790
des sentences arbitrales, 673, 677, 777
mutuelle, 765
principe de la –, 74, 199, 377, 387, 508
Récusation, 387, 430, 434 ss, 463, 471, 472, 476, 478

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Reddition de compte (rendre des comptes) (*accountability*), 440, 467, 469
Référendaire, 290, 426, 603, 634, 636 ss
Renommée (*fama*), 46
Renvoi de compétence, 534, 540
Renvoi préjudiciel, 267, 574, 714, 726, 766
Réseau de juges, 715, **737 ss**
Responsabilité sociétale des entreprises (*Business and Human Rights*), 25, 258, 510 ss, 514 ss, 555
Ricoeur (Paul), 50, 53, 62
Rohingyas, 495
Ruwenberg (séminaire de De –), 698, 719, annexe après 740

S
Schabas (William A.), 51
Sceaux des tribunaux internationaux, 306
  CIJ, 327
  CPA, 328, 346
  CPI, 346
  TDIM, 346
Scheffer (David), 45, 77
Secrétariat (des juridictions), 426
Sécurité juridique, 22, 141, 480, 486, 508, 528, 534, 612, 646, 720, 761, 767, 772, 791
Sentence arbitrale, 21, 57, 104, 123, 160, 217, 221, 286, 389, 458 ss, 621 ss, 646, 673, 677 ss, 697, 723, 750 ss, 761, 770 ss, 788 ss
Serpent (V° allégorie de justice)
Smart contract, 795 ss
Société *ad hoc*, 685
Société civile, 413, 416, 467, 576
Société internationale, 15, 31, **36 ss**, 71 ss, 80, 84 ss, 98, 142, 349, 392, 538, 547, 585, 605, 611, 650, 691, 694, 698, 741 ss, 763
Soft law (droit tendre), 13, 39, 150, 486, 611, 652, 660, 760
Soft power, 212, 755
Soleil de la justice (voir allégorie de justice)
Southern African Development Communicty Tribunal (SADC), 437
Spinoza (Baruch), 82, 343
Stuyt (Alexander Marie), 111

T
Taube (Michel de), 99
Tehlirian (V° Procès –)
Théâtre, 271, 283, 295, 306, 328, 342, 343, 387
Thémis, 272, 286, 296, 310 ss, image 10, 314, 320
Third Party Funding (tiers financeur), 424, 474
Tiers
  Amicus curiae (V° *Amicus curiae*)
  Financeur (V° *Third Party Funding*)
  Impartial et indépendant, *passim*
  Intervenant, 10, 31, 252, 256, 494, 521, 567, 574, 591, 596 ss, 760
Tocqueville (Alexis de), 53, 211, 757
Transparence, 80, 291, 337, 381, 396, 449, 584, 601, 616, 733, 807
Tribunal arbitral mixte (Traité de Versailles), **119 ss**
Tribunal arbitral du sport (TAS), 24, 377, 429, 439, annexe après 479, 657, 751
Tribunal international du droit de la mer (TIDM), 22, 484, 568, 636, 646, 769
Tribunal militaire international de Nuremberg, 18, 30 ss, 51, 68, 76, 89, 132, 135, 232 ss, 240 ss, 281, 298, 338, 351, 370 ss, 403, 465, 748
Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tokyo), 18, 30, 68, 77, 132 ss, 282, 373 ss, 604, 613, 672, 748

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge

Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY), 15, 19, 45, 49, 51, 135, 141, 190, 299 ss, 339, 402, 417, 427, 437, 449, annexe après 479, 569, 586, 695, 732
Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), 19, 45, 427, annexe après 479, 569, 732
Tribunaux *ad hoc*, 68, 105, 117, 135, 142, 146, 221, 502, 792
Turing (Alan), 760, 798

U
UEMOA, 20, 714
UNAMIR, 135, 569
Union africaine, 20, 47, 548
Union européenne (UE), 11, 19, 21, 26, 46, 54, 70, 88, 108, 153, 188, 213, 220 ss, 267 ss, 290, 354, 442, 482, 492, 509, 518, 525, 529, 552, 562, 579, 663, 696, 701, 714, 716, 723, 734, 761, 770, 783, 786, 789
Union internationale des magistrats, 424, 470

V
Vattel (E. de), 97, 109, 148
Vitraux (grande salle de justice) (voir allégorie de la paix)

W
Weber (Max), 41, 56, 117
Wehberg (Hans), 69, 83, 117 ss, 129, 142, 353, 446

C. Kessedjian - 1875-8096
Downloaded from Brill.com 08/05/2024 09:52:00AM
via University of Cambridge