

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BUERGENTHAL

[Traduction]

1. J'ai voté contre la présente ordonnance car j'estime que la décision de la Cour est juridiquement erronée sur le plan des principes.

2. Israël conteste la participation du juge Elaraby à cette procédure au motif que ses antécédents professionnels et les déclarations personnelles qu'il a pu faire concernant des sujets qui touchent au fond de la question soumise à la Cour dans la demande d'avis consultatif commandent qu'il ne siège pas en l'espèce.

3. Pour ce qui est des activités professionnelles qu'a exercées le juge Elaraby en qualité de représentant diplomatique et de conseiller juridique de son pays, la Cour rejette l'objection d'Israël en concluant que, ayant été accomplies de nombreuses années avant que la question de la construction du mur actuellement soumise à la Cour ne soit soulevée pour la première fois, ces activités ne relèvent pas des cas visés au paragraphe 2 de l'article 17 du Statut, qui empêcheraient la participation du juge Elaraby à l'affaire.

4. En ce qui concerne l'entretien que le juge Elaraby a accordé à un journal deux mois avant d'être élu à la Cour, à un moment où il n'était plus le représentant diplomatique de son pays, la Cour n'y voit pas un motif d'exclure la participation du juge Elaraby à la présente procédure, celui-ci n'ayant «exprimé aucune opinion sur la question posée dans la présente espèce».

5. Selon Israël, le juge Elaraby devrait être empêché de siéger en l'affaire au motif, notamment, que les vues qu'il a exprimées lors de cet entretien se rapportent directement à des questions dont la Cour devra traiter en réponse à la demande d'avis consultatif et sont de nature à créer une apparence de partialité incompatible avec une bonne administration de la justice.

6. En principe, je partage l'opinion de la Cour selon laquelle les activités accomplies par le juge Elaraby dans l'exercice de ses fonctions diplomatiques et gouvernementales ne relèvent pas des cas visés au paragraphe 2 de l'article 17 du Statut de la Cour, qui empêcheraient sa participation à la présente procédure. Cette conclusion peut se justifier parce que ces vues n'étaient pas les vues personnelles du juge Elaraby mais celles de son gouvernement, dont il exécutait les instructions. La Cour a, par le passé, pris position en ce sens dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité (C.I.J. Recueil 1971, p. 18, par. 9)*. Bien que je puisse imaginer des circonstances dans lesquelles cette règle générale ne résisterait pas à un examen plus attentif, je suis d'accord avec la Cour pour l'appliquer à ce cas d'espèce.

7. En revanche, je me sépare des conclusions de la Cour pour ce qui est de l'interview accordée par le juge Elaraby en août 2001, deux mois avant son élection à la Cour, alors qu'il ne représentait plus son gouvernement et s'exprimait donc à titre personnel (voir *Al-Ahram Weekly Online*, 16-22 août 2001, n° 547).

8. Le texte de cette interview contient le passage suivant :

«Aujourd'hui, il [le juge Elaraby] s'inquiète d'une tendance à faire le jeu d'Israël et, par conséquent, à marginaliser la question qui est au cœur du conflit israélo-arabe, à savoir l'occupation illégitime de territoires. «Il est depuis longtemps patent qu'Israël, pour gagner du temps, suit invariablement la politique consistant à «établir des faits nouveaux». Ce facteur temps est, pour tout pays, un élément tactique [de négociation], mais, pour les Israéliens, il s'agit d'une stratégie.» Des faits nouveaux et des problèmes nouveaux sont ainsi créés sur le terrain, explique-t-il, et les problèmes plus anciens, essentiels, sont oubliés, avec pour conséquence de graves violations du droit humanitaire comme les atrocités perpétrées à l'égard des populations civiles palestiniennes, mais aussi des actes tels que l'occupation récente du siège de l'Autorité palestinienne. «Je suis désolé de m'exprimer ainsi», poursuit M. Elaraby, «mais vous ne voyez pas aujourd'hui les Palestiniens, ou tout autre pays arabe, présenter ainsi la question à la communauté internationale: Israël occupe le territoire palestinien et cette occupation constitue en soi une violation du droit international. Israël s'est, à deux reprises, par écrit, prenant le monde entier à témoin, engagé à mettre en œuvre la résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations Unies sur les territoires occupés: une fois à Camp David envers l'Égypte [en 1978] et une fois à Oslo envers les Palestiniens [en 1993].» Très récemment, ajoute-t-il, le gouvernement Sharon a lancé une nouvelle stratégie, destinée à semer la confusion et à gagner du temps, en qualifiant de «contestés» des territoires déjà reconnus par Israël comme occupés. Tous ces éléments, explique M. Elaraby, «visent à brouiller les cartes et à compliquer toute tentative sérieuse d'amener Israël à quitter les territoires occupés. Vous pouvez négocier les garanties de sécurité que s'appliqueront mutuellement les deux parties, mais vous ne pouvez pas négocier la question de savoir si vous allez vous retirer ou non.»»

9. Le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut de la Cour est ainsi conçu :

«2. Ils [les membres de la Cour] ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre.»

10. Certes, il est clair que les termes du paragraphe 2 de l'article 17 ne

s'appliquent pas exactement aux vues exprimées par le juge Elaraby dans l'interview mentionnée ci-dessus. Cela ne signifie toutefois pas que cette disposition énonce les seuls motifs susceptibles d'empêcher un juge de siéger dans une affaire. Elle cite ceux qui seraient généralement considérés comme les cas les plus flagrants de violation de l'éthique judiciaire : ceux où un juge entrant dans l'une des catégories énumérées viendrait à participer à une affaire. En même temps, le paragraphe 2 de l'article 17 reflète une conception de la justice et de l'équité qui sont requises des tribunaux beaucoup plus large que ne semble l'admettre la Cour. L'éthique judiciaire ne se définit pas simplement par des règles rigides : je doute qu'elle puisse jamais être définie de façon exhaustive ; elle est affaire de perception et de sensibilité aux apparences, éléments que les tribunaux doivent constamment avoir présents à l'esprit pour préserver leur légitimité.

11. Une cour de justice doit être libre — et, selon moi, tenue — d'examiner si l'un de ses juges n'a pas exprimé des vues ou pris des positions créant l'impression qu'il ne pourra pas connaître de manière équitable et impartiale des questions soulevées au cours d'une affaire ou d'une procédure consultative — en d'autres termes, qu'il a une opinion préconçue sur une ou plusieurs des questions liées à l'objet du différend dont la Cour est saisie. Tel est le sens de la maxime selon laquelle une bonne administration de la justice exige non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit manifestement. A mon sens, tous les tribunaux doivent guider leur conduite sur ce principe, que leur statut ou autre texte constitutif le leur prescrive ou non expressément. Ce pouvoir et cette obligation sont contenus implicitement dans le concept même de cour de justice, dont la mission est l'administration équitable et impartiale de la justice. Vouloir les exclure du champ du paragraphe 2 de l'article 17 n'est ni justifié sur le plan juridique ni sage sur le plan de la politique judiciaire.

12. Au paragraphe 8 de la présente ordonnance, la Cour déclare que, « dans l'entretien accordé à un journal en août 2001, le juge Elaraby n'a exprimé aucune opinion sur la question posée dans la présente espèce » et que « dès lors l'intéressé ne saurait être regardé comme étant « antérieurement intervenu » dans l'affaire à quelque titre que ce soit ».

13. C'est là l'interprétation la plus formaliste et la plus étroite du paragraphe 2 de l'article 17 que l'on puisse imaginer, et une interprétation qui n'est pas étayée par les faits. Certes, il est techniquement vrai que le juge Elaraby n'a pas exprimé d'opinion sur la question précise qui a été soumise à la Cour par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Mais il est également vrai que la Cour ne pourra pas examiner cette question sans tenir compte du contexte du conflit israélo-palestinien et des arguments qui seront nécessairement avancés par les parties intéressées au cours de cet examen des « conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé ». Beaucoup de ces arguments seront axés sur la validité et la crédibilité au regard des faits d'assertions ayant un rapport direct avec la question précise soumise à la Cour dans la requête pour avis consultatif. Or, quant à la validité et à la

crédibilité de ces arguments, l'opinion exprimée par le juge Elaraby dans le passage de l'entretien que j'ai cité plus haut crée une apparence de partialité qui, selon moi, exige que la Cour exclue sa participation à la présente procédure.

14. Le point important dans la conclusion à laquelle je suis ainsi arrivé est, selon moi, celui de l'apparence de partialité. Tel est à mon sens l'objet du paragraphe 2 de l'article 17, si on l'interprète convenablement, et tel est également l'objet de l'éthique judiciaire. C'est pourquoi je me dissocie de la présente ordonnance, même si je n'ai pas le moindre doute quant à l'intégrité personnelle du juge Elaraby, que je tiens dans la plus haute estime, non seulement en tant que collègue mais aussi en tant qu'ami.

(Signé) Thomas BUERGENTHAL.