

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

Le dispositif de l'ordonnance que la Cour a rendue aujourd'hui, et que j'approuve, fixe des délais pour le dépôt de pièces de procédure. Mais comme cela ressort du corps de l'ordonnance ainsi que des arguments que les Parties ont présentés verbalement ou par écrit au Président de la Cour et qu'il a lui-même exposés à la Cour, ce qui compte vraiment en l'occurrence, ce qui oppose vraiment les Parties à ce stade, c'est une question de droit, la question de savoir si un défendeur a le droit d'introduire une exception préliminaire avant que le demandeur ait déposé son mémoire. Cette question est tranchée non dans le dispositif de l'ordonnance mais dans son dernier considérant. Ce considérant, dont je dirai quelles sont les réserves qu'il m'inspire, est libellé comme suit :

« Considérant que, conformément au paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour, si un défendeur désireux de présenter une exception préliminaire est en droit d'être renseigné auparavant sur la nature de la demande, grâce à la présentation par le demandeur d'un mémoire, il peut néanmoins déposer son exception plus tôt ».

Ainsi limitée, cette déclaration est exacte, mais qu'il me soit permis de dire qu'elle ne me semble pas aller assez loin. Les termes absolus dans lesquels la Cour, par cette déclaration, énonce pour la première fois le droit qu'a le défendeur d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire du demandeur ne tiennent aucun compte d'une importante pratique de la Cour restreignant ce droit et n'y accordent aucun poids. Deux éminents commentateurs de la pratique de la Cour s'expriment à ce sujet dans ces termes :

« Comme on le sait, et comme il est dit dans ce paragraphe, la pratique de la Cour est de n'examiner les exceptions préliminaires formelles soulevées par le défendeur qu'une fois que le fond a été exposé devant elle dans une pièce de procédure (normalement le mémoire) et il est rare que la requête à elle seule suffise à élucider les questions de compétence ou de recevabilité. » (Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161.)

« Le paragraphe 1 [de l'article 79 du Règlement de la Cour de 1978] n'apporte aucun changement à la pratique en vigueur, suivant laquelle une exception préliminaire formelle, quelle qu'elle soit, n'a pas besoin d'être introduite (et ne doit d'ailleurs pas être introduite) avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure par la partie qui soulève l'exception. » (*Ibid.*, p. 163.)

« Il semblerait que la Cour ne puisse prendre en considération les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur avant le dépôt par le demandeur de son mémoire. » (Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 508.)

Témoignant de la même pratique, M. Guggenheim, qui plaidait en 1957 pour la Suisse contre les Etats-Unis dans l'affaire de l'*Interhandel*, s'est exprimé en des termes qui n'ont pas été réfutés :

« L'exception préliminaire américaine doit être traitée conformément aux dispositions de l'article 62 du Règlement. La Cour devra donc instituer une procédure particulière, qui commencera après la présentation du mémoire de la Partie demanderesse, c'est-à-dire de la Confédération suisse, mémoire qui se rapportera au fond de l'affaire. » (*C.I.J. Mémoires*, p. 449.)

Quinze ans plus tard, dans une opinion dissidente commune qu'ils ont rédigée en l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, MM. Bengzon et Jiménez de Aréchaga ont également déclaré, en des termes qui n'ont pas été non plus réfutés et qui sont tout aussi catégoriques (un plus large extrait en sera donné plus loin) :

« Une exception préliminaire doit être déposée dans le délai fixé pour le contre-mémoire, c'est-à-dire après la présentation du mémoire et non pas avant : c'est seulement à ce moment qu'elle peut entraîner l'effet suspensif prévu à l'article 62, paragraphe 3, du Règlement [de 1946]. » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 185.)

Ces éminents juges et juristes se trompaient-ils ? Dans la présente opinion, je m'efforcerai de démontrer que non et que cette pratique de la Cour, dont ils attestent l'existence, nuance sensiblement les termes vagues dans lesquels le droit du défendeur de soulever une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire a été formulé dans le considérant en question.

On peut dire d'abord qu'il n'est pas rare qu'un tel problème se pose dans le cadre de l'évolution d'un régime procédural vivant, la question étant foncièrement de savoir comment concilier la lettre d'une règle formelle de procédure avec une pratique ultérieure différente. Je dois dire d'emblée que je reconnais la force de l'interprétation que le défendeur a donnée de la règle pertinente, mais que j'estime que la difficulté est de déterminer dans quelle mesure l'application de la règle a peut-être été tempérée par l'interprétation qu'en a donnée la Cour, telle que cette interprétation ressort d'une certaine inflexion de la pratique. Il convient de commencer par un bref examen de la genèse des règles pertinentes.

LA GENÈSE DES RÈGLES PERTINENTES

Le problème remonte au fait que, malgré quelques débats à la Cour permanente (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 77-78, 201-203, 213-214, 408, 434 et 522), le Règlement de la Cour de 1922 ne contenait aucune disposition appli-

cable aux exceptions préliminaires. Comme on le sait, la nécessité d'une règle formelle est née de l'expérience acquise dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (C.P.J.I. série A n° 2, p. 9 et 16) et l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence* (C.P.J.I. série A n° 6, p. 15). Dans la première affaire, une exception préliminaire a été soulevée après le dépôt du mémoire, mais la procédure était si imprécise qu'elle l'a été en même temps qu'un « contre-mémoire préliminaire » était déposé (C.P.J.I. série C n° 5-I, p. 439-440 et 479). Dans la seconde affaire, l'exception préliminaire a été introduite avant le dépôt du mémoire (C.P.J.I. série C n° 9-I, p. 119-125).

A la suite de ces différences de procédure, le Règlement de la Cour a été modifié en 1926 par l'insertion d'un nouvel article 38, dont le premier paragraphe était ainsi libellé :

« Lorsque l'instance est introduite par requête, toute exception préliminaire est proposée après la présentation du mémoire de la partie demanderesse et dans le délai fixé pour la présentation du contre-mémoire. » (C.P.J.I. série D n° 1, p. 50.)

M. Anzilotti, qui avait été le principal promoteur de cette disposition, l'avait défendue contre une idée très différente émise par le Greffier, M. Hammarskjöld. Au sujet de la proposition du Greffier, le procès-verbal des débats de 1926 est rédigé comme suit :

« M. Anzilotti constate qu'il y a une divergence essentielle entre son idée et celle du Greffier.

D'après la proposition du Greffier, l'exception d'incompétence doit être traitée à part, si elle est opposée par un document qui doit suivre la requête et être présenté à un moment où la Cour ne connaît rien de l'affaire.

M. Anzilotti est parti de l'idée inverse. Il pense que la Cour ne doit s'occuper de la compétence que lorsqu'elle connaît le fond de l'affaire. Cette différence de principe établie, M. Anzilotti ne voit aucune difficulté à traiter maintenant la question des exceptions d'incompétence... A son avis, étant donné la nature spéciale de la Cour, celle-ci ne peut juger les exceptions d'incompétence sans connaître également le fond de l'affaire, du moins jusqu'à un certain point. » (C.P.J.I. série D, *Addendum au n° 2*, p. 79; voir aussi la proposition écrite, *ibid.*, p. 266.)

Dans une certaine mesure, ces idées avaient déjà été émises par MM. Beichmann et Moore en 1922 (C.P.J.I. série D n° 2, p. 201 et 214). Le succès qu'elles remportèrent en 1926 fut cependant de courte durée : une nouvelle réflexion fut favorable au point de vue précédemment exprimé par le Greffier, selon lequel toute exception préliminaire devait être introduite avant le dépôt du mémoire. De retour dans l'arène, en juin 1933, il déclara :

« Le trait essentiel de l'article 38 est que les exceptions préliminaires ne sont pas présentées *in limine litis*, mais seulement après le dépôt du premier mémoire de la demanderesse. On peut se demander s'il y aurait lieu de maintenir ce principe au cas où viendrait à prévaloir la tendance actuelle d'après laquelle — en fait sinon en droit — les conclusions doivent être formulées déjà dans l'acte introductif (cf. sous art. 35 ci-dessus). » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 819-820.)

Dans le procès-verbal des débats qui eurent lieu à la Cour en 1934 on lit ce qui suit :

« Le Président rappelle que le premier Règlement ne contenait pas de disposition au sujet des exceptions. C'est eu égard à l'expérience acquise dans l'affaire *Mavrommatis* que la Cour a introduit l'article 38 du Règlement actuellement en vigueur; celui-ci exclut le dépôt d'une exception avant le moment où le mémoire est déposé. Cette règle ayant à son tour donné lieu à des difficultés pratiques dans une affaire récente, la deuxième Commission a proposé d'ouvrir la porte à la présentation, dès avant le dépôt du mémoire, d'une exception qui n'a rien à voir avec le fond de l'affaire. » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 90.)

M. Fromageot a expliqué en ces termes la substance de la nouvelle formulation :

« en disant que l'exception doit être présentée au plus tard dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire, on indique que la partie intéressée peut soulever l'exception aussitôt qu'elle le désire » (*ibid.*, p. 89).

Sur la base des discussions qui eurent lieu à ce sujet, un texte révisé du paragraphe 1 de l'article 38 a alors été adopté en tant que paragraphe 1 de l'article 62 du Règlement de la Cour de 1936, ainsi rédigé :

« Toute exception préliminaire doit être présentée au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception. » (*C.P.J.I. série D n° 1*, 3^e éd., p. 49.)

La disposition correspondante du paragraphe 1 de l'article 62 du Règlement de 1946 est la suivante :

« Toute exception préliminaire doit être présentée au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception. »

Sur le fond, le texte de 1946 ne peut être utilement distingué de celui de 1936. Dans ces conditions, puisqu'il est clair que le libellé de 1936 visait à permettre au défendeur de présenter une exception avant le dépôt du mémoire, on peut penser que le texte de 1946, qui est demeuré en vigueur jusqu'en 1972, procédait de la même intention.

Quelles furent les modifications apportées en 1972? Le paragraphe 1 de l'article 67 du Règlement révisé de 1972 était ainsi libellé :

« Toute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit, dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire. Toute exception soulevée par une partie autre que le défendeur doit être déposée dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce écrite de cette partie. »

Cette disposition est devenue le paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de 1978.

Dans le texte de 1972, les mots « dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire » remplaçaient les mots « avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception » ; mais, en ce qui concerne le défendeur, il n'est pas vraiment certain qu'on ait voulu modifier sensiblement le sens de la disposition. On pourrait soutenir que, dans la nouvelle formulation, le mot « dans » confinait implicitement, bien que de façon elliptique, la présentation de l'exception à la période commençant avec le dépôt du mémoire et prenant fin à la date limite fixée pour le dépôt du contre-mémoire. Mais l'idée que l'expression « dans le délai » n'est peut-être pas une base suffisante pour étayer la thèse d'une double limite du type de celle qu'impliquerait une formule comme « pendant la période » semble découler du fait que, dans le cas de l'article 38 du Règlement de 1926, on avait jugé nécessaire de compléter l'expression « dans le délai fixé pour la présentation du contre-mémoire » et de la faire précéder de la formule « après la présentation du mémoire de la partie demanderesse et... » En effet, alors que la disposition de 1926 prescrivait deux limites de temps, en fixant le début et la fin du délai, la clause actuellement en vigueur n'en fixe que la fin.

LA PRATIQUE DE LA COUR

Dès lors, on peut fort bien soutenir que, eu égard au libellé du Règlement, le défendeur n'a jamais cessé d'avoir, depuis 1936 jusqu'à maintenant, le droit d'introduire une exception préliminaire même avant le dépôt du mémoire. Lorsqu'on examine si une pratique différente s'est instituée, il faut se rappeler que la modification de 1936 a tenu compte de l'expérience concrète de l'application du Règlement de 1926 et qu'elle visait probablement à protéger le droit du défendeur de recourir à une exception préliminaire à l'effet (comme on devait le dire plus tard) « d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 44. Voir aussi l'opinion individuelle de MM. De Visscher et Rostworowski dans l'affaire du Chemin de fer Pane-*

vezys-Saldutiskis, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 24). Le défendeur peut aussi avoir un intérêt légitime à agir avec célérité pour couper court à tout argument selon lequel l'absence de prompt contestation a eu implicitement pour effet de proroger la compétence. En revanche, il est possible que la Cour ait eu tendance en pratique à revenir au point de vue précédent selon lequel, comme l'avait signalé M. Anzilotti, il pourrait être difficile d'examiner une exception préliminaire sans connaître les moyens que le requérant pourrait ensuite faire valoir dans son mémoire sur le fond.

On peut envisager deux catégories d'affaires : celles dans lesquelles le défendeur n'a pas comparu et celles dans lesquelles il a comparu.

Pour ce qui est de la première catégorie, la non-comparution du défendeur signifiait évidemment qu'aucune exception préliminaire ne pouvait être présentée. Néanmoins il se trouve que, dans ces affaires, des questions préliminaires du type de celles qui auraient pu être soulevées par une telle exception ont été débattues et tranchées sans qu'un mémoire ait été effectivement déposé (voir l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Recueil 1972, p. 182, et C.I.J. Recueil 1973, p. 3 et 93; l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, C.I.J. Recueil 1976, p. 13-14 et 43, et C.I.J. Recueil 1978, p. 45; et l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1973, p. 106). Il semble qu'il en soit allé de même dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984, p. 187 et 209, et C.I.J. Recueil 1985, p. 3), mais là aussi, bien que le défendeur ait comparu, il est clair qu'aucune exception préliminaire formelle n'a été déposée (voir le contre-mémoire des Etats-Unis sur la compétence et la recevabilité, 17 août 1984, par. 2).

L'argument selon lequel ces affaires — et plus particulièrement la dernière — impliquaient des exceptions préliminaires — en substance, sinon formellement — est séduisant. A en juger par la manière dont elles ont été traitées, elles vont vraisemblablement dans le sens de la position adoptée par le défendeur en l'espèce. Mais peut-être pas de manière concluante; en effet, bien qu'une distinction entre une exception préliminaire déposée en tant que telle et une question préliminaire ayant le caractère d'une exception préliminaire mais non présentée comme exception préliminaire puisse sembler technique, cette distinction n'est pas une argutie technique : elle est liée — et bien liée — à quelque chose d'important, à savoir que le fait de soulever une question préliminaire n'a pour effet de suspendre la procédure que si cette question est spécifiquement soulevée en tant qu'exception préliminaire au sens du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement.

Le caractère nouveau de la conception adoptée dans la première catégorie d'affaires par rapport au Règlement, dont ces affaires ont effectivement infléchi l'application, n'est pas passé sans discussion (voir les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Recueil 1972, p. 184 et 191). Mais, étant entendu que la Cour a compétence, par le biais d'une nouvelle pratique, pour infléchir de la sorte l'application du Règlement, elle était tout aussi compétente pour infléchir par sa pratique l'application

du Règlement en ce qui concerne le moment où devait être déposée une exception préliminaire lorsqu'il y en avait effectivement une. Et, à ce qu'il me semble, c'est bien ce que la Cour a fait.

Dans les affaires de la seconde catégorie, lorsque le défendeur comparait et veut introduire une exception préliminaire, il semble que la démarche adoptée soit différente de celle qui a été suivie pour la première catégorie. L'affaire de l'*Or monétaire* (C.I.J. Recueil 1953, p. 37 et 44), dans laquelle le demandeur a été autorisé à soulever une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire, soulève quelques difficultés. Les circonstances particulières de cette affaire ont conduit la Cour à déclarer expressément que sa décision ne préjugait pas la question de l'interprétation et de l'application de l'article 62 du Règlement de 1946. Mais, hormis ce point, il me semble que l'exception préliminaire de l'Italie a été correctement introduite au regard des termes de cette disposition, dont le libellé exigeait que « la partie » présente son exception préliminaire avant l'expiration du délai fixé pour la « première pièce de la procédure écrite » à déposer par cette partie. Comme la Cour a jugé qu'un requérant (ce qu'était l'Italie) pouvait aussi soulever une exception préliminaire (C.I.J. Recueil 1954, p. 29), cette disposition signifiait effectivement que l'Italie, en tant que « partie », non seulement pouvait, mais devait, présenter son exception préliminaire avant de déposer son mémoire, autrement dit la « première pièce de la procédure écrite » : il ne lui était tout simplement pas possible de le faire après le dépôt du mémoire. Dans le cas d'un demandeur, telle est d'ailleurs encore la situation aux termes de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de 1978 actuellement en vigueur. Dans le cas d'un défendeur, selon le libellé de 1946, la première pièce de la procédure écrite était naturellement le contre-mémoire. Aussi, un défendeur avait-il l'obligation, alors comme maintenant, d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt de son contre-mémoire. Mais les circonstances et l'argumentation particulières de l'affaire de l'*Or monétaire* ne semblent pas offrir une base suffisante pour soutenir que la Cour aurait été également disposée dans cette affaire à recevoir une exception préliminaire présentée par le défendeur avant le dépôt du mémoire, comme dans le cas du requérant.

Dans l'affaire de l'*Interhandel*, à la suite d'une demande en indication de mesures conservatoires, le défendeur a présenté un document intitulé « Exception préliminaire des Etats-Unis d'Amérique » qui spécifiait qu'il s'agissait d'une

« exception préliminaire, aux termes de l'article 62 du Règlement de la Cour, dans l'instance introduite par le Gouvernement de la Suisse en l'affaire de l'*Interhandel*, par requête du 1^{er} octobre 1957, pour autant que cette requête se rapporte à la vente ou aux autres mesures de disposition des actions... » (C.I.J. Mémoires, p. 77).

Ainsi, le document se présentait comme une exception préliminaire en l'affaire proprement dite, même si l'exception était limitée à un seul aspect — limitation qui, à mon sens, n'était pas à ce document son caractère, qui

était celui d'une exception de cet ordre. La Cour ne l'a cependant pas traité comme tel mais a rendu, le moment venu, une ordonnance fixant des délais pour le dépôt du mémoire et du « contre-mémoire ou, éventuellement, [d]es exceptions préliminaires du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 123), libellé qui signifiait vraisemblablement que, en ce qui concernait les délais, les exceptions préliminaires devaient être traitées comme le contre-mémoire et que, dans ces conditions, vu que le contre-mémoire ne pouvait naturellement pas être déposé avant le mémoire, cette règle s'appliquerait aussi au dépôt d'éventuelles exceptions préliminaires. D'ailleurs, les exceptions préliminaires ont été déposées après le mémoire (*C.I.J. Mémoires, Interhandel*, p. 327; cf. p. 144). C'est pourquoi il ne serait pas convaincant de tenter d'expliquer que la Cour a pris cette décision simplement parce qu'elle a implicitement conclu du Règlement qu'une ordonnance fixant des délais devait avoir été rendue pour qu'une exception préliminaire puisse être présentée, indépendamment de la question de savoir si elle pouvait l'être ou non avant le dépôt du mémoire. On ne comprend pas bien pourquoi l'adoption d'une ordonnance fixant des délais pour le dépôt de pièces écrites aurait une importance juridique telle, au regard de la question de savoir si le défendeur peut présenter une exception préliminaire avant le dépôt effectif du mémoire, que l'on doive conclure qu'il peut le faire si une telle ordonnance a été rendue mais non dans le cas contraire.

On ne trouve non plus aucune explication dans le fait qu'on a cherché à utiliser l'exception préliminaire pour s'opposer à une demande en indication de mesures conservatoires. Certes, M. Koo a déclaré ce qui suit :

« Quoique cette exception ait été soulevée par les Etats-Unis, en vertu de l'article 62 du Règlement de la Cour, sous la forme d'une exception préliminaire ... cette exception était, en fait, dirigée contre la compétence de la Cour pour indiquer les mesures conservatoires... » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 113.)

Mais l'insistance de M. Koo sur ce dernier aspect visait à étayer son point de vue (désapprouvé par la Cour) qu'il fallait régler la question de l'exception au stade des mesures conservatoires ; on ne pouvait raisonnablement l'interpréter comme voulant dire que, puisque le défendeur cherchait à l'invoquer contre la demande en indication de mesures conservatoires, l'exception n'était pas pour autant dirigée contre une partie de la demande principale du demandeur : il l'avait invoquée parce que tel était son but (*ibid.*, p. 115, opinion individuelle de M. Klaestad, et p. 117-118, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht).

Il semble plus probable que la Cour ait implicitement estimé que le raisonnement de M. Anzilotti, qui était à l'origine de l'adoption de l'article du Règlement de 1926 abrogé par la suite, était encore assez convaincant et assez judicieux pour continuer à s'appliquer en pratique et pour justifier le report de la présentation d'une exception préliminaire après le dépôt du mémoire. Telle est je crois, l'idée implicite que contient la déclaration de la Cour selon laquelle

« l'examen du moyen soulevé par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique exige l'emploi d'une procédure différente, celle qui est déterminée par l'article 62 du Règlement, et ... si ce moyen est maintenu, celui-ci devra, le moment venu, être examiné par la Cour conformément à cette procédure » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 111).

La Cour ne pouvait avoir entendu que l'exception n'était pas censée constituer une exception préliminaire déposée en vertu de l'article 62 du Règlement de 1946. Ce qu'elle semblait dire, c'est que l'exception pouvait seulement être examinée en tant qu'exception préliminaire de ce genre « le moment venu, ... conformément à [la] procédure » prescrite par cette disposition. En adoptant cette position, la Cour semblait être en accord avec M. Guggenheim dont j'ai cité plus haut la plaidoirie non contredite qu'il a faite sur ce point en faveur du demandeur. Sa thèse n'était pas seulement qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la compétence de façon définitive pour pouvoir indiquer des mesures conservatoires, mais que la raison pour laquelle l'exception préliminaire ne pouvait être examinée au cours de cette phase de la procédure était qu'elle ne pouvait être examinée que dans le cadre de la procédure relative aux exceptions préliminaires, cette procédure étant, selon lui, celle qu'il avait décrite dans ses conclusions rappelées ci-dessus, c'est-à-dire comme signifiant qu'une exception préliminaire devait être introduite après le dépôt du mémoire (*C.I.J. Mémoires, Interhandel*, p. 449 et 461-462). Il me semble que cette façon de présenter les choses a recueilli l'approbation de la Cour dans le passage de son ordonnance cité ci-dessus et qu'elle s'est manifestée dans le tour que la procédure a effectivement pris à la suite de cette ordonnance.

Une démarche analogue à celle adoptée dans l'affaire de l'*Interhandel* a été suivie dans l'affaire *Ambatielos* (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 11, et *C.I.J. Recueil 1952*, p. 16 et 31), où (comme en la présente espèce) il s'agissait non d'une exception préliminaire proprement dite, mais de la notification de l'intention d'en introduire une (*C.I.J. Mémoires*, p. 522). C'est la raison pour laquelle, en procédant à la fixation de délais pour le dépôt de pièces de procédure, la Cour n'a parlé que du mémoire et du contre-mémoire, sans qu'il soit fait mention d'exceptions préliminaires éventuelles.

Quel que fût au juste le motif de la décision — permettre à la Cour de mieux apprécier les exceptions en ayant pris connaissance du fond ou offrir au demandeur une juste occasion de compléter par son mémoire l'exposé des faits peut-être limité qui figurait dans sa requête, avant l'introduction d'une exception préliminaire qui aurait un effet suspensif immédiat, ou les deux motifs à la fois —, il apparaît nettement que, dans les cas où, comme dans l'affaire *Ambatielos* et celle de l'*Interhandel*, le défendeur s'est présenté, la Cour a effectivement considéré qu'une exception préliminaire soulevée par un défendeur ne doit être introduite qu'après le dépôt du mémoire même si, comme on l'a vu, l'article pertinent du Règlement de 1936 était conçu pour permettre d'introduire une exception de ce genre avant le dépôt du mémoire (voir Georges Abi-Saab, *Les*

exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, 1967, p. 214). Cela a été clairement reconnu par MM. Bengzon et Jiménez de Aréchaga dans leur opinion dissidente commune en l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, dans laquelle, faisant une distinction entre les exceptions soulevées avant le dépôt du mémoire et celles qui le sont après, ils ont déclaré :

« Il y a cependant entre ces deux communications d'importantes différences, en particulier quant au moment de leur présentation, de sorte qu'à notre sens il est impossible d'attribuer à la lettre du ministre des affaires étrangères d'Islande la valeur d'une exception préliminaire. *Une exception préliminaire doit être déposée dans le délai fixé pour le contre-mémoire, c'est-à-dire après la présentation du mémoire et non pas avant : c'est seulement à ce moment qu'elle peut entraîner l'effet suspensif prévu à l'article 62, paragraphe 3, du Règlement. Sinon, un défendeur serait en mesure de paralyser la procédure avant le dépôt du mémoire.* » (C.I.J. Recueil 1972, p. 185, les italiques sont de moi ; voir aussi l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, C.I.J. Recueil 1972, p. 192.)

Bien qu'elle figure dans une opinion dissidente, cette déclaration non contredite n'en a pas moins fait autorité en tant que reconnaissance de la pratique effective de la Cour.

Ni l'une ni l'autre des Parties n'a cité aucune affaire tranchée par la Cour actuelle, dans laquelle le défendeur ait été autorisé à déposer une exception préliminaire de plein droit avant le dépôt du mémoire du demandeur : cela a été fait dans un cas, mais sur la base du consentement mutuel des parties, l'ordonnance de la Cour indiquant expressément dans ses considérants que « les Parties sont d'accord pour que les questions de compétence et de recevabilité soient traitées à un stade préliminaire de la procédure » (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 552 ; voir aussi C.I.J. Recueil 1989, p. 6). Le fait que la Cour ait jugé bon de consigner cette circonstance dans le texte même de son ordonnance donne à penser qu'elle ne la tenait pas pour un simple arrangement entre les Parties, dépourvu de la valeur juridique qui s'attache à l'accord visé par l'article 101 du Règlement de la Cour. À ce propos, dans la lettre en date du 26 septembre 1989 adressée au Président de la Cour par l'agent des Etats-Unis, il est dit :

« Les Etats-Unis reconnaissent que jusqu'à présent la Cour n'a jamais, sans l'accord du demandeur, examiné d'exceptions préliminaires avant le dépôt du mémoire mais rien, dans la pratique de la Cour, ne s'oppose à l'interprétation que les Etats-Unis donnent de l'article 79 [du Règlement]. »

Il me semble que le membre de phrase concessif qui ouvre cet énoncé concorde avec ce qui peut être considéré comme une pratique généralement admise, pratique suivant laquelle, sans exclure la possibilité pour un défendeur de présenter une exception préliminaire avant le dépôt du mé-

moire, la Cour, normalement, n'examinerait pas une exception déposée à ce stade, mais considérerait qu'elle doit être introduite après le dépôt du mémoire (voir, en général, Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. 1, p. 451 ; du même auteur, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161 et 163 ; voir aussi Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 508).

Peut-être devrais-je ajouter que les décisions de la Cour n'étant pas aussi nombreuses que celles des juridictions nationales, le fait que la pratique en question est démontrée par un nombre de cas qui n'est pas très élevé ne témoigne pas nécessairement contre son existence. Un point qui présente davantage d'importance est celui que M. Schwebel a fort bien et fort soigneusement développé dans son argumentation — que je respecte — suivant laquelle la question spécifique de savoir si une exception préliminaire peut être soulevée avant le dépôt du mémoire n'a jusqu'à présent pas fait directement l'objet d'un débat contradictoire devant la Cour. Cette constatation peut donner du poids aux décisions en question, mais celles-ci n'en sont pas moins, à mon avis, révélatrices de la véritable tendance de la pratique de la Cour : il est rare qu'une pratique tire son origine d'une décision mûrement réfléchie, rendue après un débat sur la question dont il s'agit. De plus, comme j'ai cherché à le montrer plus haut, il semble bien que, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour ait eu en vue la pratique explicitement mentionnée dans les conclusions exposées par M. Guggenheim, selon lesquelles une exception préliminaire ne devait être soulevée qu'après le dépôt du mémoire. Bien qu'on puisse interpréter les choses de différentes manières, le fait demeure, incontournable, que, dans cette affaire, un document revêtant indubitablement la forme d'une exception préliminaire, destiné à être déposé en tant que tel suivant la règle applicable, mais qui avait été présenté avant le dépôt du mémoire, n'a pas été considéré comme une exception préliminaire par la Cour, si bien que le défendeur a introduit une nouvelle exception préliminaire après le dépôt du mémoire.

L'EFFET DU RÈGLEMENT DE 1972 SUR LA PRATIQUE DE LA COUR

On peut se demander s'il faut considérer que cette pratique a été abolie par le Règlement de 1972. Deux dispositions de ce texte, les paragraphes 6 et 7 de l'article 67 (qui correspondent aux paragraphes 6 et 7 de l'article 79 du Règlement de 1978), invitent à la réflexion. Elles sont rédigées dans les termes suivants :

« 6. Pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence au stade préliminaire de la procédure, la Cour peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question.

7. La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclu-

sivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.»

En ce qui concerne le paragraphe 6, il y est dit que la Cour doit pouvoir se prononcer sur sa compétence « au stade préliminaire de la procédure », ce qui ne veut pas dire, à mon sens, que la décision est prise avant le dépôt du mémoire. Le « stade préliminaire de la procédure » était une notion très claire, employée simplement par opposition au « stade du fond ». Il n'était pas circonscrit à la période précédant le dépôt du mémoire. Au contraire, en cas d'exception préliminaire introduite par le défendeur, ce stade préliminaire s'étendait toujours jusqu'à la période postérieure au dépôt du mémoire. Rien au paragraphe 6 de l'article 67 du Règlement de 1972 n'a eu pour effet de modifier cette interprétation.

Quant au paragraphe 7 de l'article 67 du Règlement de 1972, son but était qu'il soit statué sur les exceptions préliminaires autant que possible avant les débats sur le fond et que ces exceptions ne soient pas jointes au fond sans nécessité. Cela n'avait rien à voir avec le stade où une exception préliminaire pouvait être introduite. Le fait qu'une telle exception est déposée après le dépôt du mémoire ne devait pas nécessairement conduire à sa jonction au fond. Les modifications de 1972 accordaient l'importance voulue à la rapidité de la décision sur les exceptions préliminaires, mais elles visaient surtout à ne pas en retarder inutilement l'examen jusqu'aux débats sur le fond.

La lettre que l'agent des Etats-Unis d'Amérique a adressée au Président de la Cour le 26 septembre 1989 signalait un remarquable article d'un ancien Président de la Cour. Le passage pertinent de cet article est libellé comme suit :

« a) *Délai pour l'introduction d'une exception préliminaire*: afin d'accélérer la procédure et d'éviter des retards inutiles, il a été suggéré que l'exception préliminaire soit introduite dès que la partie concernée a reçu la requête, ou peu de temps après qu'elle a reçu le mémoire. Bien que ces propositions aient concordé avec l'objet principal des amendements au Règlement, elles n'ont pas pu être adoptées parce qu'elles auraient risqué de porter atteinte aux droits du défendeur. En ce qui concerne la première suggestion, selon laquelle l'exception préliminaire devrait être déposée dès réception de la requête, on a estimé que le défendeur était en droit d'attendre que le demandeur ait pleinement exposé son argumentation dans le mémoire avant d'être obligé d'introduire son exception. Faute de quoi le demandeur, qui a déjà eu tout le temps de rédiger sa requête, aurait aussi la possibilité de composer son mémoire de façon à tenter de faire échec à l'exception qu'il aurait eu le loisir d'étudier. » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1973, vol. 67, p. 19.)

Cette opinion semble bien confirmer qu'un défendeur est en droit d'introduire une exception préliminaire soit avant, soit après, le dépôt du mémoire. Mais, à mon avis, elle va plus loin; en effet, si « on a estimé que le défendeur était en droit d'attendre que le demandeur ait pleinement exposé son argumentation dans le mémoire avant d'être obligé d'introduire son exception », cela suppose en même temps l'existence d'un mécanisme par lequel un requérant peut introduire dans son mémoire des points de droit ou de fait qui pourraient éventuellement se révéler pertinents au regard d'une exception préliminaire. Cela paraît aussi compatible avec la conclusion énoncée ci-dessus selon laquelle, si le défendeur a le droit, conformément au Règlement, d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire, ce droit s'est en fait trouvé tempéré par une pratique selon laquelle, si une telle exception est introduite avant le dépôt du mémoire, la Cour peut, à sa discrétion, décider de ne pas la reconnaître ou la traiter comme telle et ordonner qu'elle soit déposée après le mémoire — et cela précisément pour la raison que le mémoire pourrait se révéler pertinent au regard de l'exception au moment où elle sera examinée. Dans son précieux article, M. Jiménez de Aréchaga ne semble pas aller jusqu'à suggérer que cette pratique a été abrogée par le Règlement de 1972. Il n'a fait aucune allusion à un tel effet dans le passage précité de l'opinion dissidente commune dont il avait été un des auteurs dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* (C.I.J. Recueil 1972, p. 185). Il est vrai que cette opinion était fondée sur le Règlement de 1946, mais elle a été donnée trois mois après l'adoption de celui de 1972. Si un changement tant soit peu important avait été introduit sur un point de procédure auquel l'opinion accordait manifestement une importance décisive, il n'aurait naturellement pas manqué d'en faire état. Or nous avons vu que ce n'est pas le cas. Et cela n'a rien de surprenant: il n'y avait sur ce point pas de différence appréciable entre le Règlement de 1946 et celui de 1972. D'autres auteurs, qui ont écrit après l'introduction des changements de 1972 dans le Règlement, semblent admettre que la pratique en question continue (voir Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161 et 163, et Geneviève Guyomar, *op. cit.*, p. 508). Comme on l'a dit plus haut, la procédure fondée sur le consentement des parties qui a été adoptée dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)* (C.I.J. Recueil 1986, p. 551) semble aussi impliquer le maintien de cette pratique. La déclaration susmentionnée des Etats-Unis ne peut guère être interprétée autrement que comme admettant cet état de choses en ce qui concerne la pratique en question.

LE RÈGLEMENT DOIT-IL L'EMPORTER SUR LA PRATIQUE ?

Pour les raisons indiquées, on pourrait soutenir que la pratique dont on a parlé n'est pas strictement conforme aux dispositions du Règlement actuel, car elle tend à entraver l'exercice par un défendeur d'un droit

apparemment absolu découlant strictement des dispositions du Règlement et qui l'autorise à introduire une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire. Mais, si cela est très soutenable, la possibilité d'une interprétation différente de l'article ne peut être totalement exclue, et bien entendu c'est à la Cour qu'il appartient d'interpréter le Règlement. L'expérience commune enseigne que les règles de procédure — du moins quand il n'y a pas conflit avec un instrument constitutif supérieur (restriction importante à mes yeux dans ce domaine) — évoluent selon l'interprétation qu'en donne une certaine juridiction et l'application qu'elle en fait, ainsi qu'en témoigne sa pratique.

Il s'agit donc en fait de savoir si la Cour, au stade actuel, devrait revenir sur l'interprétation de l'article 79 du Règlement qui apparaît implicitement dans sa pratique, au motif que cette interprétation est erronée. La Cour n'est liée par aucune doctrine du précédent obligatoire, mais elle n'en respecte pas moins sa propre jurisprudence. En conséquence, bien qu'elle ait compétence pour réformer ses prises de position antérieures sur le droit, la Cour ne devrait pas exercer cette compétence avec légèreté et sans de bonnes raisons (sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 19). Peut-être ne peut-on pas dire simplement, en termes généraux, que la Cour devrait procéder avec circonspection. Mais par quels critères la Cour, dans sa sagesse, devrait-elle alors se laisser guider dans une question de procédure de ce genre? En l'absence de directives claires adoptées par la Cour, il me semblerait raisonnable d'appliquer, dans un cas de ce genre, le double critère de l'erreur manifeste et de la perturbation de la bonne administration de la justice (*public mischief*) que connaissent bon nombre de hautes instances judiciaires. Il faudrait, à mon avis, qu'il y ait erreur manifeste en ce sens que la Cour doit être certaine que les arguments en sens contraire ne sont pas seulement persuasifs mais qu'ils démontrent de façon déterminante l'existence d'une erreur évidente dans une prise de position antérieure. Et il faudrait aussi que la bonne administration de la justice, ou quelque chose qui s'y apparente, soit en cause. Autrement dit, il faudrait que l'injustice créée par le maintien d'une prise de position antérieure erronée soit nettement plus grande que l'injustice créée par la perturbation des attentes fondées sur la présomption de son maintien; une simple supériorité marginale d'une nouvelle décision ne devrait pas suffire.

En l'espèce, on pourrait fort bien soutenir que le critère de l'erreur manifeste s'applique. Mais je ne suis pas convaincu qu'il en soit de même du critère de la bonne administration de la justice. A s'en tenir strictement aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement, un défendeur serait habilité de plein droit à introduire une exception préliminaire avant que les demandes du requérant quant au fond n'aient été révélées par la voie du mémoire. Et c'est là un droit qu'il ne faut pas sous-estimer. Mais il faut bien peser en contrepartie l'injustice peut-être grave dont pourrait être victime un requérant si ses demandes étaient rejetées en raison d'une exception préliminaire avant qu'il n'ait eu la possibilité, grâce à son mémoire, de développer et de compléter sa requête sur des

points éventuellement défectueux, en vertu d'un droit qu'il croyait non sans raison tenir du Règlement tel qu'il a été interprété et appliqué par la Cour dans sa propre pratique. S'il n'y avait pas eu cette pratique, la requête aurait pu être présentée d'emblée sous une forme plus étoffée. Tout bien pesé, il semble à mon avis plus équitable de maintenir la pratique et l'interprétation du Règlement qu'elle reflète. S'il faut changer quelque chose — et il se peut qu'il y ait de bonnes raisons à cela —, que ce soit par la voie d'un amendement en bonne et due forme du Règlement, destiné à prendre effet pour l'avenir, et non pas au moyen d'une décision par laquelle la Cour invaliderait rétrospectivement une pratique instituée par elle-même et sur laquelle des attentes raisonnables se sont fondées.

CONCLUSION

Non sans hésitation — car la position n'est pas tout à fait nette et la logique de son évolution n'est pas pleinement dévoilée —, j'en viens à la conclusion que, si en principe un défendeur a le droit d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire du demandeur et si dans certains cas l'exercice de ce droit peut se révéler parfaitement justifié, la Cour peut, à sa guise, soit ne pas reconnaître une exception préliminaire introduite à ce stade, soit l'examiner et ordonner qu'elle soit introduite après le dépôt du mémoire. La teneur et les fondements des exceptions préliminaires envisagées n'ayant pas été divulguées, il n'y a apparemment pas de raison, au stade actuel de l'affaire, de songer à rompre avec ce qui est considéré comme l'exercice normal de ce pouvoir d'appréciation. En définitive, on ne peut que rendre une ordonnance fixant des délais pour la procédure écrite (y compris d'éventuelles exceptions préliminaires). C'est ce qu'on a fait, et je suis d'accord sur ce point. En revanche, pour les raisons que j'ai indiquées, je considère que le dernier considérant de l'ordonnance de la Cour manque de cohérence en ce que :

- i) il est axé sur le droit du défendeur de différer le dépôt de son exception préliminaire jusqu'à ce qu'il ait été « renseigné ... sur la nature de la demande, grâce à la présentation par le demandeur d'un mémoire », mais omet de nuancer ces termes en prenant en considération ce qui, d'autre part, paraît être un droit reconnu du demandeur de compléter sa requête par son mémoire sur des points de fait ou de droit qui pourraient l'aider à se prémunir contre une éventuelle exception préliminaire ; et
- ii) il est axé sur le droit du défendeur « de déposer son exception plus tôt » (c'est-à-dire avant le mémoire), mais omet de nuancer ces termes en prenant en considération ce qui, d'autre part, paraît être un pouvoir discrétionnaire de la Cour de ne pas reconnaître une exception déposée plus tôt ou de l'examiner et d'ordonner qu'elle soit introduite après le dépôt du mémoire.

En somme, le considérant en question aborde la procédure comme si celle-ci était destinée exclusivement à accorder des possibilités de choix au défendeur. Je suis d'avis que le régime procédural effectivement en vigueur (à savoir le Règlement de la Cour ainsi que la pratique de la Cour) est à la fois plus souple et mieux équilibré et qu'en particulier il existe, pour tout demandeur, des droits et des attentes qui doivent aussi être pris en considération, mais qui ne le sont pas dans ce considérant. Je conviens que, juridiquement, un défendeur a le droit d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire. Mais tout n'est pas là, et le considérant en question ne dit pas tout. D'où la réserve que je formule à cet égard.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.
