

OPINION DISSIDENTE DE M. WINIARSKI

J'ai été et je reste profondément convaincu que la Cour n'aurait pas dû donner l'avis qui lui était demandé par l'Assemblée générale ; j'ai le devoir de dire pourquoi.

1. Dès le début de l'activité de la Cour permanente de Justice internationale, des doutes sérieux et des préoccupations graves se sont fait jour quant à sa fonction consultative, innovation dans le domaine de la juridiction internationale, introduite par l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. Le grand problème à résoudre, pour la Cour, c'était de concilier sa fonction consultative avec son caractère de cour de justice, organe judiciaire et indépendant du droit international. Deux dangers étaient à éviter : d'un côté, ses avis, s'ils n'étaient pas entourés de garanties d'examen approfondi et d'objectivité, risquaient d'être considérés simplement comme des opinions juridiques sans autre autorité que celle que leur donneraient les noms de leurs auteurs ; et lors de la discussion du premier Règlement (1922), le juge J. B. Moore a pu dire avec raison : « Si les avis sont traités comme de simples opinions dont il est permis de ne tenir aucun compte, il ne peut manquer d'en résulter du discrédit pour la Cour. » D'un autre côté, le danger se dessinait d'introduire la juridiction obligatoire par la voie détournée des avis consultatifs. L'article 14 du Pacte attribuait à la Cour le pouvoir de donner des avis sur tout différend ou tout point dont la saisiraient le Conseil ou l'Assemblée. En donnant un avis sur une question juridique relative à un différend né entre États, la Cour se prononcerait, en fait, sinon en droit, sur le différend même pour lequel les parties n'avaient pourtant pas admis sa juridiction.

Aussi, dès le début de son activité, la Cour permanente a-t-elle décidé de parer à ce double danger en entourant l'exercice de sa fonction consultative des formes et garanties judiciaires. Le cas célèbre de la Carélie orientale (Avis n° 5, 1923) lui a permis de formuler à cet égard des considérations qui l'ont amenée à refuser de donner l'avis que le Conseil lui avait demandé. La Cour permanente, qui n'était encore liée ni par les textes ni par sa jurisprudence, a montré ainsi qu'elle n'entendait pas être le simple conseil, *ad nutum advocabilis*, du Conseil ou de l'Assemblée ; qu'elle restait une cour de justice, même quand elle examinait une demande d'avis, agissant dans les formes judiciaires, respectant les principes de procédure et surtout ayant une vision claire des perspectives ouvertes à son action consultative, des avantages et aussi des dangers de cette innovation. Elle se sentait liée par les principes et par la conception élevée qu'elle avait de ses avis.

Depuis, la procédure consultative a évolué en ce qui concerne les textes qui la régissent : le Règlement révisé en 1926 et 1927, le Statut révisé en 1929, enfin le Règlement révisé en 1936 marquent les étapes de cette évolution, invariablement dans le même sens : rapprochement d'abord, puis assimilation considérable des deux procédures ; mais, en ce qui concerne les cas des différends actuellement nés entre deux ou plusieurs États, une assimilation presque complète. Cette assimilation n'a rien d'arbitraire : déjà le Comité de Juristes, appelé en 1920 à élaborer le Statut de la Cour permanente, a clairement compris la différence entre un point de droit considéré *in abstracto* et un différend qui pouvait être tranché par voie consultative presque autant que par voie contentieuse. Plus tard, on a vu tel différend déferé à la Cour pour avis, par un organe politique, sur l'initiative des parties, et on a pu parler de l'arbitrage consultatif, forme nouvelle et intéressante du règlement pacifique des différends internationaux. C'est la similitude des situations qui a déterminé l'assimilation des procédures.

Les principes auxquels a obéi la Cour permanente étaient de deux ordres. D'abord les principes de procédure : la règle *audiatur et altera pars* et l'égalité des parties devant le juge. A la Conférence de 1929, une voix autorisée (celle de M. Fromageot, qui plus tard, en 1929, fut élu juge de la C. P. J. I.) a donné cette explication de l'article 68 révisé du Statut : « Il serait parfaitement inutile et vain de donner un avis consultatif après avoir entendu seulement une seule voix. Pour que l'avis soit utile, il faut entendre les deux parties. C'est pourquoi il est tout naturel de prévoir dans le Statut de la Cour qu'en matière d'avis consultatif la Cour procède à tous égards comme en matière contentieuse. » La Conférence n'a pas manqué de montrer qu'elle attachait une grande importance à cette explication, transmise par elle à l'Assemblée.

Ensuite, et au-dessus des principes de toute procédure judiciaire, se trouve le principe du droit international, d'après lequel « aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États, soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement » (Avis n° 5) ; c'est le principe de l'indépendance des États exprimé dans une formule lapidaire de l'ancien droit polonais : *nilhil de nobis sine nobis*. L'attitude de la Cour permanente a trouvé une confirmation dans l'Acte final de la Conférence des États signataires du Statut de la Cour permanente (1926), à l'occasion de la deuxième partie de la cinquième réserve des États-Unis ainsi conçue : « La Cour ne pourra, sans le consentement des États-Unis, donner suite à une demande d'avis consultatif au sujet d'un différend ou d'une question à laquelle les États-Unis sont ou déclarent être intéressés. » En réponse, l'Acte final se contente de se référer à la jurisprudence de la Cour : « Cette jurisprudence,

telle qu'elle est formulée dans l'Avis consultatif n° 5 (Carélie orientale), le 23 juillet 1923, paraît de nature à donner satisfaction au désir des États-Unis. » Rien ne permet de penser que la Cour permanente se soit jamais départie des principes dont l'Avis n° 5 était l'application.

La Cour internationale de Justice ne saurait méconnaître la jurisprudence consultative de l'ancienne Cour, fortement établie et acceptée comme bien fondée par l'opinion des internationalistes. Les textes qui régissent sa fonction consultative démontrent que ses attributions et ses devoirs à cet égard sont en substance restés les mêmes ; et si l'article 65 du Statut, en conformité avec l'article 96 de la Charte, a abandonné la distinction entre « un point » et « un différend », et parle de « toute question juridique », la différence est à tel point dans la nature des choses que l'article 68 du Statut est resté sans modification et l'article 82 du Règlement, dans sa nouvelle version, pointe toujours dans la même direction : « La Cour recherche avant tout si la demande d'avis a trait ou non à une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs États » pour appliquer les dispositions du Statut et du Règlement relatives à la procédure contentieuse. Il est vrai que les deux textes ajoutent : « dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables », mais ce pouvoir de la Cour n'a rien d'arbitraire, le critère est objectif : si la Cour trouve qu'il s'agit bien d'une telle question, elle doit les appliquer.

Ainsi assimilée à la procédure contentieuse, la procédure consultative conserve néanmoins ses caractères propres et ne saurait être identifiée avec la première. C'est ainsi que les parties au différend qui a provoqué une demande d'avis ne sont considérées que comme États intéressés, bien qu'elles puissent même être autorisées à nommer des juges *ad hoc*. C'est ainsi encore que la Cour est liée par la question posée dans la demande d'avis et non par les conclusions des parties, bien que ces conclusions gardent toute leur importance pour la détermination des positions des parties.

Le Comité de la Cour permanente qui a préparé la révision du Règlement de 1927 (application aux avis consultatifs de l'article 31 du Statut) a constaté dans son rapport : « La Cour, dans l'exercice de ses pouvoirs, a délibérément et intentionnellement assimilé la procédure consultative à la procédure contentieuse, et les résultats obtenus ont abondamment justifié cette attitude. Le prestige dont peut jouir la Cour actuellement, en tant que tribunal judiciaire, est dans une large mesure dû à l'importance de son activité consultative et à la façon judiciaire dont elle a réglé cette activité. »

La doctrine établie par la Cour permanente est parfaitement logique. Les avis ne lient formellement ni les États ni l'organe qui les a demandés, ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée ; mais la Cour doit à sa haute mission de leur attribuer une grande valeur juridique et une autorité morale. S'il en est ainsi, et si

tantum valet auctoritas quantum valet ratio, la Cour, organe judiciaire, s'entoure, dans l'exercice de cette fonction, de toutes les garanties pour examiner la question d'une manière approfondie et impartiale. Pour la même raison, les États intéressés voient leurs droits, leurs intérêts politiques et quelquefois leur position morale affectés par un avis de la Cour, leurs différends en fait tranchés par la réponse donnée à une question qui s'y rapporte et qui peut constituer une « question-clé » du différend. Cela explique l'intérêt qu'ont les États à se faire entendre dans une procédure consultative, à y être représentés et à pouvoir nommer leurs juges nationaux, ce qui serait parfaitement inutile si les avis n'étaient que de simples opinions, sans importance réelle pour leurs droits et leurs intérêts. C'est aussi la raison pour laquelle la Cour permanente n'a pas hésité à accorder aux États les garanties nécessaires, et, pour exclure toute possibilité d'introduire la juridiction obligatoire par la voie détournée de ses avis, elle a délibérément consacré, dans son Avis n° 5, le principe du consentement des parties (article 36 du Statut).

La Cour doit donc considérer chaque demande d'avis du point de vue des principes dont, tribunal judiciaire, elle ne saurait se départir : *audiatur et altera pars*, égalité des États devant le juge, indépendance des États. Sans doute a-t-elle le devoir de donner des avis qui lui sont demandés, car c'est une des deux tâches en vue desquelles elle a été constituée ; mais il peut y avoir des raisons juridiques importantes qui s'y opposent, par exemple le respect des principes que je viens de rappeler, ou des situations de fait qui le rendent impossible ; dans ces cas exceptionnels elle ne peut se prononcer, et les textes prévoient cette éventualité, comme l'a constaté le présent avis.

La Cour est-elle en présence d'un de ces cas ?

2. Et d'abord : existe-t-il des différends internationaux auxquels la présente demande d'avis peut avoir trait ? On l'a prouvé avec force arguments à l'appui ; on demande à la Cour de dire que ces différends existent et qu'ils portent sur l'interprétation et l'application des traités de paix. Sur onze considérants de la résolution de l'Assemblée générale du 22 octobre 1949, trois seulement parlent des droits de l'homme, huit des traités de paix et des différends nés de ces traités. Les conclusions du représentant du Gouvernement britannique disent sous le n° 3 : « Cette contestation a trait principalement au point de savoir si les trois Gouvernements ont ou non violé les dispositions des traités de paix relatives aux droits de l'homme et l'obligation d'établir une commission en vertu des dispositions du traité de paix relatives au règlement des différends.... Il existe par conséquent un différend qui vise à la fois l'interprétation et l'exécution des traités. » Et sous le n° 5 : « Le Royaume-Uni affirme ses

propres droits en vertu des traités de paix et demande l'exécution à son profit des articles du traité.» Donc, il y a plus qu'une question juridique actuellement pendante entre deux ou plusieurs États, car il existe de véritables différends. C'est évident, et je ne trouve aucune difficulté à répondre affirmativement à la première partie de la question I. Toutefois, s'il en est ainsi, il est également évident que l'avis qui est demandé à la Cour, non seulement a trait à ces différends : il porte sur l'essence même des différends. L'Assemblée a pu discuter une « situation » qui existe en Bulgarie, en Hongrie et en Roumanie, relativement aux droits de l'homme, et elle l'a, en fait, discutée pendant sa Troisième Session ; depuis, la discussion a porté sur les traités de paix ; la correspondance diplomatique entre les États-Unis et le Royaume-Uni d'un côté, la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie de l'autre, portait également sur les traités de paix. Les quatre questions posées à la Cour ont toutes pour objet les traités de paix. A la question de savoir s'il s'agit des différends pour lesquels les clauses d'arbitrage des traités de paix prévoient une procédure de règlement, je n'hésiterais pas à répondre affirmativement ; mais ici la Cour entre sur le terrain de l'interprétation des traités et, à mon avis, elle doit s'abstenir de répondre. A une question très simple, à laquelle tout juriste répondrait sans difficulté, la Cour ne doit pas répondre, parce qu'elle ne pourrait le faire que dans des conditions qui ne sont pas réalisées ici.

Je prends la question II au sens restreint, conformément à l'interprétation limitative donnée par l'avis. Que demande-t-on à la Cour ? La question posée ne se réfère pas aux articles relatifs aux droits de l'homme. Un nouveau différend, plus limité, a surgi entre les États contractants, portant sur l'interprétation et l'application des clauses d'arbitrage. On a dit qu'il ne s'agit que d'une question préalable ou préliminaire ou d'une question de procédure. Pour l'Assemblée générale, si elle envisage une action ultérieure de sa part, action politique fondée sur la réponse de la Cour, la question II peut signifier une question préalable ou préliminaire, mais ce n'est pas une acception juridique ou technique de ce terme. Ce n'est pas non plus une question de procédure, bien qu'elle vise le mode prévu de règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution des traités de paix. C'est une question de fond ; non pas par rapport aux droits de l'homme, mais par rapport aux clauses d'arbitrage.

La question II n'est pas posée *in abstracto*, en prévision d'une situation qui pourrait se produire un jour ; elle est sortie de longues discussions. Le fait est que les trois États ont refusé de désigner leurs représentants aux commissions prévues par les traités de paix, et cela malgré les sommations de leurs co-contractants. Ce refus a été discuté par l'Assemblée générale et consigné dans le neuvième considérant (« ont refusé ... alléguant qu'ils n'étaient pas juridiquement tenus de le faire »). Si l'Assemblée générale

demande à la Cour : « sont-ils tenus d'exécuter », cette question vise le fond du différend sur l'exécution des clauses d'arbitrage. Elle demande à la Cour de dire si les trois États ont tort ou raison de refuser.

S'il s'agissait d'apprécier, a-t-on dit, la conduite des trois États, de constater des manquements allégués aux clauses des traités de paix, l'avis serait égal à un jugement prononcé sans le consentement des parties intéressées et, dans ce cas, la Cour ne devrait pas donner cet avis. En réalité, il s'agit bien d'une telle condamnation, si la Cour dit que les trois États ont tort de refuser de nommer leurs représentants ; et aurait-elle pu dire qu'ils ont raison ?

Dire s'ils sont tenus de le faire, tandis qu'ils n'ont pas l'obligation juridique de le faire, signifie en réalité pour la Cour : se prononcer sur l'interprétation et l'application des clauses juridictionnelles des traités de paix, et cela appartient, en premier lieu, aux parties contractantes elles-mêmes ; c'est ce que la Cour ne saurait faire sans leur consentement et, du moins en règle générale, sans leur participation. Or, la Cour a entendu l'interprétation et les conclusions des États-Unis et du Royaume-Uni ; elle n'a pas entendu la voix des trois États.

Enfin, la Cour n'aurait pas dû tenir pour impossible une hypothèse dans laquelle les trois États pourraient présenter une excuse valable de leur conduite. Le fait est qu'ils ont refusé d'exécuter les dispositions de la clause des traités de paix relatives à l'arbitrage. Ils ne désirent pas l'exécuter. Ce refus a son contexte : les circonstances, les conditions déterminées ; c'est un cas concret de non-exécution des traités (tenant le milieu entre la violation et la méconnaissance, *disregard*). Comment la Cour peut-elle dire que, *hic et nunc*, les trois États sont tenus d'exécuter ces clauses ?

Un refus d'exécuter telle ou telle clause d'un traité ne se présente malheureusement pas pour la première fois ; cela n'arrive que trop souvent. Il existe aussi des cas de refus légitime. *Pacta sunt servanda* constitue la règle fondamentale du droit international et la base des relations internationales ; « le respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international » est le premier devoir de tout État dans ses rapports avec les autres États. Et pourtant il y a des cas où il est nécessaire de rajuster, même unilatéralement, l'application de la lettre à la situation changée, comme le juge national peut mitiger les rigueurs excessives des contrats entre particuliers ; où l'État obligé peut raisonnablement invoquer des circonstances dans lesquelles la non-exécution de telle ou telle disposition du traité peut être justifiée du point de vue du droit international. Une de ces possibilités est exprimée par la clause *rebus sic stantibus* qui résume le grand problème du droit strict et de la bonne foi entre États.

Les raisons que les trois États donnent dans la correspondance diplomatique, pour motiver leur refus, peuvent être sans valeur ; mais n'en pourraient-ils pas produire d'autres, et de quelle valeur juridique ? La Cour n'en sait rien. Dans ces conditions, établir, déterminer les obligations de ces États me paraît impossible pour une cour de justice.

Il n'est pas nécessaire de discuter l'assertion d'après laquelle les trois États n'auraient qu'à nommer leurs commissaires, et les commissions diraient si les accusations portées contre eux sont fondées. C'est un malentendu : la question II demande à la Cour de dire s'ils sont fondés dans leur refus de nommer les commissaires.

3. On a fait valoir que la Cour est en possession de toutes les données du problème, car les trois Gouvernements ont dit, dans leurs notes, tout ce que la Cour a besoin de savoir pour se prononcer. Je ne puis admettre cet argument. Ces notes ont été versées au débat par la partie adverse, à titre d'information, et n'ont que cette valeur. Mais la Cour a besoin de quelque chose de plus que d'un simple matériel d'information, si complet soit-il. Ce que les parties ont dit ou ont à dire, elles doivent le dire devant la Cour, dans une procédure qui, tout en n'étant pas contentieuse, n'en est pas moins contradictoire, comportant déclarations, contestations, preuves, conclusions. Ceci ne pouvant avoir lieu, pour la simple raison que les trois Gouvernements ont refusé de comparaître, la Cour est dans l'impossibilité matérielle de donner un avis dans les conditions prévues par son Statut et son Règlement.

S'il est vrai que chaque cas doit être examiné et décidé compte tenu de ses caractéristiques et des particularités qui lui sont propres, il n'en est pas moins vrai qu'aux cas individuels, qui varient à l'infini, doivent être appliqués les mêmes règles et principes généraux. Or, dans notre cas, ce sont non seulement les dispositions du Statut et du Règlement, mais encore la règle de l'égalité des parties devant le juge et la règle *audiatur et altera pars* qui seraient méconnues, c'est-à-dire les principes fondamentaux de droit et de justice, si la Cour devait donner son avis dans les conditions que nous connaissons.

On pourrait objecter que les trois Gouvernements ont eu amplement la faculté de soumettre à la Cour leurs arguments et leurs pièces justificatives et que, s'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils n'ont pas voulu profiter de l'occasion qui leur était offerte ; donc le principe de l'égalité est sauf. Au cours de la procédure orale, on a même été jusqu'à invoquer l'article 53 du Statut, qui stipule que lorsqu'une partie ne se présente pas, l'autre peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions. Si incroyable que cela puisse paraître, on a affirmé que la Cour peut appliquer la règle de l'article 53 au cas présent par voie d'analogie. On a oublié

que l'article 53 prévoit le cas où la Cour a été valablement saisie en vertu du consentement préalablement donné par la partie défaillante.

Or, dans notre cas, le consentement des trois États n'a jamais été donné. La résolution de l'Assemblée générale, en date du 22 octobre, peut avoir constitué une offre : si elle avait été acceptée par les trois Gouvernements, nous aurions pu être en présence d'un cas analogue à celui du *forum prorogatum* ; mais il n'en fut rien. C'est ainsi qu'un autre principe fondamental du droit international s'oppose, lui aussi, à ce que la Cour puisse donner un avis dans le cas présent : le principe de l'indépendance des États. Un État ne saurait se voir imposer une juridiction, dans notre cas la juridiction de la Cour, même exerçant sa fonction consultative, dans une hypothèse dont il n'aurait pas été librement et par avance convenu. D'accord avec ce principe, les auteurs de la Charte des Nations Unies ont écarté, non seulement la juridiction obligatoire de la Cour, mais une juridiction quelconque sans le consentement des États en cause — et ceci pour les Membres des Nations Unies. Rien ne serait plus étranger, voire même contraire à cette idée qui constitue une des bases de la Charte, que de vouloir introduire la juridiction obligatoire de la Cour par la porte des avis. Et pourtant cette possibilité a été considérée, depuis 1920, comme un danger qui pourrait devenir réel dans un cas donné ; la grande préoccupation de la Cour permanente était d'éliminer ce danger.

La Cour permanente n'attachait pas d'importance à la forme dans laquelle le consentement à sa juridiction avait été donné ; cela pouvait se faire simplement *per facta concludentia*. Mais les trois États n'ont accepté la juridiction de la Cour sous aucune forme. Il y a même plus : la Conférence de la Paix de 1946 avait inséré dans les traités de paix une clause qui prévoyait la juridiction de la Cour internationale de Justice pour la solution des différends portant sur l'interprétation et l'application desdits traités ; par décision des ministres des Affaires étrangères des Puissances alliées, cette clause a été supprimée et remplacée par une clause prévoyant l'arbitrage de commissions à instituer à cet effet. Ainsi, la Cour a été délibérément écartée et sa juridiction exclue, à moins que les parties contractantes ne décident d'un commun accord de lui soumettre tel ou tel cas déterminé.

En ce qui concerne l'interprétation et l'application des articles relatifs aux droits de l'homme et de la clause d'arbitrage, les trois Gouvernements peuvent avoir tort ; ici, sur ce point particulier de la juridiction de la Cour, ils ont raison.

4. On a dit, au cours des débats oraux, qu'un État, fût-il directement intéressé, ne peut s'ingérer dans les relations entre organes

des Nations Unies et mettre en échec le désir de l'Assemblée de consulter la Cour.

Dans le domaine national, il arrive parfois que les droits subjectifs les plus sûrs, les plus incontestables, ne peuvent pas obtenir la protection judiciaire parce qu'une règle de procédure, par exemple prévoyant la forclusion, s'y oppose. C'est inévitable, car derrière les règles de procédure se trouve un intérêt général d'une telle importance qu'il prime les intérêts particuliers très légitimes et très importants. Les mêmes considérations valent pour la procédure internationale, qui pourtant est bien moins rigoureuse. Mais ici il s'agit d'un cas plus simple. Si l'opposition d'un État peut mettre en échec le désir de l'Assemblée d'obtenir un avis de la Cour, c'est que cette opposition est fondée en droit ; si la Cour, à la suite d'une opposition de l'État intéressé, reconnaît qu'elle ne peut pas donner un avis, c'est qu'elle ne juge pas avoir le droit de le donner dans cette hypothèse. Dans ce cas, ce qui empêche l'avis d'être donné, ce n'est pas l'arbitraire d'un État intéressé, mais sa volonté, qui a pour elle le droit, pourvu que la Cour le reconnaisse.

Enfin, je regrette ne pouvoir me rallier à l'opinion d'après laquelle la fonction consultative de la Cour s'exercerait entre la Cour d'un côté, l'Assemblée, le Conseil de Sécurité et les autres organes autorisés de l'autre ; dans notre cas, c'est l'Assemblée qui doit extérioriser l'action des Nations Unies, à la suite de l'avis de la Cour. Pourtant, la demande d'avis se fait publiquement, l'avis est prononcé en public, après une procédure publique ; il est donné à l'organe qui en a fait la demande, mais il s'adresse aux parties, à l'Organisation, à l'opinion publique. L'Assemblée générale a sa sphère d'action — action politique — et ses responsabilités ; la Cour a, elle aussi, sa sphère d'action — action juridique dont le champ d'application et les modalités sont rigoureusement définis — et sa propre responsabilité, qui ne saurait disparaître derrière celle de l'Assemblée.

(Signé) B. WINIARSKI.