

DÉCLARATION COMMUNE
DE MM. BEDJAOUI, GUILLAUME ET RANJEVA

Paragraphe 5 de l'article 31 du Statut — Cause commune entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis — Royaume-Uni n'étant pas en droit de désigner un juge ad hoc.

1. La question s'est posée dans la présente affaire de savoir si le Royaume-Uni était ou non en droit de désigner un juge *ad hoc* dans la présente phase de la procédure relative à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête libyenne. La Cour a répondu à cette question par l'affirmative. Elle n'a cependant pas cru devoir motiver sa décision qu'elle s'est bornée à rappeler au paragraphe 9 de son arrêt. Cette décision inexplicquée nous paraît inexplicable et nous estimons par suite de notre devoir de préciser ici pourquoi nous n'avons pu y souscrire.

LE PROBLÈME POSÉ ET LA SOLUTION ADOPTÉE PAR LA COUR

2. Parmi les membres de la Cour figurent à l'heure actuelle M. Stephen Schwebel, président de la Cour, qui possède la nationalité américaine et M^{me} Rosalyn Higgins de nationalité britannique. Conformément au paragraphe 5 de l'article 31 du Statut de la Cour, l'un et l'autre avaient le droit de siéger dans les deux affaires opposant d'une part la Libye et les Etats-Unis, d'autre part la Libye et le Royaume-Uni.

L'article 32 du Règlement de la Cour précise cependant que «[s]i le président de la Cour est ressortissant de l'une des parties dans une affaire, il n'exerce pas la présidence pour cette affaire». Le président Schwebel était ainsi tenu de laisser la présidence de la Cour au vice-président dans l'affaire opposant la Libye aux Etats-Unis. Compte tenu des circonstances, il a en outre décidé d'abandonner également la présidence dans l'affaire opposant la Libye au Royaume-Uni. Cette décision reflétait celle, identique, qu'avait prise sir Robert Jennings, alors président de la Cour dans des circonstances comparables lors de l'examen des mesures conservatoires sollicitées par la Libye en 1992¹.

Par ailleurs M^{me} Rosalyn Higgins fit connaître à la Cour que, «ayant été conseil du Royaume-Uni au cours des toutes premières phases» de l'affaire opposant la Libye et le Royaume-Uni, elle ne pourrait prendre part à la procédure dans cette affaire. Compte tenu des circonstances

¹ Ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 3 et 114.

JOINT DECLARATION OF JUDGES BEDJAOUI, GUILLAUME
AND RANJEVA

[Translation]

Article 31, paragraph 5, of the Statute — United Kingdom and United States parties in the same interest — United Kingdom not being entitled to choose a judge ad hoc.

1. The question arose in this case as to whether or not the United Kingdom was entitled to choose a judge *ad hoc* in the present phase of proceedings relating to the jurisdiction of the Court and the admissibility of the Libyan Application. The Court answered this question in the affirmative. It nevertheless did not see fit to state reasons for its decision, merely recalling it in paragraph 9 of the Judgment. This unexplained decision appears to us to be inexplicable and we therefore feel it our duty to explain at this point just why we were unable to endorse it.

THE ISSUE AND THE SOLUTION ADOPTED BY THE COURT

2. At present the Members of the Court include President Stephen M. Schwebel, who is of United States nationality, and Judge Rosalyn Higgins, who is of British nationality. Under Article 31, paragraph 5, of the Statute of the Court, each had the right to sit in both cases, *Libya v. United States*, and *Libya v. United Kingdom*.

However, Article 32 of the Rules of Court states: "If the President of the Court is a national of one of the parties in a case he shall not exercise the functions of the presidency in respect of that case." President Schwebel was thus required to surrender the presidency of the Court to the Vice-President in the case of *Libya v. United States*. In the circumstances, he also decided to relinquish the presidency in the *Libya v. United Kingdom* case. The decision mirrored that taken in comparable circumstances by Sir Robert Jennings, the then President, when the Court considered Libya's request for the indication of provisional measures in 1992¹.

Judge Rosalyn Higgins moreover informed the Court that, having acted as counsel for the United Kingdom during the early phases of the case of *Libya v. United Kingdom*, she could not take part in the proceedings. In view of the circumstances in which the Memorials of the Parties

¹ Order of 14 April 1992, *I.C.J. Reports 1992*, pp. 3 and 114.

dans lesquelles les mémoires des Parties avaient été préparés, M^{me} Higgins estima en outre devoir se déporter dans l'affaire opposant la Libye et les Etats-Unis.

Cette décision, comme celle du président Schwebel, traduisait des scrupules auxquels il convient de rendre hommage. Elle n'en allait pas moins soulever des problèmes de procédure délicats.

3. Le 5 mars 1997, le Royaume-Uni fit en effet connaître à la Cour qu'il avait été informé de la décision de M^{me} Higgins et «que, conformément à l'article 31 du Statut de la Cour et à l'article 37 de son Règlement», il avait désigné sir Robert Jennings, K.C.M.G., Q.C., ancien président de la Cour, pour siéger en qualité de juge *ad hoc* aux fins de la prochaine procédure orale dans l'affaire opposant la Libye et le Royaume-Uni.

4. La désignation ainsi faite paraissait à première vue conforme au paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de la Cour selon lequel «[s]i la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation» d'un juge *ad hoc*.

Elle n'en soulevait pas moins une difficulté au regard du paragraphe 5 du même article. Celui-ci précise en effet que:

«Lorsque plusieurs parties font cause commune, elles ne comptent, pour l'application des dispositions qui précèdent, que pour une seule. En cas de doute, la Cour décide.»

5. Les articles 36 et 37 du Règlement de la Cour déterminent les conditions d'application de l'article 31 du Statut. Le paragraphe 1 de l'article 37 dispose que:

«Si un membre de la Cour ayant la nationalité de l'une des parties n'est pas ou n'est plus en mesure de siéger dans une phase d'une affaire, cette partie est autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans un délai fixé par la Cour ou, si elle ne siège pas, par le président.»

Puis le paragraphe 2 ajoute que:

«Les parties faisant cause commune ne sont pas considérées comme comptant sur le siège un juge de la nationalité de l'une d'elles si le membre de la Cour ayant la nationalité de l'une d'elles n'est pas ou n'est plus en mesure de siéger dans une phase d'une affaire.»

6. La question se posait donc en l'espèce de savoir si le Royaume-Uni et les Etats-Unis devaient être regardés comme «faisant cause commune» au moins dans la présente phase de la procédure, face à la Libye. Dans la négative, le Royaume-Uni était en droit de désigner un juge *ad hoc* dans l'affaire l'opposant à la Libye (mais non dans celle concernant les Etats-Unis). Dans l'affirmative, le Royaume-Uni ne pouvait désigner de juge *ad hoc*, la Cour comptant déjà sur le siège dans les deux affaires un juge *ad hoc* choisi par la Libye et un juge ayant la nationalité des Etats-Unis, pays faisant cause commune avec le Royaume-Uni.

had been prepared, Judge Higgins also felt that she must ask to be excused in the case of *Libya v. United States*.

Her decision, like that of President Schwebel, reflected laudable scruples. Nonetheless it was to raise awkward issues of procedure.

3. On 5 March 1997, the United Kingdom notified the Court that it had been informed of Judge Higgins's decision and that, pursuant to Article 31 of the Statute of the Court and Article 37 of the Rules of Court, it had chosen Sir Robert Jennings, K.C.M.G., Q.C., former President of the Court, to sit as judge *ad hoc* in the forthcoming oral proceedings in the case of *Libya v. United Kingdom*.

4. The choice seemed on the face of it to be in conformity with Article 31, paragraph 3, of the Statute of the Court, under which: "If the Court includes upon the Bench no judge of the nationality of the parties, each of these parties may proceed to choose" a judge *ad hoc*.

Nonetheless it raised a difficulty with regard to paragraph 5 of the same Article, which states:

"Should there be several parties in the same interest, they shall, for the purpose of the preceding provisions, be reckoned as one party only. Any doubt upon this point shall be settled by the decision of the Court."

5. Articles 36 and 37 of the Rules of Court determine the applicability of Article 31 of the Statute. Article 37, paragraph 1, provides that:

"If a Member of the Court having the nationality of one of the parties is or becomes unable to sit in any phase of a case, that party shall thereupon become entitled to choose a judge *ad hoc* within a time-limit to be fixed by the Court, or by the President if the Court is not sitting."

Paragraph 2 then adds that:

"Parties in the same interest shall be deemed not to have a judge of one of their nationalities upon the Bench if the Member of the Court having one of their nationalities is or becomes unable to sit in any phase of the case."

6. The question therefore arose whether the United Kingdom and the United States were to be regarded as "parties in the same interest" against Libya, at least in the current phase of proceedings. If they were not, the United Kingdom was entitled to choose a judge *ad hoc* in the case between itself and Libya (but not in the case involving the United States). If they were, the United Kingdom could not choose a judge *ad hoc* since the Court already had on the Bench, in both cases, a judge *ad hoc* chosen by Libya and a judge having the nationality of the United States, a country which was a party in the same interest with the United Kingdom.

7. La Cour semble avoir hésité longuement sur la solution à retenir. Dans une première phase, le Greffe a, selon l'usage, communiqué la lettre du Royaume-Uni à l'agent de la Libye qui fut invité à présenter toutes observations utiles avant le 7 avril 1997. La Cour ne reçut aucun commentaire de la Libye dans le délai prescrit.

La Cour donna alors instruction au Greffe d'informer les trois Etats concernés qu'elle était en outre disposée à recevoir d'eux, pour le 30 juin au plus tard, toutes observations qu'ils pourraient souhaiter formuler au regard du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut. Le Royaume-Uni déposa un mémoire exposant les raisons pour lesquelles, à son avis, il n'y avait pas en l'espèce cause commune. Les Etats-Unis se prononcèrent dans le même sens. Dans une lettre fort brève, la Libye prit parti en sens inverse. Le 16 septembre 1997, la Cour fit part de sa décision aux Parties. Ainsi plus de six mois s'étaient écoulés entre la désignation opérée par le Royaume-Uni et la décision de la Cour.

LA JURISPRUDENCE SUR LA CAUSE COMMUNE

8. Cette décision paraît à première vue contraire à la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale comme à celle de la Cour internationale de Justice concernant la cause commune qu'il convient d'analyser avant d'en venir aux faits de l'espèce.

9. Cette jurisprudence s'est dégagée dès les origines de la Cour permanente.

Dans l'affaire relative à la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, les Gouvernements allemand, britannique, français, suédois et tchécoslovaque qui faisaient cause commune avec le Danemark contre la Pologne ne comptaient pas sur le siège de juge de leur nationalité. Ils ne furent cependant pas amenés à en désigner un, un juge danois étant appelé à siéger face au juge polonais².

Dans l'affaire consultative du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, la Cour, après avoir entendu les Parties préalablement à tout débat au fond, constata que les Gouvernements allemand et autrichien, d'une part, les Gouvernements français, italien et tchécoslovaque, d'autre part, faisaient cause commune. La Cour releva par ailleurs qu'elle comptait sur le siège des juges de nationalité allemande, française et italienne. Elle en déduisit «qu'il n'y a pas lieu, dans la présente affaire, à la désignation de juges *ad hoc*, soit par l'Autriche, soit par la Tchécoslovaquie».

C'est à cette occasion que la Cour permanente a, pour la première fois, dégagé le critère permettant de déterminer si des Etats font cause commune. L'hésitation était permise sur ce point dans la mesure où le texte anglais du Statut visait les «*parties in the same interest*», tandis que la version française concernait les parties qui «font cause commune». A

² Arrêt n° 16 du 10 septembre 1929, *C.P.J.I. série A n° 23*, p. 5.

7. The Court appears to have long hesitated over the solution. First, the Registry followed its usual practice by transmitting the United Kingdom's letter to the Agent of Libya, who was invited to submit any relevant observations by 7 April 1997. The Court received no comment from Libya within that time-limit.

The Court then instructed the Registry to inform the three States concerned that it was also ready to receive from them, by 30 June at the latest, any observations they might wish to make in respect of Article 31, paragraph 5, of the Statute. The United Kingdom filed a Memorial setting forth the reasons why, in its opinion, there were no parties in the same interest in the case. The United States took the same view. In an extremely short letter, Libya took the opposite view. On 16 September 1997 the Court informed the Parties of its decision. Over six months thus elapsed between the choice made by the United Kingdom and the decision of the Court.

JURISPRUDENCE ON PARTIES IN THE SAME INTEREST

8. This decision seems on the face of it to conflict with the jurisprudence on parties in the same interest of both the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice; which precedents must be looked into before we consider the facts in this case.

9. This jurisprudence emerged in the initial years of the Permanent Court.

In the case concerning *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, the British, Czechoslovak, French, German and Swedish Governments which were in the same interest with Denmark against Poland did not have a judge of their nationality on the Bench. They were nevertheless not called upon to choose one, a Danish Judge sitting opposite the Polish Judge².

In the advisory proceedings on the *Customs Régime between Germany and Austria*, having heard the Parties in advance of any discussion of the merits, the Court held that the German and Austrian Governments on the one hand, and the Czechoslovak, French and Italian Governments on the other, were respectively parties in the same interest. Furthermore, the Court noted that it included upon the Bench judges of French, German and Italian nationality. It deduced "that there is no ground in the present case for the appointment of judges *ad hoc* either by Austria or by Czechoslovakia".

That was when the Permanent Court first identified the criterion for determining whether States were in the same interest. Hesitation was legitimate since the English text of the Statute referred to "parties in the same interest", whereas the French version spoke of parties which "*font cause commune*". Clearly, the English was broader in scope and would

² Judgment No. 16 of 10 September 1929, *P.C.I.J., Series A, No. 23*, p. 5.

l'évidence, le texte anglais était plus large et aurait permis d'exclure la désignation de juges *ad hoc* dans de plus nombreux cas. La Cour permanente s'en tint cependant au texte français et estima que la disposition en cause ne pouvait s'appliquer que si les Etats concernés étaient dans une situation du «*litis consortium*»³. En effet, dans son ordonnance du 20 juillet 1931, elle releva que «tous les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent à la même conclusion, doivent être considérés comme faisant cause commune aux fins de la présente procédure»⁴. Puis elle constata que «les thèses soutenues par les Gouvernements allemand et autrichien aboutissent à une même conclusion» alors que les thèses des trois autres gouvernements «aboutissent à la conclusion opposée»⁵. Elle en déduisit que de part et d'autre les gouvernements en question faisaient cause commune.

10. La Cour internationale de Justice, pour sa part, eut à connaître de ce problème pour la première fois dans les affaires du *Sud-Ouest africain* sur les requêtes présentées respectivement par l'Éthiopie et le Libéria contre l'Afrique du Sud. Aucun de ces Etats ne comptait sur le siège de juge de sa nationalité et chacun d'eux avait, avant le dépôt des mémoires, manifesté son intention de désigner un juge *ad hoc*. L'Afrique du Sud avait fait de même.

La Cour attendit le dépôt des mémoires, puis se prononça par ordonnance du 20 mai 1961. Dans les motifs de cette ordonnance, la Cour reprit en premier lieu à son compte la jurisprudence de la Cour permanente en précisant que «tous les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent à la même conclusion, doivent être considérés comme faisant cause commune». Ce faisant, elle posait un principe général sans limiter à l'espèce la solution retenue.

Puis la Cour constata que les conclusions contenues dans les requêtes et les mémoires étaient *mutatis mutandis* identiques et que «les textes mêmes» de ces requêtes et mémoires «sont, sauf sur quelques points mineurs, identiques». Elle en déduisit que le Libéria et l'Éthiopie font «cause commune» devant la Cour «et ne comptent, par conséquent, en ce qui concerne la désignation d'un juge *ad hoc*, que pour une seule partie»⁶.

Au vu de ces divers considérants, la Cour joignit les deux instances, dit que les deux Gouvernements de l'Éthiopie et du Libéria font cause commune et leur fixa un délai d'un peu moins de six mois pour désigner, d'un commun accord, un juge *ad hoc*. L'Afrique du Sud avait de son côté désigné un tel juge et l'équilibre était ainsi assuré entre demandeurs et défendeur.

³ Voir *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — Éléments d'interprétation*, 1934, p. 190. Voir aussi Hudson, *La Cour permanente de Justice internationale*, p. 391, note 73.

⁴ Ordonnance du 20 juillet 1931, *C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 89.

⁵ *Ibid.*, p. 90.

⁶ *Sud-Ouest africain, ordonnance du 20 mai 1961, C.I.J. Recueil 1961*, p. 14.

have excluded the choice of judges *ad hoc* in more cases. The Permanent Court, however, abided by the French text and held that the provision concerned was applicable only if the States concerned were in a situation of "*litis consortium*"³. In its Order of 20 July 1931, it noted that "all Governments which, in the proceedings before the Court, come to the same conclusion, must be held to be in the same interest for the purposes of the present case"⁴. It then held that "the arguments advanced by the German and Austrian Governments lead to the same conclusion" whereas the arguments of the other three Governments "lead to the opposite conclusion"⁵. It concluded that on either side the Governments in question were in the same interest.

10. The International Court of Justice, for its part, encountered this problem for the first time in the *South West Africa* cases in regard to Applications filed respectively by Ethiopia and Liberia against South Africa. Neither State had a judge of its own nationality on the Bench and, in advance of the filing of the Memorials, they both stated their intention of choosing a judge *ad hoc*. South Africa did likewise.

The Court waited until the Memorials had been filed before giving its decision, by an Order of 20 May 1961. In the grounds for that Order, the Court first and foremost echoed the decisions of the Permanent Court, stating that "all Governments which, in proceedings before the Court, come to the same conclusion, must be held to be in the same interest". In so doing, it laid down a general principle without restricting the solution chosen to that particular case.

The Court then found that the submissions contained in the applications and the Memorials were *mutatis mutandis* identical and that "the text [of the applications and Memorials] themselves are, excepting in a few minor respects, identical". It therefore deduced that Liberia and Ethiopia were "in the same interest" before the Court and were "therefore, so far as the choice of a judge *ad hoc* is concerned, to be reckoned as one party only"⁶.

For those various reasons, the Court joined the two proceedings, found that the Governments of Ethiopia and Liberia were in the same interest and fixed a time-limit of slightly less than six months for them, acting in concert, to choose a single judge *ad hoc*. South Africa for its part, had chosen such a judge, thus preserving the balance between the applicants and the respondent.

³ See *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale — Elements d'interprétation*, 1934, p. 190. See also Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, p. 334, note 73.

⁴ Order of 20 July 1931, *P.C.I.J., Series A, No. 41*, p. 89.

⁵ *Ibid.*, p. 90.

⁶ *South West Africa, Order of 20 May 1961, I.C.J. Reports 1961*, p. 14.

11. La question se posa en termes un peu différents dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*. Dans cette affaire, la République fédérale d'Allemagne avait signé deux compromis distincts, l'un avec le Danemark, l'autre avec les Pays-Bas. Les trois gouvernements avaient en outre conclu entre eux le même jour un protocole par lequel ils convenaient de demander à la Cour de joindre les deux instances et ajoutaient :

«Les trois gouvernements conviennent qu'aux fins de la désignation d'un juge *ad hoc*, les Gouvernements du Royaume du Danemark et du Royaume des Pays-Bas seront considérés comme faisant cause commune au sens de l'article 31, paragraphe 5, du Statut de la Cour.»⁷

Dans le délai fixé pour le dépôt des contre-mémoires, le Danemark et les Pays-Bas firent connaître à la Cour, par lettres séparées, que chacun d'eux avait choisi M. Sørensen comme juge *ad hoc*. La Cour, après le dépôt des contre-mémoires, mais avant que les parties aient sollicité la jonction d'instance conformément au protocole, se prononça par ordonnance du 28 avril 1968. Elle rappela dans cette ordonnance les conditions dans lesquelles le Danemark et les Pays-Bas avaient désigné un juge *ad hoc*, ainsi que les dispositions agréées par les Parties à cet égard. Mais elle exprima en outre son souci de vérifier elle-même dans les écritures si les deux gouvernements faisaient effectivement cause commune, et constata

«que les contre-mémoires déposés par les Gouvernements du Danemark et des Pays-Bas confirment que les deux gouvernements considèrent qu'ils font cause commune puisqu'ils ont énoncé leurs conclusions en des termes presque identiques».

Puis la Cour en conclut que les deux gouvernements «ne comptent, en ce qui concerne la désignation d'un juge *ad hoc*, que pour une seule Partie»⁸.

Ce jugement confirme ainsi le critère retenu antérieurement pour déterminer si deux Etats font cause commune : seules leurs conclusions sont déterminantes à cet égard. Mais il marque en outre qu'il appartient à la Cour et non aux parties de prendre la décision requise. Les deux gouvernements avaient en l'espèce désigné la même personne pour siéger comme juge *ad hoc*. La Cour aurait pu se contenter de constater qu'il en était ainsi. Elle ne l'a pas fait et a entendu déterminer s'il y avait ou non cause commune. Mais, là encore, elle ne s'est pas contentée de l'affirmation des parties. Elle a vérifié ce qu'il en était au vu des conclusions des deux Etats.

12. La jurisprudence ainsi réaffirmée et développée a trouvé une nou

⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, ordonnance du 26 avril 1968, C.I.J. Recueil 1968, p. 10.

⁸ *Ibid.*

11. The issue arose a little differently in the *North Sea Continental Shelf* case. The Federal Republic of Germany signed two separate Special Agreements, one with Denmark and the other with the Netherlands. Furthermore, on the same date the three Governments concluded between themselves a protocol in which they agreed to request the Court to join the two proceedings, adding:

“The three Governments agree that for the purpose of appointing a judge *ad hoc* the Governments of the Kingdom of Denmark and the Kingdom of the Netherlands shall be considered to be parties in the same interest within the meaning of Article 31, paragraph 5, of the Statute of the Court.”⁷

Within the time-limit fixed for the filing of the Counter-Memorials, Denmark and the Netherlands notified the Court, in separate letters, that they had each chosen Mr. Sørensen as a judge *ad hoc*. After the filing of the Counter-Memorials, but before the Parties had requested the joinder of the proceedings in accordance with the Protocol, the Court delivered its decision by an Order of 28 April 1968. In that Order it recalled the circumstances in which Denmark and the Netherlands had chosen a judge *ad hoc*, together with the arrangements approved by the Parties. It also, however, expressed the wish to ascertain for itself on the basis of the written pleadings whether the two Governments were indeed in the same interest, and found that

“the Counter-Memorials submitted by the Governments of Denmark and the Netherlands confirm that the two Governments consider themselves to be parties in the same interest since they have set out their submissions in almost identical terms”.

The Court then concluded that the two Governments “are, so far as the choice of a Judge *ad hoc* is concerned, to be reckoned as one Party only”⁸.

The Judgment thus confirms the criterion previously established for determining whether two States are parties in the same interest: their submissions alone are determinative in this respect. The Judgment also establishes, however, that it is for the Court — not the parties — to take the necessary decision. In that case the two Governments had chosen the same person to sit as a judge *ad hoc*. The Court might merely have decided to record the fact. It chose instead to determine whether or not they were parties in the same interest. But, here again, it did not just go by what the parties asserted; it verified the position in the light of the submissions of both States.

12. The jurisprudence of the Court, thus reaffirmed and elaborated,

⁷ *North Sea Continental Shelf, Order of 26 April 1968, I.C.J. Reports 1968*, p. 10.

⁸ *Ibid.*

velle occasion d'application dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*. Dans ces affaires, deux requêtes avaient successivement été déposées contre l'Islande, le 14 avril 1972 par le Royaume-Uni et le 5 juin 1972 par la République fédérale d'Allemagne. Par des ordonnances parallèles rendues dans chaque cas la Cour avait, le 17 août 1972, indiqué certaines mesures conservatoires et fixé le lendemain les délais de production des mémoires sur la compétence.

Un juge britannique siégeait en l'affaire, mais ni l'Islande, ni l'Allemagne ne disposaient d'un juge de leur nationalité. Dès le 21 juillet 1972, l'Allemagne fit connaître son intention de nommer un juge *ad hoc* et, le 31 octobre, désigna à cet effet M. Mosler. Le Gouvernement islandais n'ayant pas réagi à cette désignation, le Greffier en informa l'agent de l'Allemagne et transmit le dossier à M. Mosler.

A la veille des audiences qui devaient porter sur la compétence de la Cour dans les deux affaires, la Cour eut cependant des doutes sur sa composition et le greffier, le 4 janvier 1973, adressa aux agents une lettre selon laquelle la Cour :

«après en avoir délibéré, ... n'a pas pu parvenir à la conclusion que la désignation d'un juge *ad hoc* par la République fédérale d'Allemagne se justifierait en la présente phase de la procédure. Cette décision ne concerne que la phase actuelle, relative à la compétence de la Cour, et ne préjuge en aucune manière la question de savoir si, dans l'hypothèse où la Cour se déclarerait compétente, un juge *ad hoc* pourrait être choisi pour siéger dans la suite de la procédure.»⁹

Cette décision fut confirmée dans les mêmes termes par le président à l'ouverture des audiences¹⁰.

Elle fut précisée dans l'arrêt du 2 février 1973 sur la compétence de la Cour dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* où :

«La Cour, tenant compte de l'instance introduite par le Royaume-Uni contre l'Islande ... ainsi que de la composition de la Cour en la présente affaire où siège un juge ayant la nationalité du Royaume-Uni, a néanmoins décidé, par huit voix contre cinq, qu'en la présente phase relative à la compétence de la Cour les deux Parties faisaient cause commune au sens de l'article 31, paragraphe 5, du Statut, ce qui justifiait le rejet de la demande de la République fédérale d'Allemagne concernant la désignation d'un juge *ad hoc*.»¹¹

L'Islande, de son côté, n'avait cependant pas désigné de juge *ad hoc*. Lorsqu'on en arriva à l'examen du fond, l'Allemagne, tout en maintenant

⁹ C.I.J. *Mémoires, Compétence en matière de pêcheries*, vol. II, p. 421. [Traduction du Greffe.]

¹⁰ *Ibid.*, p. 120.

¹¹ Arrêt du 2 février 1973, C.I.J. *Recueil 1973*, p. 51, par. 7.

had further occasion to be applied in the *Fisheries Jurisdiction* cases. Two Applications were successively filed against Iceland, by the United Kingdom on 14 April 1972 and by the Federal Republic of Germany on 5 June 1972. By parallel Orders of 17 August 1972 the Court indicated certain provisional measures and fixed the following day as the time-limit for the production of Memorials on jurisdiction.

A British judge was sitting in the case, but neither Iceland nor Germany had a judge of its nationality. As early as 21 July 1972 Germany notified the Court of its intention to choose a judge *ad hoc* and, on 31 October, chose Mr. Mosler. Since the Icelandic Government did not react, the Registrar so informed the Agent of Germany and transmitted the case file to Judge Mosler.

However, shortly before the hearings on the Court's jurisdiction in the two cases were to open, the Court had doubts about its composition, and on 4 January 1973 the Registrar addressed to the Agents a letter in which the Court,

“after deliberating on the question, is unable to find that the appointment of a judge *ad hoc* by the Federal Republic of Germany in this phase of the case would be admissible. This decision affects only the present phase of the proceedings, that is to say that concerning the jurisdiction of the Court, and does not in any way prejudice the question whether, if the Court finds that it has jurisdiction, a judge *ad hoc* might be chosen to sit in the subsequent stages of the case.”⁹

The decision was confirmed by the President in the same terms at the opening of the hearings¹⁰.

It was amplified in the Judgment of 2 February 1973 on the jurisdiction of the Court in the *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)* case, with the statement that:

“However, the Court, taking into account the proceedings instituted against Iceland by the United Kingdom . . . and the composition of the Court in this case, which includes a judge of United Kingdom nationality, decided by eight votes to five that there was in the present phase, concerning the jurisdiction of the Court, a common interest in the sense of Article 31, paragraph 5, of the Statute which justified the refusal of the request of the Federal Republic of Germany for the appointment of a judge *ad hoc*.”¹¹

Iceland, for its part, had nevertheless not appointed a judge *ad hoc*. When the merits phase began, Germany notified the Court that, while

⁹ *I.C.J. Pleadings, Fisheries Jurisdiction*, Vol. II, p. 421.

¹⁰ *Ibid.*, p. 120.

¹¹ Judgment of 2 February 1973, *I.C.J. Reports 1973*, p. 51, para. 7.

son droit à procéder à une telle désignation, fit connaître qu'elle n'insisterait pas pour désigner son propre juge « tant que cette situation prévaudrait »¹².

La solution retenue dans la phase sur la compétence confirme cependant la jurisprudence antérieure selon laquelle deux Etats font cause commune dès lors qu'ils présentent les mêmes conclusions, quelle que soit l'argumentation exposée à l'appui de ces conclusions. En l'espèce le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne soutenaient que la Cour était compétente pour connaître de leur action. Mais, en ce qui concerne la compétence *ratione personnae*, ils le faisaient sur des bases distinctes. A cet égard, la République fédérale d'Allemagne était en effet dans une situation différente de celle du Royaume-Uni. Elle n'était pas membre des Nations Unies et n'était pas partie au Statut. Dès lors, elle n'invoquait pas une déclaration de juridiction obligatoire déposée en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut (comme le faisait le Royaume-Uni), mais sur une déclaration du 29 octobre 1971, par laquelle elle avait déclaré accepter la juridiction de la Cour conformément à l'article 35, paragraphe 2, du Statut et à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité du 15 octobre 1946. Or l'Islande avait contesté que cette déclaration ait pu couvrir l'instance *ratione temporis*¹³.

La Cour a cependant estimé que peu importait cette différence de situation entre le Royaume-Uni et l'Allemagne. L'essentiel demeurerait que les deux Etats concluaient à la compétence de la Cour. Cette identité de conclusions impliquait cause commune.

Si, sur ce dernier point, l'arrêt rendu ne fait que confirmer de manière éclatante la jurisprudence antérieure, on doit cependant noter que cette jurisprudence trouve ainsi à s'appliquer dans une nouvelle configuration procédurale. En effet, dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, soumise à la Cour permanente, les Etats intervenants faisaient valoir leur point de vue dans une procédure unique d'avis consultatif. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain* et du *Plateau continental de la mer du Nord*, les demandeurs avaient introduit des requêtes distinctes. Mais, dans ces deux derniers cas, la Cour internationale de Justice avait joint ces requêtes et prononcé un seul et unique arrêt.

En revanche, dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*, la Cour n'a pas prononcé une telle jonction et a rendu deux séries d'arrêts distincts, tant sur la compétence que sur le fond. Mais cela ne l'a pas empêchée de regarder le Royaume-Uni et l'Allemagne comme faisant « cause commune » dans la première phase de la procédure. Ainsi, faire « cause commune » consiste bien pour deux Etats à présenter les mêmes conclusions à la Cour, que celles-ci le soient dans une requête unique ou dans deux requêtes distinctes et que ces dernières soient jointes ou non. Peu importe ce détail procédural.

¹² C.I.J. *Mémoires, Compétence en matière de pêcheries*, vol. II, p. 457.

¹³ *Ibid.*, p. 94; voir aussi l'arrêt du 2 février 1973, C.I.J. *Recueil* 1973, p. 54 et 55.

maintaining its right to make such an appointment, it would not insist on appointing its own judge "as long as this situation persists"¹².

The solution chosen in the jurisdiction phase nevertheless confirmed previous jurisprudence under which two States were in the same interest when they presented the same submissions, whatever the supporting line of argument. In that particular case the United Kingdom and the Federal Republic of Germany contended that the Court had jurisdiction to hear their case. However, they did so on different grounds with regard to jurisdiction *ratione personae*. The Federal Republic of Germany was in fact in a different situation from that of the United Kingdom. It was not a Member of the United Nations and was not party to the Statute. Therefore it did not invoke a declaration of compulsory jurisdiction deposited under Article 36, paragraph 2, of the Statute (as did the United Kingdom), but instead relied upon a declaration of 29 October 1971 that it accepted the jurisdiction of the Court under Article 35, paragraph 2, of the Statute and under Security Council resolution 9 (1946) of 15 October 1946. Yet Iceland had denied that the declaration could cover proceedings *ratione temporis*¹³.

Nonetheless the Court held that the difference in situation between the United Kingdom and Germany was of little importance. What mattered was that both States held the Court to have jurisdiction. That identity of submission implied that the Parties were in the same interest.

Although on the latter point the Judgment merely provides manifest confirmation of previous decisions, it must be noted that such jurisprudence thus had occasion to be applied in a new procedural configuration. In the case concerning the *Customs Régime between Germany and Austria*, referred to the Permanent Court, the intervening States put forward their points of view in single proceedings for an advisory opinion. In the *South West Africa* and *North Sea Continental Shelf* cases the Applicants had brought two separate Applications but in both cases the International Court of Justice joined the Applications and delivered a single Judgment.

By contrast, in the *Fisheries Jurisdiction* cases, the Court did not pronounce a similar joinder and delivered two separate series of Judgments, on jurisdiction and on the merits. However, this did not prevent it from considering that the United Kingdom and Germany were "in the same interest" in the first phase of proceedings. Thus for two States to be "in the same interest" they indeed have to present the same submissions to the Court, whether in a single application or in two separate applications, and whether or not the latter are joined. This procedural detail is of little importance.

¹² *I.C.J. Pleadings, Fisheries Jurisdiction*, Vol. II, p. 457.

¹³ *Ibid.*, p. 94; see also Judgment of 2 February 1973, *I.C.J. Reports 1973*, pp. 54 and 55.

13. Au total, la jurisprudence de la Cour permanente et celle de la Cour internationale de Justice se présentent de manière parfaitement cohérente:

- a) *les gouvernements qui, devant la Cour, arrivent aux mêmes conclusions doivent être considérés comme faisant cause commune. Peu importe dans cette perspective l'argumentation des parties, seules les conclusions sont déterminantes* (jurisprudence constante);
- b) *lorsque des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité sont soulevées in limine litis, il convient, dans la première phase de la procédure, d'apprécier l'attitude des parties au regard de ces exceptions. C'est ainsi que, si elles concluent à la compétence de la Cour, elles doivent être regardées comme faisant cause commune (affaires de la Compétence en matière de pêcheries);*
- c) *il appartient à la Cour d'en décider indépendamment de l'attitude des parties* (affaire du Plateau continental de la mer du Nord);
- d) *cette solution s'applique, qu'il y ait jonction des requêtes* (affaire du Sud-Ouest africain et du Plateau continental de la mer du Nord) *ou que celles-ci demeurent distinctes* (affaires de la Compétence en matière de pêcheries).

LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

14. En l'espèce le Royaume-Uni et les Etats-Unis développent dans la présente phase de la procédure une même argumentation sur deux plans. Ils soutiennent tout d'abord, en termes presque identiques, que le différend porté devant la Cour ne concerne pas l'application ou l'interprétation de la convention de Montréal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile et que, par suite, l'article 14 de cette convention ne donne pas compétence à la Cour pour connaître de l'affaire. Ils exposent en second lieu que le Conseil de sécurité a approuvé diverses résolutions imposant à la Libye l'obligation de livrer les suspects, que ces résolutions adoptées en application du chapitre VII de la Charte s'imposent à la Libye conformément à l'article 25 et l'emportent sur toute obligation conventionnelle (et notamment sur la convention de Montréal) conformément à l'article 103. Ils en déduisent que les demandes libyennes sont irrecevables ou sont devenues sans objet.

Le Royaume-Uni, aux termes de ses exceptions préliminaires, prie par suite

«la Cour de dire et juger:

qu'elle n'a pas compétence pour se prononcer sur les demandes présentées par la Jamahiriya arabe libyenne à l'encontre du Royaume-Uni et/ou

que les demandes présentées par la Jamahiriya arabe libyenne à l'encontre du Royaume-Uni ne sont pas recevables».

13. All in all, the jurisprudence of the Permanent Court and that of the International Court of Justice look perfectly coherent:

- (a) *Governments which, before the Court, present the same submissions must be regarded as being in the same interest. The arguments advanced by the parties are not very important in this respect, the submissions alone being determinative* (settled jurisprudence);
- (b) *when objections to jurisdiction and admissibility are submitted in limine litis, in the initial phase of proceedings the attitude of the parties to these objections must be evaluated. Thus if the parties submit that the Court has jurisdiction, they must be regarded as being in the same interest* (*Fisheries Jurisdiction* cases);
- (c) *It is for the Court to decide independently of the attitude of the parties* (*North Sea Continental Shelf* case);
- (d) *This solution applies whether the applications are joined* (*South West Africa* and *North Sea Continental Shelf* cases) *or remain separate* (*Fisheries Jurisdiction* cases).

THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

14. In the current phase of this case the United Kingdom and the United States present the same arguments on two different levels. Firstly, they contend in almost identical terms that the dispute brought before the Court does not concern the application or interpretation of the Montreal Convention of 23 September 1971 for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation and consequently that Article 14 of the Convention does not give the Court jurisdiction to hear the case. Secondly, they state that the Security Council approved various resolutions imposing on Libya an obligation to surrender the suspects, and that these resolutions adopted under Chapter VII of the Charter are binding on Libya under Article 25 and prevail over any treaty obligation (particularly the Montreal Convention) under Article 103. They deduce from this that the Libyan Applications are inadmissible or have become moot.

In its Preliminary Objections, the United Kingdom therefore requests the Court:

“to adjudge and declare that:

it lacks jurisdiction over the claims brought against the United Kingdom by the Libyan Arab Jamahiriya

and/or

the claims brought against the United Kingdom by the Libyan Arab Jamahiriya are inadmissible”.

Quant aux Etats-Unis, ils prient «la Cour d'accueillir les exceptions à la compétence de la Cour qu'ils ont présentées et de décliner de connaître de l'affaire».

Dans ces conditions, il était clair que dans cette phase de la procédure les Etats-Unis et le Royaume-Uni présentent à la Cour les mêmes conclusions et font donc cause commune. Cette communauté d'intérêt éclaire d'ailleurs la décision du président Schwebel de ne présider la Cour ni dans l'une ni dans l'autre affaire et celle de M^{me} Higgins de se déporter dans les deux cas. L'existence d'une cause commune trouve surtout son expression dans les jugements rendus par la Cour qui sont très proches dans leur motivation et quasiment identiques dans leur dispositif. La demande britannique tendant à la désignation d'un juge *ad hoc* aurait dû être rejetée conformément à la jurisprudence constante rappelée ci-dessus.

15. Dans ses observations écrites, le Royaume-Uni développe cependant à l'encontre d'une telle solution quatre arguments qu'il convient d'examiner successivement.

16. Il se prévaut en premier lieu du «droit de tout Etat partie à une affaire devant la Cour d'obtenir qu'y siège un juge *ad hoc*, lorsque aucun juge titulaire de la nationalité dudit Etat n'est à même de prendre part à l'instance». Ce droit serait «fondamental».

Cet argument ne saurait être retenu. Certes le Statut de la Cour reconnaît aux Etats *le droit de désigner un juge ad hoc*, que la Cour soit saisie par compromis ou par voie de requête unilatérale. Mais ce droit procède d'un principe encore plus fondamental, celui de l'égalité des parties. Or, dans certaines hypothèses, cette égalité peut être rompue du fait même de la désignation de juges *ad hoc*. Il en est ainsi lorsqu'un des Etats faisant cause commune avec d'autres a déjà un juge sur le siège. En pareil cas, le droit statutaire à la désignation d'un juge *ad hoc* perd tout fondement et le principe d'égalité exige qu'un tel juge ne soit pas désigné. Tel est le sens du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut et telle est la situation en l'espèce.

17. Le Royaume-Uni soutient en deuxième lieu que *l'article 31, qui userait du singulier, «s'applique séparément à chaque affaire inscrite au rôle de la Cour»*. «En présence de deux affaires distinctes entre deux séries de parties (même si l'une des parties est en cause dans les deux affaires), le paragraphe 5 de l'article 31 ne trouve pas à s'appliquer.» En l'espèce la Libye a présenté deux requêtes distinctes contre les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Le texte invoqué ne serait par suite pas applicable, «sauf à joindre les deux instances».

Or, selon le Royaume-Uni, «la Cour a suivi constamment la pratique qui consiste à ne pas ordonner la jonction sans l'accord des parties aux deux affaires». Du fait notamment de la position des Parties, les conditions de la jonction ne seraient dès lors pas remplies en l'espèce. Les deux affaires étant distinctes, il ne saurait y avoir cause commune.

Cet argument est loin d'être convaincant. Il avait été écarté dans les

As to the United States, it requests "that the Court uphold the objections of the United States to the jurisdiction of the Court and decline to entertain the case".

In these circumstances, it was clear that in this phase of the proceedings the United States and the United Kingdom present the same submissions to the Court and are therefore in the same interest. Furthermore, such community of interests throws light on President Schwebel's decision not to act as President of the Court in either case and Judge Higgins's decision to stand down in both cases. The existence of the same interest is expressed chiefly in the Judgments delivered by the Court, which are very similar in their legal reasoning and virtually identical in their operative provisions. The British request for the appointment of a judge *ad hoc* ought to have been rejected in accordance with the settled jurisprudence recalled above.

15. In its written observations, the United Kingdom nonetheless sets out four arguments against such a solution, which must be considered in turn.

16. It relies first on "the right of a State party to a case before the Court to have included on the Bench a judge *ad hoc* in circumstances in which there is no elected judge of the nationality of that State able to take part in proceedings". That right is said to be "fundamental".

This argument cannot be upheld. It is true that the Statute of the Court gives States *the right to choose a judge ad hoc*, whether the request is brought before the Court unilaterally or by means of a Special Agreement. However, this right springs from an even more fundamental principle, which is that of the equality of parties. Yet in certain situations such equality may be breached by the very fact of choosing a judge *ad hoc*. This is so when one of the States in the same interest with other States already has a judge on the Bench. In such an event the statutory right to choose a judge *ad hoc* loses any foundation and the principle of equality requires that no such judge be chosen. This is the meaning of Article 31, paragraph 5, of the Statute and this is the situation in the present case.

17. The United Kingdom secondly contends that *Article 31, which uses a form of wording in the singular, "applies separately to each case on the Court's List"*. "In the presence of two separate cases between two sets of parties (even if one party is common to both cases), Article 31, paragraph 5, has no application." In this instance, Libya filed two separate Applications against the United States and the United Kingdom. The text relied upon is consequently not applicable, so it is claimed, "short of joinder of the cases".

Yet, according to the United Kingdom, "it has been the consistent practice of the Court not to order joinder unless the parties to both cases agree". On account, in particular, of the positions of the Parties, it is argued that the conditions for joinder are not fulfilled in this case; the two cases being separate, the Parties cannot be in the same interest.

This argument is far from convincing. It was rejected in the *Fisheries*

affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* dans lesquelles la Cour avait estimé que l'Allemagne faisait cause commune avec le Royaume-Uni, bien que les deux Etats aient présenté des requêtes distinctes. Il ne trouve en outre aucun fondement dans les textes applicables. Le paragraphe 5 de l'article 31 du Statut et l'article 36 du Règlement n'usent ni du singulier ni du pluriel, puisqu'ils ne visent ni «l'affaire» ni «les affaires». Seul l'article 37 du Règlement mentionne le cas où un membre de la Cour n'est pas en mesure de siéger dans «une phase d'une affaire». Mais cette rédaction reflète l'article 24 du Statut qui envisage le cas où l'un des membres de la Cour ne peut siéger dans «une affaire déterminée». Elle est aisément explicable dans la mesure où la désignation d'un juge *ad hoc* en vue de remplacer un membre de la Cour qui s'est déporté n'est concevable que dans l'affaire dans laquelle l'Etat dont ce membre a la nationalité est partie. Aussi bien, en l'espèce, le Royaume-Uni n'a-t-il jamais demandé la désignation d'un juge *ad hoc* dans l'instance opposant la Libye et les Etats-Unis, alors que M^{me} Higgins s'était également déportée dans cette instance.

Au surplus, la jurisprudence traditionnelle de la Cour trouve avant tout son fondement dans les principes mêmes qui sous-tendent ces textes. Admettre en effet que des Etats ne puissent faire cause commune que s'ils sont impliqués dans une même instance serait en définitive laisser la décision à prendre en ce qui concerne la désignation des juges *ad hoc* à la discrétion du ou des demandeurs et priver ainsi la Cour de la compétence qu'elle tient du Statut et du Règlement.

Dans un tel système la Cour serait en effet dans l'incapacité de déclarer qu'il existe cause commune entre plusieurs demandeurs présentant des conclusions identiques dans des requêtes distinctes. Elle ne serait pas davantage en mesure d'établir l'existence d'une cause commune entre plusieurs défendeurs présentant des conclusions identiques dans des affaires ayant fait l'objet de requêtes distinctes. En définitive, le ou les demandeurs seraient maîtres de la procédure et l'on imagine quel profit ils pourraient être tentés d'en tirer.

Bien plus, on voit mal pourquoi la solution à retenir en ce qui concerne l'existence d'une cause commune serait différente selon que la Cour est saisie de requêtes distinctes (comme dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* ou dans les présentes affaires) ou d'une requête unique (comme dans l'affaire de *l'Or monétaire pris à Rome en 1943*). Un tel formalisme n'aurait aucune justification et serait étranger à la tradition de la Cour qui, «exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir en droit interne»¹⁴.

18. A l'encontre de ce raisonnement on pourrait cependant faire valoir qu'en cas de requêtes ou de défenses distinctes contenant des conclusions

¹⁴ Arrêt du 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, C.P.J.I série A n° 2, p. 34; arrêt du 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional*, C.I.J. Recueil 1963, p. 28; arrêt du 26 juin 1992, *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1992, p. 265.

Jurisdiction cases, in which the Court found that Germany and the United Kingdom were in the same interest, even though the two States had submitted separate Applications. Nor is there any foundation for it in the applicable instruments. Article 31, paragraph 5, of the Statute and Article 36 of the Rules of Court use neither the singular nor the plural form since there is no reference to “the case” or to “the cases”. Only Article 37 of the Rules of Court mentions the eventuality in which a Member of the Court is unable to sit “in any phase of a case”. This wording, however, reflects Article 24 of the Statute, which envisages the eventuality that one of the Members of the Court cannot sit in “a particular case”. The wording is easily explained in that the choice of a judge *ad hoc* to replace a Member of the Court who has stood down is conceivable only in the case in which the State of which that Member is a national is a party. Moreover in the present case the United Kingdom never requested the appointment of a judge *ad hoc* in the proceedings between Libya and the United States, whereas Judge Higgins also stood down in these proceedings.

Furthermore, the traditional jurisprudence of the Court is founded on the very principles that underlie these instruments. Accepting that States cannot be in the same interest unless they are involved in the same proceedings would, in fact, leave the decision concerning the appointment of judges *ad hoc* to the discretion of the applicant(s) and would thus deprive the Court of its jurisdiction conferred by the Statute and the Rules of Court.

Under such a system the Court would be unable to declare that several applicants presenting identical submissions in separate applications are in the same interest. Nor would it be able to establish that several respondents presenting identical submissions in cases which were the subject of separate applications are parties in the same interest. In short, the applicant(s) would be in control of the proceedings and one can readily imagine what advantage they might be tempted to gain from this.

What is more, it is difficult to see why the solution adopted as to whether or not parties are in the same interest should be different depending on whether the Court has before it separate applications (as in the *Fisheries Jurisdiction* cases or in the present cases) or a single application (as in the case concerning *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*). Such formalism would be quite unjustified and at variance with the tradition of the Court, “whose jurisdiction is international” and which “is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law”¹⁴.

18. It could, however, be argued against this line of reasoning that, faced with separate applications or defences containing identical submis-

¹⁴ Judgment of 30 August 1924, *Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C.I.J. Series A, No. 2, p. 34; Judgment of 2 December 1963, *Northern Cameroons*, I.C.J. Reports 1963, p. 28; Judgment of 26 June 1992, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, I.C.J. Reports 1992, p. 265.

identiques la Cour serait en mesure de rectifier la situation et d'éviter toute fraude en prononçant la jonction des instances, puis, une fois celle-ci opérée, en constatant que les parties font en réalité cause commune.

Cette solution se heurte toutefois à une objection fondamentale, à savoir que *la jonction d'instance et la reconnaissance de cause commune n'obéissent pas aux mêmes critères*. La jonction d'instances a pour but de permettre à la Cour de se prononcer sur deux requêtes distinctes par un jugement unique. Elle peut être décidée dans des affaires opposant les mêmes parties et ayant le même objet (comme dans l'affaire du *Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland*¹⁵). Elle peut l'être aussi dans des affaires opposant les mêmes parties, mais ayant des objets différents (comme dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*¹⁶ ou dans le cas des *Appels contre certains jugements du tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque*¹⁷). Enfin la jonction d'instances distinctes présentées par des Etats différents est également possible. Il peut y être procédé dans le cas où des Etats font cause commune (comme dans les affaires du *Sud-Ouest africain*). Mais la cause commune n'implique pas nécessairement la jonction, en particulier si les parties elles-mêmes s'y opposent (comme le prouvent les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*).

En effet, certains Etats peuvent présenter à la Cour des conclusions identiques tout en développant des argumentations différentes. Ils font bien alors cause commune, mais il serait tout à fait inopportun de prononcer une jonction pour aboutir à un jugement unique qui devrait se prononcer de manière distincte sur ces divers arguments. Si, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la jonction a été prononcée par la Cour, c'est que :

«les arguments juridiques du Danemark et des Pays-Bas ont été en substance les mêmes, sauf sur certains points de détail, et qu'ils ont été présentés soit en commun, soit en étroite coopération»¹⁸.

Si à l'inverse, dans les affaires de la *Compétence en matière des pêcheries*, la jonction n'a pas été prononcée lorsqu'on en est arrivé au fond, c'est parce que la Cour

«a considéré que, si les questions juridiques essentielles semblaient identiques dans les deux affaires, il existait des divergences quant à la position et aux conclusions des deux demandeurs»¹⁹.

¹⁵ Ordonnances du 2 et 3 août 1932, *C.P.J.I. série A/B n° 48*, p. 268.

¹⁶ Arrêt n° 7 du 5 février 1926, *C.P.J.I. série A n° 7*, p. 95.

¹⁷ Ordonnance du 12 mai 1933, *C.P.J.I. série C n° 68*, p. 290.

¹⁸ Arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 19, par. 11.

¹⁹ Arrêts du 25 juillet 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 6, par. 8, et p. 177, par. 8.

sions, the Court would be able to rectify the situation and avoid any fraud by deciding the joinder of proceedings and, once joinder is effected, by finding that the parties are in fact in the same interest.

There is nevertheless a fundamental objection to this solution, namely that *joinder of proceedings and recognition that parties are in the same interest do not obey the same criteria*. The purpose of joining proceedings is to let the Court rule on two separate applications in a single judgment. Joinder may be decided upon in cases between the same parties and with the same subject-matter (as in the case concerning the *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*¹⁵). So may it in cases between the same parties but with a different subject-matter (as those concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*¹⁶ and *Appeals from Certain Judgments of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal*¹⁷). Furthermore, joinder of separate proceedings instituted by different States is also possible. It may be effected where the States are parties in the same interest (as in the *South West Africa* cases). Yet being parties in the same interest does not necessarily imply the joinder of proceedings, particularly if the parties themselves oppose it (as proven by the *Fisheries Jurisdiction* cases).

The point is that some States may present identical submissions to the Court while developing different lines of reasoning. In which case they are indeed parties in the same interest but it would be most inadvisable to effect a joinder leading to a single judgment that would have to rule separately on these various arguments. A joinder of proceedings was effected by the Court in the *North Sea Continental Shelf* case because:

“the legal arguments presented on behalf of Denmark and the Netherlands have been substantially identical, apart from certain matters of detail, and have been presented either in common or in close co-operation”¹⁸.

On the other hand, there was no joinder of issue in the merits phase of the *Fisheries Jurisdiction* cases because the Court

“took into account the fact that while the basic legal issues in each case appeared to be identical, there were differences between the positions of the two Applicants, and between their respective submissions”¹⁹.

¹⁵ Orders of 2 and 3 August 1932, *P.C.I.J., Series A/B, No. 48*, p. 268.

¹⁶ Judgment No. 7 of 5 February 1926, *P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 95.

¹⁷ Order of 12 May 1933, *P.C.I.J., Series C, No. 68*, p. 290.

¹⁸ Judgment of 20 February 1969, *I.C.J. Reports 1969*, p. 19, para. 11.

¹⁹ Judgments of 25 July 1974, *I.C.J. Reports 1974*, p. 6, para. 8, and p. 177, para. 8.

En outre, le point de vue des parties ne pèse pas de la même manière sur la décision de la Cour lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a cause commune ou s'il y a lieu à jonction. Dans le premier cas, en effet, la décision est prise en fonction de critères purement objectifs, et c'est à la Cour de se prononcer en appliquant ces critères. L'accord des parties n'y suffit pas, comme le prouve l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* dans laquelle la Cour a vérifié elle-même si, conformément au compromis, le Danemark et les Pays-Bas faisaient bien cause commune.

En revanche, en matière de jonction, la Cour tient le plus grand compte des vœux des parties, comme le montrent les affaires de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)* ou celle des *Essais nucléaires* (1973) et, comme la Cour elle-même l'a précisé dans les cas de la *Compétence en matière de pêcheries* où elle a relevé à l'appui de sa décision qu'«une jonction aurait été contraire» aux «vœux» des demandeurs.

Dans ces conditions, on comprend mieux la sagesse de la jurisprudence traditionnelle de la Cour. Il est certain, comme l'a déjà noté la doctrine, que la jonction d'instance et la désignation d'un juge *ad hoc* lorsque les parties sont considérées comme faisant cause commune correspondent à deux hypothèses différentes qui ne se présentent pas nécessairement ensemble²⁰. On ne saurait confondre les deux concepts distincts de jonction d'instance et de cause commune et faire dépendre la seconde de la première: il est des circonstances dans lesquelles les parties font cause commune dans des instances distinctes et où la jonction n'est pas souhaitable. La cause commune n'en doit pas moins pouvoir être alors constatée par la Cour.

19. Le Royaume-Uni souligne en troisième lieu que la quasi-totalité des affaires dont la Cour a eu à connaître dans le passé «comportait des instances parallèles introduites par deux demandeurs contre un défendeur unique». Or, en l'espèce, *deux défendeurs s'opposent à un demandeur unique*. La situation serait donc toute différente et une solution différente s'imposerait.

On voit mal cependant pourquoi les défendeurs seraient pour l'application du Statut et du Règlement traités sur ce point différemment des demandeurs. Les textes mentionnés visent les parties en général et celles-ci peuvent à l'évidence faire cause commune, tant comme défenderesses que comme demanderesses.

Dans la première phase des procédures, les conclusions de demandeurs faisant cause commune tendent nécessairement à faire reconnaître la compétence de la Cour et la recevabilité de la ou des requêtes (comme dans les affaires du *Sud-Ouest africain* et de la *Compétence en matière de pêcheries*). Dans cette même phase, les conclusions des défen-

²⁰ G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, p. 300.

Moreover, the views of the parties do not influence the decision of the Court in the same way when it comes to determining whether they are parties in the same interest and when the requirement is to decide whether a joinder should be effected. In the first eventuality the decision obeys purely objective criteria and it is for the Court to apply those criteria when deciding. The agreement of the parties is not enough, as shown by the *North Sea Continental Shelf* case, in which the Court determined for itself whether Denmark and the Netherlands were indeed in the same interest, in conformity with the Special Agreement.

When it comes to joinder, on the other hand, the Court sets great store by the wishes of the parties, as shown by the cases concerning the *Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)* and *Nuclear Tests (1973)* and as the Court itself stated in the *Fisheries Jurisdiction* cases, noting in support of its decision that "joinder would be contrary" to the "wishes" of the Applicants.

In such circumstances, the wisdom of the traditional jurisprudence of the Court becomes plainer. As scholarly opinion has already noted, a joinder of proceedings and the choice of a judge *ad hoc* when the parties are considered to be in the same interest are clearly two different hypotheses not necessarily coinciding²⁰. Two distinct concepts — joinder of proceedings and parties in the same interest — cannot be confused, and the latter cannot be made dependent on the former: there are circumstances in which parties are in the same interest in separate proceedings yet joinder of the proceedings is not desirable. The Court must nonetheless be able to determine that the parties are in the same interest.

19. The United Kingdom thirdly states that almost all the cases before the Court in the past "involved parallel proceedings brought by two Applicants against a single Respondent". In this case, however, *two Respondents face a single Applicant*. The situation is therefore claimed to be very different and a different solution essential.

It is nevertheless difficult to see why the Statute and the Rules of Court should be applied differently to respondents and applicants on this point. The aforementioned texts refer to the parties in general and it is clear that they may be parties in the same interest both as respondents and as applicants.

In the initial phase of proceedings, the submissions of applicants in the same interest necessarily aim to secure recognition for the jurisdiction of the Court and the admissibility of the application(s) (as in the *South West Africa* and *Fisheries Jurisdiction* cases). In the same initial phase, the submissions of respondents in the same interest aim to deny the jurisdic-

²⁰ G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, p. 300.

deurs faisant cause commune tendent à nier la compétence de la Cour et la recevabilité de la ou des requêtes (comme dans les affaires de *Lockerbie*). On voit mal pourquoi ces deux cas de figure seraient traités différemment.

20. Enfin le Royaume-Uni souligne que les *arguments* qu'il développe, dès cette phase de la procédure, bien que «compatibles» avec ceux avancés par les Etats-Unis «*ne sont pas identiques*». Chacun a fait valoir «les moyens de fait et de droit de sa cause de la façon qu'il a jugée la meilleure». Pour ce motif encore, il n'y aurait pas cause commune.

Cette argumentation procède d'une confusion entre «conclusions» et «moyens» des parties (confusion que font trop souvent les Etats comparissant devant la Cour comme celle-ci l'a relevé explicitement dans l'affaire des *Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)* ²¹.

Font cause commune deux Etats qui avancent les mêmes conclusions, même si leurs arguments divergent quelque peu. En effet faire «cause commune», c'est dans tous les systèmes de droit rechercher conjointement un même résultat en présentant des conclusions tendant à la même fin ²². Aussi bien est-ce parce que cette fin est unique que les auteurs du Statut ont prévu en pareil cas la désignation d'un juge *ad hoc* unique. Il serait trop aisé pour deux ou plusieurs Etats de tourner cette règle en présentant des conclusions identiques fondées sur des argumentations différentes et d'obtenir par un tel biais la désignation de plusieurs juges *ad hoc*. Les conclusions, et seules les conclusions, doivent être prises en considération pour l'application du paragraphe 5 de l'article 31 du Statut.

Au surplus n'est-il pas inutile de noter qu'en l'espèce les argumentations mêmes des Etats-Unis et du Royaume-Uni sont extrêmement proches. Elles reposent dans les deux cas sur une interprétation restrictive commune de l'article 14 de la convention de Montréal et sur l'impact des résolutions du Conseil de sécurité.

CONCLUSION

21. Au total, les Etats-Unis et le Royaume-Uni présentent dans cette phase de la procédure les mêmes conclusions sur lesquelles la Cour a statué par deux jugements comportant une motivation analogue et des dispositifs quasiment identiques. Ils faisaient cause commune et par suite le Royaume-Uni n'était pas en droit de désigner un juge *ad hoc*. La Cour en a décidé autrement et cela nous a donné le plaisir de siéger à nouveau avec sir Robert Jennings dont nous avons pu apprécier une nouvelle fois

²¹ Arrêt du 17 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 52.

²² *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, p. 104 et 105.

tion of the Court and the admissibility of the application(s) (as in the *Lockerbie* cases). It is difficult to see why these two scenarios should be treated differently.

20. Lastly, the United Kingdom states that the *arguments* which it develops, starting in this phase of the proceedings, while “compatible” with those advanced by the United States, “*are not identical*”. Each has developed “arguments on the factual and legal aspects of its case as it considers best”. On this further ground, it is argued, they are not parties in the same interest.

This line of reasoning arises from a confusion between the “submissions” and “arguments” of the parties (which States appearing before the Court all too often confuse, as the Court explicitly noted in the case concerning *Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)*)²¹.

Two States which advance the same submissions are parties in the same interest, even if their arguments diverge somewhat. Indeed, in all legal systems, parties “in the same interest” jointly seek the same result, presenting submissions to the same end²². And it is indeed because they seek a single end that the framers of the Statute provided for the appointment of a single judge *ad hoc* in such cases. It would be all too easy for two or more States to circumvent this rule by presenting identical submissions based on a different line of reasoning and so obtain the appointment of several judges *ad hoc*. The submissions, and the submissions alone, must be taken into consideration for the application of Article 31, paragraph 5, of the Statute.

Furthermore, it is not without interest to note that in the present case the actual arguments advanced by the United States and the United Kingdom are extremely similar. In both cases they rest upon a common, restrictive interpretation of Article 14 of the Montreal Convention and on the impact of the Security Council resolutions.

CONCLUSION

21. All in all, in this phase of proceedings the United States and the United Kingdom have presented the same submissions, on which the Court has ruled in two Judgments with similar legal reasoning and almost identical operative parts. They were parties in the same interest and consequently the United Kingdom was not entitled to choose a judge *ad hoc*. The Court decided otherwise, which gave us the pleasure of sitting once more alongside Sir Robert Jennings and again appreciating

²¹ Judgment of 17 November 1953, *I.C.J. Reports 1953*, p. 52.

²² *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, pp. 104 and 105.

les éminentes qualités. Nous n'en regrettons pas moins une décision non motivée qui constitue une première dans l'histoire de la Cour et qui nous paraît contraire au Statut, au Règlement et à la jurisprudence.

(Signé) Mohammed BEDJAOUI.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

(Signé) Raymond RANJEVA.

his eminent qualities. This does not prevent us, however, from regretting a decision for which no reasons were stated, which is a first in the history of the Court, and which appears to us to be contrary to the Statute, to the Rules of Court and to the jurisprudence of the Court.

(Signed) Mohammed BEDJAOU.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.

(Signed) Raymond RANJEVA.
