

# CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE RECENTE AU DEVELOPPEMENT DU DROIT DES GENS \*

(II)

par

Erik SUY

Chargé de Cours à l'Université de Louvain

## III — LE JUGEMENT DECLARATOIRE

Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, le Gouvernement camerounais avait demandé à la Cour internationale de Justice, de « dire et juger que le Royaume-Uni, dans l'interprétation et l'application de l'accord de tutelle pour le Cameroun sous administration britannique, n'a pas respecté certaines obligations qui découlent directement ou indirectement dudit Accord, et notamment de ses articles 3, 5, 6 et 7 ». La partie demanderesse ne souhaitait rien de plus; elle admettait même qu'une demande en réparation, qu'une *restitutio in integrum* ou que toute action en vue d'obtenir une prestation quelconque était impossible puisque « la violation de l'Accord a été définitivement consommée et qu'il est matériellement impossible de revenir sur le passé ». Le Cameroun n'exigeait donc pas un jugement de prestation. Il demandait simplement à la Cour de constater la violation de l'Accord de tutelle par le Grande-Bretagne. Une réponse à cette demande aurait nécessité de la part de la Cour un jugement déclaratoire.

Dans la section précédente, nous avons vu que la Cour avait estimé qu'une réponse à cette question n'aurait aucun effet pratique et n'affecterait en rien les droits ou obligations juridiques des parties, et que ce faisant, elle sortirait des limites de sa fonction judiciaire. Même le jugement déclaratoire doit pouvoir être exécuté. En soulignant cet aspect du problème, la Cour a voulu marquer que l'arrêt déclaratoire n'est pas, comme on aurait été tenté de le croire, une décision rendue *in abstracto*, mais, tout comme un jugement de prestation, une individualisation d'une norme plus générale.

\* La première partie de cet article est parue dans cette *Revue*, 1965-2, pp. 315-347.

La jurisprudence internationale s'est peu occupée du problème des jugements déclaratoires, bien que, de l'avis de certains auteurs, presque tous les arrêts de la Cour internationale de Justice revêtent un caractère déclaratoire<sup>1</sup>. En revanche, le problème n'a pas échappé à la doctrine où il a donné lieu à quelques développements très intéressants. Avant d'examiner les théories et les applications pratiques, il convient de souligner dans un exposé plus général que, aussi contradictoire que cela puisse paraître, tous les jugements, y compris les jugements déclaratoires, ont un caractère constitutif.

# 1. LE CARACTERE CONSTITUTIF DES ARRETS

Nonobstant ce qui semble être la doctrine dominante en droit judiciaire privé, nous estimons que tout jugement, arrêt ou sentence, n'est pas uniquement déclaratif de droit. Certes, la fonction judiciaire consiste à dire le droit, et, en des circonstances normales, cette activité implique l'application à un cas concret d'une norme générale déjà existante<sup>2</sup>. Cependant, tout en concrétisant une norme générale, l'arrêt n'en crée pas moins une norme ou règle spéciale. L'acte juridictionnel apparaît ainsi comme un moment dans le processus de création juridique dans lequel le droit se concrétise et s'individualise de plus en plus; à chaque étape du processus, la norme générale et abstraite devient de plus en plus individuelle et concrète<sup>3</sup>. Dans cette perspective dynamique du droit, l'arrêt est donc un acte d'individualisation d'une norme plus générale, un acte d'application d'un droit plus général (*Rechtsanwendungsakt*).

Afin de pouvoir appliquer la norme plus générale à un cas concret, le juge procède à une double constatation. Il vérifie d'abord si le cas concret à trancher présente les conditions prévues *in abstracto* dans la norme générale. Cette vérification implique un examen et une interprétation de la norme générale. Ce n'est qu'après cette confrontation de la norme avec la question de fait, que le juge pourra appliquer la norme, le tout étant l'œuvre d'une opération intellectuelle et logique, appelée le *sylogisme judiciaire*. Selon le professeur Virally, « cette étroite liaison entre une opération intellectuelle et un acte de volonté représente incontestablement la substance d'un jugement »<sup>4</sup>. Ainsi, s'appuyant sur la majeure et la mineure du syllogisme judiciaire, tout jugement implique un jugement en constatation, jugement déclaratoire ou *Feststellungsurteil*<sup>5</sup>, mais ce jugement n'est pas déclaratif de droit. En effet, en même temps

<sup>1</sup> WENGLER, W., *Völkerrecht*, I, Berlin, 1964, p. 720. Sir Francis VALLAT, « Declaratory Judgments », *Current Legal Problems*, vol. 17 (1964), p. 6.

<sup>2</sup> De cette fonction judiciaire principale il faut distinguer la fonction législative que le juge est exceptionnellement appelée à exercer à travers des jugements formateurs (*Gestaltungsurteil*). Cf. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, II, Genève, 1954, p. 166.

<sup>3</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Vienne, 1960, p. 242.

<sup>4</sup> VIRALLY, M., *La Pensée juridique*, Paris, 1960, p. 105.

<sup>5</sup> GUGGENHEIM, P., *op. cit.*, II, p. 163.

qu'il applique à un cas d'espèce une norme antérieure et supérieure, plus générale, l'arrêt donne lieu à une règle individuelle spéciale, une règle entièrement nouvelle qui, bien que potentiellement présente dans la norme générale, n'attendait que l'existence d'un litige concret pour voir le jour. Seul le rapprochement entre la norme générale et le cas concret permet de donner à la norme en question « la signification spécifique que postule son application pratique »<sup>6</sup>. L'arrêt, pris dans le sens de source formelle, contient la règle spéciale, créée par l'acte juridictionnel proprement dit, c'est-à-dire par l'acte de volonté du juge. Cet acte de volonté doit être considéré comme la cause de la norme ou règle spéciale. En ce sens, tout arrêt a un caractère constitutif : le juge ne dit pas le droit déjà existant; en individualisant une norme générale, il crée un droit nouveau. L'acte juridictionnel est donc à la fois un fait d'application et de production juridique (*Rechtserzeugungsakt*)<sup>7</sup>.

Toutefois, le contenu et la teneur de l'acte juridictionnel sont variables, d'une part suivant la demande, — les *petita* des parties —, d'autre part, suivant la teneur de la norme générale applicable. Lorsque cette dernière contient des sanctions, par exemple les normes du droit pénal, ou lorsque, en l'absence de toute mention de sanctions dans la norme, la partie demanderesse exige une réparation, l'arrêt final aura le caractère d'un jugement de prestation, impliquant un jugement déclaratoire constatant que la norme générale est applicable à ce cas d'espèce. Toutefois, dans l'hypothèse où la norme générale n'est pas accompagnée d'une sanction, mais où celle-ci est dérivée d'une autre norme générale, il y aura en fait, dans le jugement de prestation, jonction de deux décisions interprétatives de deux normes complémentaires. En droit international, la plupart des normes n'énoncent pas de sanctions; ces dernières sont prévues dans une règle générale dont l'application n'est pas automatique. En vertu de la règle du *non ultra petita*, le juge se limite, le cas échéant, à constater que la norme générale, invoquée par les parties, est ou n'est pas applicable au litige, leur laissant le soin d'en tirer les conclusions pratiques. Ainsi, le juge pourra, soit interpréter un traité, soit établir « tout point de droit international » ou « la réalité de tout fait qui, si il était établi, constituerait une violation d'un engagement international » sans pour autant statuer sur les conséquences en découlant. Mais puisqu'un pareil arrêt a également le caractère de *res judicata* et est, en conséquence, obligatoire pour les parties, il ne peut être rendu que lorsqu'il peut être exécuté; à cet effet, il est donc indispensable que le litige ait un caractère concret. Un jugement déclaratoire ne revêt donc jamais un caractère abstrait, comme semblait le suggérer la C.P.J.I. dans un de ses premiers arrêts.

<sup>6</sup> DE VISSCHER, Ch., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, pp. 29.

<sup>7</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 243. GUGGENHEIM, *op. cit.*, II, p. 162.

## 2. LA PRATIQUE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

La jurisprudence de la Cour internationale sur les jugements déclaratoires qu'elle rend chaque fois qu'elle exerce sa fonction judiciaire, est très pauvre. Les formules employées, bien qu'obscurcs et mal choisies, sont cependant de nature à confirmer les développements théoriques précédents.

Dans son arrêt n° 7 au sujet de l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente notait « qu'une des fonctions les plus importantes qu'elle peut remplir » est de donner des jugements déclaratoires. En réalité, la Cour utilise une formule peu heureuse en estimant qu'elle

« ne voit pas pourquoi les Etats ne pourraient pas demander à la Cour de donner une *interprétation abstraite* d'une convention »,

et plus loin, la Cour parle de « la possibilité de jugements ayant un effet purement déclaratif »<sup>8</sup>.

Ainsi, le pouvoir de rendre des arrêts déclaratoires n'est pas mis en question et la Cour cite comme exemple l'interprétation abstraite. Mais, dans son arrêt n° 11 au sujet précisément de l'*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (Usine de Chorzow)* la Cour précise la notion du jugement déclaratoire en disant qu'

« (il) est destiné à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent »<sup>9</sup>.

Il résulte de cette définition que ce qui fut entendu dans l'arrêt n° 7 par « interprétation abstraite », ne visait aucunement une interprétation en l'air ou sans rapport avec un litige concret, mais bien une interprétation d'une règle juridique dont l'application à un cas d'espèce était difficile vu l'imprécision de la norme. Le caractère abstrait de l'interprétation ou du jugement se réfère donc plutôt au fait que la Cour ne prononce pas une sanction ou qu'elle omet de statuer explicitement sur les droits ou obligations des parties. Mais il est hors de discussion que l'arrêt interprétatif ou déclaratoire doit être exécuté dans le sens prononcé par la Cour, ce qui suppose l'existence d'un litige au sujet de la portée et du contenu de la norme. Toute autre solution équivaldrait à admettre que les parties en litige, les Etats, peuvent demander des avis consultatifs. A notre avis, les Etats n'ont pas le pouvoir de demander à la Cour une interprétation d'une disposition conventionnelle, ou l'identification d'une norme coutumière, sans qu'il y ait entre eux un différend au sujet de la signification du texte contesté ou de la pratique suivie *par rapport à un cas d'espèce*. L'opposition des thèses juridiques doit être actuelle, et un règlement

<sup>8</sup> C.P.J.I., Série A, n° 7, pp. 18-19.

<sup>9</sup> Série A, n° 13, p. 20.

judiciaire éventuel doit être à même, soit de résoudre un conflit, soit d'en empêcher l'irruption imminente<sup>10</sup>.

Dans la jurisprudence de la Cour actuelle, seule la décision dans l'affaire du *Cameroun septentrional (exceptions préliminaires)* est d'une certaine importance. Dans cet arrêt, la plus haute juridiction internationale confirme tout d'abord qu'elle « peut, dans des cas appropriés, prononcer un jugement déclaratoire »<sup>11</sup>. Reprenant la définition de la Cour permanente, la Cour estime en outre, qu'un jugement déclaratoire « définit une règle de droit international coutumier ou interprète un traité restant en vigueur ». Enfin, il est nécessaire, dit la Cour, que l'arrêt rendu reste applicable dans l'avenir. La norme coutumière définie ou la règle conventionnelle interprétée doivent pouvoir faire l'objet « d'un acte d'interprétation ou d'application conforme au jugement rendu par la Cour »<sup>12</sup>. Par l'affirmation de ces trois principes, l'arrêt du 2 décembre 1963 a nettement contribué à définir la conception que se fait la Cour du rôle d'un jugement déclaratoire en droit international public.

Mais, à première vue, ces trois éléments ne laissent pas d'être insuffisants pour supprimer toute incertitude quant au caractère abstrait d'un jugement déclaratoire. En effet, lorsque la Cour estime que l'arrêt rendu doit rester applicable dans l'avenir, il est parfaitement possible d'imaginer un arrêt, purement abstrait, sans rapport avec un cas d'espèce. S'agit-il alors d'un jugement abstrait que la Cour peut rendre ? Supposons que des Etats soumettent à la Cour un problème d'interprétation d'un traité, sans qu'il y ait à la base un litige concret, ou encore, qu'ils posent à la Cour la question de savoir si, en une certaine matière, il existe ou non une règle coutumière. Il n'est pas exclu que cette question d'ordre purement académique puisse se poser à l'avenir à l'occasion d'un litige réel entre ces Etats, mais rien ne laisse prévoir qu'il en sera nécessairement ainsi. Si l'on estime que, dans ce cas, la Cour peut effectivement rendre un arrêt purement abstrait, cet arrêt devra être exécuté dès qu'il existe un litige réel, mais il se peut aussi que, aucun litige ne surgissant, les Etats n'aient jamais l'occasion de donner suite au jugement. Nous estimons que cette conception du jugement déclaratoire est inexacte; le juge international a certes le droit de prononcer un jugement déclaratoire, mais seulement à l'occasion d'un différend réel, et non pas *in abstracto*. Outre l'argumentation

<sup>10</sup> LAUTERPACHT, H., *The development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p. 251 : « ... any declaratory judgment must refer to a controversy relating to the interpretation of a disputed clause of a treaty in cases where the disputed interpretation has resulted or is likely to result in acts alleged to be illegal ». Le professeur GUGGENHEIM exprime également des doutes sur la conformité de jugements abstraits avec la fonction judiciaire de la Cour puisque « le tribunal ne connaît pas tous les éléments de la cause; le jugement ne saurait donc offrir la garantie que toutes les possibilités d'interprétation qui se présentent en pratique ont été prises en considération », *op. cit.*, p. 165.

<sup>11</sup> *Recueil* 1963, p. 37.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

de M. Guggenheim selon laquelle « dans de tels cas (jugements abstraits) le tribunal ne connaît pas tous les éléments de la cause »; et que « le jugement ne saurait donc offrir la garantie que toutes les possibilités d'interprétation qui se présentent en pratique ont été prises en considération »<sup>13</sup>, le contexte de l'arrêt du 2 décembre 1963 prouve l'incompatibilité d'un jugement déclaratoire abstrait avec la fonction judiciaire de la Cour.

En effet, lorsque la Cour affirme qu'elle ne peut exercer sa fonction judiciaire que lorsqu'il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties<sup>14</sup>, et lorsque l'arrêt peut être exécuté, elle doit être en mesure de se rendre compte de l'existence de ce litige ainsi que de la présence des conditions garantissant l'exécution de la sentence. Or, cette appréciation ne peut se faire que par référence à un cas d'espèce; l'affectation des droits et des obligations des parties ne doit pas seulement être possible, elle doit être certaine. En d'autres mots, le différend au sujet de l'interprétation ou de l'application d'un traité qui, si la Cour devait le trancher, donnerait lieu à un jugement déclaratoire, doit se rattacher à un cas concret. Si l'on estime avec la Cour que la fonction judiciaire ne peut être exercée que lorsqu'il existe un différend réel, cette thèse vaut pour tous les arrêts que la Cour est appelée à rendre, et donc également pour les jugements déclaratoires. Et puisque, même en donnant des avis consultatifs, la Cour — comme elle l'affirme constamment — doit rester dans le cadre de sa fonction judiciaire, nous pensons que ses avis ne sauraient être entièrement détachés de ces cas concrets.

### 3. LA DOCTRINE

Les monographies que S. Rosenne et M. Dubisson ont consacrées récemment à la Cour internationale de Justice effleurent à peine les jugements déclaratoires et ne nous apportent que peu d'éléments nouveaux. En langue anglaise, le problème a fait l'objet de deux études, l'une d'E. Borchard, *Declaratory Judgments*, 2<sup>e</sup> éd., 1941, l'autre de I. Zamir, *The Declaratory Judgment*, 1962. Ces auteurs, principalement le second, étudient la question des jugements déclaratoires du point de vue du droit national. Notre attention se portera surtout sur les théories exposées par le professeur Guggenheim dans le tome II de son *Traité de droit international public*, ainsi que sur celles développées par Sir Francis Vallat dans le tome XVII des *Current Legal Problems*, pour la bonne raison qu'ils étudient le phénomène des jugements déclaratoires en droit international.

Selon M. Guggenheim, le jugement déclaratoire est l'acte juridictionnel qui

<sup>13</sup> *Traité de droit international public*, II, p. 165.

<sup>14</sup> *Recueil* 1963, p. 34. Cf. *supra* les sections sur la fonction judiciaire et sur la notion du différend, cette *Revue*, 1965-2, pp. 315 et ss.

se limite à la constatation « relative à la question de savoir si la norme générale invoquée par le demandeur est applicable à une situation donnée... sans imposer à aucune partie d'obligation quelconque concernant une prestation ou une omission »<sup>15</sup>. En s'abstenant d'énoncer une prestation (sanction), le juge ne procède pas à un règlement définitif du différend, mais « la décision déclaratoire préjuge quand même ce règlement final »<sup>16</sup>. Le professeur genevois estime que les jugements déclaratoires peuvent porter sur une question de compétence, sur une exception préliminaire, ainsi que sur une question de fond. Ainsi, la constatation qu'un Etat a failli à ses obligations internationales est un jugement déclaratoire. M. Guggenheim critique toutefois l'opinion selon laquelle la Cour pourrait, indépendamment d'un cas concret, examiner une question sous son aspect abstrait. Le jugement déclaratoire portant sur l'interprétation d'une norme juridique et qui aurait un caractère abstrait ne serait pas conforme à la fonction judiciaire de la Cour puisque un tel jugement n'offrirait pas « la garantie que toutes les possibilités d'interprétation qui se présentent en pratique ont été prises en considération »<sup>17</sup>.

Dans une étude très récente, Sir Francis Vallat définit la jugement déclaratoire de la manière suivante:

« It is a declaration by a court as to the legal rights or obligations of one or more parties to a suit without an order for any specific relief... An enforceable order, backed by sanctions and the power of the State, is so much a normal consequence of judicial proceedings that it is natural to regard the absence or presence of such an order as the criterion for testing whether a judgment is or is not declaratory »<sup>18</sup>.

L'auteur y ajoute cependant que ce critère n'est pas *the true or necessary test*. Puisqu'en droit international, les jugements de tribunaux ne peuvent être exécutés par des sanctions tels l'emprisonnement : « *the real distinction is between a judgment which is a mere declaration and one which includes an executory order* ». Par *executory order*, l'auteur entend un ordre imposant à une partie de poser un acte ou de s'en abstenir<sup>19</sup>.

Un examen de la pratique judiciaire des deux cours révèle une distinction très subtile entre le jugement qui serait « *declaratory in form* » mais « *executory in intent* ». L'arrêt de la Cour actuelle au sujet de l'affaire *Ambatielos* serait un exemple typique de cette distinction. La Cour y constate que le Royaume-Uni est tenu de soumettre le différend en question à l'arbitrage, mais elle ne l'ordonne pas, bien que ce soit l'intention de l'arrêt. Pareillement dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fixation du montant des réparations), la Cour, tout en

<sup>15</sup> *Traité*, II, p. 163.

<sup>16</sup> *Idem*, *cod. loc.*

<sup>17</sup> *Idem*, p. 165.

<sup>18</sup> « Declaratory Judgments », *Current Legal Problems*, vol. 17, 1964, p. 2.

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 2-3.

fixant le montant des réparations dues par l'Albanie, n'en ordonnait pas le paiement.

D'après Sir Francis, ces arrêts montreraient que

« the distinction (between a judgment which is declaratory and one which is executory) does not depend on whether there is an order on the basis of which execution may be levied. It depends on whether or not the judgment contains executory clauses providing relief for the legal wrong which has been determined by the Court »<sup>20</sup>.

Sir Francis considère néanmoins ces arrêts comme des jugements de prestation. Nous ne voyons pas très bien en quoi cette distinction pourrait être utile. Tout jugement est obligatoire et doit être exécuté, que le juge ajoute ou non dans le dispositif de l'arrêt un ordre explicite d'exécution. L'auteur a voulu souligner que même un jugement en prestation contient ou implique un jugement en constatation, puisqu'en statuant qu'un Etat est tenu de réparer les dommages causés (sans spécifier le montant des réparations dues), la Cour ne fait que constater que, eu égard à la violation du droit, la règle générale de l'obligation de réparer s'applique. Mais, comme nous le faisons déjà remarquer, la portée de l'arrêt qui en déterminerait la nature déclaratoire ou autre, dépend essentiellement à la fois des *petita* des parties et du contenu de la norme générale applicable.

Le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour limite la compétence de celle-ci aux différends d'ordre juridique ayant pour objet *a)* l'interprétation d'un traité, *b)* tout point de droit international et *c)* la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international. Lorsque l'objet de la demande des parties se limite à faire constater par la Cour quelle est l'interprétation exacte d'un texte, ou à faire établir un point de droit ou un fait, l'arrêt de la Cour ne saurait être autre qu'un arrêt déclaratoire ou un jugement en constatation. Mais dès lors que l'objet de la demande concerne la nature et l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international, il ne s'agit plus d'une simple constatation, mais d'une injonction à l'une des parties de faire ou de ne pas faire quelque chose. Quelle que soit la nature de l'arrêt, il est obligatoire et, dans ce sens, tout jugement est *executory in intent*.

#### IV — LA JONCTION D'EXCEPTIONS PRELIMINAIRES AU FOND

##### 1. LA SOLUTION DANS L'AFFAIRE DE LA BARCELONA TRACTION

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, deuxième phase : 1962 (*exceptions préliminaires*), le Gouvernement espagnol opposa à la demande belge quatre exceptions préliminaires dont les unes furent rejetées, les autres jointes au

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 7.

fond. Deux de ces exceptions visaient la compétence de la Cour, tandis que la troisième et la quatrième avaient pour objet la recevabilité de la demande. Selon le Gouvernement espagnol, la demande devait être déclarée irrecevable tout d'abord

« pour défaut de qualité du Gouvernement belge... étant donné que la société Barcelona n'a pas la nationalité belge et que dans le cas d'espèce, l'on ne saurait admettre une action diplomatique ou judiciaire internationale en faveur des prétendus actionnaires belges de la société pour le préjudice que cette dernière affirme avoir subi ».

Le Gouvernement espagnol faisait valoir en outre que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées, et que la demande était dès lors prématurée.

Le Gouvernement belge demanda à la Cour de rejeter ces exceptions ou, subsidiairement, de surseoir à statuer et de les joindre au fond de la cause. La Cour, par neuf voix contre sept, rejeta la troisième exception et, par dix voix contre six, joignit la quatrième au fond.

Ayant rejeté les exceptions préliminaires d'incompétence, la Cour, dans des pages remarquablement bien équilibrées, traite des objections d'irrecevabilité et surtout du problème de la jonction au fond, soulevé par le Gouvernement belge. Elle fait tout d'abord quelques observations d'ordre général sur la jonction au fond. Ayant rappelé la teneur de l'article 62, paragraphe 5, de son Règlement<sup>21</sup>, la Cour procède à un examen minutieux des précédents et met en évidence le motif pour lequel aussi bien la Cour permanente qu'elle-même ont, dans le passé, décidé de joindre des exceptions préliminaires au fond. Ce motif peut se résumer comme suit : lorsqu'une exception a en fait un caractère préliminaire, elle peut être tellement liée au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond, qu'il est impossible de l'examiner séparément, sans aborder le fond ou le préjuger.

Procédant ensuite à l'examen de la troisième exception préliminaire espagnole, la Cour estime qu'on peut la concevoir et l'énoncer de deux manières différentes. Selon une première version, l'exception met l'accent principal sur ce que les mesures incriminées ont été prises à l'égard de la *Barcelona Traction*, de nationalité canadienne, et non pas de personnes physiques ou morales belges. En admettant que, selon le droit international en vigueur, un Etat ne pourrait protéger ses nationaux, actionnaires dans une société ayant la nationalité d'un Etat tiers, la Belgique n'aurait aucune réclamation à faire valoir. En mettant l'accent sur la question de la qualité du Gouvernement belge pour agir, cette version aurait un caractère ou un aspect incontestablement préliminaire.

Mais, selon la Cour, on peut concevoir l'exception d'une seconde manière,

<sup>21</sup> Art. 62, par. 5 : « La Cour, après avoir entendu les parties, statue sur l'exception ou la joint au fond. Si la Cour rejette l'exception ou la joint au fond, elle fixe de nouveau les délais pour la suite de l'instance ».

qui ne soulève pas directement la question de la qualité du Gouvernement demandeur pour agir, ou qui se borne à effleurer ce problème. On peut, en effet, se demander si, et dans quelles circonstances, le droit en vigueur reconnaît aux actionnaires d'une société un droit ou un intérêt distincts et indépendants de ceux de la société, et si ces circonstances sont réunies dans le cas d'espèce. Cette version se référerait indiscutablement plutôt à « des droits substantiels touchant au fond ». Dès lors qu'un Etat présente une pareille demande devant un tribunal international, il invoque des droits conférés par le droit international en faveur de ses nationaux, et l'admission de cette demande implique, de la part du tribunal, la reconnaissance de l'existence effective de ces droits. En statuant sur cette exception, la Cour prendrait déjà position sur le fond. Telle est la situation en ce qui concerne la troisième exception qui

« comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d'être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l'importance pour sa décision »<sup>22</sup>.

En ce qui concerne la quatrième exception, la Cour estime également devoir la joindre au fond puisque l'allégation touchant le non-épuisement des recours internes

« est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond. L'exception... se heurte constamment à la thèse du demandeur d'après laquelle c'est notamment en essayant d'épuiser les recours internes que l'on aurait subi les dénis de justice allégués »<sup>23</sup>.

## 2. LE PRINCIPE DANS LE REGLEMENT DE LA COUR

Le sort des exceptions préliminaires n'a été définitivement réglé que par la revision du Règlement de la Cour en 1936. Le premier Règlement de la Cour permanente ne contenait aucune disposition sur les exceptions préliminaires. Mais déjà la deuxième affaire contentieuse, l'affaire *Mavrommatis*, allait mettre la Cour devant le problème, puisque l'Etat défendeur, la Grande-Bretagne, fit valoir des objections à la compétence de la Cour. Celle-ci autorisa la Grande-Bretagne à limiter son premier mémoire à l'exposé de ses objections, invitant la partie adverse à y répondre. Dans l'affaire des *Biens et intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour voyait à nouveau sa compétence contestée par l'Etat défendeur qui alléguait en outre que la demande était irrecevable. Dans son arrêt n° 6, la Cour estima que rien ne l'empêchait

« de s'en occuper dès à présent, et préalablement à tout débat sur le fond, puisque c'est de sa non-admission que dépendra la possibilité d'un tel débat »<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> *Recueil* 1964, p. 46.

<sup>23</sup> *Recueil* 1964, p. 46.

<sup>24</sup> Série A, n° 6, p. 19.

### La Cour procéda alors à l'examen des exceptions

« quand même cet examen devrait l'amener à effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire, étant bien entendu, toutefois, que rien de ce qu'elle dit dans le présent arrêt ne saurait limiter sa complète liberté d'appréciation, lors des débats sur le fond, des arguments éventuellement apportés de part et d'autre sur ces mêmes sujets »<sup>25</sup>.

Il résulte de cette décision que la Cour s'estimait compétente pour effleurer le fond de l'affaire à l'occasion d'un examen du bien-fondé d'une exception préliminaire, mais qu'en même temps elle voulait éviter que l'arrêt tranchât le fond ou le préjugât définitivement. A cet effet, l'arrêt sur l'exception ne constituerait pas chose jugée et n'était considéré que comme provisoire.

Tel était l'état de la jurisprudence lorsque, en 1926, le Règlement de la Cour fut soumis à revision et qu'y fut introduit l'article 38 d'après lequel, le dépôt d'une exception préliminaire entraînait la suspension de la procédure sur le fond des affaires introduites par requête. Ainsi, cette innovation ne faisait que confirmer la pratique adoptée par la Cour permanente dans les affaires *Mavrommatis* et des *Biens et intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. Mais elle n'allait pas jusqu'à inclure la possibilité expresse d'une jonction des exceptions au fond. Cette possibilité ne fut introduite dans le Règlement que lors de sa revision de 1936, et à la suite de difficultés auxquelles la Cour avait probablement eu à faire face dans l'affaire de l'*Administration du prince von Pless* en 1933 où, par une ordonnance du 4 février 1933, la Cour avait ordonné *proprio motu* la jonction au fond de l'exception préliminaire d'incompétence.

L'article 62 du Règlement de 1936, repris dans le Règlement de la Cour actuelle, moyennant quelques modifications, prévoit la possibilité, soit de rejeter l'exception, soit de statuer sur son sujet ou de la joindre au fond. Il est intéressant d'examiner maintenant les applications de cet article par les deux cours, surtout en ce qui concerne la dernière possibilité, à savoir la jonction au fond.

— Dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy*, la Cour avait joint les exceptions yougoslaves au fond

« considérant que le développement de la procédure sur le fond... mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause » et « qu'il existe entre les questions soulevées par... ces exceptions et celles qui sont à la base de la demande en appel... des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres »<sup>26</sup>.

— Dans l'affaire *Losinger*, opposant la Suisse à la Yougoslavie, le Gouvernement yougoslave souleva une exception préliminaire d'incompétence dont le véritable objet était « d'empêcher la Cour de statuer sur les conclusions (suisses) quant au fond ». Or, ces conclusions « soulèvent certaines questions qui présentent une connexité étroite avec celles que pose l'exception d'incompétence

<sup>25</sup> *Idem*, pp. 15-16.

<sup>26</sup> C.P.J.I., Série A/B, n° 66, p. 9.

opposée par le Gouvernement yougoslave ». La Cour considéra par conséquent que l'exception

« peut apparaître comme un moyen de défense au fond ou tout au moins basée sur des arguments de nature à pouvoir être invoqués à ce titre » et que « en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, la Cour risquerait soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution »<sup>27</sup>.

En conséquence, cette exception fut jointe au fond.

— Deux ans plus tard, la Cour ordonna la jonction au fond de deux exceptions opposées par le Gouvernement lithuanien à la demande estonienne dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, sans même s'être prononcé sur le caractère préliminaire des exceptions puisque

« une telle décision soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont à plusieurs égards en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer dès à présent, à leur sujet ».

Reprenant la formule déjà employée dans l'affaire *Losinger*, la Cour y ajoute qu'en statuant sur les exceptions, elle risquerait

« soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution ».

Enfin, et pour la première fois, la Cour invoque un autre motif pour lequel elle estime devoir joindre les exceptions au fond, à savoir

« lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir »<sup>28</sup>.

Comme on le constate, la Cour permanente, dès lors qu'une exception touchait à une question de fond qui aurait dû être tranchée ou préjugée en statuant sur l'exception, ou que l'intérêt d'une bonne administration de la justice l'exigeait, s'est aussitôt décidée à joindre l'exception au fond, abandonnant ainsi l'attitude dangereuse qu'elle avait prise en 1925. Et il est significatif que, dans l'aperçu des précédents, la Cour actuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, se réfère uniquement aux jonctions qui ont eu lieu après la révision de 1936. Ainsi elle marquait ses réserves sur les solutions adoptées avant cette date, et sur lesquelles le Gouvernement espagnol s'était surtout basé dans les plaidoiries.

Retenons enfin, que l'attitude adoptée par la Cour permanente depuis 1936 fut également celle de la Cour actuelle qui, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, joignit deux exceptions préliminaires au fond, estimant que « toute appréciation... impliquerait le risque de préjuger certains points étroitement liés au fond »<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> *Idem*, Série A/B, n° 67, pp. 23-24.

<sup>28</sup> Série A/B, n° 75, pp. 55-56.

<sup>29</sup> *Recueil* 1957, p. 152.

## 3. LES ARGUMENTS DES PARTIES A L'AFFAIRE

Dans la procédure orale sur l'affaire de la *Barcelona Traction*, les deux parties ont longuement insisté, par la bouche de leurs conseils respectifs, MM. Ago et Rolin, sur l'histoire de l'article 62, paragraphe 5, du Règlement de la Cour actuelle. Le professeur Ago a particulièrement souligné l'attitude du juge M. Anzilotti qui participa aux revisions de 1926 et de 1936. Dans l'esprit de ce juge, — et du professeur Ago qui le cite en faveur de la thèse espagnole, défavorable à toute idée de jonction, —

« la jonction au fond, obligeant un Etat à ester en justice bien qu'il prétende ne pas avoir contracté pareille obligation, a, dans la procédure internationale, une toute autre signification que dans le droit interne, où l'obligation d'ester en justice ne dépend pas de la volonté de l'intéressé »<sup>30</sup>.

Le conseil du Gouvernement espagnol en tire la conclusion que le caractère très exceptionnel d'une jonction au fond procède précisément de ce que l'exception, introduite afin d'arrêter le procès sur la question soulevée par la requête, témoigne du défaut de consentement de la partie qui la soulève au jugement de ladite question. Et il poursuit :

« Obliger le défendeur à subir un procès au fond, avant d'avoir statué au préalable sur l'exception qu'il a soulevée, peut donc entraîner l'exercice d'un pouvoir de juridiction auquel, dans l'espèce, toute base fait défaut »<sup>31</sup>.

Le professeur Ago va même plus loin lorsqu'il prétend que :

« Lorsque, en particulier, non seulement l'accord exprès ou présumé du défendeur n'est pas acquis, mais lorsqu'au contraire celui-ci s'oppose résolument à la jonction de l'exception au fond, cette jonction ne saurait être décidée que si la Cour se trouve dans l'impossibilité absolue de statuer séparément sur l'exception »<sup>32</sup>.

Or, nous venons de le voir, la jurisprudence internationale va en sens contraire. Les deux cours ne s'inspirent pas tellement de ce principe fondamental de juridiction qu'est le consentement des parties, mais plutôt de l'effet et du motif de l'exception préliminaire ainsi que du souci d'une bonne administration de la justice. Ce n'est pas cette « impossibilité absolue de statuer séparément » sur l'exception qui est le critère déterminant pour la jonction au fond, mais le fait que la Cour, si elle statuait sur l'exception, risquerait de trancher des questions touchant le fond, d'en préjuger la solution, ou même de les effleurer. En outre, la Cour peut considérer que les explications qui seront fournies par le débat sur le fond, peuvent être utiles pour l'examen de l'exception préliminaire, ce qui implique que celle-ci touche à des questions de fond.

Concernant l'argument de l'intérêt de la bonne administration de la justice,

<sup>30</sup> *Compte rendu* (C.R.), 64/13, p. 9.

<sup>31</sup> C.R. 64/13, p. 11.

<sup>32</sup> *Idem*, *ead. loc.*

la Cour précise qu'il n'est pas à sens unique. Il est vrai que l'article 62 du Règlement, autorisant la présentation d'exceptions préliminaires, constitue un avantage pour le défendeur car il lui donne

« des pouvoirs étendus, puisque le seul dépôt par celui-ci d'un document intitulé *exceptions préliminaires* entraîne automatiquement la suspension de la procédure sur le fond. L'Etat défendeur est ainsi assuré que la Cour examinera ses exceptions avant de l'inviter à répondre sur le fond; la Cour ne prend aucune autre mesure jusqu'à ce que les parties aient été entendues »<sup>33</sup>.

Mais la Cour doit également tenir compte de la position de l'Etat demandeur, comme l'indique le paragraphe 5 de l'article 62. La position du défendeur n'est donc avantageuse qu'aussi longtemps que la Cour n'a pas ouvert les débats, et elle ne saurait en tout cas faire obstacle au principe que la Cour est maîtresse de sa procédure sans être liée en quoi que ce soit par l'opposition du défendeur de joindre éventuellement des exceptions au fond. Dans sa plaidoirie pour le Gouvernement belge, le professeur Rolin a d'ailleurs attiré l'attention sur ce point. A son avis,

« il serait... excessif de reconnaître... un droit à l'Etat défendeur de s'opposer à la jonction puisque, en toute évidence, la Cour, maîtresse de sa procédure, a pu valablement se réserver une possibilité de ne pas statuer sur l'exception sans avoir repris la procédure au fond et entendu les Parties de telle façon que le droit d'obtenir une décision sur l'exception, avant de s'opposer au fond, est un droit que le Règlement ne reconnaît pas »<sup>34</sup>.

Ayant examiné l'histoire de l'article 62 dans ses phases différentes (avant 1926, entre 1926 et 1936, et après 1936), le professeur Rolin conclut que les décisions importantes sont uniquement celles prises après 1936; il y a une différence totale d'attitude avec ce qui s'est passé avant cette date et dont se prévaut trop souvent le Gouvernement espagnol. L'usage de la faculté de joindre des exceptions au fond n'est pas du tout exceptionnelle et a eu lieu dans trois circonstances, à savoir

« lorsque l'ouverture de la procédure sur le fond paraît nécessaire pour vérifier si le moyen a le caractère d'exception préliminaire; lorsque la jonction au fond paraît nécessaire pour éviter le risque d'une contradiction ou d'un préjugé avec les décisions qui devront intervenir sur le fond; et enfin lorsque la reprise de la procédure au fond paraît indispensable pour éclairer complètement la question de telle façon que la Cour puisse se prononcer sur l'exception en meilleure connaissance de cause »<sup>35</sup>.

Examinons maintenant les exceptions préliminaires espagnoles pour savoir si et dans quelle mesure leur jonction au fond se justifiait.

<sup>33</sup> *Recueil* 1964, p. 43.

<sup>34</sup> C.R. 64/29, p. 12.

<sup>35</sup> C.R. 64/29, p. 18.

## 4. CRITIQUE

Selon le Gouvernement espagnol, le défaut de *jus standi* de la Belgique serait dû, tout d'abord, au fait que la société *Barcelona Traction* n'a pas la nationalité belge. Mais la Belgique prétend protéger non pas la société, mais ses propres ressortissants, actionnaires de ladite société. Or, estime le Gouvernement espagnol, le principal de ces ressortissants n'est pas actionnaire, et, en outre, le droit international n'admet pas la protection diplomatique d'actionnaires, exercée par un Etat autre que l'Etat national de la société. La Cour semble admettre que le caractère préliminaire d'une exception dépend essentiellement de la manière dont celle-ci a été formulée ainsi que des motifs invoqués à son appui. Ainsi, la question du *jus standi*, bien qu'essentiellement préliminaire, peut toucher à des questions de fond. Dans le cas d'espèce, la question de fond est de savoir si la liquidation de la *Barcelona Traction* est ou non contraire au droit des Gens. Puisque l'Etat national de la société, en l'occurrence le Canada, n'a pas exercé la protection diplomatique, celle-ci peut-elle être exercée par l'Etat national de la plupart des actionnaires, au profit, non pas de la société, mais des actionnaires eux-mêmes ? Il n'est pas du tout impossible de répondre à cette question sans que celle du caractère licite de la liquidation soit tranchée ou même effleurée. La Cour pourrait dire, par exemple, qu'il existe en droit international une règle permettant à un Etat de prendre fait et cause pour ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, lorsqu'un préjudice a été causé à cette dernière. Le *jus standi* pourrait ainsi être admis d'une manière provisoire, tout comme la Cour pourrait, en constatant le lien de nationalité entre l'Etat et la personne protégée, admettre une requête, quitte à la déclarer ultérieurement non fondée. Une telle décision ne trancherait pas nécessairement le fond; admettre ou rejeter le principe de la possibilité d'une protection diplomatique en faveur des actionnaires, au cas où ceux-ci auraient été lésés par un préjudice causé à une société étrangère, n'implique pas nécessairement que ce préjudice a ou n'a pas été causé.

Mais en joignant l'exception préliminaire du *jus standi* au fond, la Cour s'est basée sur deux arguments dont le premier ne laisse pas d'étonner. En effet, la Cour prétend que le Gouvernement belge, en présentant une demande devant elle, « invoque nécessairement des droits qu'il estime lui être conférés, en faveur de ses ressortissants, par les règles de droit international relatives au traitement des étrangers. La question de savoir si le droit international confère ou non de tels droits est donc essentielle en l'espèce ». Et la Cour d'en conclure :

« Ainsi, dire que le Gouvernement demandeur n'a pas qualité pour agir équivaudrait de la part de la Cour à conclure que ces droits n'existent pas et que la demande est pour ce motif injustifiée quant au fond ».

A notre avis, cette conclusion va trop loin. En refusant à la Belgique le *jus standi*, la Cour aurait tout simplement jugé que, dans le droit international positif, il n'existe pas de règle autorisant un Etat à prendre fait et cause pour

ses ressortissants, actionnaires dans une société étrangère; ce qui n'implique aucune décision quant au bien-fondé ou non de la requête, puisque les ressortissants ou la société auraient pu subir des dommages à la suite d'une liquidation de la société. De même, en admettant le *jus standi*, la Cour n'aurait pas préjugé la question de savoir si, effectivement, il y a eu préjudice dans le chef des ressortissants actionnaires ou de la société. En admettant la requête d'un Etat qui prend fait et cause pour l'un des siens, ou en la rejetant lorsque le lien de nationalité n'est pas effectif, la Cour ne se prononce pas non plus sur la question de savoir si la prétendue violation du droit international a été effectivement commise.

Le deuxième argument avancé par la Cour nous semble par contre pertinent. Si elle a préféré joindre l'exception au fond, c'est, à notre avis, *ex abundante cautela* de ne pas effleurer le fond de la question, ce qui, vu les plaidoiries des parties, où le fond de la question avait été débattue, aurait été inévitable. La reconnaissance du *jus standi* de la Belgique aurait, en effet, nécessité un examen de certaines circonstances touchant au fond et, ce complément d'information n'aurait pu être fourni par les parties que moyennant l'ouverture de la procédure sur le fond.

La jonction au fond de la quatrième exception préliminaire (sur le non-épuisement des recours internes espagnols) se justifiait entièrement, puisque la Belgique prétendait que la violation du droit international consisterait en un déni de justice commis en essayant d'épuiser les instances internes. En se prononçant sur l'exception, la Cour aurait porté un jugement sur le bien-fondé de la requête belge.

## V — LE DESISTEMENT

En rapport avec l'affaire de la *Barcelona Traction*, il convient d'examiner encore un problème relatif à la procédure judiciaire internationale pour laquelle la doctrine du droit des gens n'a eu, jusqu'ici, qu'un intérêt secondaire. Il s'agit du problème du désistement, phénomène bien connu dans les codes de procédure interne, et qui a été repris dans presque tous les Règlements des juridictions internationales. Bien que l'on rencontre dans la jurisprudence des deux cours, une quinzaine d'affaires où les Parties au litige se sont désistées, soit unilatéralement, soit d'un commun accord, le désistement n'a jamais donné lieu à difficultés. Ce n'est pourtant plus le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

Par une requête, datée du 15 septembre 1958, et déposée au Greffe de la Cour le 23 septembre, le Gouvernement belge avait introduit une instance contre l'Etat espagnol. Contre le mémoire belge, le Gouvernement espagnol fit valoir des exceptions préliminaires. Par une lettre, datée du 23 mars 1961, l'agent du Gouvernement belge, se référant à l'article 69 du Règlement de la

Cour, informa le Greffier que son Gouvernement renonçait à poursuivre « l'instance introduite par ladite requête ». Notons que cette lettre ne disait rien ni quant aux motifs du désistement, ni quant aux intentions du demandeur pour l'avenir. Cette constatation est capitale, et la Cour n'a d'ailleurs pas manqué de le souligner. Par une lettre du 28 mars 1961, le Greffier avait fait connaître à l'agent du Gouvernement espagnol que, par application de l'article 69, par. 2, du Règlement de la Cour, le Président de celle-ci avait fixé un délai expirant le 6 mai pour permettre au Gouvernement espagnol de faire savoir s'il s'opposait au désistement. Or, le 5 avril 1961, l'agent de ce Gouvernement communiqua que l'Espagne ne formulait pas d'opposition. Il importe à nouveau de souligner que cette lettre ne contenait ni motif, ni condition. En conséquence, la Cour, prenant acte des deux communications ainsi reçues, ordonna le 10 avril 1961 que l'affaire fût rayée du rôle.

Le Gouvernement belge, ayant réintroduit l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1962, se vit opposer immédiatement une première objection préliminaire espagnole par laquelle toute « juridiction » de la Cour en cette affaire était contestée. Selon le Gouvernement espagnol, le désistement avait mis fin, une fois pour toutes, à la procédure devant la Cour, et il empêchait l'introduction d'une nouvelle procédure. A l'appui de cette thèse, le Gouvernement espagnol avança plusieurs arguments. Le désistement, acte procédural, doit, quant à sa portée réelle, être examiné par rapport aux circonstances propres à l'espèce. En principe, il comporte renonciation à réintroduire l'instance, à moins que le contraire ne soit exprimé. Cette renonciation résulte d'un accord entre les Parties. De toute manière, le Gouvernement belge s'est comporté comme s'il renonçait à jamais à reprendre l'instance, et ceci a convaincu le Gouvernement espagnol du caractère définitif du désistement et a déterminé son consentement.

Notre propos est d'examiner dans les pages qui suivent la manière dont la Cour a résolu ces questions qui se réduisent à une seule, à savoir la nature du désistement. La Cour affirme

« que la nature d'un désistement est une question que l'on ne peut déterminer *a priori*; on doit l'examiner en liaison étroite avec les circonstances propres à l'espèce. On doit donc examiner tout désistement en soi pour en déterminer le caractère réel »<sup>36</sup>.

Cette citation doit toutefois être remise dans son contexte qui était de savoir si le désistement revêtait un caractère *définitif*. La Partie qui se désiste de l'instance, renonce-t-elle pour toujours à son droit de porter l'affaire devant la Cour ? Ou le désistement n'implique-t-il qu'une renonciation provisoire ? Or, ceci n'est qu'un aspect de la nature du désistement. Parmi les autres aspects, signalons notamment le problème de savoir si le désistement est un acte unilatéral ou si, en revanche, il a un caractère contractuel.

<sup>36</sup> *Recueil* 1964, p. 19.

## 1. LE DESISTEMENT EST-IL DEFINITIF ?

Puisqu'une renonciation à poursuivre l'instance est une manifestation de volonté, — dont le caractère unilatéral ou contractuel sera à déterminer, — il est évident que la solution de notre problème nécessite une interprétation de la volonté des auteurs de l'acte. Cependant cette recherche de la volonté est insuffisante. Le désistement étant également un acte de procédure, il faut encore que l'on examine les circonstances de fait, propres à chaque cas d'espèce. Ces deux éléments peuvent nous fournir la solution du problème de la nature définitive ou provisoire du désistement.

a) *Les circonstances de l'affaire.*

Tous les désistements devant les deux cours ont été en fait définitifs. Mais ceci n'est qu'une constatation *ex post facto*, et ne signifie aucunement qu'en droit il en soit toujours ainsi. Un désistement peut avoir un caractère définitif, soit parce qu'il résulte d'un règlement définitif du litige<sup>37</sup>, soit parce que « après le désistement de la procédure en cours, il n'y a plus eu de base juridictionnelle sur laquelle fonder une instance nouvelle ». En d'autres circonstances, et sans qu'il faille déjà tenir compte des motifs ou des réserves éventuelles de la Partie qui se désiste, on peut conclure au caractère non définitif du désistement. Ainsi, la Partie peut s'apercevoir qu'elle a commis une erreur de procédure ou que les conditions de recevabilité de la requête ne sont pas ou pas encore remplies (non-épuisement des instances internes, caractère non national du *claim*, mais qui s'avère être inexact par la suite) .Et la Cour d'y ajouter : « Il y a maintes autres éventualités ». Il résulte de ces quelques exemples que

« la véritable signification (du désistement) doit être recherchée dans les circonstances de l'espèce »,

et que

« l'absence de renonciation expresse à tout droit d'action pour l'avenir n'est pas concluante et ne suffit pas à établir que cette renonciation n'a pas eu lieu ou que le désistement ne se produit pas dans des circonstances devant empêcher toute instance ultérieure »<sup>38</sup>.

Cette conclusion est déterminée également par le fait que la notification du désistement est un *acte procédural* et « neutre ». Ce caractère neutre du désistement implique non seulement l'impossibilité d'une conclusion *a priori* quant au caractère définitif de l'acte en question, mais encore et inversement, que le

<sup>37</sup> Voir l'*Affaire relative à la protection des ressortissants français en Egypte*, où le Gouvernement français renonçait à poursuivre la procédure puisque, les mesures incriminées ayant été levées par le Gouvernement égyptien, le litige se trouvait virtuellement aplani. C.I.J., *Recueil* 1950, p. 60.

<sup>38</sup> *Recueil* 1964, p. 21.

désistement ne peut pas être considéré non plus en principe comme comportant toujours renonciation :

« un désistement ne peut à la fois être un acte purement procédural et « neutre » et en même temps, *prima facie* et en principe, opérer renonciation à la réclamation »<sup>39</sup>.

Contrairement à ce que soutenait le Gouvernement espagnol, la renonciation au droit d'action pour l'avenir ne se présume pas. En effet, puisque, dans certaines circonstances de fait, le désistement peut être provisoire, — par exemple lorsque la partie demanderesse constate qu'elle a commis une erreur de procédure, — il est évident que la thèse selon laquelle un désistement opère en principe une renonciation à toute action nouvelle, ne saurait valablement être retenue. Bien au contraire,

« si une présomption était applicable en la matière, dit la Cour, cette présomption jouerait dans le sens opposé à celui que le défendeur prétend et qu'un désistement ne doit pas être considéré comme faisant obstacle à une action pour l'avenir, à moins que le contraire n'apparaisse clairement ou puisse être établi »<sup>40</sup>.

La prudence de la Cour, dans ce passage de l'arrêt, est très frappante. Elle est probablement due à ce que la Cour s'est trouvée devant une qualification double du désistement. Acte procédural et, par conséquent neutre, le désistement n'en est pas moins une manifestation de volonté, c'est-à-dire un acte intentionnel. A notre avis, la Cour aurait pu être plus ferme en s'appuyant sur deux autres arguments, à savoir d'une part, l'effet général d'un désistement et d'autre part, les principes de la renonciation.

En ce qui concerne l'*effet* du désistement, la Cour affirme qu'il est toujours et nécessairement le même, à savoir mettre un terme à l'instance en cours. Dans l'affaire de l'*Administration du prince von Pless*, la Cour permanente avait dit que le désistement « met fin à la procédure »<sup>41</sup>. Nous avons signalé ailleurs<sup>42</sup> que mettre fin à la procédure signifie que les choses sont mises dans le même état que si l'instance n'avait pas eu lieu, et que, en droit privé, les auteurs et la pratique sont unanimes à reconnaître que si le désistement ne porte que sur l'instance, — *quod plerumque fit*, — le droit d'action en justice subsiste, et que rien n'empêche le demandeur de recommencer, quand bon lui semble, un nouveau procès. Un désistement d'instance ne porte donc que sur l'instance en cours, et, compte tenu des circonstances de l'affaire, il n'est pas définitif : il remet les choses dans l'état où elles se trouvaient avant l'introduction de la requête.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>40</sup> *Idem*, *eod. loc.*

<sup>41</sup> Série A/B, n° 59, p. 195. Voy. également l'affaire de la *Délimitation des eaux territoriales entre l'île de Castellorizo et les côtes d'Anatolie*, Série A/B, n° 51, pp. 4-5.

<sup>42</sup> Notre ouvrage sur *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, 1962, pp. 179 et ss.

Lorsqu'on demande ce que le désistement implique, on se place sur le terrain de l'interprétation de la manifestation de volonté. Or, comme le désistement désigne « la *renonciation* à poursuivre une instance en justice de la part de la partie ou des parties par qui cette instance a été introduite »<sup>43</sup>, il faut tenir compte du principe selon lequel, la renonciation entraînant une extinction de droits, la volonté doit être interprétée strictement et, en cas de doute, elle doit être interprétée dans un sens favorable au renonçant<sup>44</sup>. Il s'ensuit que, dans la mesure où le désistement n'est pas accompagné de réserves ou ne dit rien quant à ses motifs, ni quant aux intentions du demandeur pour l'avenir, — ce qui fut bien le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, — il n'est pas sensé porter sur le *jus persequendi* pour l'avenir.

#### b) *La volonté des Parties.*

Lorsque les circonstances de l'affaire ne permettent pas de conclure au caractère définitif du désistement d'instance, il faut encore tenir compte de la volonté de la partie qui se désiste. Lorsque cette volonté n'a pas été explicitée dans la notification, le désistement

« ne doit pas être considéré comme faisant obstacle à une action pour l'avenir, à moins que le contraire n'apparaisse clairement ou puisse être établi »<sup>45</sup>,

et cette charge de la preuve incombe à l'Etat défendeur. Dans son arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour imposa dès lors au Gouvernement espagnol

« d'établir que le désistement avait un sens ou un fondement plus large que celui qu'il paraissait avoir et visait autre chose que la décision de mettre fin à l'instance alors pendante devant la Cour sous réserve du consentement du défendeur »<sup>46</sup>.

Le Gouvernement espagnol ne fut pas à même de prouver une entente entre les Parties au sujet de la portée du désistement et, plus particulièrement quant à son caractère définitif. Les échanges de vues qui ont eu lieu entre les représentants des intérêts privés en cause n'auraient été concluants que pour autant qu'on démontrait « que les représentants des intérêts privés ont agi de manière à lier leurs gouvernements ». Pareille preuve faisant défaut, la Cour « ne peut tenir compte que des actes et des attitudes des gouvernements ou de leurs agents autorisés ». Le désistement belge portait d'ailleurs explicitement sur « l'instance introduite par ladite requête ».

Ainsi, le désistement, acte procédural, et, par conséquent neutre, peut être définitif ou non d'après les circonstances particulières de l'affaire. Tout jugement *a priori* est impossible. Mais l'acte de procédure est doublé d'une manifestation de volonté, la renonciation, de telle sorte que le caractère neutre

<sup>43</sup> *Dictionnaire de la Terminologie du droit international, sub verbo Désistement.*

<sup>44</sup> *Les actes juridiques unilatéraux...*, p. 185.

<sup>45</sup> *Recueil* 1964, p. 21.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 22.

semble devoir être mitigé. Il y a, en conséquence, une présomption contre le caractère définitif d'un désistement d'instance. Le problème de l'interprétation de la manifestation de volonté qu'est le désistement soulève celui de savoir si nous avons affaire à un acte unilatéral ou contractuel.

## 2. LE DESISTEMENT EST-IL UN ACTE UNILATERAL ?

Pour mettre un terme à la procédure, les Parties en litige peuvent utiliser plusieurs techniques énoncées dans les articles 68 et 69 du Règlement de la Cour internationale de Justice. Dans l'article 68, il est question du règlement à l'amiable et du désistement « qui non seulement en fait se réalise d'un commun accord mais encore prend la forme d'une communication commune à la Cour »<sup>47</sup>, alors que l'article 69 traite du désistement unilatéral.

### a) *L'article 68.*

Cet article est libellé de la manière suivante :

« Avant le prononcé de l'arrêt, si les parties tombent d'accord sur la solution à donner au litige et le font connaître par écrit à la Cour ou si, d'un commun accord, elles lui font connaître par écrit qu'elles renoncent à poursuivre l'instance, la Cour rend une ordonnance leur donnant acte de leur désistement et dans chaque cas prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle ».

A la lecture de cet article, il saute aux yeux que, de toute manière, il n'y est question que de deux circonstances, d'ailleurs tout à fait différentes, où un accord est intervenu entre les parties au litige. Les parties peuvent soit tomber d'accord sur la solution à donner au litige, soit renoncer d'un commun accord à poursuivre l'instance. Dans le premier cas, où il est uniquement question d'un arrangement à l'amiable, le litige entre les Parties est aplani et n'existe plus. En conséquence, l'instance n'ayant plus d'objet, la poursuivre n'a pas de sens : l'instance s'éteint tout naturellement. En revanche, le fait de renoncer d'un commun accord à la poursuite de l'instance, n'implique pas nécessairement que le litige soit aplani et que les parties aient trouvé un arrangement à l'amiable. Certes, il est mis fin à l'instance, et l'affaire est rayée du rôle de la Cour, mais il se peut que le différend subsiste et que les parties aient décidé d'en rechercher la solution par voies diplomatiques ou par d'autres moyens. Dans les deux hypothèses prévues à l'article 68, la procédure prend fin, l'affaire est rayée du rôle de la Cour mais pour des motifs tout à fait différents. Lorsque le différend se trouve aplani à la suite d'un arrangement à l'amiable, la procédure cesse et la Cour ordonne la radiation de l'affaire sur le rôle parce que l'instance n'a plus d'objet. En revanche, en cas de désistement, la procédure est close parce que les parties ont convenu ainsi. En donnant acte aux parties de leur arrangement à l'amiable, la Cour constate que le différend a trouvé

<sup>47</sup> *Recueil* 1964, p. 20.

sa solution et qu'il n'existe donc plus; en prenant acte du désistement, la Cour constate la fin de l'instance sans que le litige soit résolu. Comme le fait remarquer la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, « dans les cas relevant de l'article 68 le désistement est à tous égards (*to all intends and purposes*) un acte commun » <sup>48</sup>.

L'article 68 a été appliqué dans six affaires. Dans deux affaires (affaire relative à l'*usine de Chorzów (Indemnités)*, affaire de la *Compagnie du port, des quais et des entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient*), il s'agissait d'un arrangement à l'amiable. Dans trois affaires (*Délimitation des eaux territoriales entre l'île de Castellorizo et les côtes d'Anatolie*, *Statut juridique du territoire du sud-est du Groenland*, et *Borchgrave*), il s'agissait d'un désistement de commun accord. Enfin, une seule affaire (*Losinger et C<sup>o</sup>*) se réfère aux deux hypothèses à la fois. Deux des six affaires ont été introduites par ou sur base d'un compromis, les quatre autres par une requête unilatérale. Ce dernier fait mérite d'être souligné, car il pourrait nous aider à interpréter l'article 69 du Règlement qui, à première vue, semble s'opposer à l'article précédent du fait qu'il y est question du désistement « au cours d'une instance introduite par requête ».

#### b) L'article 69.

Cet article a la teneur suivante :

1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, la partie demanderesse fait connaître par écrit à la Cour qu'elle renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désistement, la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour, ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier à la partie défenderesse.

2. Si, à la date de la réception du désistement, la partie défenderesse a déjà fait acte de procédure, la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président fixe un délai dans lequel ladite partie doit déclarer si elle s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait opposition au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président, rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait opposition, l'instance se poursuit.

Bien que d'apparence assez claire, le texte de ces deux paragraphes mériterait d'être soumis à un examen minutieux dont les résultats, comparés à ceux de la pratique judiciaire, nous apprendraient l'existence de sérieuses différences entre la théorie d'une part, et l'application de ces textes dans la pratique d'autre part.

Cet examen dépasserait les limites raisonnables de cette étude. Aussi nous contenterons-nous de comparer cet article avec l'article 68.

L'article 69 du Règlement, qui se réfère aux désistements unilatéraux (l'article 68 traitant des désistements d'un commun accord), n'a été inséré au

<sup>48</sup> *Idem*, p. 20.

Règlement de la Cour que lors de la révision des années 1935-1936. Avant la révision, la Cour permanente de Justice internationale s'était trouvée trois fois devant un désistement unilatéral. Ce fut dans les affaires des *Appels contre certains jugements du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque*, de l'*Administration du prince von Pless*, et de la *Réforme agraire polonaise et la minorité allemande*.

Le procès-verbal de la 28<sup>e</sup> session de la Cour, tenue le 12 mai 1933 pour statuer sur l'affaire des *Appels du Gouvernement tchécoslovaque*, reproduit l'opinion des juges sur ce nouveau phénomène du désistement unilatéral. D'après le juge Fromageot, l'article 61 (l'actuel article 68) ne s'appliquait que lorsque l'instance avait été introduite par compromis. Mais l'affaire déjà citée, relative à l'*usine de Chorzów (indemnités)* prouve que l'article en question s'appliquait également au cas où l'instance avait été introduite par une requête unilatérale. Dans cette affaire, les deux Parties sont tombées d'accord sur la solution à donner au litige soumis à la Cour par une requête unilatérale du Gouvernement allemand. Rien n'empêche que les deux Parties se mettent également d'accord pour se désister de l'instance, même après une requête unilatérale. Cet avis est d'ailleurs exprimé dans le procès-verbal de la même séance du 12 mai 1933 par le juge Anzilotti qui estima que l'intention des auteurs du Règlement de 1922 était probablement que l'article 61, aléna 2, (l'actuel article 68), soit applicable quelle que soit la manière par laquelle la Cour aurait été saisie. Finalement, les juges se sont mis d'accord sur le principe que la Cour ne peut être dessaisie d'une manière unilatérale une fois l'instance liée.

On a l'impression, à première vue, que la technique du désistement, prévue dans l'article 69, ne peut jouer que lorsque l'instance a été introduite par requête. Cette constatation superficielle soulève deux questions. L'article en question ne s'appliquerait-il pas au cas où l'instance a été introduite par compromis ? Lorsque l'instance a été introduite par une requête unilatérale, les Parties peuvent-elles se désister en utilisant la technique préconisée dans la deuxième hypothèse de l'article 68, à savoir le désistement d'un commun accord ? A notre avis, la distinction entre l'article 69 du Règlement de la Cour ne doit pas être trouvée dans la manière, — compromis ou requête unilatérale, — dont la Cour a été saisie de l'affaire. L'article 68 s'applique également au cas où l'instance a été introduite par une requête unilatérale. La seule différence avec la situation prévue dans l'article 69 réside dans le fait que, dans les hypothèses prévues dans l'article 68, l'accord des Parties est obtenu d'une manière directe, sans l'intermédiaire de la Cour. La question de savoir si, l'affaire étant introduite par un compromis, une des Parties peut se désister unilatéralement, et plus malaisée à résoudre. De toute manière, le paragraphe 1 de l'article 69 (hypothèse où la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure), n'entre pas en ligne de compte puisque l'introduction d'une affaire par compromis implique un acte de procédure des deux Parties. Reste donc l'hypothèse du paragraphe 2. En introduisant une requête par com-

promis, les deux Parties font en même temps acte de procédure. Il se peut toutefois que, après la conclusion d'un compromis d'arbitrage, une des Parties introduise l'instance par une requête unilatérale. Examinons brièvement ces deux possibilités.

*L'instance introduite par un compromis.*

Puisqu'il y a accord entre les Parties pour saisir la Cour et pour établir sa compétence, il va de soi que le désistement doit être l'œuvre des deux Parties. Mais l'accord doit-il nécessairement être établi au même instant et paraître dans une déclaration commune des deux Parties ? Ou cet accord peut-il se faire par une offre et une acceptation séparées dans le temps ? Puisque la distinction entre les articles 68 et 69 ne doit pas être établie en fonction d'une technique différente de saisie de la Cour, il n'y a, à notre avis, aucune raison pour ne pas admettre la possibilité d'un désistement unilatéral suivi d'une acceptation séparée, même lorsque l'instance est introduite par un compromis. De toute façon, le désistement unilatéral n'a aucun effet par lui seul, et doit être considéré comme une offre soumise à l'acceptation par la Partie adverse. Il faut donc que l'accord se fasse entre les Parties en litige, mais il importe peu, à notre avis, que cet accord intervienne avec ou sans la coopération de la Cour. Si la partie adverse entend poursuivre la procédure, elle n'a qu'à s'opposer à la déclaration de désistement.

*L'instance introduite par requête sur base d'un compromis.*

Le compromis établit l'accord des parties pour porter un différend devant la Cour et pour reconnaître la compétence de celle-ci pour connaître l'affaire. Toutefois, la Cour n'en est pas encore saisie, et la procédure n'est pas encore engagée. Elle le sera par une requête unilatérale émanant d'une des Parties. Ce fut le cas, parmi d'autres, dans l'affaire de la *Délimitation des eaux territoriales entre l'île de Castellorizo et les côtes d'Anatolie* qui, sur la base d'un compromis italo-turc du 30 mai 1929, fut introduite par une requête unilatérale turque du 18 novembre 1931. Cette seule requête fondée sur le compromis, a eu comme effet de mettre la procédure en marche et d'engager l'instance. Il s'ensuit que l'accord de la partie adverse est nécessaire pour supprimer l'accord préliminaire tendant à soumettre l'affaire à la Cour.

Bref, lorsque l'instance a été introduite par un *compromis*, il faut que les Parties soient d'accord pour dessaisir la Cour de l'affaire. Cet accord peut s'établir *directement* entre les Parties qui informent la Cour. C'est l'hypothèse du désistement d'un accord commun « à tous égards » prévu à l'article 68. Cet accord peut également être obtenu par un désistement unilatéral d'une des parties, transmis à l'autre par les services de la Cour aux fins d'acceptation. C'est l'hypothèse du paragraphe 2 de l'article 69. Lorsque l'instance a été introduite par *requête*, le désistement nécessite l'accord des Parties lorsque la Partie défenderesse a déjà fait acte de procédure. Cet accord peut de nouveau

être obtenu directement entre les Parties (article 68), ou par un désistement unilatéral suivi d'une acceptation de la Partie défenderesse adressée au Greffe de la Cour.

On peut en conclure tout d'abord que l'article 69 n'a pas été introduit dans le Règlement de la Cour pour pallier les difficultés surgies par un désistement après une requête unilatérale, mais pour combler la lacune de l'article 61 du Règlement de 1922 qui ne prévoyait que le désistement d'un commun accord. En outre, il nous semble difficile de partager l'avis de la Cour internationale de Justice lorsqu'elle affirme que « dans les cas relevant de l'article 69 il (le désistement) est un acte essentiellement unilatéral, quel que soit son fondement, malgré l'acquiescement requis pour lui donner effet »<sup>49</sup>. Certes l'acte de désistement et l'acte de non-opposition, sont unilatéraux en *la forme*, et la notification à la Cour sous l'article 69 « revêt toujours... la forme d'une communication unilatérale émanant de la partie demanderesse »<sup>50</sup>. Unilatéral en la forme, le désistement ne l'est quant au fond et quant à son effet que dans la seule hypothèse de l'article 69, paragraphe 1. Dans l'hypothèse de l'article 69, paragraphe 2, la présence d'un contrat judiciaire, — établi, soit par le compromis, soit par des déclarations faites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, déclarations qui ne sont pas non plus faites de partie à partie, — empêche que la Cour soit dessaisie par un acte essentiellement unilatéral; il faut un nouvel accord entre les Parties. La notification du désistement unilatéral n'a aucun effet sur l'instance en cours.

Peut-être faut-il comprendre l'avis de la Cour sur le caractère unilatéral du désistement dans un sens plus restreint, et l'adapter aux circonstances de l'espèce. Le Gouvernement espagnol avait prétendu qu'avant toute notification de désistement, il y avait accord entre lui et le Gouvernement belge sur le caractère définitif du désistement. La Cour a tout à fait raison de dire que « si une entente existe entre les parties (et une telle entente est certainement possible), elle doit précéder l'acte de désistement même et être recherchée en dehors de de cet acte »<sup>51</sup>. Mais même en supposant la présence d'une telle entente, elle aurait dû s'extérioriser. Or, la Cour avait déjà constaté que les notifications du désistement et de l'acceptation n'y faisaient pas allusion. Dans ce cas, la notification de désistement nécessitait en tout cas une prise de position nette de la part du Gouvernement espagnol. Cette prise de position n'aurait fait que confirmer le caractère définitif du désistement, mais n'aurait rien dit sur son caractère unilatéral ou contractuel. Une notification unilatérale du désistement appelle toujours une réaction de la Partie défenderesse lorsque celle-ci a déjà fait acte de procédure, quelles qu'aient été les intentions des Parties

<sup>49</sup> *Recueil* 1964, p. 20.

<sup>50</sup> *Idem*, *cod. loc.*

<sup>51</sup> *Recueil* 1964, p. 20.

avant le désistement. A notre avis, le caractère « essentiellement unilatéral » du désistement fait en application de l'article 69, paragraphe 2, ne peut être soutenu. Dans une étude consacrée au désistement d'instance, M. Raynaud écrivait en 1942 que le caractère contractuel du désistement d'instance est indiscutable<sup>52</sup>. Cet avis est partagé par tous les auteurs ayant examiné le problème en droit judiciaire privé, excepté par ceux qui n'admettent pas la définition du lien d'instance par l'idée de contrat. Le contrat de désistement n'est pas un accord direct, mais un rapport d'instance en présence du juge, constaté par lui<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Le désistement d'instance. Contribution à l'étude de la renonciation à un droit. *Revue trimestrielle de droit civil*, t. XL, 1942, pp. 1-29.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 8. DALLOZ, *Encyclopédie juridique. - Répertoire de procédure civile et commerciale*, t. I, pp. 738 et ss. Dans le même sens : M. Bos, *Les conditions du procès en droit international*, 1957, p. 261.