



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 4/2014

1. EXCEPTIONS PRELIMINAIRES ET EGALITE DES PARTIES DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

[Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Royaume-Uni\) – ordonnance du 16 juin 2014](#)

[Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Inde\) – ordonnance du 16 juin 2014](#)

[Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Pakistan\) – ordonnance du 10 juillet 2014](#)

Dans le cadre des instances introduites le 24 avril 2014 par les Iles Marshall contre les neuf Etats possédant des armes nucléaires opérationnelles, la Cour vient de fixer les délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite en ce qui concerne les trois affaires qu'elle a pu inscrire au rôle. Les trois affaires soulevaient des questions délicates de recevabilité et de compétence (Osservatorio N. 3/2014, p. 541-546). La procédure principale à l'égard du Royaume-Uni suit son cours : la Cour a fixé les délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite concernant le fond de l'affaire selon ce qui est prévu à l'article 45 de son Règlement ([*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Royaume-Uni\)*, ordonnance du 16 juin 2014](#)). Ce sont plutôt les deux autres affaires qui vont retenir notre attention. C'est sur la base de l'article 79, par. 2, de son Règlement que la Cour décide que les procédures sur le fond à l'encontre de l'Inde et du Pakistan sont suspendues et qu'il sera statué *in limine* sur toute question de recevabilité et de compétence ([*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Inde\)*, ordonnance du 16 juin 2014](#) ; [*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Pakistan\)*, ordonnance du 10 juillet 2014](#)). Elle fixe par conséquent les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite portant sur ces questions. Le demandeur – les Iles Marshall –

déposera son mémoire dans un délai de six mois et le défendeur – respectivement l'Inde et le Pakistan – disposera du même délai pour la présentation de son contre-mémoire.

C'est cet ordre qui pose problème. Le demandeur, qui a déjà exposé dans sa requête, certes sommairement, le fondement de la compétence de la Cour et la nature du différend, est le premier à devoir préciser ses arguments et, de quelque manière, anticiper une réponse aux exceptions préliminaires que le défendeur ne soulèvera que plus tard dans son contre-mémoire sans avoir la possibilité de répliquer à ces exceptions lors de la procédure écrite, tout en gardant bien sûr la faculté d'y répliquer lors de la procédure orale (article 79, par. 6, du Règlement). C'est le principe de l'égalité des parties que ces décisions semblent remettre en cause.

1. La procédure ordinaire au sens de l'article 79, par. 1 et 5, du Règlement

La procédure incidente des exceptions préliminaires vise à suspendre l'examen du fond d'une affaire afin que la Cour se prononce avant tout sur les objections à sa compétence ou à la recevabilité d'une requête. Les exceptions préliminaires sont normalement présentées par le défendeur lorsque l'instance est introduite par requête.

Suivant la procédure ordinaire prévue par l'article 79, par. 1, du Règlement, les exceptions à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête sont présentées par le défendeur « par écrit dès que possible, et au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire » du demandeur. Le défendeur peut alors introduire ces exceptions tout de suite après l'introduction de l'affaire – sur la base des informations contenues dans la requête (article 38, par. 2, du Règlement) – ou, le plus souvent, il peut attendre le dépôt du mémoire du demandeur, qui contient normalement des arguments plus précis sur la recevabilité de la requête et le fondement de la compétence de la Cour. La procédure sur le fond est suspendue, la procédure incidente se concentre uniquement sur les exceptions préliminaires et le demandeur, en toute connaissance de cause, « peut présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions » (article 79, par. 5), c'est-à-dire, ses arguments répliquant aux exceptions du défendeur.

Les précédents sont très nombreux et le différend entre la Bolivie et le Chili (voy. Osservatorio N. 3/2014, p. 541) ne fournit que l'exemple le plus récent d'application de l'article 79, par. 1. La Bolivie ayant déposé son mémoire dans le délai fixé par la Cour (*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, ordonnance du 18 juin 2013), le Chili – le défendeur – a présenté le 15 juillet 2014 une exception préliminaire à la compétence de la Cour se référant à l'article 79, par. 1, du Règlement. Conformément à l'article 79, par. 5, la Cour a adopté, le même jour, une ordonnance qui suspend la procédure sur le fond et fixe au 14 novembre 2014 la date d'expiration du délai dans lequel la Bolivie – le demandeur – pourra présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions sur l'exception préliminaire soulevée par le Chili (*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, ordonnance du 15 juillet 2014).

C'est cette procédure ordinaire qui sera suivie si le Royaume-Uni avait l'intention de présenter des exceptions préliminaires dans le cadre du différend qui l'oppose aux Iles Marshall. L'ordonnance adoptée par la Cour indique les délais de dépôt des pièces de la procédure écrite : le 16 mars 2015 pour le mémoire des Iles Marshall et le 16 décembre 2015 pour le contre-mémoire du Royaume-Uni (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni)*, ordonnance du 16 juin 2014). Si les Iles Marshall déposent leur mémoire dans le délai fixé

par la Cour, le Royaume-Uni pourra présenter des exceptions préliminaires au plus tard le 15 juin 2015. Le demandeur aura en principe quatre mois pour présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires soulevées (voy. Instruction de procédure V).

La procédure envisagée à l'article 79, par. 1 et 5, est confirmée par une abondante pratique judiciaire. La question de l'égalité des parties peut se poser par rapport au moment où l'exception peut être soulevée ou par rapport à l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite.

En ce qui concerne le premier aspect, l'article 79, par. 1, contient une formule de compromis impliquant un certain avantage du défendeur, qui peut soulever des exceptions préliminaires après avoir pris connaissance du mémoire du demandeur. Cette possibilité a été critiquée, l'égalité entre les parties n'étant pas assurée « si la Cour se prononce sur la question de compétence après avoir reçu, de l'une des parties seulement, un mémoire sur le fond » (A. Hammarskjöld, *CPJI Série D, Addendum au n. 2*, 1926, p. 84). Cet « avantage » se justifierait néanmoins par la nature consensuelle de la juridiction de la Cour qui fait que le fondement de sa compétence doit être établi par rapport à l'objet de chaque différend donc en connaissance des réclamations du demandeur (D. Anzilotti, *ibidem*, p. 79). Il serait donc difficile que la requête à elle seule suffise, dans tous les cas, à élucider les questions de compétence et de recevabilité (S. Rosenne, *Procedure in the International Court*, Dordrecht, 1983, p. 161). Mais cette situation ne peut pas être généralisée – les nombreux cas de la pratique où les exceptions préliminaires ont été soulevées dès communication de la requête le montre bien – et une règle flexible permettant au défendeur de décider à quel moment soulever l'exception a été préférée (*CPJI Série D, Troisième addendum au n. 2*, 1936, p. 90-91).

De toute manière, la formule de compromis retenue à l'article 79, par. 1 (« au plus tard »), ne considère pas que la connaissance du mémoire soit indispensable, les exceptions préliminaires pouvant bien être présentées avant le dépôt de cette pièce de procédure. Il faut rappeler à cet égard que, lors de la procédure sur les exceptions préliminaires, les parties doivent se limiter à ce qui a trait à l'exception et ne pas aborder indûment le fond de l'affaire. Si des informations plus précises s'avèrent nécessaires la Cour a toujours le pouvoir d'inviter « les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question » (article 79, par. 8). Si, en revanche, « l'exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire », la Cour a le pouvoir de joindre l'exception au fond (article 79, par. 9).

En ce qui concerne l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite, l'article 79, par. 5, paraît tout à fait conforme au principe de l'égalité des parties. « C'est [...] à l'Etat qui oppose l'exception d'incompétence qu'il incombe de fournir tous les éléments nécessaires à la décision de la Cour » (D. Anzilotti, *CPJI Série D, Addendum au n. 2*, 1926, p. 91). Le mémoire sur les exceptions préliminaires est donc déposé par le défendeur. Le demandeur dispose à son tour d'un délai approprié pour préparer son contre-mémoire, à savoir la réponse écrite aux exceptions soulevées par le premier.

2. Les exceptions préliminaires in limine litis selon l'article 79, par. 2 et 3, du Règlement

En dérogation de la procédure ordinaire (« Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus »), l'article 79, par. 2, attribue à la Cour le pouvoir de statuer séparément sur toute question de compétence ou de recevabilité.

L'exigence particulière qui justifie cette dérogation est manifestement de résoudre des questions préliminaires de compétence ou de recevabilité avant que la procédure sur le fond soit engagée mais en l'absence d'une demande formelle à cet égard de la part du défendeur. Certaines requêtes peuvent en effet donner lieu à des objections du défendeur qui considère que la Cour ne soit pas valablement saisie, ces objections pouvant entraîner par exemple le refus de nommer un agent ou la non-comparution du défendeur devant la Cour. Des circonstances qui se sont présentées avec une certaine régularité dans le passé.

Suite à l'amendement du Règlement de 2001, l'article 79, par. 2, permet aujourd'hui à la Cour de décider – après consultation des parties – que la procédure incidente sur les exceptions préliminaires suive immédiatement le dépôt de la requête. Un acte formel d'introduction de l'exception faisant défaut, c'est à la Cour qu'il revient de décider les délais et l'ordre dans lesquels les parties déposeront les pièces de procédure relatives à la compétence et à la recevabilité (article 79, par. 3).

La décision sur l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite sur les exceptions préliminaires correspond à un pouvoir discrétionnaire de la Cour, un pouvoir qui doit tout de même être exercé dans le respect des principes qui régissent sa fonction judiciaire, notamment le principe d'égalité des parties. La question est alors de savoir quel ordre doit être suivi en règle générale et quelles circonstances particulières peuvent justifier un ordre différent. La différence principale par rapport à la procédure ordinaire étant l'absence d'un acte formel introductif de l'exception, bien que les objections à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête soient généralement contenues dans une communication du défendeur adressée à la Cour.

La formulation de l'article 79, par. 3, ne fournit aucune règle générale. La Cour est libre de décider que la procédure écrite commence par un acte du défendeur illustrant ses exceptions préliminaires ou bien par un mémoire du demandeur précisant ses arguments sur le fondement de la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête. La disposition précise que l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite sera fixé « nonobstant les dispositions de l'article 45, paragraphe 1 », du Règlement. Ce qui implique que l'ordre fixé par l'article 45 puisse être soit maintenu soit renversé.

Un ordre « renversé » correspond à celui qui est prévu pour la procédure ordinaire sur les exceptions préliminaires et présente sans doute l'avantage pour le demandeur de préparer son contre-mémoire en sachant quelles exceptions ont été soulevées par le défendeur. Ce qui permet aussi de réaliser une certaine économie procédurale en abordant uniquement les aspects qui divisent les parties. Cet ordre paraît par conséquent préférable en règle générale.

Un ordre conforme à celui qui est prévu à l'article 45 présente sans doute le désavantage de mettre le demandeur dans la condition de devoir anticiper les exceptions du défendeur. L'on pourrait soutenir que « puisque c'est le demandeur qui provoque toute la procédure, il est naturel qu'il en supporte les conséquences » (D. Anzilotti, *CPJI Série D, Addendum au n. 2*, 1926, p. 90). Encore faut-il qu'il soit mis dans la condition de connaître les exceptions soulevées par le défendeur, pour que l'égalité des parties soit assurée. Cet ordre pourrait alors s'avérer approprié dans des circonstances particulières, par exemple, lorsque les parties ont déjà eu l'occasion de se pencher sur les questions faisant l'objet d'exceptions préliminaires au cours de la procédure.

L'analyse de l'article 79 du Règlement confirme les préoccupations sur le respect du principe de l'égalité des parties que suscite la décision prise par la Cour dans les affaires qui opposent les Iles Marshall et, respectivement, l'Inde et le Pakistan et suivant laquelle le

demandeur est appelé à déposer, le premier, son mémoire concernant la compétence de la Cour et la recevabilité de sa requête. La décision pourrait encore se justifier si des circonstances particulières permettaient de « rééquilibrer » la position des parties et, partant, de s'écarter de l'ordre prévu par la procédure ordinaire sur les exceptions préliminaires.

3. La pratique judiciaire de la Cour

Il n'est pas aisé de dégager des précédentes affaires dans lesquelles la Cour s'est prononcée *in limine* sur les exceptions préliminaires une règle générale qui s'appliquerait à la décision concernant l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite. La pratique judiciaire de la Cour fournit néanmoins des éléments utiles à la définition des circonstances particulières qui peuvent justifier un ordre de dépôt plus favorable au défendeur.

Quant à l'existence d'une règle générale en la matière, la pratique de la Cour connaît un seul précédent qui a fait application de l'article 79, par. 2 et 3, du Règlement. Saisie d'un différend entre le Congo et le Rwanda et après avoir rejeté la demande en indication de mesures conservatoires du Congo jugeant qu'elle ne disposait pas en l'espèce de la compétence *prima facie* nécessaire, la Cour a décidé que les pièces de la procédure écrite auraient porté d'abord sur la question de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête. Elle a fixé un ordre de dépôt suivant lequel le mémoire du défendeur concernant les exceptions préliminaires devait précéder le contre-mémoire du demandeur (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, ordonnance du 18 septembre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 300). Ce qui semble confirmer la solution retenue plus haut découlant de l'interprétation des dispositions du Règlement. Mais cette conclusion pourrait être trop hâtive. L'application de la procédure prévue aux paragraphes 2 et 3 de l'article 79 avait été proposée par le Rwanda – le Congo n'ayant pas soulevé d'objections à cet égard et remettant la décision à la Cour – et l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite retenu par la Cour avait été convenu entre les parties « dans le cas où cette procédure serait suivie » (*idem*). La décision de la Cour reposait alors sur l'accord des parties.

Une analyse de la pratique judiciaire de la Cour dans son ensemble, en y incluant les décisions adoptées avant l'introduction des paragraphes 2 et 3 de l'article 79, ne s'avère pas plus concluante. Par simplicité ces décisions peuvent être divisées en deux groupes.

Les décisions adoptées entre 1985 et 2000 ne suivent apparemment pas de règle générale : la Cour a fixé un ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite sur les questions de compétence et recevabilité selon lequel il revient parfois au défendeur de déposer, le premier, un mémoire visant ces questions préliminaires (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Burundi)*, ordonnance du 21 octobre 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1019-1020 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, ordonnance du 21 octobre 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1026-1027 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, ordonnance du 22 octobre 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 552) et, d'autres fois, il incombe au demandeur d'illustrer dans un premier mémoire le fondement de la compétence de la Cour et la recevabilité de sa requête (*Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, ordonnance du 19 novembre 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1040 ; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, ordonnance du 2 mai 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 88).

Or, ces décisions reposent toutes sur l'accord des parties. L'accord des parties justifie aussi bien « qu'il soit statué séparément, avant toute procédure sur le fond, sur la question

de compétence en l'espèce », que l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite. En l'absence d'une disposition spécifique dans son Règlement, il semble naturel que la Cour suive l'ordre de dépôt qui a été convenu par les parties. Si une règle générale pouvait se déduire de la procédure ordinaire sur les exceptions préliminaires, suivant laquelle le premier mémoire devrait être celui du défendeur, l'accord des parties pourrait encore justifier une exception à cette règle générale, que cela découle de la liberté du demandeur de renoncer à la protection de ses droits offerte par la règle générale ou bien d'une application implicite de l'article 101 du Règlement. L'égalité des parties ne serait alors pas remise en cause.

Toutefois, il peut être intéressant de noter que dans les cas où la Cour a fixé un ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite favorable au défendeur, le demandeur était appelé à rédiger le premier mémoire en ayant connaissance des exceptions préliminaires que le défendeur avait pris le soin de communiquer, bien que de façon informelle, à la Cour (*Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, ordonnance du 19 novembre 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1039 ; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, ordonnance du 2 mai 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 87).

Les décisions adoptées avant 1985 montrent au contraire une certaine régularité. Les circonstances de leur adoption étaient semblables. Ces affaires ont toutes été introduites par requête, à laquelle s'ajoutait une demande en indication de mesures conservatoires. Le dépôt de la requête a été suivi par une communication informelle du défendeur qui contestait la compétence de la Cour et qui demandait, dans la plupart des cas, de rayer l'affaire du rôle. A une exception près, cette position a entraîné la non-comparution du défendeur. Les premières décisions de la Cour ont porté sur la demande en indication de mesures conservatoires. La Cour a donc décidé que, vues les circonstances de l'espèce, il était nécessaire de résoudre en premier lieu la question de sa compétence et, partant, que les pièces de la procédure écrite auraient porté d'abord sur cette question. L'ordre de dépôt de ces pièces est toujours le même : le demandeur est le premier à devoir déposer son mémoire, le défendeur étant appelé à déposer son contre-mémoire dans un second temps (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 14 mai 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 209; *Plateau continental de la mer Egée*, ordonnance du 14 octobre 1976, *C.I.J. Recueil 1976*, p. 43; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 106; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 142; *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 331; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, ordonnance du 18 août 1972, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 182; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, ordonnance du 18 août 1972, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 189).

Il est évident que l'accord des parties, faisant défaut, ne pouvait pas expliquer un tel ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite. Dans certains cas, la Cour a indiqué expressément que l'exigence de se prononcer *in limine* sur les questions de compétence découlait des objections soulevées dans la communication du défendeur et de sa non-comparution (voy. p. ex. *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, par. 35-36). Ce qui pourrait expliquer que la Cour se tourne vers la seule partie qui participe à la procédure – le demandeur – pour qu'elle fournisse les éléments permettant de conclure à la compétence de la Cour, tout en offrant au défendeur – typiquement absent – la possibilité de répondre en précisant ses

objections préliminaires. Mais cette exigence pratique n'offre pas en soi une garantie de traitement égal des parties.

L'on pourrait considérer que le déroulement d'une procédure en indication de mesures conservatoires offre la possibilité d'aborder des questions de compétence. Toutefois, dans les cas visés le défendeur est toujours absent (la seule exception étant l'affaire concernant les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, *C.I.J. Recueil* 1984, p. 169) et le demandeur n'est pas en mesure de recevoir des informations plus détaillées sur les objections préliminaires du défendeur.

Le seul aspect qui montre un souci de protéger l'égalité des parties est la présence constante d'une communication (informelle) du défendeur. Bien qu'elle ne puisse pas être considérée comme une pièce de procédure écrite, cette communication fournit néanmoins les éléments essentiels pour que le demandeur connaisse les objections à la compétence de la Cour soulevées par le défendeur. La procédure particulière suivie par la Cour dans l'affaire *Nottebohm* pourrait confirmer l'importance de cette communication aux fins de la détermination de l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite. Au cours de la procédure écrite sur le fond et suite au dépôt du mémoire du demandeur, le défendeur avait fait parvenir à la Cour une communication (n. 12580) où il indiquait les raisons de ses objections à la compétence de la Cour. La Cour, ayant décidé que la suite de la procédure aurait porté sur la question de sa compétence, a fixé le délai pour la présentation d'une seule pièce de procédure : un exposé du demandeur « contenant ses observations sur la communication (n. 12580) » (*Affaire Nottebohm*, ordonnance du 21 mars 1953, *C.I.J. Recueil* 1953, p. 8). La communication du défendeur a été considérée par la Cour comme un mémoire illustrant une exception préliminaire (*Affaire Nottebohm*, exception préliminaire, arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil* 1953, p. 118). Il en est de même pour le demandeur (Exposé des observations du Gouvernement de la Principauté de Liechtenstein, p. 171-172). La procédure particulière suivie par la Cour se rapproche alors plutôt de la procédure ordinaire sur les exceptions préliminaires prévue aujourd'hui à l'article 79, par. 1 et 5, du Règlement. Mais l'importance de la communication informelle du défendeur demeure. C'est elle qui fait connaître au demandeur les exceptions préliminaires.

Si cet élément était à la base des décisions de la Cour, il pourrait également expliquer les décisions plus récentes dans lesquelles la Cour a fixé un ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite sur les exceptions préliminaires plus favorable au défendeur. Toutes les décisions ayant fixé un tel ordre de dépôt (les plus anciennes comme celles rendues dans les affaires concernant l'*Incident aérien du 10 août 1999* et la *Compétence en matière de pêcheries*) ont en commun le fait que le défendeur ait communiqué informellement à la Cour ses objections préliminaires concernant sa compétence ou la recevabilité de la requête.

4. Exceptions préliminaires et égalité des parties

De l'analyse qui précède l'on peut déduire quelques remarques plus générales. L'ordre de dépôt des pièces de la procédure ordinaire sur les exceptions préliminaires, donc un ordre renversé par rapport à celui prévu à l'article 45 du Règlement, suivant lequel le premier mémoire est celui du défendeur illustrant les exceptions préliminaires, est conforme au principe de l'égalité des parties, tout en offrant au défendeur l'avantage de soulever ses exceptions après avoir pris connaissance du mémoire sur le fond du demandeur. Le même ordre devrait s'appliquer, en règle générale, à la procédure prévue à

l'article 79, par. 2 et 3, du Règlement. L'accord des parties peut entraîner une exception à cette règle générale, le demandeur pouvant renoncer à la possibilité de connaître dans le détail les exceptions préliminaires du défendeur. Un ordre de dépôt plus favorable au défendeur pourrait enfin se justifier en présence de circonstances particulières, mais à condition que le demandeur connaisse les exceptions soulevées par le défendeur.

Peut-on dire que les ordonnances de 2014 concernant les différends entre les Iles Marshall et l'Inde, d'une part, et celui entre les Iles Marshall et le Pakistan, de l'autre, sont conformes au principe de l'égalité des parties et offrent une protection suffisante des droits du demandeur ?

Puisque la Cour y a fixé un ordre favorable au défendeur, donc différent de celui que le principe d'égalité des parties aurait suggéré, la première question est de savoir si cet ordre découlait de l'accord des parties. Dans les deux cas cet accord semble faire défaut : la décision de la Cour concernant l'ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite ne renvoie aucunement à la position commune des parties à cet égard. L'on pourrait tout de même se demander si le consentement unilatéral du demandeur pouvait justifier une décision pour lui désavantageuse et écarter les doutes sur la conformité de cette décision au principe de l'égalité des parties. Encore faudrait-il que l'on déduise ce consentement des ordonnances de la Cour. La décision rendue entre les Iles Marshall et l'Inde précise que le demandeur a « indiqué que, dans l'hypothèse où la Cour prescrirait un premier tour de procédure écrite consacré à la question de sa compétence, un délai de six mois serait suffisant aux fins de la préparation d'une pièce sur cette question » ([*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Inde\), ordonnance du 16 juin 2014*](#)). Il est difficile d'en déduire que les Iles Marshall ont consenti à un ordre particulier de dépôt des pièces écrites. De l'ordonnance rendue entre les Iles Marshall et le Pakistan l'on apprend seulement que les parties « ont exposé les vues de leurs gouvernements respectifs quant aux questions de procédure en l'espèce » ([*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Pakistan\), ordonnance du 10 juillet 2014*](#)).

La seconde question concerne les circonstances particulières de ces affaires. Sont-elles de nature à justifier un ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite tel que celui que la Cour a arrêté ? La procédure à l'encontre de l'Inde pourrait se rapprocher des cas plus anciens de la pratique de la Cour qui ont été examinés plus haut. L'Inde n'a pas désigné un agent et n'a pas participé à la réunion avec le Président de la Cour. L'Inde s'est bornée à envoyer une lettre informant la Cour qu'elle considère « que la Cour internationale de Justice n'a pas de compétence pour connaître du différend allégué » ([*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Inde\), ordonnance du 16 juin 2014*](#)). Si le risque de non-comparution du défendeur est alors réel, le demandeur ne semble toutefois disposer d'aucune information précise sur les objections soulevées par le défendeur. La procédure à l'encontre du Pakistan ne montre en revanche aucune circonstance particulière, en tout cas en ce qui concerne le risque de non-comparution du défendeur. Le Pakistan a nommé un agent et il a participé à la réunion avec le Président de la Cour. Comme dans le cas précédent, la note verbale du défendeur se limite à informer la Cour que « après mûre réflexion, le Pakistan est d'avis que la CIJ n'a pas compétence ... et considère la requête comme irrecevable » ([*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire \(Iles Marshall c. Pakistan\), ordonnance du 10 juillet 2014*](#)).

Les éléments que l'on peut déduire des ordonnances visées ne sont peut-être pas suffisants pour arriver à une conclusion définitive sur le cas d'espèce. Mais reste la question plus générale. Dans un cas où le demandeur pourrait être amené à plaider le premier, la compétence de la Cour et la recevabilité de sa requête sans connaître précisément quelles exceptions préliminaires sont soulevées par le défendeur, ne serait-il pas plus souhaitable que la Cour – à laquelle revient la décision – fixe un ordre de dépôt des pièces de la procédure écrite capable de garantir le respect du principe de l'égalité des parties ?

Force est de constater enfin que la protection de l'égalité des parties peut s'avérer plus délicate dans le cas d'un différend multilatéral. Bien que les instances introduites par les Iles Marshall restent formellement séparées, du moins à présent, elles visent toutes des questions de fond bien semblables. En partie, cette superposition concerne également les questions de compétence et surtout de recevabilité (Osservatorio N. 3/2014, p. 541-546). Ce qui avantage les défendeurs, nonobstant la confidentialité des procédures séparées. La position du demandeur aurait mérité, à plus forte raison, une certaine protection, alors qu'à la suite des ordonnances visées il se retrouve à anticiper d'abord les exceptions de compétence soulevées par l'Inde, ensuite les exceptions de compétence et de recevabilité soulevées par le Pakistan et peut-être les exceptions préliminaires que le Royaume-Uni a le droit de soulever après le dépôt du premier mémoire sur le fond des Iles Marshall.

BEATRICE I. BONAFÉ



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 4/2014

2. L'USO DI ESPERTI NEL PROCEDIMENTO DAVANTI ALLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA: IL CASO DELLA *CACCIA ALLA BALENA*

[Judgment of 31 March 2014, Whaling in the Antarctic \(Australia v. Japan: New Zealand intervening\)](#)

Nella sua recente decisione concernente la controversia tra Nuova Zelanda e Giappone, la Corte internazionale di giustizia è stata chiamata ad accertare se le attività di caccia alla balena svolte dal Giappone nell'ambito del programma JARPA II fossero configurabili come aventi «finalità scientifiche» ai sensi dell'articolo VIII della Convenzione per la regolamentazione della caccia alla balena. Tale disposizione pone un'eccezione al divieto generale di caccia alla balena nell'ipotesi in cui la caccia sia condotta per finalità scientifiche. Nell'accertare se il programma giapponese JARPA II ricadesse nell'ambito di applicazione di tale eccezione, la Corte ha potuto avvalersi di indicazioni fornite da esperti nominati dalle parti della controversia. Sotto questo profilo, la decisione della Corte si segnala per il fatto di fornire alcuni spunti interessanti riguardo all'uso di esperti nel processo. Questi elementi si dimostrano importanti soprattutto alla luce dell'attenzione che è stata dedicata alla questione del ruolo dell'*expertise* nel contenzioso internazionale. È noto come tale questione sia stata oggetto recente di un ampio dibattito sia all'interno della Corte sia in dottrina.

Esistono diverse tipologie di esperti ai quali può essere fatto ricorso dalle parti o dalla Corte per accertare e valutare questioni di fatto controverse (un quadro generale è recentemente offerto da A. Riddell, B. Plant, *Evidence before the International Court of Justice*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 329 ss. Si veda pure C.E. Foster, 'New Clothes for the Emperor? Consultation of Experts by the International Court of Justice', *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, pp. 1-34). In sostanza, dalla prassi emergono tre distinte figure: a) gli esperti indipendenti previsti dall'articolo 50 dello Statuto; b) gli esperti *counsels* (o avvocati esperti); c) gli esperti *witnesses* (o testimoni esperti).

Lo Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede all'articolo 50 (al riguardo, si veda C. Tams, 'Article 50', in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm e C. Tams (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2a ed., Oxford, OUP, 2012, pp.1286-1299.) la possibilità per la Corte di ricorrere ad esperti indipendenti da

lei stessa nominati. In base a questa disposizione, la Corte ha il potere, in qualsiasi momento, di «affidare un'inchiesta o una perizia a qualsiasi persona, ente, ufficio, commissione od organo di sua scelta». Si tratta, dunque, di una prerogativa della Corte che ha come scopo quello di acquisire nuovi elementi di prova o di permettere una migliore valutazione delle prove fornite dalle parte attraverso il ricorso a soggetti esterni ed imparziali dotati di competenze specifiche. In virtù di questo elemento di imparzialità il peso che gli esperti indipendenti godono dal punto di vista probatorio è abbastanza elevato. Nella sentenza resa nel caso dello *stretto di Corfù*, la Corte ha osservato che «[t]he Court cannot fail to give great weight to the opinion of the Experts who examined the locality in a manner giving every guarantee of correct and impartial information» (*I.C.J. Reports* 1949, p. 21). In ogni caso, la prassi in tema di ricorso ad esperti indipendenti è assai limitata. In appena due casi (quello appunto relativo allo *stretto di Corfù* e nel caso relativo al *Golfo del Maine*) la Corte ha fatto ricorso alla possibilità prevista dall'articolo 50. In precedenza la Corte permanente di giustizia internazionale vi aveva fatto ricorso solo nel caso della fabbrica di *Chorzów*. È stato osservato che l'atteggiamento di cautela dimostrato dalla Corte nei confronti dell'uso di esperti indipendenti può essere giustificato dal fatto che, in principio, la Corte preferisce affidare la produzione delle prove alle parti, rispettando l'essenza del principio processuale *onus probandi incumbit actori* (si veda R. Kolb, 'General Principles of Procedural Law', in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm e C. Tams (a cura di), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2a ed., Oxford, OUP, 2012, p. 871 ss.).

Più frequente nella prassi è il ricorso delle parti ad avvocati esperti (*expert counsels*). L'uso di questa figura appare implicitamente ammessa dall'articolo 42, par. 2, dello Statuto. Questa disposizione regola la possibilità che gli agenti delle parti siano assistiti da avvocati. Niente esclude che il collegio difensivo di uno Stato includa la presenza di esperti che partecipano alla fase orale davanti alla Corte. L'uso di esperti avvocati solleva la questione della loro indipendenza. Poiché l'esperto agisce come avvocato di una delle parti in controversia, il valore dell'*expertise* che potrà fornire alla Corte sarà evidentemente più limitato. Inoltre, in questa ipotesi, non esiste la possibilità della *cross examination* dell'esperto, elemento che appare criticabile. Per quanto riguarda il suo valore probatorio, nel caso della *controversia sul confine* tra Burkina Faso e Mali, il Presidente della Camera della Corte, Mohammed Bedjaoui, ha osservato in merito al valore degli esperti avvocati che «the person in question would be considered by the Chamber as speaking on behalf of the party he represented, and not as making a personal statement as expert» (C2/Cr.86/12, 26/06/1986, para. 59). Come è stato giustamente rilevato in dottrina, «[w]hether the ICJ actually sees a probative difference in information presented in the form of a statement by counsel or advisers, as opposed to a statement by an expert or witness, is unclear» (S.D. Murphy, 'The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice', *Yale Journal of International Law*, 2001, p. 444). Ciò spiega altresì perché, nel caso delle *cartiere sul fiume Uruguay*, la Corte abbia osservato che essa «would have found it more useful had they been presented by the Parties as expert witnesses under Articles 57 and 64 of the Rules of Court, instead of being included as counsel in their respective delegations» (*I.C.J. Reports* 2010, p. 72).

La terza figura, quella dei testimoni esperti (*expert witnesses*), è stata utilizzata in misura significativa nella prassi più risalente dalla Corte (per citare alcuni esempi, si può fare particolare riferimento ai casi dello *stretto di Corfù*, del *tempio di Preah Vihear*, della *piattaforma continentale* tra Tunisia e Libia, o ancora al caso *ELSI*). Questa possibilità trova fondamento

negli articoli 57 e 64 del Regolamento della Corte. In sostanza, la procedura prevista per gli esperti testimoni è la stessa di quella prevista per i testimoni. La differenza essenziale, espressa chiaramente dall'articolo 64 (b) del Regolamento, è che la testimonianza di un esperto avverrà in base al suo «sincere belief», valorizzando, dunque, la sua *expertise* riguardo alla questione di fatto controversa. L'altra previsione relativa a questa tipologia di esperto è quella che impone una *cross examination* degli esperti. La presenza della *cross examination* è un elemento che viene valorizzato dalla Corte per soppesare il valore delle indicazioni ricavate da un testimone esperto (*I.C.J. Reports* 1986, p.42). La Corte non ha mai offerto, tuttavia, indicazioni generali sulla rilevanza che essa attribuisce alla testimonianza tecnica offerta da testimoni esperti (si veda A. Riddell, B. Plant, *op cit.*, p. 199). Anche in casi che sollevavano complesse questioni tecniche, come il caso *Gabcikovo-Nagyymaros*, la Corte non ha fornito in modo esplicito precisazioni su come essa abbia misurato il valore di questo tipo di testimonianze. Tuttavia, un esame del modo in cui la Corte ha di fatto utilizzato le prove fornite da testimoni esperti permette di ricavare alcune utili indicazioni. Sotto questo profilo, anche la sentenza resa nel recente caso della *caccia alla balena* fornisce alcuni spunti interessanti.

Il primo elemento che si può ricavare è la tendenza della Corte a valorizzare gli elementi di convergenza nelle valutazioni fornite dagli esperti indicati dalle parti in lite. Così, per esempio, nell'analizzare la questione della trasparenza del programma scientifico giapponese, la Corte ha osservato che «[t]he evidence shows that the JARPA II Research Plan lacks transparency in the reasons for selecting particular sample sizes for individual research items. This is a matter on which the experts called by the two Parties agreed, as described above» (sentenza del 31 marzo 2014, cit., para. 188) o ancora che: «the process used to determine the sample size for minke whales lacks transparency, as the experts called by each of the Parties agreed» (*idem*, para. 225). La Corte ha pertanto richiamato l'attenzione sull'accordo tra gli esperti e ha utilizzato la concordanza delle loro testimonianze come un aspetto che rafforza l'esistenza di un dato fatto.

Il secondo elemento, direttamente collegato al primo, è che la Corte tende a prendere in considerazione l'evenienza che l'opinione dell'esperto si scontri con la posizione dello Stato che l'ha presentato. Così, nella sentenza in esame la Corte ha tenuto conto della critica fatta dall'esperto indicato dal Giappone, Mr. Walløe, con riguardo alla trasparenza delle attività del programma JARPA II (*idem*, para. 159). Questa indicazione non appare certo sorprendente. La posizione della Corte rispetto a dichiarazioni di esperti contrarie alla posizione dello Stato trova corrispondenza nella tendenza della Corte a dare valore probatorio a dichiarazioni rese da autorità di uno Stato che sia a questo sfavorevoli. (si veda C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 191). Nello stesso senso, nel caso della *piattaforma continentale* tra Tunisia e Libia, la Corte aveva preso in considerazione il fatto che gli esperti utilizzati dalla Tunisia concordassero con la tesi che era invece criticata da questo Stato (*I.C.J. Reports* 1982, para. 52).

La terza considerazione è che la Corte tiene conto del modo in cui lo Stato reagisce alla posizione espressa dall'esperto nominato dall'altra parte. Così, nel valutare se il numero di balene uccise fosse ragionevole in vista delle finalità scientifiche del programma JARPA II, la Corte, riferendosi all'opinione espressa da uno degli esperti indicati dall'Australia, ha valorizzato il fatto che «Japan did not refute this expert opinion».

Infine, la Corte sembra tenere conto anche della scelta operata dallo Stato nell'individuazione dell'esperto chiamato a testimoniare sulla questione di fatto controversa. La sentenza non manca di segnalare che «[t]he Court did not hear directly from Japanese

scientists involved in designing JARPA II» (sentenza del 31 marzo 2014, cit., para. 138). La Corte non precisa quali siano le indicazioni che si possono trarre dalla scelta operata dal Giappone. Peraltro, l'assenza di esperti che avevano partecipato al programma JARPA II può essere stata dettata dalla esigenza di evitare una «biased fitness». Si sarebbe infatti potuto contestare al Giappone, *mutatis mutandis*, quanto la Corte ebbe ad osservare nel caso delle *attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*: «A member of the government of a State engaged, not merely in international litigation, but in litigation relating to armed conflict, will probably tend to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause» (*I.C.J. Reports* 1986, p. 43).

Un problema particolare si pone quando testimoni esperti prendano posizioni opposte su controverse questioni tecnico-scientifiche. È interessante notare come, nella sentenza resa nel caso della *caccia alla balena*, in presenza di opinioni fortemente discordanti degli esperti indicati dalle due parti, la Corte abbia spesso evitato di prendere posizione sulla questione controversa. Per giustificare tale atteggiamento, la Corte ha talora fatto ricorso alla considerazione che «[t]his disagreement appears to be about a matter of scientific opinion» (sentenza del 31 marzo 2014, cit., para. 134). Con riguardo poi al disaccordo degli esperti in ordine alla determinazione dei criteri per stabilire il significato del termine «scientific research» ai sensi dell'Articolo VIII della Convenzione per la regolamentazione della caccia alle balene, la Corte ha fatto valere la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto: poiché l'interpretazione del termine «scientific research» è una questione di diritto, spetta alla Corte risolvere tale questione, senza che rilevino le indicazioni fornite dagli esperti circa la rilevanza di certi metodi ai fini di qualificare una certa attività come attività di ricerca scientifica. Così, ad avviso della Corte, anche se, «as a matter of scientific opinion, the experts called by the Parties agreed that lethal methods can have a place in scientific research, [...] their conclusions as scientists, however, must be distinguished from the interpretation of the Convention, which is the task of this Court» (*idem*, para. 182).

Resta peraltro il problema di capire come, in presenza di un forte disaccordo tra gli esperti indicati dalle parti, la Corte possa essere in grado di risolvere complesse questioni di natura tecnico-scientifica. Se la presenza degli esperti testimoni non è sufficiente a fornire alla Corte elementi dirimenti per risolvere una determinata questione, l'unica soluzione prevista dallo Statuto è il ricorso ad esperti nominati d'ufficio (articolo 50). In questo contesto si pone anche il problema dei c.d. «esperti fantasmi», esperti che sono contattati dal *Registrar* per fornire un ausilio alla Corte nel valutare le prove presentate dalle parti. Anche questa pratica della Corte è stata molto criticata, specialmente rispetto all'esigenza di trasparenza del contenzioso. Si può concludere che tenendo conto delle procedure esaminate, il problema circa l'uso degli esperti resta ancora aperto.

LUCAS C. LIMA