



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 5/2023

1. LE TIERS INDISPENSABLE, LA DISTINCTION COMPETENCE/RECEVABILITE, LA *RES JUDICATA* ET LE POUVOIR JURIDICTIONNEL DE LA COUR

Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela), exceptions préliminaires

Le 6 avril 2023 la Cour internationale de Justice a rendu un arrêt rejetant l'exception préliminaire du Venezuela selon laquelle le Royaume-Uni aurait dû être considéré comme partie tierce indispensable. Elle a, par conséquent, confirmé pouvoir trancher le différend qui oppose le Guyana et le Venezuela concernant la *sentence arbitrale du 3 octobre 1899*.

La particularité de l'arrêt de 2023 est qu'il s'agit de la deuxième fois que la Cour se penche sur les exceptions préliminaires soulevées par le Venezuela dans le cadre de la même procédure. Un premier arrêt du 3 octobre 2020 avait déjà conclu que la Cour était compétente pour connaître de la requête du Guyana, en précisant que cette compétence était limitée *ratione temporis* aux faits précédents la conclusion par les deux parties de l'accord de Genève de 1966. L'introduction d'une nouvelle exception entraînait des doutes non seulement quant à son bien-fondé (le caractère réellement indispensable du Royaume-Uni) mais surtout sur sa recevabilité car la compétence de la Cour était déjà *res judicata*.

La Cour a considéré être en mesure de se prononcer une nouvelle fois parce que l'exception du Venezuela portait sur la recevabilité et non sa compétence. L'arrêt de 2020 ne s'y opposait donc pas : il n'était pas *res judicata* car il ne s'était pas penché sur des questions de recevabilité. *La distinction entre exceptions d'irrecevabilité et exceptions d'incompétence a joué un rôle crucial puisque le pouvoir de la Cour de se prononcer en est dépendu*. C'est là, à notre avis, une position dont il faut redouter parce qu'elle bâtit l'édifice de la Cour – reposant sur le principe du consentement – sur une distinction formelle dont l'application à l'exception du tiers indispensable demeure problématique.

Pour expliquer le danger de faire dépendre le pouvoir de la Cour de la distinction entre exceptions d'irrecevabilité et exceptions d'incompétence dans ce cas particulier nous allons procéder de la manière suivante : après un bref rappel de la procédure pendante entre Guyana et Venezuela, nous commencerons par nous pencher sur l'exception concernant l'absence du Royaume-Uni, le formalisme qui a caractérisé son examen et la qualification incertaine fournie par la Cour. Un encadrement plus général de l'exception du tiers indispensable s'avèrera alors nécessaire, ainsi qu'un examen de la distinction entre exceptions d'irrecevabilité et exceptions d'incompétence s'y appliquant. Ceci nous permettra de déterminer les effets pratiques de la qualification de l'exception du tiers indispensable en tant que question de recevabilité lorsqu'elle a un impact sur l'application d'autres règles juridiques,

en particulier la *res judicata*. Enfin nous évoquerons des solutions alternatives à une définition formelle qui auraient pu être employées pour conclure toujours à la compétence de la Cour.

1. *La procédure concernant la sentence arbitrale de 1899 et l'exception de la partie indispensable*

Le différend qui oppose le Guyana et le Venezuela concerne la validité d'une sentence arbitrale de 1899 qui règle le différend frontalier entre ces deux Etats et qui est contestée par le Venezuela depuis 1962. Les parties n'ont jamais trouvé une solution à cette contestation malgré le recours à de nombreux instruments de règlement des différends et l'assistance du Secrétaire général des Nations Unies dans le choix de ceux-ci (voir en particulier l'arrêt de 2020, par. 29-60). Lorsque le Secrétaire général actuel a fini par choisir en 2018 « la Cour internationale de Justice comme prochain moyen » de solution du différend entre les parties, le Guyana a déposé sa requête au Greffe de la Cour.

Le Venezuela a immédiatement manifesté son opposition et, en estimant que la Cour n'était pas compétente, a décidé de ne pas prendre part à l'instance. C'est en l'absence du Venezuela que la Cour a donc poursuivi l'examen de l'affaire en réglant en premier lieu la question de la compétence, sans aborder le fond de l'affaire. L'arrêt de 2020 a reconnu la compétence de la Cour pour connaître de la requête du Guyana et une ordonnance du 8 mars 2021 a fixé les délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite sur le fond. En conformité à l'article 79*bis* du Règlement de la Cour – « au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire » – le Venezuela a soulevé une exception qualifiée d'irrecevabilité de la requête du Guyana. Il a également nommé un juge *ad hoc* et commencé à prendre part à la procédure contentieuse. C'est dans ce contexte procédural que la Cour a rendu son arrêt de 2023.

Selon la nouvelle exception du Venezuela, « le Royaume-Uni est une tierce partie indispensable sans le consentement de laquelle la Cour ne saurait statuer sur le différend » (par. 27 de l'arrêt de 2023). Cette position était justifiée par le fait que la future décision de la Cour sur le fond de l'affaire et notamment sur la validité de la sentence de 1899 aurait nécessairement entraîné, pour le Venezuela, un établissement préalable de la responsabilité du Royaume-Uni (par. 75 de l'arrêt de 2023).

Dans l'arrêt de 2023, la Cour s'est prononcée d'abord sur la recevabilité de la nouvelle exception du Venezuela, en concluant en faveur de la recevabilité. Elle a par la suite examiné son bien-fondé, en décidant de rejeter l'exception du défendeur.

2. *L'approche formelle à la recevabilité de l'exception de la partie indispensable*

La Cour a estimé pouvoir se prononcer sur la nouvelle exception préliminaire du Venezuela parce que 1) « l'exception du Venezuela fondée sur le principe de l'Or monétaire porte sur l'exercice de sa compétence » et non sur l'existence de celle-ci (par. 64 de l'arrêt de 2023, c'est nous qui soulignons) ; 2) « le dispositif de l'arrêt de 2020 ainsi que les motifs qui le sous-tendent portent exclusivement sur des questions relatives à l'existence de la compétence de la Cour » (*idem*, par. 69, c'est nous qui soulignons) ; et 3) « le Venezuela restait donc en droit de soulever celle-ci [la nouvelle exception du Venezuela] dans le délai prévu au paragraphe 1 de l'article 79*bis* du Règlement de la Cour » (*idem*, par. 73).

Deux aspects frappent. Premièrement, la Cour prend une position nette par rapport à la distinction entre exceptions d'incompétence – celles qui concernent l'existence de sa compétence – et les exceptions d'irrecevabilité – celles qui concernent l'exercice de cette compétence (par. 63 de l'arrêt de 2023), alors qu'elle n'avait jamais accordé à cette distinction

une importance décisive dans le passé (*infra* Par. 4). Une fois classée l'exception concernant l'absence du Royaume-Uni en tant qu'exception d'irrecevabilité, la Cour a pu décider que l'arrêt de 2020 ne s'opposait pas à son examen.

Le deuxième aspect surprenant est le formalisme qui caractérise la décision sur ce point. Certes, la Cour rappelle la notion substantielle de *res judicata* et admet que l'autorité de chose jugée s'attache non seulement aux arrêts sur le fond mais également aux arrêts sur sa compétence, y compris l'arrêt de 2020. Toutefois, le fait que l'arrêt de 2020 se soit occupé seulement de questions relatives à la compétence de la Cour et n'ait pas abordé des questions de recevabilité est largement déduit d'aspects purement formels : la décision souligne et la formulation du dispositif (concluant à la « compétence » de la Cour) et la terminologie employée par l'ordonnance de 2018 (décidant que la procédure écrite porterait d'abord sur les questions de « compétence » et suspendant l'examen du fond). Dans la jurisprudence de la Cour cette terminologie est pourtant employée de manière souvent large et l'argument linguistique apparaît assez faible. Vu le rôle de la distinction, la décision aurait pu fournir des explications sur la conception sous-jacente aux deux notions de compétence et de recevabilité.

Même si la terminologie employée par l'arrêt de 2020 avait été suffisamment large pour couvrir les questions de compétence et de recevabilité, cet arrêt n'avait pas abordé la question spécifique du tiers indispensable (par. 67 de l'arrêt de 2023) et n'aurait pas constitué *res judicata* par rapport à l'exception du tiers indispensable. Une analyse substantielle aurait suffi pour conclure que la nouvelle exception du Venezuela était recevable. La Cour l'avait déjà reconnu dans le passé : « si un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, par. 126).

3. La qualification (incertaine) de l'exception de la partie indispensable

Quant au bien-fondé de l'exception du tiers indispensable, la Cour n'a pas démenti la thèse du Venezuela. Au contraire, elle a accepté la possibilité que le futur arrêt sur le fond de l'affaire soit appelé « à se prononcer sur certains comportements imputables au Royaume-Uni » (par. 107 de l'arrêt de 2023). Toutefois, elle a estimé que cette éventualité « ne ferait pas obstacle à ce qu'elle exerce sa compétence » parce que le Royaume-Uni avait accepté « qu'il ne jouerait aucun rôle dans cette procédure » et avait donné son consentement à ce « que le différend entre le Guyana et le Venezuela puisse être réglé » devant la Cour (*idem*). C'est alors le consentement du Royaume-Uni, s'ajoutant à celui du Guyana et du Venezuela, qui permettrait à la Cour de se prononcer sur la validité de la sentence de 1899 sans que le premier participe à l'instance.

Soit dit en passant, le consentement n'a pas été fourni *expressis verbis* par le Royaume-Uni ; il est établi indirectement par la Cour : « la pratique suivie par les parties à l'accord de Genève atteste aussi de ce que celles-ci convenaient que le différend pourrait être réglé sans la participation du Royaume-Uni » (par. 103 de l'arrêt de 2023). L'on rappellera que cette valeur a rarement été reconnue à la pratique ultérieure des parties dans la jurisprudence de la Cour et que cette déduction du consentement tacite du Royaume-Uni ne faisait pas l'unanimité parmi les juges (v. l'opinion du juge *ad hoc* Couvreur par. 29-54).

Mais, à notre avis, la conclusion de la Cour (par. 107 de l'arrêt de 2023) selon laquelle l'obstacle du tiers indispensable absent « n'entrerait pas en jeu » à cause du consentement du

Royaume-Uni dérange pour une autre raison. L'expression, qui n'est déjà pas très claire, semble contredire la qualification de l'exception du tiers indispensable en tant qu'exception d'irrecevabilité.

L'absence du Royaume-Uni est qualifiée d'exception d'irrecevabilité au début de l'arrêt car il s'agirait d'un obstacle (éventuel) à l'exercice d'une compétence conférée par les parties (Guyana et Venezuela). Elle finit par se transformer en une question de compétence à la fin de l'arrêt lorsque l'on découvre que l'existence de la compétence de la Cour dépend de l'acceptation des trois Etats, y compris le Royaume-Uni. Sans le consentement de ce dernier il serait impossible pour la Cour de se prononcer sur le différend concernant la validité de la sentence de 1899. D'où la confusion entre les catégories de compétence et de recevabilité.

4. La distinction entre exceptions d'irrecevabilité et exceptions d'incompétence et le tiers indispensable

Les notions de compétence et de recevabilité n'ont jamais été faciles à séparer. Aucune définition n'est fournie par le Statut ou le Règlement de la Cour, bien que les deux y fassent référence. Il en est de même pour la jurisprudence. La distinction entre exceptions d'incompétence et exceptions d'irrecevabilité n'a jamais eu pour la Cour une importance décisive. Ce qui avait été explicitement reconnu dans l'affaire *Nicaragua* où les Etats-Unis avaient présenté toute une ribambelle d'objections préliminaires : « Certains de ces motifs étaient en fait exposés en des termes donnant à penser qu'il s'agissait plus de questions de compétence ou de juridiction que de recevabilité ; toutefois, leur classement à cet égard ne paraît pas être d'une importance décisive. » (*Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil* 1984, par. 84. V. aussi *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *CIJ Recueil* 1974, par. 22). Cette constatation s'appliquait également à l'exception du tiers indispensable soulevée par les Etats-Unis. Difficile alors de déduire de l'arrêt *Nicaragua* une prise de position nette – ne fût-ce qu'implicite – « sur la prémisse selon laquelle l'exception portait sur l'exercice de sa compétence et non l'existence de celle-ci » comme la Cour le dit en 2023 (par 63 de l'arrêt de 2023).

Cet état des lieux n'exclut évidemment pas la possibilité de définir les deux notions de compétence et de recevabilité, ni de classer *grosso modo* les exceptions dans l'une ou l'autre catégorie. Dans l'affaire *Congo c. Rwanda*, par exemple, la Cour a estimé que l'examen des conditions auxquelles la saisine de la Cour peut être soumise dans une clause compromissoire relève de la compétence et non de la recevabilité de la requête (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil* 2006, par. 88). Nonobstant les divisions de la doctrine, les exceptions d'incompétence concernent le fondement consensuel du pouvoir juridictionnel de la Cour tandis que les exceptions d'irrecevabilité visent les conditions ultérieures auxquelles l'exercice de cette compétence peut être soumis, telle l'existence du différend, l'existence de l'intérêt à agir, etc. Dans le premier cas, ce qui compte est le consentement des parties à ce que la Cour exerce son pouvoir juridictionnel. Dans le second, ce consentement est acquis mais d'autres conditions sont requises. Ce sont, ces dernières, des questions qui ont été progressivement qualifiées par la jurisprudence en tant que questions de recevabilité en contribuant à préciser le contenu des deux catégories. A l'époque de l'affaire du *Cameroun septentrional (Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1963) la qualification de l'intérêt à agir demeurait par exemple controversée (v. en particulier les opinions des juges Fitzmaurice, p. 97, et Morelli, p. 131 ss.).

Mais l'exception du tiers indispensable ou de l'Or monétaire, comme elle est souvent appelée, est particulièrement difficile à classer car elle oppose l'absence d'un tiers qui serait tellement impliqué dans le différend que, à défaut de sa participation à la procédure, le juge ne pourrait pas se prononcer (v. en général B. BONAFÉ, « Indispensable party », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, OUP, 2018). La qualification de cette exception peut varier en fonction du point de vue que l'on assume. Ce qui explique les incertitudes de l'arrêt de 2023, d'une part, et le silence de la jurisprudence jusqu'à présent, de l'autre.

Lorsqu'on regarde aux seules parties qui sont devant la Cour et qu'on considère que leur consentement est acquis, l'absence du tiers peut être effectivement considérée comme une question de *recevabilité*. C'est la position que l'on assume lorsque l'exception de la partie indispensable est rejetée. C'est la très grande majorité des cas. La terminologie la plus commune dans la jurisprudence de la Cour ne doit pas étonner : dans ces cas, aucun obstacle n'empêche l'*exercice* de la compétence de la Cour, qui ne dépend pas du consentement du tiers.

Toutefois, lorsqu'on change de perspective et qu'on assume comme point de départ le différend, un différend qui par hypothèse concerne la position du tiers et impose une décision de la Cour aussi sur celle-ci, alors tout change. La participation du tiers devient nécessaire. Toutes les « parties » présentes ou absentes doivent être prises en compte. Le consentement du tiers devient indispensable pour fonder l'*existence* de la compétence de la Cour. Son pouvoir juridictionnel dépend du consentement de toutes les parties au différend, y compris le tiers. C'est la conclusion de l'arrêt de 2023 : la Cour peut (éventuellement) se prononcer sur le comportement du Royaume-Uni à l'époque de la sentence arbitrale parce que cet Etat tiers a accepté son pouvoir de se prononcer sur le différend, c'est-à-dire sa *compétence*. Le précédent de l'*Or monétaire* est clair à cet égard : « Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier » (*Or monétaire pris à Rome en 1943*, question préliminaire, *CIJ Recueil* 1954, p. 32). Si la terminologie employée a une valeur, le dispositif de cet arrêt parle en effet bien de « compétence » (*idem*, p. 34).

L'exception du tiers indispensable est alors un peu comme le chat de Schrödinger : elle peut relever en même temps de la compétence et de la recevabilité. La qualification ne peut pas être donnée de manière aprioristique. Elle dépend de la décision de la Cour. Cette situation n'est pas totalement étrange à la doctrine qui a dû faire des entorses à la classification binaire des exceptions préliminaires. Yuval Shany fait référence à des conditions particulières d'« inadmissibility » ou « irreceivability » qui devraient être qualifiées comme des exceptions d'incompétence (Y. SHANY, *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge, CUP, 2015 p. 135), mais le tiers indispensable n'y figure pas (*idem*, p. 49). Pour Hugh Thirlway l'exception du tiers indispensable est une question « spéciale » de compétence parce qu'elle concernerait les conditions d'exercice de la compétence (H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, Oxford, OUP, 2013, p. 812-3). Pour Martins Paparinskis, il s'agit d'une exception « unique » qui mélange des aspects de compétence et des aspects de recevabilité (M. PAPANISKIS, « Revisiting the Indispensable Party Principle », *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 49).

Cette difficulté d'encadrement pousse souvent les auteurs à analyser l'exception du tiers indispensable à la lumière de finalités qui ne concernent pas seulement la protection des parties ou la protection du tiers mais également, et parfois surtout, la protection de la fonction judiciaire de la Cour (B. BONAFÉ, « Indispensable party », *cit.*, par. 31 ss.). Ces

finalités sont parfois utilisées pour justifier son encadrement en tant que question de recevabilité (v. entres autres F. FONTANELLI, « Reflections on the Indispensable Party Principle in the Wake of the Judgment on Preliminary Objections in the Norstar Case », *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 131-2).

5. *La qualification de l'exception, la res judicata et la compétence de la Cour*

Nous voyons deux possibilités pour essayer de contourner l'incertitude liée à la qualification de l'exception du tiers indispensable. On pourrait se dire qu'en fin de compte l'incertitude dans la qualification (en tant que question de compétence ou de recevabilité) de l'exception du tiers indispensable n'est pas si importante. Dans un cas comme dans l'autre, la décision reviendra à la Cour et la solution ne changera pas en fonction de la qualification (L. MAROTTI, « Quali interessi protetti dal principio dell'oro monetario nell'affare relativo alla sentenza arbitrale del 3 ottobre 1899 (Guyana c. Venezuela)? », *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 753 ss). Sans compter des aspects mineurs de procédure, la question principale pourrait être celle du devoir de la Cour d'apprécier, même *proprio motu*, sa compétence.

En revanche, cet escamotage ne fonctionne pas lorsque l'application d'une autre règle juridique dépend de la qualification de l'exception en tant que compétence/recevabilité. C'est le cas de l'exception du tiers indispensable dans la présente affaire. La décision sur le caractère relevant de la compétence plutôt que de la recevabilité de la nouvelle exception du Venezuela est essentielle, selon la Cour, pour l'exclure du champ d'application de l'arrêt de 2020, respecter la règle de la *res judicata* et adopter le second arrêt sur les exceptions préliminaires. Comme si l'exception du tiers indispensable n'avait pas pu être examinée si elle avait relevé de la compétence. C'est une rigidité de l'arrêt de 2023 que nous avons déjà souligné.

Le point essentiel aux fins de cette analyse est que l'option compétence/recevabilité devient cruciale non en tant que telle, mais aux fins de l'application de la règle de la *res judicata*. C'est le respect de la *res judicata* qui détermine à son tour la portée de la compétence de la Cour. Voici une situation qui est nouvelle dans la jurisprudence de la Cour et qui a pu porter les juges à se retrancher derrière un certain formalisme rassurant.

Dans sa jurisprudence, les affaires dans lesquelles la Cour s'est prononcée deux fois sur les exceptions préliminaires sont exceptionnelles et typiquement n'entraînaient pas le risque de décider des questions qui étaient déjà *res judicatae*.

Deux fois, lors d'arrêts sur les exceptions préliminaires la Cour a décidé que certaines d'entre-elles n'avaient pas un caractère exclusivement préliminaire et ont été jointes au fond ; ce qui explique le dédoublement de la décision sur des aspects de compétence/recevabilité dans un arrêt à proprement parler sur les exceptions préliminaires et dans l'arrêt sur le fond (*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1957, p. 125 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien*, fond, *CIJ Recueil* 1960, p. 6 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1964, p. 6 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *CIJ Recueil* 1970, p. 3).

L'affaire *Nottebohm* est seulement en partie différente, car la question de la compétence de la Cour a été abordée dans un arrêt concernant l'« exception préliminaire » (*Affaire Nottebohm (exception préliminaire)*, arrêt du 18 novembre 1953, *CIJ Recueil* 1953, p. 111) et la recevabilité de la requête a fait l'objet d'un second arrêt nommé « deuxième phase » (*Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil* 1955, p. 4). Dans la substance la question du respect de la règle de la *res judicata* ne se posait pas puisque les deux décisions avaient abordé des aspects différents.

L'affaire de la *délimitation entre Qatar et Bahreïn* est particulière (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil* 1994, p. 112 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Recueil* 1995, p. 6). Les deux arrêts se sont occupés de « compétence et recevabilité », sans que la *res judicata* fût en question. La raison est que la Cour avait, dans le premier, établi sa compétence tout en laissant aux parties la possibilité de préciser sa portée. Le deuxième arrêt de la procédure, suivi par l'arrêt sur le fond, avait précisé l'étendue du différend.

La seule affaire qui soulevait des problèmes de *res judicata* comparables à ceux qui se posaient avec l'arrêt de 2023 est celle du *Sud-Ouest africain*. Sans revenir sur une affaire largement commentée (v. en général J. CRAWFORD, P. MERTENSKÖTTER, « The South West Africa Cases (1949 to 1971) », in E. BJORGE, C. MILES (eds.), *Landmark Cases in Public International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 263 ss.), nous nous limiterons à rappeler que le premier arrêt de 1962 avait abordé des questions aussi bien de compétence que de recevabilité des requêtes de l'Éthiopie et du Libéria dans les deux procédures qui avaient été jointes par la Cour (*Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *CIJ Recueil* 1962, p. 319). L'arrêt de 1966 était revenu sur une question (celle de l'intérêt à agir) déjà tranchée en 1962 en considérant qu'il s'agissait en réalité d'une question de fond. Le second arrêt de 1966 est le produit d'une Cour profondément partagée qui avait décidé, par la voix prépondérante de son Président, devoir rejeter les demandes de l'Éthiopie et du Libéria. Elle s'était donc déclarée « incompétente ». Encore une fois, si les mots comptent, le second arrêt difficilement vise le fond de l'affaire. Ce sont des aspects largement critiqués dans le passé.

Le spectre de l'affaire du *Sud-Ouest africain* fournit le contexte et peut-être des motivations concernant l'approche de 2023 et la volonté d'asseoir la deuxième décision sur des motifs irréprochables. Il n'en efface pas pour autant les risques. Le formalisme et la rigidité de faire dépendre l'établissement du pouvoir juridictionnel de la Cour de la distinction entre exceptions d'incompétence et exceptions d'irrecevabilité nous paraissent excessifs surtout lorsque ce pouvoir dépend du respect d'une règle – la *res judicata* – ayant un caractère fondamentalement substantiel et du rejet d'une exception dont le caractère est, du moins, incertain. Un seul exemple : est-ce que l'arrêt de 2023 implique que l'adoption d'un arrêt sur la recevabilité empêcherait la Cour de se prononcer plus tard sur l'exception du tiers indispensable dans un cas où sa participation s'avèrerait nécessaire ? Et si, dans la même hypothèse, le tiers absent décidait d'intervenir, la Cour pourrait-elle établir sa « compétence » en présence du consentement du tiers ?

L'autre possibilité pour relativiser les incertitudes de la qualification de l'exception du tiers indispensable entre compétence et recevabilité est de se concentrer sur la solution du cas d'espèce. Si la conclusion de la Cour est à partager, peu importe la question de la qualification du tiers indispensable et de son interaction avec la *res judicata*. Au fond, le juge n'est pas appelé à créer des règles, il doit seulement résoudre le cas concret.

Nous sommes alors tentés de conclure en imaginant les alternatives concrètes qui se présentaient à la Cour par rapport à la nouvelle exception du Venezuela. En voici trois. La première est le simple rejet de l'exception préliminaire : la position juridique du Royaume-Uni n'était pas « l'objet même » du différend entre Guyana et Venezuela (*Or monétaire*, cit., p. 32). La Cour n'est simplement pas appelée à se prononcer sur la responsabilité du Royaume-Uni mais sur la validité de la sentence arbitrale. Deux autres raisons sont avancées par les juges *ad hoc* pour justifier le rejet de l'exception : le juge Couvreur estime au final que

l'exception n'est pas exclusivement préliminaire (par. 60 de son opinion) et le juge Wolfrum considère que l'accord de Genève pourrait déroger la règle du tiers indispensable à titre de *lex specialis* (par. 4 de sa déclaration ; v. à cet égard L. MAROTTI, cit.). Deuxièmement, même si la décision sur la validité de la sentence arbitrale de 1899 demandait à la Cour l'établissement de *faits* concernant le comportement du Royaume-Uni, cela ne serait pas empêché par la règle du tiers indispensable. Un arrêt de la Cour peut bien avoir des « incidences » sur la situation juridique de tiers absents sans que la Cour ait à se prononcer sur cette situation, donc sans demander leur participation (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 1992, par. 55). Finalement, la possibilité de considérer que le Guyana a succédé au Royaume-Uni dans la mise en œuvre des accords concernant la solution du différend semble parfois suggérée par l'arrêt (par. 89 de l'arrêt de 2023). Si cela était le cas, la règle du tiers indispensable ne s'appliquerait pas (pour un cas de succession v. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2015, par. 116).

BEATRICE I. BONAFÉ