

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

Today's Order, which is related to a small category of Orders of recent vintage, involves legal issues the importance of which is not lessened by reason of their not being readily apparent on the face of the document. One such issue concerns the precise legal character of the Order. It seems to me that there could be a serious question as to what it is in law that the Court is doing in making the Order. On one possible interpretation I could not support the Order, on another I could. I feel obliged, therefore, to explain the basis on which I do support it, lest my support be understood as implying acquiescence in an interpretation which I cannot accept.

As indicated in the Order, there is no objection by El Salvador to the choice by Honduras of a replacement *ad hoc* judge. It being the case that the Court itself has no objection, and there being no doubt on the matter, it follows that no decision is called for under Article 35, paragraph 4, of the Rules of Court. So far as any objection or doubt is concerned, therefore, the question whether a formal Order is required does not arise.

The remaining questions which fall for consideration are (i) whether an Order is otherwise required, and, if so, (ii) whether it is required for the purpose of legally constituting another person as a replacement *ad hoc* judge, or (iii) whether it is required for the purpose of simply recording such replacement. Ordinarily, I would answer the first question in the negative and thus not reach the second and the third. In the circumstances of this case, however, I would answer the first in the affirmative, the second in the negative and the third in the affirmative. My reasons follow.

As to the first question, since the Order of Court of 8 May 1987 (*I.C.J. Reports 1987*, p. 12) did formally mention the names of the two *ad hoc* judges who were to be members of the *ad hoc* Chamber thereby formed, it would seem to follow as a logical extension of the drafting of that Order that the death of one of them and his replacement by another person should be reflected in an appropriate amendment of that Order by a new Order. That, in brief, is the ground on which I agree with the making of the new Order.

The second and third questions involve an inquiry into the precise juridical character of the new Order. The present state of the law being seldom, if ever, ascertainable without recourse to the past, it appears to me that the inquiry referred to cannot be intelligently pursued in isolation from previous legal developments. The matter is in particular

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

L'ordonnance rendue aujourd'hui, qui est du même type que quelques ordonnances rendues récemment, soulève des questions de droit qui sont importantes quand bien même elles ne ressortent pas d'emblée du libellé du document. L'une d'elles concerne le caractère juridique précis de l'ordonnance. J'ai le sentiment qu'on pourrait sérieusement se demander ce que la Cour a fait, en droit, en rendant cette ordonnance. Selon l'interprétation qu'on en donne, je peux ou ne peux pas approuver l'ordonnance. Je me vois donc obligé d'expliquer sur quoi je me fonde pour l'approuver, de crainte que mon approbation ne soit prise comme un acquiescement à une interprétation que je ne peux accepter.

Comme il est dit dans l'ordonnance, El Salvador ne fait pas objection à la désignation par le Honduras d'un certain juge *ad hoc* de remplacement. Etant donné que la Cour elle-même ne conteste pas cette désignation et qu'il n'y a pas de doute en la matière, aucune décision n'est requise en vertu de l'article 35, paragraphe 4, du Règlement de la Cour. En conséquence, ce n'est pas en raison d'une éventuelle contestation ou d'un éventuel doute que se pose la question de savoir si la Cour doit rendre formellement une ordonnance.

Il faut dès lors se demander: i) si une ordonnance est par ailleurs requise et, dans l'affirmative, ii) si elle est requise pour qu'une personne devienne juridiquement juge *ad hoc* de remplacement ou iii) si elle est simplement requise à titre d'enregistrement du remplacement. Normalement, je répondrais par la négative à la première question, ce qui me dispenserait d'aborder la deuxième et la troisième. En l'espèce, cependant, je répondrai affirmativement à la première question, négativement à la deuxième et affirmativement à la troisième, et cela pour les raisons suivantes.

S'agissant de la première question, je relève que l'ordonnance de la Cour du 8 mai 1987 (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12) mentionne expressément les noms des deux juges *ad hoc* désignés pour faire partie de la Chambre spéciale constituée par cette ordonnance; il semble découler logiquement du libellé de ce texte que le décès de l'un d'eux et son remplacement par une autre personne doivent être consignés dans une nouvelle ordonnance modifiant dûment la précédente. C'est là, brièvement exposé, le motif pour lequel j'approuve la décision de rendre une nouvelle ordonnance.

La deuxième et la troisième question obligent à rechercher le caractère juridique précis de la nouvelle ordonnance. L'état actuel du droit étant rarement, pour ne pas dire jamais, vérifiable sans recours au passé, il me semble que l'on ne peut mener sensément cette recherche sans tenir compte de l'évolution antérieure du droit. Le problème est d'autant plus

complicated by the circumstance that it has not been customary to make a formal Order relating specifically to the appointment of *ad hoc* judges (as distinguished from entitlement to appoint), the fact of their appointment being generally simply recited as part of the procedural history of the case in the introductory parts of the next Order or decision of the Court in the case. Two exceptions relate respectively to the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* (*I.C.J. Reports 1985*, p. 7) and the present case (*I.C.J. Reports 1987*, p. 12). The Orders of Court in these two cases show the election of three named Members of the Court and the addition of two named *ad hoc* judges (who, indeed, had been chosen before the election of the other judges), making a Chamber of five. That was not the course taken in the first *ad hoc* Chamber case, namely, the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* (*I.C.J. Reports 1982*, pp. 8-9). In that case the Order of Court constituted a Chamber comprising five named Members of the Court elected by it (including a Member of United States nationality), and went on to note the fact

“that the Acting President, in the exercise of his powers under Article 31, paragraph 4, of the Statute of the Court, has requested Judge Ruda [one of the five elected judges] to give place in due course to the judge *ad hoc* to be chosen by the Government of Canada, and that Judge Ruda has indicated his readiness to do so”.

The choice later made by Canada was not made the subject of a specific Order of Court; it was merely narrated as a fact in the recitals of the subsequent Order by which time-limits were fixed for pleadings (*I.C.J. Reports 1982*, p. 16).

A movement in favour of mentioning the names of *ad hoc* judges in the Order of Court setting up an *ad hoc* Chamber seems to have occurred in association with a movement away from the procedure observed in the *Gulf of Maine* case whereby a Member of the Court, having been elected to the Chamber, would stand down at the request of the President in favour of an *ad hoc* judge to be later named by the State concerned. This standing-down procedure was required in the case of all *ad hoc* judges in all chambers. It is still required by Article 31, paragraph 4, of the Statute in relation to all chambers and by Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court (amended specifically in 1978 to provide for this) in relation to *ad hoc* chambers in particular. The subsequent movement away from that procedure, as it was applied in the *Gulf of Maine* case, seemed inextricably linked with, and to have followed as the practical consequence of, the working of another part of Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court (first introduced as Article 26, paragraph 1, of the 1972 Rules) which in substance sought to confer on the parties a right to have their views taken

complicé qu'il n'est pas courant que la Cour rende une ordonnance formelle visant spécifiquement la désignation de juges *ad hoc* (à distinguer de la faculté d'en désigner); le fait qu'ils ont été désignés est en général simplement relaté dans le cadre du rappel chronologique de la procédure qui fait l'objet des paragraphes liminaires de l'ordonnance ou de la décision que la Cour a par la suite l'occasion de rendre en l'espèce. On relève deux exceptions, qui se rapportent respectivement à l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 7) et à la présente affaire (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12). Dans ces deux affaires, l'ordonnance de la Cour rend compte de l'élection de trois membres de la Cour nommément désignés, auxquels s'ajoutent deux juges *ad hoc* nommément désignés (qui avaient d'ailleurs été choisis avant l'élection des autres juges), et qui forment ensemble une chambre de cinq juges. Il avait été procédé différemment dans la première affaire ayant donné lieu à la constitution d'une chambre spéciale, celle de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 8-9). Dans cette affaire, l'ordonnance de la Cour avait constitué une chambre composée de cinq membres de la Cour nommément désignés, élus par elle (y compris un membre de nationalité américaine), et avait ensuite pris acte de ce que

« dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 31, paragraphe 4, du Statut, le Président en exercice a prié M. Ruda [un des cinq juges élus] de céder sa place, le moment venu, au juge *ad hoc* désigné par le Gouvernement du Canada, et que M. Ruda s'est déclaré prêt à le faire ».

La désignation à laquelle le Canada procéda ultérieurement ne donna pas lieu à une ordonnance spécifique de la Cour; elle fut simplement relatée comme un fait dans les considérants de l'ordonnance suivante, par laquelle la Cour fixa les délais pour le dépôt des pièces écrites (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 16).

Il semble qu'une tendance à mentionner les noms des juges *ad hoc* dans l'ordonnance par laquelle la Cour constitue une chambre spéciale se soit manifestée en même temps qu'une tendance à abandonner la procédure suivie dans l'affaire du *Golfe du Maine*, selon laquelle un membre de la Cour, après avoir été élu à la Chambre, cède sa place, à la demande du Président, à un juge *ad hoc* désigné ultérieurement par l'Etat intéressé. Cette procédure de désistement s'imposait dans le cas de tous les juges *ad hoc*, pour toutes les chambres. Elle est encore prescrite par le paragraphe 4 de l'article 31 du Statut pour toutes les chambres et par le paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour (modifié expressément en 1978 à cet effet) pour les chambres spéciales en particulier. La tendance qui s'est ensuite manifestée à s'écarter de cette procédure, telle qu'elle avait été appliquée dans l'affaire du *Golfe du Maine*, semble avoir été inextricablement liée à l'application d'une autre disposition du paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour (d'abord introduite en tant que paragraphe 1 de l'article 26 du Règlement de 1972) et en avoir été la consé-

into account by the Court as to the particular Members of the Court who should be elected by the Court to an *ad hoc* chamber. The object seems to have been "to accord to the parties a decisive influence in the composition of *ad hoc* Chambers" (Eduardo Jiménez de Aréchaga, "The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 2).

Without examining the legal implications of these developments, but against the background which they represent, I come now to the juridical character of the Order made today: is it constitutive of an appointment made by the Court of a new *ad hoc* judge? Or is it merely a formal judicial record of an appointment of a new *ad hoc* judge made by the State concerned? In short, who appoints an *ad hoc* judge? Is it the Court? Or is it the State concerned?

It is, I believe, common to speak of an *ad hoc* judge being appointed by the State concerned. On the other hand, the case can be made that the admission by the Court of an *ad hoc* judge to the Bench constitutes the exercise of a power of appointment by the Court granted to it by Article 31, paragraphs 2 to 6, of the Statute (see Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. IV, p. 374). This view commands respect, and so I proceed to consider some of the matters which might be opposed to the more common usage.

Article 7 of the Rules of Court relating to the admission of *ad hoc* judges to sit on the Bench of the Court would seem to contemplate the procedure visualized by Article 20 of the Statute reading:

"Every Member of the Court shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open court that he will exercise his powers impartially and conscientiously."

The requirement to make this declaration is imposed on *ad hoc* judges by Article 31, paragraph 6, of the Statute. It seems reasonably clear, however, that the requirement is directed not to appointment but only to assumption of duties. The text of Article 20 of the Statute implies that the person concerned is a judge even before he makes the declaration. The admission procedure seems, therefore, to leave open the question by whom and as from when is a person appointed an *ad hoc* judge.

Article 35, paragraph 5, of the Rules of Court states, "A judge *ad hoc* who has accepted appointment but who becomes unable to sit may be replaced"; but there seems to be no necessary implication that the "appointment" referred to is one made by the Court. In the *Namibia* case (*I.C.J. Reports 1971*, p. 19, para. 10) and the *Western Sahara* case (*I.C.J. Reports 1975*, p. 15, para. 8), in both of which the Court used the word "appointment" with reference to *ad hoc* judges, it would appear that the question which the Court was seeking to determine was not whether it should appoint *ad hoc* judges (which would have assumed that it had the power to do so), but whether the required conditions were satisfied so as to entitle the States concerned to do so. This, I think,

quence pratique. En substance, cette disposition visait à conférer aux parties le droit de faire valoir leurs vues au sujet de l'élection par la Cour de tel ou tel de ses membres pour siéger dans une chambre spéciale. L'objectif paraît avoir été « d'accorder aux parties une influence décisive sur la composition des chambres spéciales » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, p. 2).

Sans examiner les conséquences juridiques de cette évolution, mais tout en tenant compte de celle-ci, j'aborde maintenant le caractère juridique de l'ordonnance rendue aujourd'hui : est-elle constitutive de la désignation d'un nouveau juge *ad hoc* par la Cour ? Ou s'agit-il simplement de l'enregistrement judiciaire officiel de la désignation par l'Etat intéressé d'un nouveau juge *ad hoc* ? En résumé, qui désigne un juge *ad hoc* ? Est-ce la Cour ou l'Etat intéressé ?

Je crois qu'on dit couramment qu'un juge *ad hoc* est désigné par l'Etat intéressé. En revanche, on peut soutenir que, lorsqu'elle admet un juge *ad hoc* sur le siège, la Cour exerce un pouvoir de désignation qui lui est conféré par les paragraphes 2 à 6 de l'article 31 du Statut (voir Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, p. 374). Ce point de vue est respectable, et je voudrais par conséquent examiner quelques-unes des considérations qui pourraient être opposées à l'usage plus courant.

L'article 7 du Règlement de la Cour, relatif à l'admission d'un juge *ad hoc* pour siéger à la Cour, semble viser la procédure prévue à l'article 20 du Statut, ainsi libellé :

« Tout membre de la Cour doit, avant d'entrer en fonction, en séance publique, prendre l'engagement solennel d'exercer ses attributions en pleine impartialité et en toute conscience. »

L'obligation de prendre cet engagement est imposée aux juges *ad hoc* par le paragraphe 6 de l'article 31 du Statut. Il semble assez clair, cependant, qu'elle vise non la désignation mais seulement la prise de fonctions. Il est sous-entendu, dans le texte de l'article 20 du Statut, que l'intéressé est juge avant même d'avoir pris ledit engagement. En conséquence, la procédure d'admission semble laisser sans réponse la question de savoir par qui et à compter de quand une personne est désignée comme juge *ad hoc*.

Aux termes du paragraphe 5 de l'article 35 du Règlement de la Cour : « Un juge *ad hoc* qui a accepté d'être désigné mais n'est plus en mesure de siéger peut être remplacé », ce qui ne semble pas nécessairement impliquer que cette « désignation » est faite par la Cour. Dans les affaires de la Namibie (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 19, par. 10) et du Sahara occidental (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 15, par. 8), dans lesquelles la Cour a employé les mots « désignation » et « désigner » à propos de juges *ad hoc*, il semble que la question que la Cour cherchait à régler n'était pas de savoir si elle devait désigner des juges *ad hoc* (ce qui aurait supposé qu'elle le pouvait), mais si les conditions nécessaires étaient réunies pour que les Etats concernés puissent en désigner. C'est ainsi, je crois, que sir Gerald Fitzmaurice a

was how Judge Fitzmaurice understood the position in the *Namibia* case, in which he said (dissenting):

“The Court’s rejection of the South African request to be allowed to appoint a judge *ad hoc* in the present case was embodied in the Order of the Court of 29 January 1971. . .” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 308, para. 17.)

That understanding, that the appointment is to be made by the State concerned, does not seem inconsistent with the case concerning the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* (*I.C.J. Reports 1984*, p. 5) where paragraph 3 of the Judgment of the Court reads:

“Since the Court did not include upon the bench a judge of Libyan or of Maltese nationality, each of the Parties proceeded to exercise the right conferred by Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case. On 27 July 1982 the Libyan Arab Jamahiriya designated Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, and the Parties were informed on 8 October 1982, pursuant to Article 35, paragraph 3, of the Rules of Court, that there was no objection to this appointment; on 26 April 1983 Malta designated Mr. Jorge Castañeda, and on 30 May 1983 the Parties were informed that there was no objection to this appointment.”

Though the matter could be argued both ways, I prefer the view that the notification “that there was no objection to this appointment” could not constitute an act of appointment by the Court itself. On the contrary, it presupposed the existence of an appointment made by some other authority. The language in the quoted passage seemed to be equating a “choosing” by the State concerned with a “designation” by it, and in turn equating a “designation” by the State with an “appointment” by it, all three concepts being used interchangeably.

Earlier usage of relevant terms may also be consulted. Article 27 of the second part of the Root-Phillimore plan read: “If . . . there is no judge upon the Court belonging to one of the litigating States, that State shall . . . appoint a judge” (Permanent Court of International Justice, *Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, with Annexes*, The Hague, 1920, p. 327). Judge Hudson spoke similarly, using the word “chosen” interchangeably with the word “appoint” (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, pp. 181, 276, 361-364, and the references therein given). So also did Fachiri (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2nd ed., 1932, p. 59; and see later Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. 1, pp. 205-210). Absolute consistency of usage cannot be predicated. Thus, the records of the Washington Committee of Jurists 1945 state that “Judge Hudson noted that under paragraph 2 of Article 26 [of the Statute] the

interprété la situation dans l'affaire de la *Namibie*; il a déclaré dans son opinion dissidente :

« La requête par laquelle l'Afrique du Sud demandait à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans la présente affaire a été rejetée par la Cour, par l'ordonnance du 29 janvier 1971... » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 308, par. 17.)

Cette interprétation, selon laquelle la désignation est faite par l'Etat intéressé, ne semble pas incompatible avec l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 5), dont le paragraphe 3 est ainsi libellé :

« La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité libyenne ou maltaise, chacune des Parties s'est prévaluée du droit que lui confère l'article 31, paragraphe 3, du Statut de procéder à la désignation [«to choose»] d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire. Le 27 juillet 1982 la Jamahiriya arabe libyenne a désigné [«designated»] M. Eduardo Jiménez de Aréchaga, et le 8 octobre 1982 les Parties ont été informées, conformément à l'article 35, paragraphe 3, du Règlement, que cette désignation [«appointment»] ne soulevait pas d'objection; le 26 avril 1983 Malte a désigné [«designated»] M. Jorge Castañeda, et le 30 mai 1983 les Parties ont été informées que cette désignation [«appointment»] ne soulevait pas d'objection. »

Bien qu'il y ait deux thèses possibles, je préfère celle selon laquelle la notification que « cette désignation [« appointment »] ne soulevait pas d'objection » ne pouvait constituer un acte de désignation par la Cour elle-même, mais présupposait au contraire l'existence d'une désignation faite par une autre autorité. Dans le texte anglais du passage cité, les termes « choosing », « designation » et « appointment » sont apparemment interchangeables et visent tous une désignation par l'Etat intéressé.

On peut considérer aussi la manière dont les termes en question ont été utilisés dans le passé. Dans la deuxième partie du projet Root-Phillimore, l'article 27 portait que : « Si ... la Cour ne renferme pas de juge de la nationalité d'un des Etats parties en litige, cet Etat nommera ... un juge » (Cour permanente de Justice internationale, *Comité consultatif de juristes, procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, 1920, p. 327). M. Hudson s'est exprimé de façon analogue; il a utilisé indifféremment les mots « chosen » et « appoint » (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 181, 276, 361-364, et les références qui y sont données). M. Fachiri a fait de même (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2^e éd., 1932, p. 59; voir aussi l'ouvrage plus récent de Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. 1, p. 205-210). On ne peut s'attendre à une cohérence absolue dans l'emploi de ces termes. Ainsi lit-on dans le compte rendu d'une

Court could not appoint *ad hoc* judges”, language which might be thought to suggest that, in cases in which an *ad hoc* judge could be appointed, it is the Court which makes the appointment (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Vol. XIV, p. 224). Generally speaking, however, almost all of the references in the relevant correspondence and discussions were to *ad hoc* judges being appointed by the parties (see, for example, *P.C.I.J., Series D, No. 2*, pp. 177, 215; *P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, pp. 26, 31-33, 306, 386-394, 422, 478-491; the *Losinger* case, *P.C.I.J., Series C, No. 78*, pp. 392-393; League of Nations, *Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, Minutes*, Geneva, 1929, p. 53, *per M. Fromageot*; and the “Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice”, *American Journal of International Law, Supplement*, Vol. 39, 1945, p. 12, para. 41). The Permanent Court of International Justice itself spoke in terms of *ad hoc* judges being appointed by the parties. Thus, in the case of the *Customs Régime between Germany and Austria* (*P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 90), the Court formally decided that there was “no ground in the present case for the appointment of judges *ad hoc* either by Austria or Czechoslovakia” (see also *P.C.I.J., Series C, No. 53*, p. 189). Similar language was used by the Court in the case of the *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City* (*P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, pp. 70-71. And see *P.C.I.J., Series E, No. 4*, p. 296).

In the course of the 1922 discussions of the Permanent Court held to prepare its first set of Rules, President Loder said “that a text would be drafted, making it clear that”, if a judge nominated under Article 31 of the Statute were affected by the provisions of Article 17,

“by virtue of the last paragraph of Article 31 of the Statute, the nomination of [such] a judge could, in such circumstances, be declared null and void by the Court; in this case the right of the parties to nominate a judge of their nationality would lapse” (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 119).

I incline towards Judge Hudson’s opinion that the last sentence was not a necessary consequence of what went before (Hudson, *op. cit.*, p. 364. Cf. Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 212). As to what went before, it is noteworthy that the suggested text, if it was drafted, was never promulgated. The explanation is not clear, but I should not be surprised if it was connected with possible argument that Article 17, paragraph 2, of the Statute takes the form of a prohibition directed to an existing Member of the Court against participating in the decision of a case in certain circumstances, with the result that, strictly speaking, a decision of the Court under Article 17, paragraph 3, of the Statute is confined to the effect of that prohibition on

séance du comité de juristes des Nations Unies tenue à Washington en 1945 que « M. Hudson relève que dans le cas du paragraphe 2 de l'article 26 [du Statut] la Cour ne peut pas désigner de juges *ad hoc* ». Cette déclaration pourrait donner à penser que, quand un juge *ad hoc* peut être désigné, c'est la Cour qui procède à cette désignation (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 224). D'une façon générale, presque chaque fois qu'on s'est référé à la question dans la correspondance et dans les débats, c'était pour dire que les juges *ad hoc* sont désignés par les parties (voir par exemple *C.P.J.I. série D n° 2*, p. 177, 215; *C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 26, 31-33, 306, 386-394, 422, 478-491; affaire *Losinger*, *C.P.J.I. série C n° 78*, p. 392-393; Société des Nations, *Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, procès-verbal*, Genève, 1929, p. 53, intervention de M. Fromageot; et « Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice », *American Journal of International Law, Supplement*, vol. 39, 1945, p. 12, par. 41). La Cour permanente de Justice internationale elle-même a parlé des juges *ad hoc* comme étant désignés par les parties. Ainsi, dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (*C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 90), la Cour a officiellement décidé qu'il n'y avait « pas lieu, dans la présente affaire, à la désignation de juges *ad hoc* soit par l'Autriche, soit par la Tchécoslovaquie » (voir aussi *C.P.J.I. série C n° 53*, p. 189). La Cour permanente a usé de termes analogues dans l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre* (*C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 70-71. Voir aussi *C.P.J.I. série E n° 4*, p. 296).

Au cours des débats que la Cour permanente a consacrés en 1922 à l'élaboration de son premier Règlement, le Président Loder a déclaré « qu'un texte sera[fit] préparé pour exprimer » que si un juge désigné aux termes de l'article 31 du Statut tombe sous le coup des dispositions de l'article 17,

« en vertu du dernier alinéa de l'article 31 du Statut, la désignation [d'un tel juge] peut, dans les circonstances indiquées, être déclarée nulle par la Cour, auquel cas le droit pour les parties de nommer un juge national sera périmé » (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 119).

J'incline à penser, comme M. Hudson, que le dernier membre de phrase n'était pas une conséquence nécessaire de ce qui le précédait (Hudson, *op. cit.*, p. 364; cf. Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 212). Quant à ce qui précédait, il y a lieu de relever que le texte suggéré, s'il a été rédigé, n'a jamais été promulgué. L'explication n'est pas claire, mais je ne serais pas surpris qu'elle soit liée à un argument que l'on pourrait éventuellement faire valoir, à savoir, que le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut est formulé comme une disposition visant à interdire à un membre en fonctions de la Cour de participer au règlement d'une affaire dans certaines conditions, ce qui a pour résultat, à proprement parler, qu'une décision de la Cour prise en confor-

participation and does not encompass questions as to the validity of membership itself. Be that as it may, it would not appear that the power to declare a nomination null and void implies that it is the Court which is vested with the power of appointment. Judge Fromageot put the matter this way in 1932:

“The right of a party to appoint a judge *ad hoc* was not subject to the Court’s authorization; but the Court could consider whether in a particular case the conditions to which the exercise of that right was subject were fulfilled; if they were not, the Court could deliver an order declaring the appointment inadmissible, but not without hearing arguments on the point.” (*P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, p. 18, footnote.)

Thus, the Order of the Court declaring the appointment inadmissible does not diminish the fact that the appointment is nevertheless made by the party concerned and is not subject to the Court’s authorization. Paragraphs 4 and 5 of Article 35 of the Rules of Court are to be read harmoniously with this overriding position under the Statute.

The matter is complicated by a textual change made in 1945. Article 31 of the 1920 Statute, as amended with effect from 1 February 1936, appeared, in the English text, to be using the words “chosen”, “selected” and “appointed” interchangeably in relation to national judges. In particular, persons “chosen” to sit as judges under Article 31, paragraph 2, of the Statute were clearly equated with “judges specially appointed by the parties”, as so referred to in paragraph 4 of the Article. Since the word “appointed” was replaced by the word “chosen” in 1945, this might be thought to indicate a change of substance supportive of the opposite view. And the strength of that argument is recognized. But the structure of the machinery remained the same and no change on this aspect was made in the French text, which had used the word “*désignés*” where the English text had used the word “appointed”. This being so, if *ad hoc* judges were regarded as “appointed by the parties” and not by the Permanent Court, it is difficult to see how the mere change of wording in the English text in 1945 could imply that *ad hoc* judges were now to be appointed by the present Court. Possibly the change in the English text was attributable to considerations of style, as indeed was suggested by Judge Hudson (Manley O. Hudson, “The Twenty-Fourth Year of the World Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 40, 1946, p. 29). The official records of the sixth meeting of the Advisory Committee of Jurists of the San Francisco Conference, where the change was made, offer no explanation (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Vol. XVII, p. 413).

It may be added — though here I tread with particular diffidence —

mité du paragraphe 3 de l'article 17 du Statut est limitée à l'effet de cette interdiction de participation et n'englobe pas des questions telles que la validité de la qualité de membre elle-même. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que le pouvoir de déclarer une désignation nulle implique que ce soit la Cour qui est investie du pouvoir de désignation. En 1932, M. Fromageot a exposé le problème en ces termes :

« Le droit pour une partie de désigner un juge *ad hoc* ne dépend pas d'une autorisation de la Cour ; mais la Cour doit pouvoir examiner si les conditions posées à l'exercice de ce droit sont remplies ; si elles ne l'étaient pas, la Cour rendrait une ordonnance déclarant non justifiée la désignation d'un juge *ad hoc*, mais non sans avoir entendu au préalable les parties sur ce point. » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 18, note de bas de page.)

Ainsi, une ordonnance de la Cour déclarant une désignation non justifiée n'ôte rien au fait que cette désignation est néanmoins faite par la partie concernée et ne dépend pas d'une autorisation de la Cour. Il faut lire les paragraphes 4 et 5 de l'article 35 du Règlement de la Cour dans l'optique de la position prépondérante ainsi adoptée par le Statut.

La question se trouve compliquée par une modification apportée au texte en 1945. L'article 31 du Statut de 1920, tel que modifié avec effet au 1^{er} février 1936, semble avoir utilisé indifféremment dans le texte anglais les mots « chosen », « selected » et « appointed » à propos des juges nationaux. En particulier, les personnes « chosen » pour siéger en qualité de juges en vertu du deuxième alinéa de l'article 31 du Statut étaient à l'évidence assimilées aux « judges specially appointed by the parties » tels que visés au quatrième alinéa du même article. Le mot « appointed » ayant été remplacé en 1945 par le mot « chosen », on pourrait considérer qu'il y a là l'indication d'une modification de fond étayant la thèse inverse. Et je reconnais la force de cet argument. Mais la structure du mécanisme est demeurée la même et aucune modification sur ce point n'a été apportée au texte français, qui employait le mot « désignés » là où le texte anglais avait employé le mot « appointed ». Dans ces conditions, si les juges *ad hoc* étaient regardés comme « appointed by the parties » (« désignés par les parties ») et non par la Cour permanente, on voit difficilement comment cette seule modification du libellé du texte anglais en 1945 pourrait impliquer que les juges *ad hoc* devaient désormais être désignés par la Cour. La modification du texte anglais est peut-être attribuable à des considérations de style, comme l'a d'ailleurs suggéré M. Hudson (Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946, p. 29). Les comptes rendus officiels de la sixième séance du comité consultatif de juristes de la conférence de San Francisco, au cours de laquelle la modification a été apportée, n'offrent aucune explication (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, t. XIX, p. 407).

On pourrait relever — si j'ose m'aventurer sur ce terrain — que les mots

that the relevant words in the French text (which did not materially change on these aspects) were “désigner”, “désignation” and “désignés”. The word “désignation” has been defined to mean *inter alia*, “Indication d’une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission . . .” (*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Presses universitaires de France, 1987, p. 260). The key expression in Article 31, paragraph 2, in the French text of the existing Statute reads, “toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge”. The word “désigner”, read with the word “choix”, may mean something more than a simple choice; it would seem to connote the full juridical act denoted by the English word “appoint”. On the other hand, while the word “appoint” may not always mean “choose”, it can and sometimes does (see *Corpus Juris Secundum*, Vol. 6, pp. 100-101, and *State of New Jersey v. Provenzano* (1961) 169 A 2d 135, 34 N.J. 318). It seems to follow that the English word “choose” and the French word “désigner” were both intended, in the particular context in which they were used, as the juridical equivalent of the English word “appoint”.

Against this background, Article 31 of the Statute may now be looked at a little further. Article 31, paragraph 2, says “any other party may choose a person to sit as judge”. The import of that language is brought out in the reference in Article 31, paragraph 3, to parties proceeding “to choose a judge as provided in paragraph 2 of this Article”. Seemingly, the person chosen under paragraph 2 is regarded as a judge once chosen. Article 31, paragraph 4, likewise speaks of “the *judges specially chosen* by the parties” (emphasis added). And Article 31, paragraph 6, states:

“*Judges chosen* as laid down in paragraphs 2, 3 and 4 of this Article shall fulfil the conditions required by Articles 2, 17 (paragraph 2), 20 and 24 of the present Statute. They shall take part in the decision on terms of complete equality with their colleagues.” (Emphasis added.)

The exercise of the power of choice seems directly constitutive of the status of an *ad hoc* judge.

The right to appoint an *ad hoc* judge touches the composition of the Court and consequently is directly governed by the Court’s constituent instrument, namely, its Statute. Article 31 is the particular provision of the Statute concerned with the process of constituting a person as an *ad hoc* judge. It does not seem to offer the Court a role at any point in that process, either directly or indirectly through the other provisions referred to in it. The limits of the Court’s rule-making power under Article 30 of the Statute (however generously construed) would not enable it, by making Rules of Court, to assume a role in that process not entrusted to it by the Statute. The Statute appears to leave the matter to the State concerned.

employés dans le texte français (qui n'a pas été modifié sensiblement à cet égard) étaient « désigner », « désignation » et « désignés ». Selon la définition qui en est donnée, le mot « désignation » signifie notamment l'« indication d'une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission... » (*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Presses universitaires de France, 1987, p. 260.) Dans la version française du paragraphe 2 de l'article 31 du Statut actuel, les termes essentiels sont les suivants : « toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ». Le mot « désigner », rapproché du mot « choisir », peut impliquer plus qu'un simple choix : il semble viser l'acte juridique complet qu'évoque le mot anglais « appoint ». D'autre part, même si le mot « appoint » (« désigner ») peut ne pas toujours signifier « choose » (« choisir »), il peut avoir et a parfois effectivement ce sens (voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 6, p. 100-101, et *State of New Jersey v. Provenzano* (1961) 169 A 2d 135, 34 N.J. 318). Il semble donc que le mot anglais « choose » et le mot français « désigner » devaient tous deux constituer, dans le contexte où ils étaient utilisés, l'équivalent juridique du mot anglais « appoint ».

Cela étant dit, on peut maintenant examiner plus en détail l'article 31 du Statut. Aux termes du paragraphe 2 de cet article « toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ». Ce que ce libellé implique est précisé au paragraphe 3 de l'article 31 du Statut, où il est dit que chacune des parties peut procéder « à la désignation d'un juge de la même manière qu'au paragraphe précédent ». Il semble que la personne désignée conformément au paragraphe 2 est considérée comme un juge dès sa désignation. De même, le paragraphe 4 de l'article 31 parle des « *juges spécialement désignés* par les parties » (les italiques sont de moi). Enfin, le paragraphe 6 de l'article 31 est ainsi rédigé :

« *Les juges désignés* comme il est dit aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article doivent satisfaire aux prescriptions des articles 2, 17, paragraphe 2, 20 et 24 du présent Statut. Ils participent à la décision dans des conditions de complète égalité avec leurs collègues. » (Les italiques sont de moi.)

L'exercice du pouvoir de désignation semble être directement constitutif du statut de juge *ad hoc*.

Le droit de désigner un juge *ad hoc* a des incidences sur la composition de la Cour ; par conséquent, il est directement régi par l'instrument constitutif de la Cour, à savoir son Statut. L'article 31 du Statut est la disposition qui traite du processus par lequel une personne est constituée juge *ad hoc*. Cette disposition ne semble attribuer aucun rôle à la Cour, à un quelconque moment de ce processus, que ce soit directement ou indirectement par le jeu des autres dispositions qui y sont mentionnées. Même interprétées de façon très libérale, les limites du pouvoir réglementaire que l'article 30 du Statut donne à la Cour ne lui permettraient pas, par le biais de l'élaboration des dispositions de son Règlement, de s'attribuer dans ce

This would accord with the fact that the institution of *ad hoc* judges as part of the composition of the Bench of the Court was effectively a limited carry-over from arbitral experience.

In sum, it is difficult to identify any acts of the Court from which an *ad hoc* judge may be said to derive his authority to act. Though recognizing the force of arguments to the opposite effect, on balance I prefer the view that the appointment of such a judge is constituted by the act of the State concerned in choosing him, the role of the Court being limited to the negative one of determining whether any ground (whether or not going to the validity of his appointment) exists for debarring him from sitting in the case. If this is correct, it leads to the view that the Order made today is not constitutive of an appointment made by the Court but is merely a formal judicial record of an appointment made by the State concerned. I would like in turn to record that it is on the basis of this understanding that I support the Order.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

processus un rôle qui ne lui est pas confié par le Statut. Le Statut paraît s'en remettre à l'Etat concerné. Cette interprétation s'accorde avec le fait que la notion de juges *ad hoc* faisant partie du siège de la Cour est en réalité reprise partiellement de la pratique arbitrale.

En résumé, on voit mal quels sont les actes de la Cour dont on pourrait dire qu'un juge *ad hoc* tire son autorité pour agir. Sans méconnaître la force des arguments en sens contraire, j'ai une préférence, tout bien considéré, pour l'opinion selon laquelle la désignation d'un juge *ad hoc* est constituée par l'acte que l'Etat concerné accomplit en le choisissant, le rôle de la Cour se limitant à une fonction négative qui consiste à déterminer s'il existe un motif quelconque (ayant ou non trait à la validité de sa nomination) pour l'empêcher de siéger en l'espèce. Si cette interprétation est exacte, elle conduit à dire que l'ordonnance rendue aujourd'hui ne constitue pas une désignation faite par la Cour, mais qu'elle est seulement un acte formel par lequel la Cour enregistre une désignation faite par l'Etat concerné. Je tiens donc à marquer que c'est en me fondant sur cette interprétation que j'appuie l'ordonnance.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.