

OPINION DISSIDENTE DE M. AZEVEDO

Tout en regrettant que mon opinion diffère de celle de la Cour, je donne une réponse affirmative aux deux questions, et ceci pour les motifs suivants :

1. — Il est inutile de rappeler ici minutieusement l'évolution du droit qui tend à porter à ses dernières conséquences l'exécution de n'importe quelle sorte d'obligation ; on doit s'attacher à la nature des prestations promises pour se résigner à des solutions incomplètes ou imparfaites, comme celle des dommages et intérêts, dans le seul cas d'une impossibilité *de facto* ou *de jure*.

Une fois réservé le respect de la personne humaine — *nemo ad factum præcise cogi potest* —, on poursuit donc l'exécution des obligations de « faire » jusqu'à en venir à suppléer à une simple déclaration de volonté que le débiteur s'obstine sans motif à refuser de faire. En ce qui est du *factum de compromittendo*, le droit international a pris même une certaine avance pour arriver plus tôt à des formules réglant le passage de l'arbitrage *in potentia* à l'arbitrage *in actu*, notamment l'aspect de la désignation d'arbitres par l'acte d'un tiers.

Cela s'explique par l'absence d'une organisation judiciaire complète qui, dans le droit interne, fait obstacle au recours trop fréquent à des juges privés. Mais la même raison, jouant dans un autre sens, rend en général très difficile la tâche de combler les lacunes des traités, faute d'une personne qui, dans le domaine international, puisse assumer ce rôle délicat de procéder à la désignation de suppléants aux arbitres.

En tout cas, on peut trouver plus facilement les moyens de permettre que les engagements internationaux soient *rite adimpleti*, si l'on ne confond pas l'aspect relatif à la légitimité d'une substitution de volonté avec celui de l'organe à qui incombe une telle action.

2. — Devant la presque impossibilité de prévoir des normes adéquates au jeu pratiquement infini des cas concrets, il suffit à l'auteur d'une loi ou d'un traité d'élever une construction susceptible de fonctionner normalement, le système juridique se chargeant de l'adaptation exigée dans chaque cas, sans que ceci implique une revision des actes. Au contraire, l'inutilité des conventions se révélera souvent si l'on est disposé à céder facilement devant les défauts attribués aux engagements, par fidélité excessive à la lettre des textes, et à se résigner à faire appel à de vagues sanctions surtout en face d'un propos de se soustraire aux compromis assumés.

L'exécution *in specie* des contrats préliminaires n'affecte pas la souveraineté même de l'État qui l'aurait aliénée à juste titre dans la mesure nécessaire pour permettre un remplacement de son propre choix — *quæ ab initio erant voluntatis ex post facto sunt necessitatis*.

Peu importe aussi que les obligations internationales ne puissent pas en général faire l'objet de sanctions directes, si l'on peut poursuivre l'exécution de quelques-unes jusqu'à un certain point ; ainsi, l'on ne doit pas hésiter à poursuivre les résultats utiles d'une clause compromissive, en abandonnant les problèmes soulevés par l'exécution des décisions au moment où celles-ci seront rendues par les arbitres. Ce sera une étape ultérieure plus facile à régler, car le droit serait déjà déclaré.

3. — Dans le cas présent, les tractations minutieuses et prolongées qui ont précédé la rédaction des traités en cause parviennent à exclure la supposition de fautes et d'erreurs commises par les parties mêmes ; d'autre part, il s'en dégage un certain caractère de compromis qui conduit souvent à des formules pas tout à fait satisfaisantes pour les deux parties.

On ne saurait pourtant y voir une renonciation, car on est arrivé à écarter les résistances à l'égard de la désignation du tiers membre, point plus grave que la substitution du représentant d'une des parties. En effet, le choix d'un tiers membre, faute d'accord préalable, va échapper à tout contrôle des parties, atteignant également celui qui a essayé de bonne foi de trouver un arbitre impartial et celui qui a fait échouer toute désignation de ce genre, tandis que, pour la nomination d'un commissaire national, chaque partie ayant toute liberté de le faire, l'intervention étrangère, s'exerçant à titre punitif, frapperait le seul coupable. L'intérêt normal d'avoir un membre librement choisi peut s'effacer devant le dessein même d'éviter la constitution de l'organe arbitral.

4. — On est donc porté à admettre qu'au lieu d'accepter des risques, les parties, tout en prévoyant des conflits, n'ont pas envisagé des hypothèses aussi insolites que celles de la négation des propres différends ou du refus radical de désigner des commissaires nationaux. Rien, dans les travaux d'aménagement des traités, n'indique que les parties aient imaginé la possibilité que tous les conflits puissent rester sans possibilité de solution, facilitant pratiquement l'inexécution des traités eux-mêmes.

De toute manière, une telle imprévision ne serait pas irrémédiable, étant donné les principes juridiques ci-dessus rappelés et capables de parer à une résistance indue, ainsi que l'a démontré un avis de la Cour écartant le premier desdits obstacles. L'absence même d'une clause prévoyant la substitution d'un membre national, ainsi qu'on peut le trouver dans quelques traités, ne conduirait non plus à un tel résultat irréparable.

5. — On arrive à constater qu'une haute autorité de l'Organisation des Nations Unies a été, d'une manière tout à fait inusitée, investie de larges pouvoirs; au delà des fonctions que la Charte lui a attribuées. En effet, on a chargé le Secrétaire général de plusieurs tâches fort nuancées mais qui aboutissent toutes à un but principal unique — celui d'assurer des solutions pacifiques à toute espèce de conflits surgissant entre les parties.

De cette façon, une interprétation stricte, limitée à l'examen d'un seul texte et prenant comme données une intention partielle des parties, ne peut, à mon avis, prévaloir, surtout si elle arrive à entériner la paralysie complète de toute méthode de solution de différends, bien qu'en reconnaissant en théorie une responsabilité du fait du manquement à une obligation internationale.

Je pense au contraire que l'on voit s'imposer une interprétation d'ensemble des traités, si l'on tient compte des buts qu'ils ont visés. Aucun effort ne doit être épargné pour arriver à l'exécution la plus exacte possible des engagements, en dépit des imperfections et des inconvénients dûs exclusivement à l'obstruction de la partie chargée d'accomplir la prestation.

6. — Mais la demande d'avis n'envisage pas le *maximum* de résultat dans l'application de ces principes, comme si elle essayait, par exemple, de pourvoir à la désignation des commissaires nationaux eux-mêmes sur la base d'une argumentation *a fortiori* tirée de la nature et de l'étendue des pouvoirs conférés au Secrétaire général.

La Question III ne vise guère la désignation du représentant d'un État récalcitrant conjointement avec celle du tiers membre, et la Cour doit simplement se limiter au problème de la nomination d'un tiers membre indépendamment de celle des autres arbitres.

Pour savoir si la nomination du tiers membre doit nécessairement succéder à la désignation des autres membres, on est tout d'abord conduit à reconnaître que les textes des clauses pertinentes sont tout à fait neutres et se prêtent indifféremment à plusieurs solutions. On ne trouve donc pas la clarté suffisante pour écarter tout autre procédé d'interprétation que celui qui se limite à la lettre des textes.

Certes, la pratique courante est de nommer le tiers membre après les autres arbitres ou en même temps que ceux-ci, mais cette constatation empirique n'autorise nullement à voir dans lesdits textes une condition qui ne s'y trouve pas.

7. — Ce qui au contraire est le plus intéressant, c'est la nature des fonctions attribuées au tiers arbitre dans chaque cas d'espèce.

Or, la pratique internationale distingue nettement entre deux classes principales de ces fonctions.

Dans un certain nombre de cas, le tiers membre n'apparaît sur la scène qu'au moment où une divergence de vues se produit entre les autres commissaires et sa fonction est en principe celle de départager les voix ; il peut, à titre exceptionnel, être autorisé à adopter une solution intermédiaire ou même entièrement nouvelle. Cette position est exclusivement accessoire et conditionnelle.

Dans d'autres cas, la nomination du tiers membre a lieu à l'avance, et la tâche lui est même confiée de présider aux travaux de la commission. Il joue un rôle principal qui, toutefois, s'amointrit lorsque les autres membres se mettent d'accord, même si on lui permet d'exposer de toute façon son opinion personnelle.

8. — Il existe justement, dans les trois traités, des éléments qui peuvent bien marquer le système qui a été préféré.

En fait, ces instruments visent la constitution de deux commissions : l'une dite de « conciliation » pour les affaires d'ordre économique, et l'autre, qui n'a pas de nom, pour les différends en général.

La première a un caractère paritaire, quoique le nombre de ses membres ne soit pas fixé avec précision ; néanmoins, on réclame l'« adjonction » d'un tiers membre, désigné par le Secrétaire général, si un différend n'est pas réglé dans les trois mois de son introduction. On y trouve (traités avec la Hongrie, la Bulgarie et la Roumanie, respectivement articles 35, 31 et 32) un parfait modèle pour le rôle de ce tiers arbitre qui doit à peine intervenir après l'échec des efforts des autres membres.

Dans la seconde commission, on a aussi préféré le régime de la coïncidence de deux opinions ; mais là on fait dépendre la désignation même du tiers arbitre par le Secrétaire général, non d'un délai imparti dès la soumission d'une certaine affaire, mais simplement du désaccord entre les parties quant au choix d'un ressortissant d'un tiers État, après un mois d'attente (traités cités, articles 40, 36 et 38).

Cette comparaison fait ressortir l'opposition, dans les mêmes traités, entre des formules que la création d'une troisième commission, prévue seulement dans le traité avec la Roumanie, met davantage en relief (article 33). En effet, pour la fixation des prix des marchandises livrées à titre de réparation, on a adopté une troisième formule, en soumettant les conflits soulevés aux chefs de mission diplomatique à Bucarest et, en cas de divergence, le même Secrétaire général nomme un seul « arbitre », dont la décision est obligatoire pour les parties. Il est clair que cet arbitre n'est lié par aucune des solutions proposées précédemment.

9. — Dans l'hypothèse dont il est maintenant question, il semble donc arbitraire de charger encore le Secrétaire général de contrôler une seconde circonstance, celle de la nomination, et

aussi peut-être l'acceptation des autres membres, dont le texte n'a pas fait une condition. L'ordre du vote, au moment de la décision, n'a rien à voir non plus avec celui de la désignation des membres de l'organe, puisque tous doivent entrer simultanément en fonction.

Par souci de satisfaire à une intention hypothétique des parties, on risque de perdre de vue l'aspect principal de la question, celui du rôle du tiers arbitre, apprécié selon une distinction courante en droit international. Cette préoccupation n'assure d'ailleurs pas une parfaite interprétation et oblige, d'autre part, par une inversion de l'ordre suivi dans la demande d'avis, à répondre à une question qui doit finalement être tenue pour écartée, la Question IV.

10. — Sans doute la nomination de ce tiers membre resterait inutile si, par la suite, la commission ne pouvait fonctionner, ce qui a amené l'Assemblée générale à formuler la Question IV.

Avant d'y répondre, il faut toutefois mettre un autre accent sur la fonction des membres de ladite commission : ceux qui doivent être désignés par les parties ont été tout franchement considérés comme leurs « représentants », ce qui permettra aux États qui les ont accrédités de les remplacer plus facilement.

D'un autre côté, la position du tiers membre devient plus importante, car il sera en fait le seul et vrai arbitre, sous la réserve unique qu'il ne pourra adopter une solution différente de celles qu'auraient proposées les autres membres. Autour de lui se formera la majorité responsable des décisions ; c'est lui qui la définira de telle manière que cette majorité vienne à coïncider avec la simple juxtaposition de deux voix dans le même sens.

Il est certain que si les deux représentants des parties se mettent d'accord, il est inutile que le tiers membre prononce un verdict ; mais en ce cas il cesserait d'exister un différend, celui-ci ayant été réglé par l'accord de ceux qui seraient alors de véritables mandataires des États arrivant à une solution transactionnelle.

En revanche, il n'est pas moins certain que la notion de minorité y perd toute utilité, en annulant le caractère relatif qu'on peut lui attribuer ainsi qu'à la notion parallèle de majorité, celle-ci transformée en unanimité.

11. — Les archives du droit international ont enregistré une série de cas où un organe arbitral a vu sa composition initiale dérangée par l'effet de la disparition d'un membre, à la suite soit d'une circonstance accidentelle, soit d'une action de ce membre ou de l'État qui l'avait nommé, action entreprise ouvertement ou d'une manière déguisée.

La pratique du maintien en fonction d'un tribunal ainsi réduit répond à la préoccupation de ne pas accorder de prime à la mauvaise conduite ; la même solution doit donc prévaloir dans le cas de l'absence *ab initio* d'un membre, surtout si le manquement ne

découle pas d'une circonstance étrangère à l'action de la partie qui doit le désigner.

Dans le premier cas, la majorité se forme aussi par rapport aux membres restants et perd même tout pendant, l'organe étant à triple voix ; on n'y trouve ni un fait différent de celui qui a été envisagé par les parties, ni même une révision du traité en vue d'exiger une abstention de la part des juges restants et par conséquent la fermeture du tribunal. En réalité, on n'y voit que de simples conséquences d'une sanction spécifique exigée par la nature de l'obligation éludée par une des parties.

Or, entre ces deux situations, il n'y a pas de différence essentielle ; si l'on ne veut pas voir la forme l'emporter sur le fond, on se voit contraint d'adopter la même solution *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

Sauf à raison d'un attachement excessif à de simples formules, on ne doit pas élargir un pur concept tel, par exemple, que celui de l'« ordre procédural fondamental », parfois suggéré afin d'attribuer une importance exceptionnelle au moment de la constitution d'un organe, au préjudice des exigences sociales et au bénéfice exclusif de ceux qui oublient leurs engagements, fussent-ils individus ou États.

12. — Le moment le plus critique, pour un organe délibérant, n'est pas celui de son organisation, mais celui où, atteignant les buts visés, il rend la décision qui, seule, va produire des effets juridiques *in casu*.

L'organe qui perd un membre sans pouvoir le remplacer reste, sous un autre angle, dans une situation plus grave que celui qui a commencé à travailler incomplètement, mais avec l'espoir ou, du moins, avec la possibilité d'une réintégration par suite d'un changement d'attitude de l'État défaillant avant la fin de ses travaux, et l'on ne peut jamais prévoir sûrement le maintien ou l'abandon d'une position diplomatique.

On ne doit donc pas rejeter, par amour des abstractions, l'extension d'une solution raisonnable, qui est admise sans restrictions par le droit international, telle que celle du fonctionnement incomplet d'un tribunal, dans un cas non seulement analogue, mais dans lequel cette application se justifierait par des raisons majeures.

Certes, le rendement du travail de ces commissions ne serait pas complet, car des décisions ne seront pas rendues en cas de divergence entre les deux membres, mais le même résultat se présenterait dans le cas où la perte d'un membre serait constatée au cours des travaux.

Tout au moins la commission atteindrait en partie la fin visée, en tranchant les cas où l'accord serait complet ; on donnerait ainsi une certaine satisfaction au principe de l'effet utile.

13. — On ne doit pas moins oublier la distinction entre les notions de composition d'un organe et de *quorum* pour qu'il puisse entrer en activité.

La Cour internationale de Justice, quoique composée de quinze juges, ne pourrait, par exemple, s'installer avant que quelques juges n'aient été élus (Statut, article 12, par. 3) ou que tous n'aient accepté leur élection ?

14. — On peut remarquer sans doute que le membre le plus apte à exposer le point de vue de l'État récalcitrant pourrait peut-être en votant modifier l'opinion du tiers membre. Il y a là un inconvénient indéniable, mais aussi grave que d'autres du même genre, constamment constatés dans les hypothèses d'omission fautive d'une partie et qui, par exemple, conduisent à une absence de formulation précise des questions à décider, au défaut de règles de procédure et de fond, et même à l'insuffisance de preuves.

Mais tout cela constitue une bonne, sinon la principale partie de la sanction imposée à l'État défaillant, servant d'astreinte pour amener celui-ci à se départir de son refus. On pourrait en dire autant de la sorte de « veto » dont la partie présente à la commission disposerait pratiquement, mais ce « veto » découle exclusivement de la faute de l'autre contractant qui pourrait ainsi le supprimer facilement en comblant à tout moment la place vide.

15. — De même, aucun de ces obstacles n'a suffi pour faire écarter la procédure par défaut en des situations analogues par le droit international.

L'absence des moyens de défense et celle des conseils est bien plus grave que l'absence au jugement d'un membre national, auquel le Statut de la Cour internationale de Justice a attribué même un caractère purement facultatif ; cependant, toutes ces conséquences sont aussi admises comme une nouvelle sanction atteignant la partie qui ne se présente pas devant la justice.

L'absence du « représentant » d'une des parties ne peut non plus, à mon avis, se transformer en motif de défiance contre le tiers arbitre dont la fonction n'est nullement modifiée par une telle circonstance ; qu'il exerce ses fonctions devant un ou deux commissaires, il reste toujours libre de prononcer la parole définitive.

L'article 53 dudit Statut se contente de recommander à la Cour internationale, en cas de défaut, un certain contrôle *ex officio* qu'elle a déjà eu l'occasion d'appliquer ; rien n'empêche les organes qui fonctionnent d'une manière incomplète de s'inspirer de ces mêmes principes au moment de rendre leurs décisions ; au contraire, tout les y invite.

(Signé) PH. AZEVEDO.