

*Anglo Saxon and Continental Approaches to
Pleading Before the ICJ*
Aspects des modes continentaux et Anglo-Saxons
de plaidoiries devant la C.I.J.

*James Crawford & Alain Pellet**

Les signataires de ces lignes ont eu le grand plaisir non seulement de siéger à la Commission du Droit international avec leur dédicataire mais aussi de participer avec lui à l'équipe de plaidoiries du Liechtenstein devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative à *Certains biens*. Nous connaissions tous deux Gerhard Hafner mais cette affaire a encore renforcé l'estime et l'amitié que nous lui portons. C'est qu'une affaire devant la Cour n'est pas seulement une épopée juridique, c'est aussi une « aventure sociale » qui oblige des personnes formées à des systèmes de pensée et même à des modes de raisonnement et, plus généralement, de comportement, très différents, à une coexistence intellectuelle et humaine parfois tendue, mais toujours mutuellement enrichissante. Nous en avons fait la globalement très positive expérience dans les nombreuses affaires que nous avons eu l'occasion de plaider, dont (jusqu'à présent...) trois ensemble¹ et dix l'un contre l'autre².

Dans ces circonstances (et aussi dans les affaires que chacun d'entre nous a plaidées « de son côté »), nous nous sommes rendu compte de la diversité de nos approches en ce qui concerne aussi bien les modes de plaidoiries que le fond du droit applicable. Supposé un, le droit international est perçu assez différemment selon ceux qui le pratiquent – la *summa divisio* étant sans doute celle qui sépare les juristes anglo-saxons formés à la *common law*, des « latins » imprégnés de la manière de penser romano-

* Les auteurs remercient très vivement Daniel Müller (CEDIN) et Merel Alstein (LCIL) pour leur aide à la préparation de cette contribution.

¹ *East Timor (Timor oriental)* ; *Oil Platforms (Plates-formes pétrolières)*, *Certain Property (Certains biens)*.

² Affaires contentieuses : *Certaines terres à phosphates à Nauru (Certain Phosphate Lands in Nauru)* ; *Différend territorial (Libye/Tchad) (Territorial Dispute (Libya /Chad))* ; *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests)* ; *Gabčíkovo-Nagymaros* ; *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria) (Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria))* ; *Pulau Sipidan and Pulau Ligitan (Pulau Ligitan et Pulau Sipadan)* ; *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Advisory proceedings*. Procédures consultatives : *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires (Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict)* ; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires)* ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory)*.

germanique. Et c'est sûrement l'un des grands défis de la participation à une équipe de plaidoirie devant la Cour que de combiner les deux approches dans la compréhension (ou l'incompréhension !) et le respect mutuels, pour arriver à plaider d'une seule voix face à des juges eux aussi partagés entre ces deux grandes familles juridiques et dont il s'agit d'emporter la conviction. C'est aussi, sans doute, ce qui fait une grande part de l'intérêt intellectuel et humain de ces grands contentieux internationaux.

Nous avons, l'un et l'autre, eu l'occasion de décrire la conception que nous nous faisons du métier d'« avocat international » pour autant que l'expression ait un sens³. Il n'entre pas dans notre intention d'y revenir ici d'une manière générale. L'objet de cette contribution est plus modeste : à travers quelques exemples nous avons souhaité illustrer ces différences d'approche sous la forme de plaidoiries imaginaires (et portant sur des thèmes abstraits – alors que nous sommes tous deux convaincus que toute plaidoirie doit, pour être utile et efficace, mêler la présentation du droit à la discussion des faits).

The scene takes place in the Great Hall of Justice of the Peace Palace in The Hague. The litigating States are confronted with general issues concerning:

- *Jurisdiction and Admissibility;*
- *Causes of action and intérêt pour agir;*
- *Authorities and evidence before the World Court; and*
- *the Anglo-Saxon peculiarity called 'estoppel'.*

Here are the extracts of the Verbatim Records concerning these four points.

I. *Jurisdiction and Admissibility* Compétence et recevabilité

Mr. CRAWFORD: Madame President, Members of the Court, my task today is to introduce these preliminary objections with some general remarks on the distinction

³ V. J. Crawford, 'Advocacy before the International Court of Justice and other International Tribunals in State-to-State Cases', in R. Doak Bishop, *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris Publishing, Huntington, 2004, pp. 11-38 ; et A. Pellet, « Conseil devant la Cour internationale de Justice – Quelques impressions », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Pedone, Paris, 1998, pp. 345-362 ; également publié et mis à jour sous le titre « Remarques sur le 'métier' de Conseil devant la Cour internationale de Justice » in Nations Unies, *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'États, d'organisations internationales et de praticiens du droit international – Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, New York, 1999, n° de vente E/F/S.99.V.13, pp. 435-458, et en anglais: 'The Role of the International Lawyer in International Litigation', in Ch. Wickremasinghe (ed.), *The International Lawyer as Practitioner*, B.I.I.C.L., London, 2000, p. 147-162.

between jurisdiction and admissibility, both of which – as in many proceedings before the Court – are relevant here.

In common law systems traditionally there was no distinct concept of admissibility. The Oxford Companion to Law only recognises the concept of admissibility in the context of evidence.⁴ A search of British cases containing the word 'admissibility' produces over 5000 results, but these again almost exclusively refer to the admission of evidence or confessions of guilt rather than the admissibility of a case or claim as such. But this is to some extent misleading. The common law has long dealt with issues such as mootness, justiciability, standing and essential third parties.⁵ International law would classify all these as issues of admissibility.⁶ Moreover the common law is acquiring the vocabulary of admissibility from international practice, perhaps from the decisions of the European Court of Human Rights. At the international level therefore the distinction between admissibility and jurisdiction has generally not been problematic for common-law-trained counsel.

Article 36 of the Statute of the Court addresses only jurisdiction, but Article 79 of the Rules of the Court on the procedure for preliminary objections explicitly mentions both jurisdiction and admissibility.⁷ The difference between the two has been described as follows (by a German lawyer): 'Jurisdiction is geared to the basic requirement of consent by the litigant parties, whereas admissibility touches upon other requirements which may result either from the application of general rules of international law (e.g. exhaustion of local remedies in instances of exercise of diplomatic protection) or from specific agreements between the parties concerned (e.g. referral of a particular class of disputes to arbitration).⁸ This too presents admissibility as a miscellaneous category. Rosenne perhaps gave a more useful general account of admissibility when he defined it as encompassing situations in which 'the Court has been validly seised of, and has jurisdiction over, the merits but cannot exercise that jurisdiction in the concrete circumstances.'⁹

⁴ D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law* 32 (1980).

⁵ Of course the rules on these issues are often different from the international law rules. For example, in relation to essential third parties the common law approach is to require the third party to be joined, and even if there is no appearance by the third party, to let the case go ahead regardless. For the international law approach see *The Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom, United States)*, Preliminary Objections, Judgment of 15 June 1954, 1954 *ICJ Rep.* 19, at 32. If similar facts arose before a common law court to those in *Monetary Gold*, Italy's objection would be dismissed.

⁶ See C. Tomuschat, 'Article 36', in A. Zimmermann, C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice* 589, 648-652 (2006), for a discussion of the different categories of admissibility issues.

⁷ 1945 Statute of the International Court of Justice, art. 79, para. 1 provides that: 'Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing as soon as possible [...].'

⁸ Tomuschat, *supra* note 6, at 646.

⁹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Vol I, 442 (1965).

The Court has, for its part, not set out an authoritative definition of concepts such as jurisdiction, competence and admissibility, preferring instead to determine the 'scope and meaning' of the relevant title of jurisdiction for each case individually.¹⁰ Indeed it can be argued that all the cases which we tend to group under the admissibility really involve jurisdiction *lato sensu*. Certainly preliminary objections can be raised which exclusively concern admissibility, as is expressly recognised by Article 79, paragraph 1, of the Rules of the Court. There is no reason to doubt that Article 36, paragraph 6, of the Statute, which simply provides that '[i]n the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by decision of the Court', applies equally to questions of admissibility.

The Court has described its conception of admissibility as follows:

'Objections to admissibility (recevabilité) normally take the form of an assertion that, even if the Court has jurisdiction and the facts stated by the applicant State are assumed to be correct, there are nonetheless reasons why the Court should not proceed to an examination of the merits.'¹¹

The distinction between jurisdiction and admissibility was already established by the Permanent Court of International Justice in the Upper Silesia case, where it rejected Poland's argument that the pendency of the dispute before the German-Polish Mixed Arbitral Tribunal made the case inadmissible.¹² The exhaustion of local remedies rule is also treated as a matter of admissibility. For example the ELSI dispute was referred to a Chamber by a special agreement between the United States and Italy, but Italy contested the admissibility of the case on the basis that the two American companies had not exhausted all local remedies available to them, and the Chamber dealt with that argument – while rejecting it.¹³ A similar approach was earlier taken by the Court itself in the *Interhandel* case.¹⁴

Drawing this distinction in practice is however not always easy and the Court has sometimes declined to divide preliminary objections into one or other category. In the *Northern Cameroons* case the Court noted that the parties themselves had made 'little distinction if any' between the different categories during oral pleadings,¹⁵ and

¹⁰ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Preliminary Objections, Judgment of 18 November 1953, 1953 *ICJ Rep.* 111, at 121. See also S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Vol. II: Jurisdiction, 522-523 (2006).

¹¹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, Judgment of 6 November 2003, 2003 *ICJ Rep.* 161, at 177, para. 29.

¹² *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Preliminary Objections, Judgment of 25 August 1925, 1925 *PCIJ (Ser. A) No. 06*, at 20-21.

¹³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Merits, Judgment of 20 July 1989, 1989 *ICJ Rep.* 15.

¹⁴ *Interhandel, Jurisdiction (Switzerland v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 March 1959, 1959 *ICJ Rep.* 6.

¹⁵ *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963, 1963 *ICJ Rep.* 15, at 27.

in Land and Maritime Boundary it again refused to be drawn into a classification of Nigeria's preliminary objections.¹⁶

One difference that has sometimes been proposed between jurisdiction and admissibility is that whereas the former is mandatory, the latter in some sense involves judicial discretion or judgement and thus contains an element of flexibility. This may be implied in the Court's own formulation, which I have already quoted: 'there are ... reasons why the Court should not proceed to an examination of the merits' (emphasis added). But it is doubtful whether the Court is free to decline to hear a case involving a legal dispute between two States who have accepted its jurisdiction over that dispute. True, jurisdiction must always be established and if necessary the Court will examine it proprio motu, whereas admissibility is only addressed when there are particular reasons why it could be lacking.¹⁷ But that difference is probably only one of degree: for example in Nuclear Tests the Court examined the issue of mootness of its own motion, relevant developments having occurred after the end of oral argument.¹⁸ The Court went out of its way to deny – thereby, some would think, protesting too much – that it was exercising any discretion.¹⁹

In practice therefore not too much importance needs to be attached to the distinction between admissibility and jurisdiction. It should be noted that already in 1965 Rosenne stated that 'there was a strong undercurrent of feeling [at the ICJ] that there was little practical value in the distinction between jurisdiction and objections to admissibility'.²⁰ The Court will assess the merits of each preliminary objection in its own terms, without attaching much importance to questions of classification.

M. PELLET: Madame la Présidente²¹, Messieurs les Juges, il n'y a pas entre le professeur Crawford et moi d'oppositions flagrantes sur ce premier thème – mais il a présenté une « version douce » de l'aversion des juristes issus de la *common law* pour la distinction si rigide cartésienne entre compétence et recevabilité. Et je ne suis, pour ma part, sans doute pas très représentatif de l'approche latine à cet égard : pour être tout à fait franc, Madame la Présidente, je n'en vois pas très bien l'utilité²². En d'autres termes,

¹⁶ Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment of 11 June 1998, 1998 ICJ Rep. 275, 290 (para. 21), 312 (para. 79).

¹⁷ Tomuschat, *supra* note 6, at 646-647.

¹⁸ See, e.g., Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, 1974 ICJ Rep. 1974, at 253, 270-272, paras. 55-59.

¹⁹ *Ibid.*, at 271, para. 57.

²⁰ Rosenne, *supra* note 9, at 448.

²¹ Il s'agit ici d'une plaidoirie hypothétique devant une Cour fictive. Lors de la séance du 3 mars 2006, dans l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Dame Rosalyn Higgins a souhaité être appelée « Madame le Président » – ce que l'auteur de ces lignes persiste à regretter (V. CR 2006/8, p. 39).

²² V. cependant ma récente plaidoirie au nom de la République française dans l'affaire relative à Certaines questions concernant l'aide judiciaire en matière pénale dans laquelle j'ai été conduit à « requalifier » en exception d'incompétence une conclusion présentée dans les

James Crawford et moi sommes d'accord sur ce point, mais les systèmes juridiques auxquels nous appartenons ne le sont pas autant qu'il le dit, et cela exerce une influence sur l'attachement plus ou moins marqué que les internationalistes des deux côtés de la Manche manifestent généralement à la distinction.

Les positions en présence contrastent en effet assez nettement l'une avec l'autre : alors que, comme M. Crawford l'a rappelé, le concept de recevabilité ne s'applique, dans les droits internes des pays anglo-saxons, qu'à la présentation des preuves, il joue, dans les droits continentaux, un rôle clé dans l'établissement de l'exercice de la ... compétence des juridictions saisies. Mais c'est peut-être là toute son ambiguïté : si une requête est *irrecevable*, le tribunal ou la cour ne pourra *exercer sa juridiction* (pour ne pas dire sa *compétence*...), quand bien même sa *compétence* serait établie par ailleurs²³. Le résultat étant le même – qu'elle soit incompétente ou que la requête soit irrecevable, la Cour est empêchée de se prononcer – j'ai, comme mon supposé contradicteur, des doutes sur l'intérêt réel de la distinction en dehors des enceintes universitaires (et encore...). Mais, en avouant ceci, je me rends compte que j'ai probablement été contaminé par ma longue fréquentation de mes amis anglo-saxons car les juristes français sont, en général, plus attachés à la distinction que je le suis²⁴ et ils la parent de vertus qui ne m'apparaissent pas aussi clairement qu'à eux.

Il est fort révélateur que ce soit des Juges « typiquement latins » (Anzilotti et Fromageot) qui aient pris l'initiative de suggérer, dès 1926, l'inclusion dans le Règlement de la distinction entre incompétence et irrecevabilité²⁵, qui n'a finalement fait son apparition dans le Règlement de la Cour qu'en 1972²⁶ du fait de la forte opposition qu'elle a suscitée de la part, notamment, des Juges anglo-saxons. Ainsi dans son

écritures de la France comme portant sur l'irrecevabilité partielle de la requête de Djibouti (CR 2008/4, 24 janvier 2008, pp. 41-43, par. 40-42).

²³ Sur la distinction de la compétence et de son exercice, v. C.P.J.I., arrêt du 30 août 1924, *Concessions Maurommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 10 : « la question préalable à résoudre n'est pas seulement de savoir si la Cour puise dans la nature et dans l'objet de la contestation portée devant elle le pouvoir d'en connaître, mais encore de vérifier si les conditions auxquelles est subordonné l'exercice de ce pouvoir se trouvent réunies en l'espèce » (italiques ajoutées – v. aussi 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 6, p. 19). Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour actuelle a considéré que « [n]ormalement, une exception à la recevabilité consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'État demandeur seraient tenus pour exacts, il n'en existe pas moins des raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu pour la Cour de statuer au fond » (arrêt du 6 novembre 2003, *Fond*, Rec. 2003, p. 177, par. 29).

²⁴ V. cependant l'opinion individuelle du Juge Abraham jointe à l'arrêt du 13 décembre 2007 dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie) (exceptions préliminaires)* : « la question, tout à fait secondaire, de savoir si l'absence de différend réel et actuel entre les parties constitue une cause d'incompétence de la Cour ou un cas d'irrecevabilité de la demande, ce qui, à vrai dire, ne fait guère de différence » (par. 61 ; v. aussi le par. 6).

²⁵ V. C.P.J.I., série D n° 2 add. 3 (1936), pp. 88-91 ; v. aussi M. Mabrouk, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales*, L.G.D.J., Paris, 1966, p. 23 ou G. Abi-Saab ; *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Pedone, Paris, 1967, pp. 38-39.

²⁶ Article 67, devenu l'actuel article 79 dans le Règlement de 1978.

opinion dissidente dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* – la seule dans laquelle la C.P.J.I. a accueilli une exception d'irrecevabilité, Hudson a contesté le caractère préliminaire de toute exception ne portant pas directement sur la compétence *stricto sensu* de la Cour²⁷.

Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt de la Cour de 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, Sir Gerald Fitzmaurice critiquait lui aussi avec vigueur « la classification des exceptions préliminaires en deux catégories, selon qu'elles ont trait aux questions de compétence ou de recevabilité » qu'il qualifiait de « simpliste et [potentiellement] trompeuse lorsqu'il s'agit de considérer et de déterminer à quel stade et dans quel ordre il convient de régler des exceptions données de l'une ou l'autre catégorie »²⁸. Telle serait pourtant, selon ses défenseurs, la première fonction de la distinction qui induirait nécessairement l'ordre que doit suivre la Cour lorsqu'elle procède à l'examen des exceptions préliminaires qui lui sont présentées : il lui faudrait d'abord s'assurer de sa compétence, puis examiner la recevabilité de la requête²⁹. Mais, s'il est exact que l'examen prioritaire des exceptions d'incompétence correspond à la pratique dominante de la Cour, il n'y a aucune raison de considérer que celle-ci est imposée par une règle de droit.

Sans doute, l'incompétence est-elle expressément visée à l'article 36 du Statut qui, au contraire, est muet sur l'irrecevabilité³⁰ ce qui pourrait justifier la « priorité » des exceptions portant sur la compétence sur celles concernant la recevabilité. Mais l'argument se heurte à deux objections : d'une part, comme je l'ai dit, l'irrecevabilité de la requête conduit à paralyser l'exercice par la Cour de sa compétence (statutaire), ce qui, pour le moins, limite la portée (et la clarté) de la distinction³¹ ; d'autre part, les motifs d'irrecevabilité sont, en partie au moins, procéduraux (et, sous cet angle, découlent également du Statut).

La formule utilisée par la Cour dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, selon laquelle « [n]'ayant pas compétence pour connaître de la requête, la

²⁷ Opinion jointe à l'arrêt du 28 février 1939, série A/B n° 76, pp. 42-48.

²⁸ *Rec.* 1963, p. 103 ; v. aussi Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4 : Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *B.Y.B.I.L.* (1958), pp. 56-60.

²⁹ V. l'opinion dissidente du Juge Koretsky, *ibid.*, p. 39 : « la Cour doit tout d'abord se prononcer sur sa compétence, pour examiner ensuite l'exception d'irrecevabilité » ; v. aussi, par ex., G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 1983, p. 516 ou H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale – C.I.J., juridiction de la Cour », *JCl. D.I.* fasc. 216, par. 45.

³⁰ En ce sens, v. l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, jointe à l'arrêt du 2 décembre 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, p. 102.

³¹ Du reste, pendant longtemps le Règlement de la Cour ne mentionnait pas davantage l'exception d'irrecevabilité que son Statut, et cela ne l'a pas empêchée de considérer que la disposition pertinente – à l'époque l'article 62 – couvrait « plus que les exceptions d'incompétence » (C.P.J.I., 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B n° 76, p. 16), ce qui relativise également la force de la distinction.

Cour n'a pas à statuer sur la recevabilité de celle-ci »³² décrit la situation en l'espèce, mais elle n'exclut pas forcément qu'à l'inverse, dans une autre affaire, la Cour constate l'irrecevabilité de la requête et en déduise qu'il n'est dès lors pas nécessaire qu'elle statue sur sa compétence. C'est, du reste, ainsi qu'elle a procédé dans l'affaire *Interhandel* dans laquelle elle a accueilli l'une des exceptions d'irrecevabilité des États-Unis sans avoir examiné l'une de celles qu'ils avait fondées sur l'incompétence de la Cour, ce que Sir Percy Spender lui a vivement reproché³³. Comme on l'a écrit non sans bon sens : « Certains juges ont affirmé qu'il est vain de déclarer recevable un recours lorsque la Cour est incompétente. Mais, à quoi sert-il, à l'inverse, de déclarer qu'elle est compétente, quand la Cour doit rejeter comme irrecevable la requête qui lui a été présentée ? [I] est impossible d'établir – en général – un ordre d'examen des exceptions de procédure. Le juge international est libre d'examiner, en premier lieu, telle exception d'incompétence ou d'irrecevabilité qu'il voudra (celle dont l'examen ne lui semble guère trop difficile et qui lui paraît la plus pertinente). Si un ordre d'examen des exceptions s'impose, c'est en toute souveraineté que la juridiction internationale le détermine, dans chaque cas d'espèce »³⁴.

On peut certes mentionner quelques affaires dans lesquelles la Haute Juridiction a paru estimer que la question de l'irrecevabilité ne se posait qu'une fois sa compétence établie. L'arrêt de 2006 dans l'affaire des *Activités armées* entre la R.D.C. et le Rwanda constitue d'ailleurs une énigme à cet égard puisque la Cour, s'appuyant sur une jurisprudence abondante³⁵, juge nécessaire de se pencher « au préalable sur l'argument de la RDC selon lequel l'exception tirée du non-respect des conditions préalables prévues dans les clauses compromissaires, et en particulier à l'article 29

³² Arrêt du 20 février 2006, *R.D.C. c. Rwanda (nouvelle requête : 2002), exceptions préliminaires*, Rec. 2006, p. 50, par. 121.

³³ Opinion individuelle jointe à l'arrêt du 21 mars 1959, *Exceptions préliminaires*, Rec. 1959, pp. 54-56 ; v. aussi l'opinion dissidente de Sir Hersch Lauterpacht, *ibid.*, p. 100.

³⁴ M. Mabrouk, *op. cit.* note 25, p. 270 ; v. aussi Sh. Rosenne, *op. cit.* note 10, p. 926 ou M. Bennouna, opinion dissidente jointe à l'arrêt du 13 décembre 2007, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires*.

³⁵ Elle cite : « *Maurommatis en Palestine, arrêt no 2, 1924, C.P.J.I. série A no 2, p. 11-15; Interprétation du statut du territoire de Memel, fond, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B no 49, p. 327-328; Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B no 77, p. 78-80; Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 344-346; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 427-429, par. 81-83; Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 88-90, par. 42-48; Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 16, par. 16-19; p. 24, par. 39-40; Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 121-122, par. 15-19; p. 129, par 38-39) » (arrêt du 20 février 2006, *R.D.C. c. Rwanda (nouvelle requête : 2002), exceptions préliminaires*, Rec. 2006, p. 40, par. 88).*

de la convention, constitue une exception à la recevabilité de sa requête plutôt qu'à la compétence de la Cour. A cet égard, la Cour rappellera que sa compétence repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci (...), et que, lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites. De l'avis de la Cour, l'examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête (...). En l'espèce, les conditions auxquelles l'article 29 de la convention sur la discrimination à l'égard des femmes subordonne la saisine de la Cour doivent donc être examinées dans le cadre de l'examen de la compétence de la Cour »³⁶. Mais elle ne tire aucune conséquence détectable de cette démonstration – pas davantage d'ailleurs que la R.D.C. dans les développements qu'elle consacre à la distinction dans ses observations³⁷...

Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour, qui avait décidé dans son arrêt de 1962 qu'elle était « compétente pour décider au fond »³⁸, a, en 1966, estimé que puisque le Défendeur n'avait alors soulevé qu'une exception d'incompétence, il était normal qu'elle ne se soit pas prononcée sur l'irrecevabilité éventuelle de la requête : si une telle question « se posait, c'est maintenant qu'il faudrait la trancher, comme cela s'est produit dans l'affaire *Nottebohm* à la phase du fond (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4) »³⁹, dans laquelle, en effet, la Cour a commencé par reconnaître sa compétence⁴⁰, avant de déclarer « irrecevable la demande présentée par le Lichtenstein » dans un arrêt ultérieur et distinct⁴¹. Mais, dans ces affaires, l'État demandeur s'était abstenu d'invoquer l'irrecevabilité de la requête au stade des exceptions préliminaires – ce qui pose d'ailleurs un problème ... de recevabilité *ratione temporis* de l'exception elle-même – et, tout ce que montrent ces précédents semble être que la Cour ne se sent pas tenue de la soulever d'office⁴².

Telle serait d'ailleurs, selon certains auteurs, la véritable fonction de la distinction : selon eux, la Cour devrait soulever d'office la question de sa compétence tandis que

³⁶ *Ibid.*, pp. 39-40, par. 88.

³⁷ Observations sur les exceptions préliminaires du Rwanda, 20 mai 2003, pp. 12-13, par. 35-37.

³⁸ Arrêt du 21 décembre 1962, *Sud-Ouest africain (Exceptions préliminaires)*, *Rec.* 1962, p. 347.

³⁹ Arrêt du 18 juillet 1966, *Deuxième phase*, *Rec.* 1966, p. 43, par. 76.

⁴⁰ Arrêt du 18 novembre 1953, *Exception préliminaire*, *Rec.* 1953, p. 124.

⁴¹ Arrêt du 6 avril 1955, *Deuxième phase*, *Rec.* 1955, p. 26.

⁴² La question se posait différemment dans l'affaire de la *Barcelona Traction* puisque, dans son arrêt du 5 février 1970, la Cour décide qu'il n'y a pas lieu qu'elle se prononce au fond sur la requête de la Belgique du fait de l'irrecevabilité de la requête (*Deuxième phase*, *Rec.* 1970, p. 51) ; mais, par son arrêt du 24 juillet 1964, elle avait joint au fond les exceptions d'irrecevabilité soulevées par l'Espagne (*Rec.* 1964, p. 47).

l'invocation de l'irrecevabilité serait laissée à la discrétion des Parties⁴³, et telle semble être aussi la conviction de mon contradicteur. Et il est vrai que dans l'embrouillamini sur sa compétence dans l'affaire du *Génocide* – embrouillamini dont la Cour plus encore que le Défendeur porte la responsabilité, celle-ci a jugé

« nécessaire de souligner que la question de savoir si un État a qualité pour se présenter devant elle conformément aux dispositions du Statut – que l'on y voie une question de capacité à être partie à la procédure ou un aspect de la compétence *ratione personae* – passe avant celle de la compétence *ratione materiae*, c'est-à-dire avant celle de savoir si cet État a consenti à ce que la Cour règle le différend particulier porté devant elle. C'est, par ailleurs, une question que la Cour elle-même est tenue, si besoin est, de soulever et d'examiner d'office, le cas échéant après notification aux parties. Il en résulte que si la Cour estime, dans une affaire particulière, que les conditions relatives à la capacité des parties à se présenter devant elle ne sont pas remplies, alors que les conditions de sa compétence *ratione materiae* le sont, elle doit, quand bien même cette question n'aurait pas été soulevée par les parties, constater que les premières conditions font défaut et en déduire qu'elle ne saurait, pour cette raison, avoir compétence pour statuer sur le fond du différend »⁴⁴.

Mais, ici encore, il paraît difficile d'interpréter *a contrario* cette position (dont les « arrière-pensées » évidentes de politique judiciaire limitent de toute manière la portée) et d'en déduire que la Cour ne pourrait être appelée, en aucune circonstance, à soulever d'office une exception d'irrecevabilité. De même, je ne crois pas que l'on puisse considérer la décision par laquelle, dans son ordonnance du 19 août 1929, la Cour permanente refusait de faire droit à une demande conjointe des Parties de déroger à des dispositions *procédurales* de son Statut⁴⁵, comme portant sur un problème de compétence et non de recevabilité, alors même qu'elle avait soulevé l'objection *proprio motu*. En réalité, il apparaît que la Haute Juridiction peut et doit s'interroger d'office sur tout ce qui pourrait être contraire à son Statut car il y a là des « question[s] de droit indépendante[s] des points de vue des parties à [leur] sujet »⁴⁶, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les objections de compétence au sens strict et celles concernant la recevabilité de la requête ou de certaines conclusions.

Il reste que, dans plusieurs affaires, la Haute Juridiction a indiqué qu'il ne lui paraissait pas nécessaire « de statuer sur la question de savoir si, devant la Cour, une distinction doit être faite entre l'irrecevabilité d'une demande et la compétence d'une

⁴³ V. H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel, *op. cit.* note 29, par. 45, ou Ch. Tomuschat, « Commentary of Article 36 » in A. Zimmerman, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm (dir.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford U.P., 2006, pp. 646-647, par. 110.

⁴⁴ C.I.J., arrêt du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, par. 122 ; v. aussi le par. 132.

⁴⁵ C.P.J.I., *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, série A, n° 22, p. 12.

⁴⁶ C.I.J., arrêt du 15 décembre 2004, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, *Rec.* 2004, p. 297, par. 43 ; v. aussi p. 295, par. 36, et arrêt 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, par. 102 et 103.

juridiction internationale ayant à statuer sur cette demande »⁴⁷. Quand bien même, dans tous ces cas, la Cour devait « simplement (...) établir le caractère préliminaire de l'objection en question »⁴⁸, il n'en reste pas moins qu'elle n'a pas jugé utile de faire cette distinction, supposée pourtant lourde de conséquences procédurales. Au surplus, la terminologie utilisée par la Cour est extraordinairement flottante – il en est ainsi en particulier s'agissant de la condition de l'existence d'un différend, pour qu'elle puisse exercer sa juridiction⁴⁹. Et, bien que l'on puisse y voir une exception d'irrecevabilité, la Cour n'hésite pas à la soulever d'office⁵⁰ et procède généralement à son examen en tout premier lieu et ceci quand bien même, après l'avoir rejetée, elle accueille ensuite une exception d'incompétence à proprement parler⁵¹. D'une manière générale, les « limitations inhérentes à la compétence de la Cour »⁵² sur lesquelles celle-ci se fonde d'office pour refuser d'exercer sa juridiction posent des problèmes de recevabilité et non de compétence – elles n'en sont pas moins examinées d'office et avant toute autre exception.

Il apparaît donc qu'en réalité, sauf dans des cas très exceptionnels qui ne se laissent pas réduire à des règles générales, « lorsque sa compétence est contestée pour différents motifs, [la Cour] est libre de baser sa décision sur un ou plusieurs motifs de son choix, et en particulier 'sur le motif qui, selon elle, est plus direct et décisif' (*Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 25; voir également *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 127; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 16-17, par. 39-40; et *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000, p. 24, par. 26) »⁵³. À mon sens, dans ce domaine, Madame le Président, l'empirisme et le pragmatisme anglo-saxons marquent un point et, comme le Professeur Crawford, j'emprunterai ma conclusion à l'Ambassadeur Rosenne : « *While conceptually it might be possible to draw fine distinctions between an objection to the jurisdiction of the Court, an objection to the admissibility of the application or of a claim (...), in each instance, the decisive appreciation will always*

⁴⁷ C.P.J.I., arrêt du 16 décembre 1936, *Pajs, Csáky, Esterházy*, série A/B, n° 68, p. 51 ; v. aussi, l'ordonnance du 27 juin 1936, *Losinger (exception préliminaire)*, série A/B, n° 67, p. 23 ou C.I.J., arrêt du 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional*, Rec. 1963, p. 27.

⁴⁸ G. Abi-Saab, *op. cit.* note 25, p. 168.

⁴⁹ V. *ibid.*, pp. 175-177.

⁵⁰ V. C.I.J., arrêt du 21 décembre 1962, *Sud-Ouest africain (Exceptions préliminaires)*, Rec. 1962, p. 319.

⁵¹ Pour un exemple v. 30 juin 1995, *Timor oriental*, Rec. 1995, p. 105, par. 36.

⁵² V. surtout les arrêts du 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional*, Rec. 1963, p. 29, par. 13, et du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, p. 259, par. 23, et p. 463, par. 23 ; v. aussi 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, Rec. 1998, p. 468, par. 88, ou 13 décembre 2007, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, par. 49.

⁵³ C.I.J., arrêt 15 décembre 2004, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, Rec. 2004, p. 298, par. 46.

be based on a combination of specifics and the subjective assessment of the majority of the Bench »⁵⁴.

II. Intérêt pour agir et *causes of action* *Causes of Action and intérêt pour agir*

M. PELLET: Le seul fait que, dans le plan des plaidoiries que nous avons inclus dans le dossier des Juges, le titre de celle qu'il m'appartient de présenter aujourd'hui n'ait pu être traduit montre à quel point nous nous trouvons ici face à l'un des points sur lesquels les approches anglo-saxonnes et « latines » du procès international divergent. Sans doute, les dictionnaires juridiques traduisent-ils « *cause of action* » par « intérêt pour agir »⁵⁵ et réciproquement⁵⁶. Il s'agit là, Madame la Présidente, d'une traduction approchée mais inexacte et le problème est que, justement, ce n'est pas la même chose. Il est d'ailleurs intéressant de constater que, pour sa part, le greffe de la Cour utilise souvent de prudentes périphrases pour traduire l'une ou l'autre expression dans l'autre langue⁵⁷ – au prix, parfois d'approximations discutables⁵⁸. Autant je suis à l'aise avec l'intérêt pour agir, autant la notion de « *cause of action* » me trouble quoique, au prix d'un gros effort intellectuel et grâce aux savantes mais claires explications de mes

⁵⁴ Sh. Rosenne, *op. cit.* note 10, p. 848 ; v. aussi, pp. 871-872.

⁵⁵ V. par exemple : A. Deysine, *Dictionnaire de l'anglais économique et juridique*, Livre de poche, Paris, 1996 ; B. Dhuicq et D. Frison, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, BMS, 2004, p. 37.

⁵⁶ V. p.ex. B. Dhuicq et D. Frison, *ibid.*, p. 460 ou Google Translate (<http://translate.google.com/>).

⁵⁷ V. par exemples l'opinion individuelle de M. Jessup jointe à l'arrêt du 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, où « *cause of action* » est traduit par « droit de demander » (*Rec.* 1970, p. 168 ; v. aussi p. 169) ; celle de M. Schwebel jointe à l'arrêt du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières*, *Rec.* 1988, p. 126 ; celle de M. Owada jointe à l'arrêt du 10 février 2005, *Certains biens*, *Rec.* 2005, p. 47 ; ou celle de Mme. Higgins, citée *infra* note 66. Quand « *cause of action* » est traduit par « *cause d'action* » la phrase peut devenir franchement incompréhensible pour un lecteur francophone (v. par exemple l'opinion dissidente de M. Read jointe à l'arrêt du 22 juillet 1952 dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, *Rec.* 1952, p. 148 (également citée dans celles de M. Shahabuddeen, jointes à l'arrêt du 26 juin 1992, *Certaines terres à phosphates à Nauru*, ou à l'avis du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, *Rec.* 1996, p. 99) ; ou celle de M. Weeramantry jointe à l'arrêt du 26 juin 1992, *Certaines terres à phosphates à Nauru*, *Rec.* 1992, pp. 149 ou 174 ; ou l'opinion individuelle de M. Koo jointe à l'arrêt du 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional*, *Rec.* 1963, p. 44, par. 13).

⁵⁸ Cf. l'opinion dissidente de M. Read jointe à l'avis consultatif du 23 octobre 1956, *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, dans laquelle « the essential character of the cause of action » a été traduit par « les caractères essentiels de l'espèce » (*Rec.* 1956, p. 143).

collègues anglo-saxons⁵⁹, je crois avoir fini par en pénétrer à peu près les mystères et j'en suis même venu à la trouver féconde – ce qui n'est pas le cas, j'y reviendrai, de cet autre mot intraduisible en français : « *estoppel* ».

La notion d'intérêt pour agir – un intérêt qui doit être « d'ordre juridique »⁶⁰, est raisonnablement étroite⁶¹. Fort proche du *jus standi* auquel se réfèrent plus souvent les juristes de *common law* que ceux formés aux droits romano-germaniques⁶², elle a pour conséquence que « le demandeur doit montrer que l'action ou l'abstention du défendeur a eu pour effet de porter atteinte à un droit ou à un intérêt juridiquement protégé dont le demandeur était titulaire »⁶³.

⁵⁹ Pour une présentation très claire et nuancée, v. S.A. Harris, « What Is a Cause of Action? », *California Law Review* (1928), n° 6, pp. 459-477.

⁶⁰ V. C.I.J., arrêts, 18 juillet 1966, *Sud-Ouest africain*, Rec. 1966, p. 34, par. 50 ; ou 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Rec. 1970, p. 36, par. 46 ; v. aussi la plaidoirie de P. Weil à propos de la demande en intervention du Nicaragua dans l'affaire du *Différend terrestre, insulaire et maritime* (6 juin 1990, C 4/CR 90/3, pp. 18-21) ; ou celle d'A. Pellet dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* : « En l'espèce, les États-Unis ont sans doute un intérêt, mais ils n'ont pas établi que celui-ci s'analysait en un intérêt juridique ouvrant droit à saisir la Cour ». « En l'espèce, les États-Unis ont sans doute un intérêt, mais ils n'ont pas établi que celui-ci s'analysait en un intérêt juridique ouvrant droit à saisir la Cour ». « En d'autres termes, ils n'ont établi l'existence d'aucun titre, d'aucune cause of action » (28 février 2003, CR 2003/14, p. 38, par. 41-42).

En d'autres termes, ils n'ont établi l'existence d'aucun titre, d'aucune *cause of action* » (28 février 2003, CR 2003/14, p. 38, par. 41-42).

⁶¹ V. not. Keba M'Baye, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice », *R.C.A.D.I. (Recueil des cours en bon anglais...)* 1988-III, tome 209, pp. 223-346 ; v. aussi C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, pp. 214-245.

⁶² Pour des usages interchangeable, v. par exemples l'arrêt de la Cour du 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : « ... la prétention du Gouvernement belge selon laquelle il aurait qualité pour agir... » traduit par : « ... the Belgian claim to *jus standi* » (Rec., p. 37, par. 51 ; v. aussi p. 50, par. 101, ou p. 51, par. 102, et l'opinion individuelle de M. Morelli, *ibid.*, p. 226) ; l'opinion individuelle de M. Oda jointe à l'arrêt du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* : « ... Portugal lacked *locus standi* to bring against Australia this particular case... » (Rec. 1995, p. 107) ; v. aussi S. Wordsworth, plaidoirie dans l'affaire *Diallo* : « *It may be that the better question, so far as concerns diplomatic protection, focuses instead on which person or entity has the relevant cause of action* » (28 novembre 2006, CR 2006/51, p. 27 ; v. aussi p. 28). Dans son ordonnance du 22 mai 1975, le Greffe de la Cour a traduit la phrase « ... les conclusions énoncées plus haut ne préjugent en rien la position de tout État intéressé... » par : « ... *the conclusions stated above in no way prejudice the locus standi of any interested State...* » (Rec. 1995, p. 8). V. aussi la plaidoirie d'A. Pellet sur la *Demande pour un examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour en 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* : « La Nouvelle-Zélande (...) ne peut, au surplus, se réclamer d'aucun intérêt pour agir ; elle n'a pas de *jus standi* et ne peut invoquer aucun 'droit' (*no right*) comme l'exige l'article 41 du Statut » (12 septembre 1995, CR 95/21, p. 34).

⁶³ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, p. 596.

La *cause of action*, qui relève de la « *common law parlance* »⁶⁴, a une portée plus large. Elle inclut l'idée d'intérêt ou de qualité pour agir⁶⁵, mais, au-delà, elle recouvre l'ensemble des éléments « qui sont à l'origine de l'action intentée »⁶⁶; plus que l'intérêt pour agir, c'est, au fond le fondement, la base de la requête ou de la décision⁶⁷, le ou les motifs de l'action entreprise⁶⁸, l'existence d'un « grief »⁶⁹, qui sont en cause. Et la multiplicité même des traductions censées refléter cette notion unique porte témoignage de la diversité de ses acceptions ou, plutôt sans doute, de sa large portée.

L'une des acceptions les plus fréquentes de la notion, du moins en droit international de la responsabilité, est sans doute l'existence de la violation d'un droit dans les

⁶⁴ V. la plaidoirie de M. Brownlie dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force*, citée *infra*, note 71 ; v. aussi celle d'A. Pellet dans l'affaire de *Nauru* : « ... les bases de la responsabilité de l'Albanie d'une part et de celle, fort éventuelle, de la Yougoslavie (...) eussent, de toute manière, été entièrement différentes. Si l'on préfère présenter ceci dans un langage plus familier aux juristes de *common law*, terrain sur lequel je m'aventure rarement, les '*causes of action*' étaient tout à fait distinctes » (21 novembre 1991, CR 91/21, pp. 52-53, par. 15 et 16).

⁶⁵ V. par exemples l'opinion individuelle de M. Wellington Koo jointe à l'arrêt de la Cour du 2 décembre 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional* : « *It is true that an international dispute, just as a cause of action in municipal law, must embody or imply the existence of a legal right or interest at issue in order to be justiciable* » (Rec. 1963, p. 44).

⁶⁶ Cf. l'opinion individuelle de Mme Higgins, jointe à l'ordonnance de la Cour du 2 juin 1999, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, Rec. 1999, p. 162, par. 6.

⁶⁷ Cf. l'opinion dissidente de M. Read jointe à l'avis consultatif du 23 octobre 1956, *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco* : « *It is sufficient to point out that the adjudication of a cause of action based on them was beyond the competence of the Tribunal...* » (« Il me suffira de faire observer qu'en donnant gain de cause aux requérants sur cette base, le Tribunal a dépassé [sa] compétence... ») (Rec. 1956, p. 151) ; ou les plaidoiries de M. Brownlie dans les affaires de la *Licéité de l'emploi de la force* : « *As in the Nicaragua case, the same complex of facts may give rise to a variety of bases of claims, or in common law parlance, causes of action* » (« Comme dans l'affaire Nicaragua, le même ensemble de faits peut donner lieu à une variété de chefs de demande, ou constituer ce que la *common law* appelle les motifs pour ester en justice ») (23 avril 2004, CR 2004/23, p. 24), et du *Génocide* : « *The causes of action or, if you wish, the bases of claim...* » (16 mars 2006, CR 2006/21, p. 21) (v. aussi l'exposé du même avocat dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 10 août 1999*, 6 avril 2000, CR 2004/4).

⁶⁸ V. l'opinion dissidente de M. Read jointe à l'avis consultatif du 23 octobre 1956, *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, Rec. 1956, p. 150 ; celle de M. Chagla jointe à l'arrêt du 12 avril 1960, *Droit de passage sur territoire indien*, Rec. 1960, p. 117 ; ou celle de M. Weeramantry jointe à l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du *Timor oriental* : « *If the answer to this question is in the affirmative, an independent cause of action would be maintainable against Australia...* » (« Si tel est le cas, il existe contre l'Australie un motif d'action autonome... ») (Rec. 1995, p. 149 ; v. aussi p. 174).

⁶⁹ V. *ibid.* : « *The question of jurisdiction depends on whether a cause of action can be made out against Australia...* » (« L'établissement de la compétence dépend de la preuve d'un grief contre l'Australie... ») ; v. aussi la plaidoirie de K. Highet dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* : « *The use of force is a separate cause of action, a separate complain* » (« L'emploi de la force fait naître une cause distincte, un grief *distinct* ») (10 juin 1998, CR 98/10, p. 19 – italiques dans le texte).

circonstances de l'espèce. Comme l'a relevé M. Chagla dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Droit de passage* : « *If there is no right, there can be no violation. Violation merely constitutes the accrual of the cause of action which entitled Portugal to come to Court* »⁷⁰. C'est aussi la position que j'avais prise dans l'un de mes exposés dans l'affaire du *Génocide* : « ... M. Brownlie admet : '*The applicable law is clearly the law of treaties, together with the principles of State responsibility for breaches of the obligations laid down in the treaty instrument*'⁷¹. Nous en sommes d'accord; comme nous admettons évidemment que '*the principles of State responsibility must be applied by reference to the pertinent causes of action: they cannot be applied in the abstract*'⁷². Encore faut-il apprécier convenablement les obligations en cause : c'est le manquement à celles-ci qui constitue la '*cause of action*' pertinente »⁷³.

Dans cette perspective, l'expression « *causes of action* » apparaît comme un synonyme de « moyens ». Tel est le cas, par exemple, lorsque le Juge Read considère que le Tribunal administratif des Nations Unies « *proceeded to base its judgment on an entirely different cause of action: 'détournement de pouvoir' and 'abuse of rights'* »⁷⁴ ou lorsque le Juge Schwebel note qu'un précédent arrêt a été rendu « *upon causes of action which are found in the instant case* »⁷⁵. Dans cet esprit, M. Brownlie a défini les *causes of action* comme « *the substantive sources of obligation, on which the Applicant State relies* »⁷⁶. On pourrait définir les « moyens » au sens que leur donne, par exemple, le droit administratif français très exactement de cette manière.

Sans doute, l'ampleur et le flou de cette notion attrape-tout et insaisissable⁷⁷, qui se prête davantage à la description qu'à la définition⁷⁸, sont-ils passablement déroutants pour un esprit cartésien. Elle n'en joue pas moins, grâce à son ampleur justement, une fonction utile. Le professeur Thomas Franck l'a lumineusement définie comme « la

⁷⁰ Arrêt du 12 avril 1960, *Rec.* 1960, p. 117 (« S'il n'y a pas de droit il ne peut y avoir violation. La violation ne constitue qu'une aggravation du motif de l'action qui a permis au Portugal de venir devant la Cour »); v. aussi son opinion dissidente jointe à l'arrêt sur les *exceptions préliminaires* du 26 novembre 1957, p. 175; ou l'opinion individuelle de M. Koo jointe à l'arrêt de la Cour du 2 décembre 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, préc. note 65.

⁷¹ 13 mars 2006, CR 2006/16, p. 13, par. 13.

⁷² 13 mars 2006, CR 2006/17, p. 42, par. 298 (M. Brownlie); voir aussi 16 mars 2006, CR 2006/21, p. 21, par. 3-4.

⁷³ 18 avril 2006, CR 2006/31, p. 17, par. 21.

⁷⁴ Opinion dissidente de M. Read jointe à l'avis consultatif du 23 octobre 1956, *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, *Rec.* 1956, p. 151 (le Greffe a cependant traduit « *cause of action* » par « motifs »).

⁷⁵ Opinion individuelle jointe à l'arrêt du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières*, *Rec.* 1988, p. 131 (le Greffe a traduit « *causes of action* » par « griefs »).

⁷⁶ Plaidoirie du 12 septembre 1985, C.I.J., *Mémoires, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, vol. V, CR 1985/17, p. 166.

⁷⁷ S.A. Harris la décrit, non sans raison comme un « *elusive concept* » (*op. cit.* note 59, p. 459).

⁷⁸ « *It may be that the concept can better be described than defined* » (*ibid.*).

question de savoir s'il existe un différend juridiquement fondé »⁷⁹. Dès lors, elle présente le grand avantage de rassembler, sous un pavillon unique de multiples éléments, aux frontières souvent ténues et perméables qui, au final, ont une même et unique fonction : permettre d'établir l'existence d'« un différend juridiquement fondé ».

Au demeurant, malgré son ampleur, le concept de « *cause of action* », ne peut être utilisé sans limites à l'appui d'exceptions d'irrecevabilité ou d'incompétence. Ainsi par exemple, dans l'affaire du *Génocide*, un Conseil britannique a-t-il cru possible de l'invoquer à l'encontre d'une conclusion du Demandeur visant à faire reconnaître la responsabilité de l'État défendeur, formulée au stade des plaidoiries orales. À cette occasion j'avais répondu : « Je veux bien, Madame le président, que la notion de '*cause of action*' soit difficile à comprendre pour un esprit formé au droit romano-germanique mais tout de même, très sincèrement, l'utilisation qu'en fait l'avocat du défendeur en ce qui concerne cette question⁸⁰ me plonge dans une certaine perplexité »⁸¹. Il ne paraît pas raisonnable de s'abriter derrière la notion de « *cause of action* » pour déclarer irrecevable *ratione temporis* une demande, en effet nouvelle et liée à un évènement différent de celui ou de ceux qui sont à l'origine de la requête (et qui en constituent le « motif »), mais qui n'en est pas moins la conséquence de cette « action » et ne pouvait survenir qu'en liaison avec celle-ci⁸².

Au surplus, ce pavillon commode ne saurait dispenser les plaideurs ni la Cour d'effectuer les *distinguos* qui s'imposent lorsque des conséquences particulières s'attachent à certaines « *causes of action* » spécifiques ou à certains aspects de la notion. Dans cet ordre d'idées je suis frappé, Madame la Présidente, par la confusion fréquemment commise par nos collègues anglo-saxons (par d'autres aussi, il est vrai...) entre conclusions et moyens.

À cet égard, le contre-mémoire français dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, me paraît bien faire le point :

« Comme la Cour l'a fermement rappelé, elle 'établit une distinction entre le différend lui-même et les arguments utilisés par les parties à l'appui de leurs conclusions respectives sur ce différend'⁸³. La compétence de la Haute Juridiction doit s'apprécier exclusivement par rapport à ces dernières. La Cour, à maintes reprises, a pris soin de distinguer les énoncés d'un requérant qui 'tendent à justifier certaines prétentions'

⁷⁹ Plaidoirie du 3 mai 1996 dans l'affaire du *Génocide* : « ... *the issue of whether there is a legally cognizable dispute* » (CR 1996/11, p. 16).

⁸⁰ Voir CR 2006/21, p. 23, par. 6-7.

⁸¹ Plaidoirie dans l'affaire du *Génocide*, 18 avril 2006, CR2006/31, pp. 18-19, par. 26.

⁸² Sur la réfutation de la prétention du Défendeur dans cette espèce, v. *ibid.*, p. 19, par. 26 et 27.

⁸³ Arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, Rec. 1998, p. 449, par. 32. V. aussi l'arrêt du 21 avril 1960, *Droit de passage sur territoire indien, fond*, Rec. 1960, p. 32.

de l'énoncé précis et direct d'une demande⁸⁴. Aussi 'la Cour doit[-elle] statuer sur l'objet du litige', alors même qu'elle 'reste libre des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt'⁸⁵.

Ainsi, la compétence de la Cour ne saurait s'exercer, de manière indifférenciée, à l'égard de n'importe quelle violation alléguée (...) : pour que la Haute Juridiction soit compétente pour en connaître, il est indispensable que les faits en cause soient en relation directe avec la [violation alléguée dans la requête]. (...). C'est elle et elle seule qui constitue l'action spécifique⁸⁶ de la France qui a donné naissance au différend ; c'est par rapport à elle et elle seule que doit être appréciée la compétence de la Cour pour connaître de la présente affaire »⁸⁷.

Pour reprendre la formule de la Cour dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes*, il ne faut pas confondre les « éléments qui, le cas échéant, pourraient fournir les motifs de l'arrêt » mais qui n'en constituent pas « l'objet »⁸⁸. À plusieurs reprises, la Cour a, dans le passé, mis en garde contre les inconvénients d'une telle confusion⁸⁹. C'est qu'il ne s'agit pas d'un simple problème de définition : alors que la Cour peut modifier ou choisir librement les moyens sur lesquels elle se fonde pour motiver sa décision⁹⁰, les

⁸⁴ C.I.J., arrêt du 18 décembre 1951, *Pêcheries*, Rec. 1951, p. 126. V. aussi les arrêts du 17 novembre 1953, *Minquiers et Ecréhous*, Rec. 1953, p. 52 ; du 6 avril 1955, *Nottebohm*, (2^{ème} phase), Rec. 1955, p. 16 ; ou du 15 juin 1962, *Temple de Préah Vihear (fond)*, Rec. 1962, p. 36.

⁸⁵ C.I.J., arrêt du 28 novembre 1958, *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, Rec. 1958, p. 62.

⁸⁶ V. l'arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, Rec. 1998, p. 450, par. 34 et 35.

⁸⁷ Contre-mémoire de la République française, pp. 13-14, par. 2.19-2.20.

⁸⁸ Arrêt du 18 décembre 1951, Rec. 1951, p. 126. Sur la distinction entre moyens et conclusions, v. aussi les plaidoiries d'A. Pellet dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro c. France)* (20 avril 2004, CR 2004/12, p. 15, par. 25) et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (25 janvier 2008, CR 2008/5, pp. 55-56, par. 7-8).

⁸⁹ V. C.I.J., arrêts, 18 décembre 1951, *Pêcheries*, Rec. 1951, pp. 125-126 ; 15 juin 1962, *Temple de Préah Vihear, fond*, Rec. 1962, p. 32, ou 12 avril 1960, *Droit de passage sur territoire indien, fond*, Rec. 1960, p. 28.

⁹⁰ C.I.J., arrêts du 18 décembre 1951, *Pêcheries*, Rec. 1951, p. 126, 28 novembre 1958, *Tutelle des mineurs*, Rec. 1958, p. 61, 10 décembre 1985, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Rec. 1985, p. 207, par. 29, 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières, fond*, Rec. 2003, p. 180, par. 37, ou 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Rec. 2002, p. 19, par. 43.

conclusions des Parties établissent le *petitum* qui, lui, s'impose à elle⁹¹ ; en outre et parallèlement, les Parties peuvent modifier ou ajouter des moyens à l'appui de leur thèse jusqu'à une phase avancée du procès (sous la seule réserve du respect du contradictoire), pas les conclusions, si, du moins, il résulte de leur amendement une transformation de l'objet du différend initialement soumis aux termes de la requête⁹².

Madame la Présidente, Messieurs de la Cour, les exemples de cas dans lesquels il a été fait appel devant vous à la notion de « *cause of action* » « *do demonstrate that this concept is a composite one and will have a differing aspect depending on the angle from which it is approached* »⁹³. Vue par un esprit cartésien, elle se décompose en de multiples éléments ; elle suppose :

- l'existence d'un droit dans le chef de l'auteur de la demande (ici l'on retrouve l'intérêt pour agir) et d'une obligation corrélative incombant au défendeur ;
- d'un acte ou d'une omission constituant un manquement à cette obligation,
- susceptible de déboucher sur une demande pouvant être satisfaite en justice.

Mais cette énumération appelle deux remarques troublantes. En premier lieu, bien que, à ma connaissance, les tenants de la notion l'appliquent à toutes les catégories de contentieux, je conçois son applicabilité en matière de responsabilité, mais j'éprouve de grandes difficultés pour transposer ces éléments dans d'autres domaines et, en particulier, en matière de conflit frontalier. Et, en second lieu, il me semble ressortir assez nettement de la jurisprudence de la Cour que ces éléments ne sont pas tous toujours présents quand elle recourt à la notion de « *cause of action* », de même d'ailleurs qu'en droit interne (des États-Unis en l'occurrence) « *[a] cause of action has been described as containing one or more of these features...* »⁹⁴.

⁹¹ C.I.J., arrêts du 15 décembre 1949, *Détroit de Corfou, Fixation du montant des réparations*, Rec. 1949, p. 249, 27 novembre 1950, *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du Droit d'asile*, Rec. 1950, p. 402 (« il y a lieu de rappeler le principe que la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées »), 3 juin 1985, *Plateau continental (Libye/Malte)*, fond, Rec. 1985, p. 23, par. 19, ou 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Rec. 2002, pp. 18-19, par. 43. V. aussi G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4 : Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *B.Y.B.I.L.* 1958, p. 98.

⁹² C.I.J., arrêts du 26 juin 1992, *Certaines terres à phosphates à Nauru, exceptions préliminaires*, Rec. 1992, pp. 266-267, par. 69-70, 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries*, Rec. 1998, p. 448, par. 29, et 8 octobre 2007, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, par. 108. V. aussi C.P.J.I., ordonnance du 4 février 1933, *Administration du prince von Pless, série A/B*, n° 52, p. 14, et arrêt du 1939, *Société commerciale de Belgique, série A/B*, n° 78, p. 173.

⁹³ S.A. Harris, *op. cit.* note 59, p. 460.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 461.

Étant donné ce contenu variable, je ne suis pas sûr qu'elle soit aussi concrètement utilisable que nos amis anglo-saxons semblent le croire et elle peut être source de confusion (je pense qu'elle est largement responsable de la difficulté qu'ils éprouvent à opérer la distinction – pourtant indispensable – entre conclusions et moyens). Il reste que, intellectuellement, elle apporte quelque chose et que, après avoir été longtemps réticent à son égard, il m'arrive souvent, lorsque je réfléchis à une plaidoirie (surtout lorsque des problèmes de compétence ou de responsabilité sont en cause), de m'interroger sur la ou les « *causes of action* » « disponibles » en l'espèce et de clarifier ainsi ma perception de l'affaire. Ce type d'« acculturation » constitue sans aucun doute une source d'enrichissement intellectuel que l'irremplaçable travail en équipe fournit.

Mr. CRAWFORD: Madame President, Members of the Court:

In the common law the concept of cause of action is historically-driven and has never been codified. According to the Oxford Companion to Law, a cause of action is [t]he fact or set of facts which give a person a right to bring an action. A cause of action is sometimes a wrongful act by itself, e.g. trespass, but in other cases, e.g. negligence, a cause of action is not complete until there is both a wrongful act and resultant harm.⁹⁵ This definition already indicates that in the common law a cause of action is not always easy to identify. A similar definition of cause of action can be found in United States law: it has been said that 'the primary right and duty and the delict or wrong combined constitute the cause of action in the legal sense of the term'.⁹⁶

The concept of cause of action is not to be confused with the old 'forms of action', the modes of formal pleading abolished in England by the Common Law Procedure Act of 1854.⁹⁷ But to a degree the forms of action rule us from their graves,⁹⁸ as they may have been an obstacle in the common law to generating any general principles of responsibility, as distinct from formulations of specific wrongs such as negligence, trespass or nuisance. International lawyers whose initial training was in the common law have tended to be influenced by this legal perspective; but it is important to note that causes of action are, in the common law, part of private law, not of public law. In British public law merely classificatory descriptions are relied on, such as procedural ultra vires, which – though less systematised – are not so different from those adopted by civil law systems.

What is crucial for this purpose, however, is that in international law there is no formal distinction between public and private law. Hersch Lauterpacht sought to derive substantive international law rules from private law sources and analogies,⁹⁹ but the relations between the subjects of international law are not the same as, or

⁹⁵ The Oxford Companion to Law, *supra* note 4, at 193.

⁹⁶ J. N. Pomeroy, *Code Remedies*, para. 347 (1904).

⁹⁷ 1854 Common Law Procedure Act, 17 & 18 Vict. (1854), c. 125. For a discussion of this Act and its effects see J. H. Baker, *Introduction to English Legal History* 92-95 (2002).

⁹⁸ F. W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law*, lecture 1 (1909): 'The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves.'

⁹⁹ H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927).

analogous to, those between the subjects of a single municipal legal system. As there is no vertical organisation in the international legal order, municipal legal concepts such as cause of action cannot be transposed directly into international law – a point clearly recognised by Lauterpacht's British doctoral supervisor, Lord McNair.¹⁰⁰

In a 1979 article, Professor Brownlie catalogued 30 different categories of causes of action which had been invoked by States in practice.¹⁰¹ As he acknowledged, and Professor Pellet notes, two of these categories do not actually involve a cause of action, namely a '[r]equest for a determination whether sovereignty (title) over certain territory (including islands, islets and rocks) belongs to State A or State B' and a '[r]equest for a declaration that sovereignty (title) over certain territory (including islands, islets and rocks) belongs to the Applicant (or Respondent) State'.¹⁰² To these overlapping if not identical 'categories' can be added disputes concerning maritime delimitation. Questions of maritime or territorial delimitation may of course be accompanied by questions of state responsibility, for example in cases where armed conflict has broken out, vessels have been seized or States accuse each other of illegally occupying and exploiting their territory. In such cases there is clearly a cause of action, but Professor Pellet is right to point out that in questions of delimitation as such no cause of action is involved. But this is not a reason to dispense with the concept altogether.

Professor Pellet identifies three elements which together constitute a cause of action:

- (a) The existence of a right of the applicant State and a corresponding obligation on the respondent State;
- (b) an act or omission breaching that obligation;
- (c) the dispute must be susceptible to being solved by judicial proceedings.

It will be noted that this definition is broader and more inclusive than the common law definition or the one (common law-influenced) advanced by Ian Brownlie before the Court: 'the substantive sources of obligation, on which the Applicant State relies'.¹⁰³ Particularly the third element is not mentioned elsewhere, although the existence of a legal dispute is of course a precondition for the Court's jurisdiction.

This brief overview of the different views on causes of action may lead to the conclusion that there are as many definitions of the concept as there are international lawyers. This confusion is not aided by statements such as '[i]n a rather abstract way the terms "claim", "cause of action" and "subject-matter of the dispute" are interchangeable...'¹⁰⁴ The core elements are however the same: the cause of action on

¹⁰⁰ Status of South West Africa, Advisory Opinion of 11 July 1950, 1959 ICJ Rep., 128, at 148.

¹⁰¹ I. Brownlie, 'Causes of Action in the Law of Nations', 50 BYIL 13 (1979).

¹⁰² *Ibid.*, at 24-25.

¹⁰³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Pleading of 12 September 1985, Vol. V, CR 1985/17, at 166.

¹⁰⁴ Brownlie, *supra* note 13, at 37.

which a claim is based arises from the existence of an obligation owed by one State to another (or to a larger collective of which the State is part) and the act or omission which allegedly breached this obligation. These elements are not very different from the definition of intérêt pour agir advanced by Professor Pellet: 'le demandeur doit montrer que l'action ou l'abstention du défendeur a eu pour effet de porter atteinte à un droit ou à un intérêt juridiquement protégé dont le demandeur était titulaire.'

Again, we can see that the common law approach and the civil law approach to the basis of a claim, whether it is called the cause of action or the intérêt pour agir, are similar. The difference is one of terminology rather than of substance.

III. *Authorities and Evidence before the World Court*

La doctrine et la jurisprudence comme modes de preuve devant la Cour mondiale

Mr. CRAWFORD: Madam President, Members of the Court:

There is a fundamental difference between common law and civil law rules on evidence. Traditionally, the common law has had strict rules on what evidence is admissible and what is not; whereas the civil law has eschewed exclusionary rules of evidence. The two traditions are however converging. For example, the British rule against the use of hearsay evidence has been much qualified.¹⁰⁵ The general exclusion of hearsay was thought necessary in the common law system, mainly because of the widespread use of juries. This is irrelevant in international law (and, except in criminal cases, increasingly in national law as well).

By contrast the Court has taken a wholly independent approach to evidence, which falls somewhere in between the common law and civil law positions: it might be described, with all respect, as adversarial in principle but libertarian in practice. For the Court, 'the probative value of the evidence depends upon the question at issue and is determined by the substantive rules of international law through the application of which the Court will reach its decision.'¹⁰⁶ The relevance of the evidence to the case at hand is the main criterion.¹⁰⁷ Circumstantial evidence is admissible, but the Court has cautioned that 'proof may be drawn from inference of fact, provided that they leave no room for reasonable doubt'.¹⁰⁸ A similar approach is taken to evidence the common law would exclude as hearsay: rather than a priori excluding such evidence, the Court has normally admitted it but given it little weight. For example, unconfirmed

¹⁰⁵ 1995 Civil Evidence Act, s1(2), which abolishes the hearsay rule in civil proceedings. See C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* 58-59 (2007).

¹⁰⁶ Rosenne, *supra* note 10, at 1043.

¹⁰⁷ *Ibid.*, at 1039.

¹⁰⁸ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Merits, Judgment of 9 April 1949, 1949 *ICJ Rep.* 4, at 18 (emphasis in original).

statements attributed to third parties by a witness in the Corfu Channel case were dismissed as 'allegations falling short of conclusive evidence'.¹⁰⁹

Correlatively the Court has not provided any clear guidance on the admissibility of evidence. According to Rosenne this is largely due to the nature of international litigation and the fact that the material admissibility of evidence is rarely disputed.¹¹⁰ Rather, each side focuses on disputing the relevance or the weight to be given to the other side's evidence.

While the Court has tended to admit what (from a common law perspective) may be considered as dubious categories of evidence but to give such evidence little or no weight, it has also disregarded the civilian approach of autonomous selection of evidence. According to Witenberg:

'Les Etats litigants ont non seulement le droit, mais ils ont aussi le devoir de prouver. Ils ont une véritable obligation de collaborer à une exacte information du juge international. Celui-ci a, de son côté, le devoir impérieux de procéder lui-même à des recherches où il puisera l'exacte représentation du fait litigieux.'¹¹¹

But in practice the Court gets its information on the facts in dispute largely if not exclusively from the parties: there is no evidence of independent research and from a common law perspective quite properly not.

With regard to precedent, the Court's position is again intermediate between the two traditions. On the one hand the common law rule of the binding force of a single precedent has not been adopted. On the other hand, neither is there any articulated requirement of a jurisprudence constante. As to evidence, I have described the Court as adversarial in principle but libertarian in practice. As to precedent one might say that the Court has a practice of high verbal deference: when it departs from previous decisions the Court is uniformly careful not to say it is doing so. It is as if one sees a streetscape consisting of the house frontages of earlier decisions, behind whose facades there is, however, sometimes a new building, sometimes the old familiar site, sometimes no construction at all!

The doctrine of precedent is commonly associated with the common law system, but there is no uniform system of precedent in the different common law countries. Precedent is specific to the legal system within which it arises; it exists to perform particular functions of that system. In the English legal system the doctrine of the single precedent in the English legal system (stare decisis) is a doctrine of the centralization

¹⁰⁹ *Ibid.*, at 16-17.

¹¹⁰ Rosenne, *supra* note 10, at 1048. In the Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Bahrain contested the authenticity of 82 documents submitted to the Court by Qatar. Qatar subsequently withdrew the documents, while the Court (while reaching its own conclusions) remained diplomatically silent. See S. Torres Bernardez, 'Article 48', in A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice* 1081, at 1089-1090 (2006),

¹¹¹ J.-C. Witenberg, 'La Théorie des preuves devant les juridictions internationales', 56 *Recueil des cours* 97 (1936).

of authority.¹¹² It seeks to prevent lower courts going off on frolics of their own, and centralizes law-making authority in the highest court. That the Court of Appeal is bound by its own previous decisions is a proposition about the authority of the House of Lords and only incidentally a proposition about the authority of the Court of Appeal.¹¹³ Such a unitary system does not exist in the United States, where there is no federal common law. The Supreme Court itself is not bound by its own previous decisions, and frequently departs from them, much more frequently than the House of Lords has done in the 40 years since the Practice Direction.¹¹⁴

At the international level, the principle of consent to jurisdiction already entailed a constraint on the bindingness of decisions. Article 56 of the 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes provided that: 'The Award is only binding on the parties who concluded the "Compromis".'¹¹⁵ Similarly Article 84 of the 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes provided that: 'The Award is not binding except on the parties in dispute.'¹¹⁶ This was the basis for Article 59 of the Statute of the Permanent Court – identical in the Statute of the International Court: 'The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.' Of course, this provision embodies the principle of *res judicata* rather than *stare decisis*, but it clearly has implications for the latter too: a common law approach to a single precedent was thereby excluded. To similar effect was Article 38(1)(d) of the Statute, which treats judicial decisions as merely 'subsidiary means for the determination of rules of law'.

On the other hand, as Sir Robert Jennings has commented, '[t]he importance of judicial precedent in the development – indeed one may say making – of international law has long been far greater than might be surmised from the place given to it in Article 38...'¹¹⁷ The Court has been extremely careful to preserve consistency or, when this was not possible, at least the appearance of it. The Court normally refers back to earlier decisions on a given point when addressing the same point in a later case. Hersch Lauterpacht has remarked that these references range 'from mere illustration and "distinguishing" to a form of speech apparently indicating the authoritative character of the pronouncement referred to.'¹¹⁸ The Court thus draws upon an ever-expanding body of case law. It has often made the importance it attaches to adhering to its own previous decisions clear. Thus in the *Nuclear Tests* case, it considered it

¹¹² For a good discussion of the role of precedent in the English legal system, see N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (2008).

¹¹³ See generally R. Cross/J. Harris, *Precedent in English Law* 3-7 (preliminary statement), 19-20 (contrast with USA), 108-119 (the Court of Appeal) (1991).

¹¹⁴ Practice Statement issued by the House of Lords on 26 July 1966, 3 *All ER* 77 (1966).

¹¹⁵ 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 187 *CTS* 410.

¹¹⁶ 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 205 *CTS* 233.

¹¹⁷ R. Jennings, 'Chambers of the International Court of Justice and the Court of Arbitration', in *Humanité et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy* 200 (1991).

¹¹⁸ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* 9 (1958).

'appropriate to recall that its approach to a phase of this kind must be, as it was expressed in the Fisheries Jurisdiction cases, as follows...'.¹¹⁹ Similarly, when deciding on an application to review a judgment of the United Nations Administrative Tribunal in 1987, the Court recalled its earlier statement that its 'proper role is not to retry the case and to attempt to substitute its own opinion on the merits for that of the Tribunal' and then held that '[t]hat principle must continue to guide the Court in the present case'.¹²⁰ The Court was even more explicit in the Libya/Malta case, holding that 'justice of which equity is a manifestation [...] should display consistency and a degree of predictability'.¹²¹ But especially in the protean field of maritime delimitation, appeals to precedent often conceal departures in practice.

The imperative language used by the Court in these instances has been echoed in many other cases as well as individual opinions. It may be noted that this holds true for judges from a civil law background as well as for judges coming from common law jurisdictions.¹²² Judge Winiarski commented that 'without being bound by *stare decisis* as a principle or rule' the Court has maintained a 'remarkable unity of precedent, an important factor in the development of international law'.¹²³ Judge Shahabuddeen, writing extra-judicially, has spoken of 'the Court's own preoccupation to perceive itself and to be in turn perceived as pursuing a constant judicial policy of precedential consistency'.¹²⁴

The Court has thus tended to distinguish previous decisions on the facts rather than declaring them to be wrongly decided and overtly departing from them.¹²⁵ Indeed, the Court has never invoked the non-applicability of the doctrine of *stare decisis* as the basis for a new holding.¹²⁶ An example is the Tunisia/Libya case, in which the Court's treatment of equity in the law of maritime delimitation clearly departed from its

¹¹⁹ Nuclear Tests, *supra* note 18, at 253, 257-258, para. 16 (emphasis added).

¹²⁰ Application for Review of Judgment No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 27 May 1987, 1987 *ICJ Rep.* 18, at 33, para. 27 (emphasis added), quoting Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 20 July 1982, 1982 *ICJ Rep.* 325, at 356, para. 58.

¹²¹ Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Merits, Judgment of 3 June 1985, 1985 *ICJ Rep.* 13, at 39, para. 45. See also R. Bernhardt, 'Article 59', in A. Zimmerman/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice* 1231, at 1244-1245 (2006).

¹²² M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* 30-31 (1996).

¹²³ Address delivered on the fortieth anniversary of the inauguration of the PCIJ, 1961-1962 *ICJYB* 2.

¹²⁴ Shahabuddeen, *supra* note 122, at 31.

¹²⁵ *Ibid.*, at 132. See also Rosenne, *supra* note 10, at 1555; M. Sørensen, *Les Sources du Droit International* 166 (1946). There are many examples of the Court distinguishing one case from another. These include its treatment of the Status of Eastern Carelia case in Mosul, *PCIJ* (Ser. E) No. 2, at 164, and No. 3, at 226; and of Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1959, 1959 *ICJ Rep.* 127; in Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962), Preliminary Objections, Judgment of 24 July 1964, 1964 *ICJ Rep.* 6, at 28-30.

¹²⁶ Shahabuddeen, *supra* note 122, at 31.

previous jurisprudence.¹²⁷ Prosper Weil observed that even though 'the Court adds that "this was the view of the Court" in its 1969 judgment, what we in fact have is the complete opposite'.¹²⁸ His criticism was shared by Judge Gros, who in his dissenting opinion argued that '[w]hile the Court is entitled to change its conception of equity in comparison with the 1969 Judgment, the use of a few quotations from that Judgment does not suffice to prove that no such change has taken place'.¹²⁹ Other areas in which the Court may have silently departed from previous decisions include the meaning of the 'irreparability' of damages in the context of interim measures,¹³⁰ and indeed the legal effect of orders of interim measures themselves. The Court's unwillingness to make explicit its departure from previous judgments, even when it may actually be doing so, illustrates the importance attached to the values of consistency and predictability, honoured as they are even in the breach.¹³¹

It is true that the Court's system of precedent is less fully formed than it is in the common law system and the use of previous judgments as authority is largely unregulated. Judge Shahabuddeen has summed up the situation as follows

'much of the need to establish rules in a common law jurisdiction is attributable to the existence of a hierarchical legal order. In such an order, precise rules are required to define the way in which decisions of courts at one level are to be treated by courts at a different level. Elaborate rules are unnecessary in the case of a system which consists of a single court having no hierarchical relationship with other tribunals.'¹³²

But the differences between the two systems are not as great as they are often made out to be. While the Court attaches great importance to adhering to its jurisprudence, common law courts of last resort have accepted that they can, in certain circumstances, depart from their previous decisions.¹³³ This convergence should no doubt be seen as the work of independent forces coincidentally working on both sides, rather than a concert-party.¹³⁴ The Court's attitude to evidence and precedent can thus be seen as

¹²⁷ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Merits, Judgment of 24 February 1982, 1982 ICJ Rep. 18.

¹²⁸ P. Weil, *The Law of Maritime Delimitation – Reflections* 173 (1989).

¹²⁹ *Continental Shelf*, *supra* note 127, at 151, para. 16.

¹³⁰ Shahabuddeen, *supra* note 122, at 150-151.

¹³¹ See, e.g., the Court's decision in the NATO cases: e.g. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment of 15 December 2004, 2004 ICJ Rep. 279, which involved a clear (yet unannounced) departure from positions indicated or assumed by the Court in the Bosnia Genocide cases in 1993 and 1996, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993, 1993 ICJ Rep. 3; *Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, 1993 ICJ Rep. 325; *Jurisdiction*, 1996 ICJ Rep. 595.

¹³² Shahabuddeen, *supra* note 122, at 237.

¹³³ See, e.g., The Practice Statement issued by the House of Lords on 26 July 1966, 3 *All ER* 77 (1966).

¹³⁴ Shahabuddeen, *supra* note 122, at 241.

combining elements of the common and civil law approaches: it lacks the strict rules of the former, but shares its emphasis on consistency.

To summarise, the Court's treatment of these two issues again shows the inadequacy of a vision of the international judicial process either as common-law or civil-law based.

M. PELLET: Madame la Présidente, Messieurs de la Cour, au plan strictement juridique, le professeur Crawford a raison : le droit international emprunte aux droits romano-germaniques comme à la *common law* sans jamais se laisser réduire aux uns ou à l'autre, et cela est vrai en matière de preuve comme dans tous les autres domaines. Mais, lorsqu'ils le pratiquent, les juristes ne se détachent pas aussi facilement que cela du système de pensée qui les a nourris – et ce n'est pas un hasard si l'article 9 du Statut de la Cour appelle les « électeurs » des Juges à avoir en vue d'assurer « dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » : ce n'est que par la confrontation (parfois difficile, toujours enrichissante) des points de vue hérités des modes de penser nationaux que peut se réaliser le *melting pot* des traditions juridiques dont mon contradicteur fait une description peut-être un peu idyllique.

Nulle part sans doute l'opposition des deux grandes familles de droit, pas seulement quant aux règles elles-mêmes mais aussi pour ce qui est de l'attitude à l'égard des règles, ne se manifeste de façon plus éclatante qu'en matière procédurale – contrairement aux « latins », plus portés sur les débats théoriques, les « *common lawyers* » sont capables de se passionner pour des questions de procédure, qui nous paraissent parfois un peu « futiles », et hésitent, moins que nous, à multiplier (en général inutilement) les incidents de procédure. C'est à ce niveau « comportemental » plus que strictement juridique que se situent les principales oppositions en matière de preuves.

Sur ce point, je me permets, Madame la Présidente, compte tenu du temps très limité dont nous disposons¹³⁵, de me concentrer sur mon expérience personnelle au risque de livrer des « impressions » plus que des « vérités scientifiques » (en admettant qu'il puisse en exister dans ce domaine ?).

Première « impression » donc : nos partenaires anglo-saxons¹³⁶ sont, malgré la réputation de « bavardage » qui colle souvent aux peuples du sud, plus prolixes que nous, surtout à l'écrit et j'ai parfois eu le sentiment qu'ils confondaient longueur et qualité de la démonstration. Il est difficile de savoir qui, des autorités nationales¹³⁷ ou des Conseils – et, à plus forte raison lesquels parmi ceux-ci – sont responsables des 946 pages des mémoires cumulés des Parties dans l'affaire du *Golfe du Maine*¹³⁸, des

¹³⁵ La Cour se montre, souvent à raison, parfois à tort, de plus en plus « chiche » sur la longueur des plaidoiries orales.

¹³⁶ Je parle ici par « généralités » en me fondant sur le *plerumque fit* ; il y a des exceptions des deux côtés et si je pense être assez « représentatif » du « modèle latin », James Crawford l'est sans doute moins de la tradition anglo-saxonne.

¹³⁷ Il est très fréquent que le « client » – l'État en l'occurrence – pousse les conseils à accumuler écritures et annexes à des niveaux déraisonnables.

¹³⁸ 525 pour le mémoire du Canada ; 421 pages pour celui des États-Unis.

938 pages des écritures du second tour¹³⁹ et 705 pour les répliques¹⁴⁰, soit en tout, en incluant 348 pages de cartes et croquis, 2937 pages – sans les annexes¹⁴¹ ! En tout cas, quelles que soient les responsabilités, c'est beaucoup trop – déraisonnablement trop. Il est vrai que, sur ce plan, les procédures arbitrales n'ont rien à envier à celles qui se déroulent devant la Cour mondiale – et ceci alors, sans aucun doute, sous l'influence des *lawyers* anglo-saxons... Plus c'est long, plus c'est convaincant ? Je suis loin d'en être persuadé Madame la Présidente...

Le problème ne tient pas seulement au nombre de pages des pièces de procédure écrite et de leurs annexes mais aussi à l'abus des citations qui y figurent. Ainsi, le mémoire du Botswana dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu se contente d'aligner les citations de diverses « *authorities* » pour établir que l'interprétation d'un traité doit être conforme au droit international¹⁴²... Quant au contre-mémoire de l'Ouganda dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* il « démontre » l'existence du principe dit des « parties indispensables » en enchaînant les citations sur une dizaine de pages¹⁴³. Et il en va de même lors des plaidoiries orales durant lesquelles certains collègues, anglais surtout, n'hésitent pas à lire avec une gourmandise impassible des pages entières d'arrêts de la Cour ou d'extraits d'ouvrages qui, pour avoir été écrits par d'éminents auteurs, ne sauraient tenir lieu de démonstration dans un cas d'espèce¹⁴⁴. Au lieu d'argumenter, on « cite » (« *quote* ») et l'on pense que cet empilement d'« *authorities* » suffira à persuader les Juges. Cela est peut-être vrai pour ceux qui se réclament de la même tradition juridique – encore que ça ne me paraisse pas certain ; mais ce ne l'est sûrement pas pour les héritiers de Cicéron pour lesquels l'*ars juris* ne saurait se limiter à de savantes citations.

Ces tendances (il ne s'agit que de ceci), ne sont évidemment pas dépourvues de tout lien avec le principe du précédent (*stare decisis*) qui, comme l'a rappelé à juste titre le professeur Crawford, n'est pas rigidement appliqué dans les pays de *common law* mais n'y est pas moins plus prégnant que dans les droits continentaux où la jurisprudence n'est pas censée avoir de rôle créateur du droit. Ceci ne signifie évidemment pas qu'un Conseil français ou italien ne s'efforcera pas de prendre appui sur la jurisprudence et de convaincre la Cour que ce qui lui est demandé s'inscrit dans la droite ligne de sa

¹³⁹ Respectivement 525 et 421 pages pour les contre-mémoires canadien et américain.

¹⁴⁰ 371 et 334 pages.

¹⁴¹ À comparer aussi avec les 2809 pages des écritures (sur le fond seulement) dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* ; et pour ne rien dire des 3589 pages (toujours sans les annexes) imprimées dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et des 3128 pages de celles du *Sud-Ouest africain* ; il est vrai qu'en rendant des arrêts parfois excessivement longs, la Cour ne donne pas non plus le bon exemple.

¹⁴² Mémoire de la République du Botswana, 28 février 1997, pp. 52-57.

¹⁴³ Contre-mémoire de l'Ouganda, 21 avril 2001, pp. 152-158.

¹⁴⁴ V. par exemple les plaidoiries de M. Brownlie dans les affaires relatives à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, fond, 2006/16, 13 mars 2006, pp. 10-53, et 2006/17, 13 mars 2006, pp. 10-48, ou à la *Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, CR 2007/2, 6 mars 2007, pp. 10-54.

« jurisprudence » ; mais il marquera sans doute moins de déférence à son égard que ses collègues anglais par exemple : « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », la jurisprudence est pour les juristes « continentaux » un moyen parmi d'autres d'établir leur existence et leur sens, mais pas « la » preuve auto-suffisante de celle-ci même si des études plus fines que cette simple « impression » seraient nécessaires pour établir l'exactitude de cette proposition.

Entre ces tendances opposées, la Cour « navigue » en se gardant aussi bien d'un quelconque attachement fétichiste aux précédents que d'une fantaisie dans l'application et l'interprétation de la règle de droit, qui mettrait en péril la sécurité des rapports juridiques. Il est vrai qu'il y a des exceptions comme le montre l'à peine croyable valse-hésitation de la Haute Juridiction en ce qui concerne sa compétence dans l'affaire du *Génocide* entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie-et-Monténégro, qui a suscité la vive réaction que l'on sait de sept de ses Membres :

« Le choix de la Cour doit être opéré d'une manière conforme à sa fonction judiciaire. Trois critères doivent guider la Cour dans son choix. En premier lieu, elle doit s'assurer de la cohérence de la solution retenue avec sa propre jurisprudence afin de garantir la sécurité juridique. La cohérence est l'essence même des motivations judiciaires et cela est spécialement vrai dans les différentes phases de la procédure d'une même affaire ou s'agissant d'affaires connexes. En deuxième lieu, la recherche d'une solution fermement assurée doit conduire la Cour à choisir le terrain qui est le mieux fondé en droit et à éviter des terrains moins sûrs, voire des terrains douteux. Enfin, en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour doit, en choisissant entre les différents terrains possibles, être attentive aux implications et aux conséquences éventuelles de ce choix dans les autres affaires pendantes »¹⁴⁵.

Même si, pour des raisons évidentes de politique judiciaire, la réalité de la pratique est parfois plus nuancée¹⁴⁶, la position « officielle » de la Cour est conforme à ces sages principes¹⁴⁷. Elle est bien reflétée dans un passage de son arrêt du 11 juin 1998 dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* : « Il est vrai que, conformément à l'article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il ne saurait être question d'opposer au Nigéria les décisions prises par la Cour dans des affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents »¹⁴⁸.

Deux autres aspects des « techniques de plaidoiries » auxquelles recourent respectivement les juristes romano-germaniques » et les conseils anglo-saxons, britanniques

¹⁴⁵ Déclaration commune des Juges Ranjeva, Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et El-Arabi jointe à l'arrêt du 15 décembre 2004, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, Rec. 2004, p. 330, par. 3.

¹⁴⁶ V. *supra* la position de J. Crawford, dans le passage correspondant aux notes 125 à 131.

¹⁴⁷ Pour une étude exhaustive v. la remarquable synthèse préc. (note 122) du Juge Mohammed Shahabuddeen (XX-245 p., *passim*) ; v. aussi A. Pellet, « Article 38 » in A. Zimmermann et al., *op. cit.* note 6, pp. 784-790.

¹⁴⁸ Arrêt du 11 juin 1998, *Exceptions préliminaires*, Rec. 1998, p. 292, par. 28.

en particulier, qui sont étroitement liées à l'administration de la preuve, méritent encore d'être signalés en passant.

Le premier concerne leur attitude respective à l'égard des preuves « scientifiques ». D'une manière générale, les *common lawyers* se montrent nettement plus soucieux que les « Latins » de présenter à la Cour, d'une manière exhaustive, les éléments techniques (cartographiques, hydrologiques, géographiques, géologiques, chimiques...) qui confortent leur argumentation alors que, souvent, leurs homologues continentaux se montrent plus négligents à cet égard. Il arrive que les preuves scientifiques ou techniques dont certaines Parties accablent la Cour soient excessives¹⁴⁹ – et ce n'est probablement pas très avisé : comme les avocats eux-mêmes, les Juges sont des juristes et ils risquent d'être imperméables à des considérations trop techniques et trop longues. Il reste que je ne puis donner tort au professeur Crawford lorsque, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, il suggérait ironiquement que les autorités camerounaises « *might have traded in one or two of their large team of foreign counsel for a good surveyor and cartographer, had they been serious about their maritime claim – or for that matter their land boundary* »¹⁵⁰.

L'autre aspect qui suscite toujours mon étonnement concerne la confiance, qui semble inébranlable, que nos collègues d'Outre-Manche ou d'Outre-Atlantique semblent faire aux témoignages, oraux ou écrits (*affidavits*) devant la Cour. Peut-être l'esprit latin est-il plus porté à l'affabulation que la « morale protestante », mais je dois dire que j'ai toujours été perplexe sur l'ardeur avec laquelle, dans les équipes de plaidoiries, ils insistent pour que l'on recoure à ces modes de preuve auxquels, pour ma part, j'avoue éprouver de grandes difficultés à accorder un grand crédit – non pas que les témoignages me paraissent devoir être toujours et forcément mensongers (je pense même qu'ils sont souvent donnés de bonne foi), mais, la Cour a prévenu, « [e]lle prêtera une attention toute particulière aux éléments de preuve dignes de foi attestant de faits ou de comportements défavorables à l'État que représente celui dont émanent lesdits éléments »¹⁵¹. Je suis, Madame la Présidente, moins masochiste que certains de mes confrères et vois mal l'intérêt de l'opération. Et je dois dire que les *cross-examinations* que la Cour a autorisées dans l'affaire du *Génocide en 2007*¹⁵² n'ont pas contribué à atténuer mon peu d'inclinaison pour cette technique probatoire...

En bref, Madame la Présidente, autant je puis admettre avec mon contradicteur que les règles du droit international relatives à la preuve tiennent une juste balance entre les approches continentales et celles de la *common law*, autant je persiste à penser

¹⁴⁹ Dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Hongrie a soumis à la Cour quelques 2385 pages de documents scientifiques : Mémoire, 2 mai 1994, vol. 5, parties 1 et 2 (860 p.) ; Contre-mémoire, 5 décembre 1994, vol. 4, parties 1 et 2 (918 p.), Réplique (20 juin 1995), vol. 2 (222 p.),

¹⁵⁰ CR 2002/20, 15 mars 2002, p. 54, par. 16.

¹⁵¹ Arrêt du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Rec. 2005, p. 201, par. 61 citant l'arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, Rec. 1986, p. 41, par. 64.

¹⁵² CR 2007/22-29, 17 mars – 28 mars 2007.

que l'attitude des juristes formés aux unes ou à l'autre à l'égard de ces règles diffère. Et si cela est vrai des conseils devant la Cour – je le sais d'expérience – j'ai du mal à imaginer qu'il en aille différemment des Juges eux-mêmes...

IV. *Estoppel*

M. PELLET : Madame la Présidente, Messieurs les Juges, dans l'une des premières affaires qu'il m'a été donné de plaider devant vous j'avais indiqué la méfiance, pour ne pas dire l'aversion, que m'inspirait la transposition en droit international du concept d'*estoppel* : « Pas davantage que mon adversaire et néanmoins ami Pierre Dupuy, je ne m'aventurerai sur le terrain si délicieusement perfide de cette institution d'outre-Manche – et d'outre-Atlantique – qu'est l'*estoppel*. Je n'invoquerai même pas les mânes de Cicéron – peut-être plus rassurantes pour un juriste latin. Il suffit, je crois, de dire qu'il faut être de bonne foi; qu'un État ne peut faire un jour ce qu'il conteste le lendemain; au fond tout simplement, que l'on ne peut souffler à la fois le chaud et le froid »¹⁵³. Je persiste et signe, Madame la Présidente – sous la seule réserve qu'il me faut reconnaître que j'avais, à tort, hésité à m'inscrire dans la filiation du prince des avocats invoqué par Pierre Dupuy¹⁵⁴; car Cicéron avait tout dit : en droit international, la maxime *fiat quod dicitur!* exprime tout ce qui est nécessaire.

Avec toute son autorité, sir Gerald Fitzmaurice avait, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, rappelé que « ... dans les cas où il peut être prouvé, par sa conduite ou de toute autre manière, qu'une partie s'est engagée ou est liée par une obligation, il n'est strictement pas nécessaire ni même approprié d'invoquer le principe de la forclusion ou de l'*estoppel* quoique les termes de ce principe soient en pratique souvent employés pour décrire cette situation... La condition essentielle de l'application du principe de forclusion ou d'*estoppel*, strictement interprété, est que la partie qui l'invoque doit 's'être fiée' aux déclarations ou à la conduite de l'autre partie, ceci à son détriment ou à l'avantage de l'autre »¹⁵⁵. Mais si la première proposition est fondée, on voit mal l'utilité (en droit international) de l'*estoppel stricto sensu* : puisque, de toutes manières, l'auteur de la déclaration est engagé par celle-ci, il est totalement superflu de se demander si le bénéficiaire s'y est fié : *fiat quod dicitur!*

Il n'en résulte pas pour autant que l'attitude du ou des bénéficiaires n'aura aucune incidence sur la solution à retenir dans un cas concret. La Cour peut se référer à leur

¹⁵³ Plaidoirie du 10 juin 1988, C.I.J., *Mémoires, Actions armées frontalières et transfrontalières*, vol. II, pp. 106-107.

¹⁵⁴ Plaidoirie du 7 juin 1988, *ibid.*, p. 66. J'avais d'ailleurs fait amende honorable un peu plus tard au cours de la même audience du 10 juin 1998 : « Et, tout bien réfléchi, M. Dupuy a raison de citer Cicéron: *fiat quod dicitur!* » (*ibid.*, p. 134).

¹⁵⁵ Opinion individuelle jointe à l'arrêt du 15 juin 1962, *Rec.* 1962, p. 63.

comportement en vue d'interpréter le sens et la portée de la déclaration¹⁵⁶ et celui-ci peut avoir une influence sur les conditions dans lesquelles son auteur peut se dédire ou modifier les engagements pris unilatéralement¹⁵⁷.

Il est vrai, Madame la Présidente, que la Cour elle-même a parfois semblé succomber aux sirènes de l'*estoppel*. Ainsi, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, elle a affirmé que « seule l'existence d'une situation d'estoppel pourrait étayer [la thèse selon laquelle la R.F.A. aurait, par son comportement, accepté la Convention de 1958 sur le plateau continental] : il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque »¹⁵⁸.

Une telle exigence ne me paraît pas compatible avec le célèbre *dictum* de la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires*, aux termes duquel

« [i]l est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. (...) Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. (...) Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé »¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cf. les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés en 2006 par la C.D.I., principe n° 3 : « Pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées » (Rapport de la C.D.I. sur sa 58^{ème} session (2006), Assemblée générale, Documents officiels, 61^{ème} session, Supplément n° 10 (A/61/10), p. 386, par. 176 – italiques ajoutées) ; v. aussi le par. 3) du commentaire (*ibid.*, p. 391).

¹⁵⁷ V. *ibid.*, le principe n° 10 : « Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération : (...) ii) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations ;... » (*ibid.*, p. 387).

¹⁵⁸ Arrêt du 20 février 1969, *Rec.* 1969, p. 26, par. 30 ; v. aussi C.P.J.I., 22 juillet 1920, *Emprunts serbes*, série A, n° 20, pp. 38-39 ; et C.I.J., arrêts du 12 octobre 1984, *Golfe du Maine*, *Rec.* 1984, p. 309, par. 145 et du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (compétence et recevabilité)*, *Rec.* 1984, p. 415, par. 51 ; ou l'arrêt du 13 septembre 1990, *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (requête du Nicaragua à fin d'intervention)*, *Rec.* 1990, p. 118, par. 63.

¹⁵⁹ Arrêts du 20 décembre 1974, p. 267, par. 43, et p. 472, par. 46 – italiques ajoutées. V. aussi C.P.J.I., arrêt du 5 avril 1933, *Groenland oriental*, série A/B n° 53, pp. 70-73.

Quelles que puissent être les raisons qui, en droit interne, justifient l'exigence de ce que l'on pourrait appeler la « confiance préjudiciable » pour qu'il y ait *estoppel*, celle-ci n'a pas lieu d'être en droit international : les États sont souverains et, de même que « la faculté de contracter des engagements internationaux », celle de s'engager unilatéralement « est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »¹⁶⁰ qui suffit à établir le caractère obligatoire des déclarations faites par les représentants autorisés de l'État avec l'intention de lier celui-ci.

Il est du reste très frappant que dans *aucun* de ses arrêts la Cour n'ait recouru « positivement » à la notion d'*estoppel* alors même que, selon une partie de la doctrine et les opinions personnelles de certains Juges, certaines espèces s'y seraient prêtées. Et pourtant, ni dans l'affaire du *Groenland oriental*, ni dans celle de l'*Usine de Chorzów*¹⁶¹, ni dans celle des *Pêcheries norvégiennes*, ni dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du Roi d'Espagne*, ni dans celle du *Temple* la majorité n'a jugé utile de se fonder sur l'*estoppel* au sens qu'a ce mot (qui n'est d'ailleurs mentionné par la Cour dans aucune de ces décisions) dans la *common law*.

Il ne fait aucun doute que, « en droit international comme dans n'importe quel autre système juridique, on ne peut souffler à la fois le chaud et le froid; on ne peut invoquer sa propre erreur si on y a contribué par sa propre conduite; on ne peut se prévaloir de sa propre faute »¹⁶². Mais nul besoin pour constater ceci de passer par le détour technique de l'*estoppel*. « Comme l'avait expliqué le juge Alfaro dans un passage qui m'est cher, maximes latines comprises, de l'importante opinion individuelle qu'il avait jointe au second arrêt de la Cour dans l'affaire du *Temple*, '[q]uels que soient le ou les termes employés pour qualifier ce principe dans le domaine international', *estoppel*, préclusion, forclusion, acquiescement, 'sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un État et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Son objectif est toujours le même : un État n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au profit d'un autre État (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). (...) Enfin, l'effet juridique de ce principe est toujours le même : la partie qui, par sa reconnaissance, sa représentation, sa déclaration, sa conduite ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer devant un tribunal international est irrecevable à réclamer ce droit (*venire contra factum proprium non valet*)¹⁶³ »¹⁶⁴. Mais l'*estoppel* au sens strict n'est ni nécessaire, ni compatible avec l'idée

¹⁶⁰ Cf. C.P.J.I., arrêt du 17 août 1923, *Wimbledon*, série A, n° 1, p. 25.

¹⁶¹ V. l'arrêt du 26 juillet 1927, *Usine de Chorzów (compétence)*, série A, n° 9, p. 31.

¹⁶² A. Pellet, plaidoirie sur la *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, exceptions préliminaires, 5 novembre 2002, CR 2002/41, p. 39, par. 22.

¹⁶³ C.I.J. Rec. 1962, p. 40.

¹⁶⁴ A. Pellet, plaidoirie dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro c. France)*, 22 avril 2004, CR 2004/21, p. 10, par. 12 ; v. aussi plaidoiries dans l'affaire du *Génocide (compétence)*, 1^{er} mai 1996, CR 86/8, p. 79, par. 34 ; sur la *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, exceptions préliminaires, 5 novembre

que, non pas malgré sa souveraineté, mais *parce qu'il est souverain* justement, l'État doit faire preuve de cohérence dans son comportement international et que ses pairs sont fondés à se fonder sur ses déclarations et ses comportements.

Dans un article justement célèbre, sir Derek Bowett a décrit les éléments essentiels de l'*estoppel*:

« (a) *The statement of fact must be clear and unambiguous.*

(b) *The statement of fact must be made voluntarily, unconditionally, and must be authorized.*

(c) *There must be reliance in good faith upon the statement either to the detriment of the party so relying on the statement or to the advantage of the party making the statement* »¹⁶⁵.

Peu importent ces raffinements techniques : en droit international, l'État peut être engagé même en l'absence de déclaration (à plus forte raison de déclaration « claire et sans ambiguïté ») ou d'une quelconque réaction des autres États intéressés.

Madame la Présidente, malgré les savants travaux¹⁶⁶ qui lui ont été consacrés, je dois reconnaître que « je n'ai jamais tout à fait pénétré les mystères de la notion, très anglo-saxonne, d'*estoppel*, au moins dans son sens technique – que je ne crois pas transposable dans toute sa subtilité au droit international »¹⁶⁷. Il n'en résulte pas forcément que cette notion et le mot qui la désigne (pour obscur qu'il soit pour le commun des mortels – et alors même que le droit n'a rien à gagner à s'enfermer dans un vocabulaire abscons) doivent être proscrits du droit international positif. Simplement, il convient d'en avoir une conception large et de ne pas transposer au plan international des « technicalités » qui sont sûrement justifiées par des considérations propres aux droits anglais ou américain mais qui ne correspondent à l'évidence pas au génie propre du droit international – infiniment moins formaliste que les droits internes et qui,

2002, CR 2002/41, p. 46, par. 40 ; ou dans l'affaire du *Génocide (fond)*, 24 avril 2006, CR 2006/37, p. 39, par. 15.

¹⁶⁵ D.W. Bowett, « *Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence* », *BYBIL* (1957), p. 202. V. aussi l'énumération des conditions requises pour que l'on puisse parler d'*estoppel*, *ibid.*, p. 200. V. aussi les très longues considérations de sir Percy Spender sur la forclusion – qui n'est pas, semble-t-il, le strict équivalent de l'*estoppel* dans les droits romano-germaniques mais l'institution juridique qui s'en rapproche le plus – dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, *Rec.* 1962, pp. 131-132.

¹⁶⁶ V. not. D.W. Bowett, *ibid.*, pp. 176-202 ; I.C. McGibbon, « *Estoppel in International Law* », *I.C.L.Q.* (1958), pp. 468-513 ; Ch. Vallée, « *Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens* », *R.G.D.I.P.* (1973), pp. 949-999 ; A. Martin, *L'estoppel en droit international public*, Pedone, Paris, 1979, XIV-384 p. ; ou M. L. Wagner, « *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice* », *California Law Review* (1986), pp. 1777-1804.

¹⁶⁷ A. Pellet, plaidoirie sur la *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, exceptions préliminaires, 5 novembre 2002, CR 2002/41, p. 46, par. 40.

notamment en matière procédurale, est très loin de rivaliser en raffinement avec la *common law* en particulier – et n'y ont par leur place. « L'exotisme de l'institution »¹⁶⁸ explique sans doute la faveur avec laquelle elle est accueillie par les plaideurs et la doctrine (y compris latine... – après tout, c'est sans doute en France que l'on apprécie le plus les charmes surannés de la Monarchie britannique...). Mais ce n'est pas une raison pour embrasser des convictions royalistes, ni pour transposer purement et simplement dans le droit international une institution trop complexe, trop rigoureuse, trop exclusivement ancrée dans l'un des grands systèmes juridiques du monde.

Dans cette perspective, Madame la Présidente, je suis prêt à suivre mon respecté ami, sir Derek Bowett, lorsqu'il écrivait, il y a un demi-siècle : « *The basis of the rule is the general principle of good faith and as such finds a place in many systems of law; the description of this rule as an Anglo-American rule is misleading in so far as it suggests that its essentials are peculiar to the English and American legal systems. It may be true that in those systems the rule has developed refinements which find no place in the 'rough jurisprudence' of international courts, but the essentials of the rule are far more general...* »¹⁶⁹. En d'autres termes, si, en droit international, l'on veut appeler *estoppel* le fait pour un État de ne pouvoir dire ou faire une chose et son contraire, va pour l'*estoppel* ! Avec toutefois une nuance ou, en tout cas, une précision.

Dans l'affaire du *Golfe du Maine*,

« [l]a Chambre constate (...) que les notions d'acquiescement et d'*estoppel*, quel que soit le statut que leur réserve le droit international, découlent toutes deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité. Elles procèdent cependant de raisonnements juridiques différents, l'acquiescement équivalant à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement ; l'*estoppel* étant par contre lié à l'idée de forclusion. D'après une certaine façon de voir la forclusion serait d'ailleurs l'aspect procédural et l'*estoppel* l'aspect de fond du même principe. Sans vouloir entrer ici dans un débat théorique dépassant les limites de ses préoccupations actuelles, la Chambre se bornera à relever que, les mêmes faits étant pertinents aussi bien pour l'acquiescement que pour l'*estoppel*, sauf pour ce qui est de l'existence d'un préjudice, elle peut considérer les deux notions comme des aspects distincts d'une même institution ».¹⁷⁰

Si on laisse de côté « l'existence d'un préjudice », la distinction s'impose en effet : acquiescement et *estoppel* (au sens du droit international) ne se situent pas au même « moment » du raisonnement : l'acquiescement (dès lors qu'il est avéré, cela va de soi¹⁷¹) se produit en amont, il est la manifestation de l'accord ou du consentement de l'État à un fait ou à une situation ; l'*estoppel* lui, intervient en aval ; il est la conséquence de

¹⁶⁸ V. M. Virally, préface à l'ouvrage d'A. Martin, préc. note 166, p. VIII.

¹⁶⁹ D.W. Bowett, *op. cit.* note 165, p. 176 – notes de bas de page omises ; dans le même sens, v. M.L. Wagner, *op. cit.* note 166.

¹⁷⁰ Arrêt du 12 octobre 1984, *Rec.* 1984, p. 305, par. 130.

¹⁷¹ V. *ibid.* ; pour un autre exemple où il ne l'a pas été, v. C.I.J., Chambre, arrêt du 20 juillet 1989, *Electronica Sicula (ELSI)*, *Rec.* 1989, p. 44, par. 54.

l'acquiescement : compte tenu des circonstances, l'État qui a acquiescé ne peut se dédire. Il en résulte aussi qu'il s'agit là d'une règle de fond et pas seulement de procédure.

Est-il bien nécessaire d'appeler ce phénomène « *estoppel* », Madame la Présidente ? Je le veux bien si cela fait plaisir à nos amis anglo-saxons – mais sans aller jusqu'à faire du droit international un réceptacle d'une technique qui est propre à la *common law* et qu'aucun argument convaincant n'impose de transposer dans le droit des gens.

Mr. CRAWFORD: Madam President, Members of the Court:

The doctrine of estoppel was necessary in the common law because it lacked any rule of the binding force of promises (unsupported by consideration) or any distinct doctrine of good faith. At least that seems a reasonable hypothesis. Within the domestic context, estoppel can be described simply as the principle which precludes a party from alleging or proving in legal proceedings that a fact is otherwise than it has appeared to be from the circumstances',¹⁷² although it is coming to have a wider application than that.¹⁷³ Estoppel in the common law has generally been said to be a shield rather than a sword: it is not a cause of action in itself, although it may provide an element of fact or commitment necessary to complete a cause of action.

By contrast there is no doctrine of consideration in international law: unilateral promises may be binding and there is a distinct principle of good faith. On that basis, the concept of estoppel was perhaps duplicative, certainly not essential. Rather, it has come into international law through judicial decisions, as judges have relied on analogies or extensions based on accepted principles of international law, such as good faith and consent.¹⁷⁴ Its status and the importance that should be attached to it are, correspondingly, still less than clear. There is no decision of the Court which turned on the doctrine of estoppel, though there are cases to which it has contributed part of the reasoning.

Estoppel was recognised in international law in some form as early as 1893 in the Behring Sea arbitration.¹⁷⁵ The arbitrators rejected the United States claim that Britain had accepted Russia's claim of exclusive jurisdiction over fur-seal fisheries in the Behring Sea, on the ground that Britain had protested against this claim in 1821. According to McNair: "This is not estoppel eo nomine, but it shows that international jurisprudence has a place for some recognition of the principle that a State cannot blow hot and cold – allegans contraria non audiendus est."¹⁷⁶ The same conclusion was

¹⁷² The Oxford Companion to Law, *supra* note 4, at 432.

¹⁷³ For an overview of the different categories of estoppel in English law and of their historical development, see P. Feltham/D. Hochberg/T. Leech, *Spencer Bower's Estoppel by Representation* 3-12 (2004).

¹⁷⁴ J. Crawford, review of A. Martin, *L'Estoppel en droit international public* (1979), 51 *BYIL* 291-292 (1980).

¹⁷⁵ Behring Sea arbitration, Award of 15 August 1893, 9 *RIAA* 51 (1902).

¹⁷⁶ A. D. McNair, "The Legality of the Occupation of the Ruhr", 5 *BYIL* 17, at 35 (1924).

reached by Hersch Lauterpacht, who commented in 1934 that the Permanent Court had seemed to recognise the relevance of the principle of estoppel.¹⁷⁷

There are many dicta of the Court to the effect that estoppel is a part of international law.¹⁷⁸ The principle often crops up in land or maritime disputes which involve dissecting State conduct over a long period of time, offering plenty of scope for inconsistencies in behaviour or seeming acquiescence. But while the Court has quite often considered the application of estoppel to a particular case, it has never explicitly found that a State was precluded from bringing a claim because of it.¹⁷⁹ In general, the Court has been reluctant to punish States for inconsistencies in their conduct by explicitly labelling these inconsistencies as giving rise to an estoppel, particularly in the absence of detrimental consequences for the other State involved. Because of this cautious approach, estoppel has not played a decisive role in cases before the Court.¹⁸⁰

A distinction is sometimes made between the substantive and procedural application of estoppel at the international level.¹⁸¹ The former is a source of obligations. For example, if one State has by its conduct allowed another State to believe it renounces its title to a certain part of territory, it may not later claim sovereignty over that territory in judicial proceedings.¹⁸² The latter relates to the admissibility of evidence. If a State has presented evidence in support of a certain fact, it may not later refute this fact by producing contrary evidence. The distinction between these two categories of estoppel has however not been expressly recognised by the Court.

To summarise, as noted by Ian Brownlie:

'A considerable weight of authority supports the view that estoppel is a general principle of international law, resting on principles of good faith and consistency. It is now reasonably clear that the essence of estoppel is the element of conduct which causes the other party, in reliance on such conduct, detrimentally to change its position or to suffer some prejudice. Without dissenting from this as a general and preliminary proposition, it is necessary to point out that estoppel in municipal law is regarded with great caution, and that the "principle" has no particular coherence in international law, its incidence and effects not being uniform.'¹⁸³

* * *

¹⁷⁷ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice* 83 (1934).

¹⁷⁸ For a survey of the ICJ's jurisprudence on estoppel see I. Sinclair, 'Estoppel and Acquiescence', in V. Lowe/M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* 104 (1996).

¹⁷⁹ See, for example, *Serbian Loans*, *PCIJ* (Ser. A) Nos. 20-21, at 4, 39.

¹⁸⁰ Sinclair, *supra* note 178, at 120.

¹⁸¹ R. Kolb, 'General Principles of Procedural Law', in A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice* 793, 833 (2006).

¹⁸² *Legal Status of Eastern Greenland*, *PCIJ* (Ser. A/B) No. 53, at 21.

¹⁸³ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* 616 (2003).

V. Conclusion

It is sometimes said that international courts and tribunals have on the whole adopted the common law approach to litigation.¹⁸⁴ But the difference between common law and civil law approaches to pleading before the ICJ is not as great as is sometimes suggested. It is true that there are substantial differences between (and within) the various legal traditions. But international law is a legal system of its own, with its own approach to the issues discussed here. It will sometimes draw from municipal legal systems, but it does not import their particularities wholesale.¹⁸⁵ Civil lawyer-may object to the use of terms such as estoppel and cause of action which are seen to have a common law origin, but these concepts as they are used by the Court are not confined to their formulations or expression in any given system or tradition. The differences between the common law and civil law approach to pleading before the ICJ are therefore a question of language, emphasis and intellectual approach, rather than a fundamental divide.

That is not to suggest that differences between Anglo-Saxon and continental attitudes should simply be ignored once lawyers from different jurisdictions put on their international lawyer hats or gowns. Differences in perspective between lawyers from different jurisdiction continue to engender lively and interesting discussions and international law is richer because of it.

¹⁸⁴ For example, except as to matters of jurisdiction, the Court will only base its decision on arguments actually advanced by the parties: Shahabuddeen, *supra* note 122, at 139-140.

¹⁸⁵ For good discussions of the use of drawing inspiration from municipal law, see M. Shahabuddeen, 'Municipal Law Reasoning in International Law', in V. Lowe/M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* 90 (1996); or H. Thirlway, 'Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning', 294 *Recueil des Cours* 264-405 (2002).