“ La question des conflits d’intérêts des juges de la Cour internationale de Justice ”

Franck Latty

▶ **To cite this version:**

Franck Latty. “ La question des conflits d’intérêts des juges de la Cour internationale de Justice ”. Jean-Marc THOUVENIN, Jessica JOLY HEBERT (dir.). La Cour internationale de Justice à 75 ans, CEDIN, Cahiers internationaux, n° 36, Editions A. Pedone, pp. 99-116, 2023, 978-2-233-01054-4. 10.1017/amp.2019.181] . halshs-04298389

HAL Id: halshs-04298389
https://shs.hal.science/halshs-04298389

Submitted on 21 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Franck LATTY, « La question des conflits d'intérêts des juges de la Cour internationale de Justice », *in* Jean-Marc THOUVENIN, Jessica JOLY HEBERT (dir.), *La Cour internationale de Justice à 75 ans*, CEDIN, Cahiers internationaux, n° 36, Paris, Editions A. Pedone, 2023, pp. 99-116

LA QUESTION DES CONFLITS D'INTERETS DES JUGES DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Franck LATTY
Professeur à l'Université Paris Nanterre (CEDIN),
Président de la Branche française de l'Association de droit international

Fin 1953, l'Assemblée générale de Nations Unies interroge la Cour internationale de Justice (CIJ) : l'Assemblée générale a-t-elle le droit de refuser d'exécuter un jugement du Tribunal administratif des Nations Unies (TANU) accordant une indemnité à un fonctionnaire des Nations Unies qui a été licencié[1] ? Le juge français Jules Basdevant[2] ne siège pas dans le cadre de cette procédure consultative, pour une raison inédite : sa fille, Suzanne Bastid, a été élue présidente du TANU dans le cours de l'année[3].

Appelé à se prononcer sur l'autorité des jugements prononcés par un tribunal présidé par sa fille, le juge Basdevant se trouvait dans une position qui ne lui laissait guère d'alternative. Ses liens familiaux interféraient en effet de manière évidente avec ses éminentes fonctions. Quand bien même l'intégrité et l'impartialité du juge Basdevant n'auraient vraisemblablement pas été affectées par le rapport de filiation, les *apparences* auraient joué contre lui s'il avait siégé : des critiques n'auraient pas manqué d'affleurer, qui auraient pu rejaillir sur la réputation même de la Cour.

Tel est ce qui caractérise le conflit d'intérêts : une situation d'interférence, dans laquelle l'exercice indépendant et impartial de ses fonctions par une personne est perturbé ou peut paraître perturbé par des intérêts autres, résultant de liens familiaux, amicaux, professionnels, économiques, etc.[4]. En ce domaine, la théorie des apparences joue à plein : *Justice must not only be done, but must seem to be done*[5]. ******100******

[1] CIJ, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *CIJ Recueil 1954*, p. 47.
[2] J. Basdevant a été juge de 1946 à 1964, et président de la Cour entre 1949 et 1952.
[3] Sir R. Jennings, Ph. Couvreur, « Article 24 », *in* A. Zimmermann et al. (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2012, p. 459.
[4] Cf. la définition de M. Davis : « *situation in which some interest of a person has a tendency to interfere with the proper exercise of his judgement in another's behalf* » (cité par A. Peters « Conflict of Interest as a Cross-Cutting Problem of Governance », *in* A. Peters, L. Handschin (dir.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, CUP, Cambridge, 2012, p. 5).
[5] Voir en ce sens l'opinion dissidente du juge Buergenthal dans l'avis sur le *Mur* : « L'éthique judiciaire ne se définit pas simplement par des règles rigides : je doute qu'elle puisse jamais être définie de façon exhaustive ; elle est affaire de perception et de sensibilité aux apparences, éléments que les tribunaux doivent constamment avoir présents à l'esprit pour préserver leur légitimité » (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 30 janvier 2004, *CIJ Recueil 2004*, p. 9, par. 10).

Curieusement, la notion de « conflits d'intérêts » est encore peu diffuse, du moins sous cette appellation, en droit international public. On cherchera en vain une entrée « Conflit d'intérêts » dans le *Dictionnaire de droit international public*. C'est sous l'entrée « Impartialité », dont elle ne semble pas détachable, qu'elle apparaît :

> « D. Absence de parti pris, de préjugé et *de conflit d'intérêt* chez un juge, un arbitre, un expert, ou une personne en position analogue par rapport aux parties se présentant devant lui ou par rapport à la question qu'il doit trancher »[6].

Cette approche est instructive : l'impartialité, notion établie, du moins dans ses grandes lignes[7], absorbe la question des conflits d'intérêts. Au niveau de la Cour internationale de Justice aussi, la question des conflits d'intérêts n'est pas autonomisée ; elle a partie liée avec des considérations plus vastes touchant à l'impartialité des membres de la Cour, voire à la bonne administration de la justice. Il n'y a pas de régime identifié de prévention et de traitement des conflits d'intérêts.

Une chose est pourtant certaine : les juges de la CIJ sont susceptibles d'avoir des conflits d'intérêts. Cette affirmation n'a rien d'irrespectueux ni de blasphématoire. A vrai dire, il est même de l'ordre normal des choses que les juges se trouvent occasionnellement dans ce genre de situation. Loin d'avoir passé leur vie dans les murs du Palais de la Paix, les juges y arrivent généralement à un âge avancé, après une carrière remplie – dans une vie antérieure, certains sont d'ailleurs apparus devant la Cour en qualité de plaideurs. Le Palais de la Paix, qui plus est, n'est pas une tour d'ivoire dans laquelle ils resteraient cloîtrés[8]. Beaucoup de juges conservent ainsi des activités annexes (participation à des manifestations scientifiques, à des jurys de thèse, publications, enseignements ponctuels, activité occasionnelle d'arbitre etc.). Ainsi, les juges ont des intérêts *ailleurs* que dans le règlement judiciaire des différends interétatiques ou la délivrance d'avis consultatifs – et il peut arriver que ces intérêts interfèrent avec leur fonction de juge.

Certains cas sont assez évidents, qui doivent conduire au déport du juge concerné. Outre l'exemple précité de Jules Basdevant, le cas plus récent du juge Crawford est notoire, qui outre ses fonctions de professeur de droit a eu une longue carrière de conseil et avocat devant la Cour avant d'en rejoindre le banc des juges. Ancien conseil de Maurice dans l'affaire du *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni concernant l'aire marine protégée des Chagos* jugée par un tribunal arbitral constitué en application de l'annexe VII de la Convention des Nations ******101****** Unies sur le droit de la mer[9], il n'a pas, en conséquence, siégé lors de la procédure consultative sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*[10]. Ses liens privilégiés avec l'Etat insulaire faisaient en effet obstacle à ce qu'il se

[6] V° « Impartialité », *in* J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 562 (italiques ajoutés).

[7] Estimant toutefois que les concepts d'impartialité et d'indépendance sont tellement difficiles à distinguer « qu'on finit par les coudre dans le même sac », v. C. Santulli, « Trois observations sur l'indépendance et l'impartialité des juridictions internationales », *in* H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Pedone, Paris, 2010, p. 225.

[8] H. Ruiz Fabri, « Conflicts of Interests and International Adjudication : Trust at Stake », *ASIL Proceedings*, 2019, p. 222 [doi:10.1017/amp.2019.181].

[9] CPA, sentence du 18 mars 2015, pp. i-ii et par. 52. La sentence relève que J. Crawford a cessé d'être conseil de Maurice au 9 novembre 2014 (après son élection à la Cour).

[10] CIJ, avis consultatif du 25 février 2019, *CIJ Recueil 2019*, p. 95.

prononce en toute impartialité sur la question posée à la Cour dans la procédure consultative concernée.

Le même juge Crawford, en revanche, ne s'est pas déporté dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*[11], alors qu'il avait été conseil de la Géorgie contre la Russie dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*[12]. Les deux affaires reposaient sur un instrument commun et impliquaient le même Etat défendeur ; certains arguments examinés par la Cour dans la deuxième affaire ont été défendus par les conseils de la Géorgie dans la première, ce qui aurait pu justifier le déport du juge Crawford.

Force est de constater à travers ces exemples que la question des conflits d'intérêts des juges de la CIJ n'est pas vaine. En élargissant le champ, deux éléments doivent être pris en considération, qui contribuent à complexifier la question. D'un côté, la justice offerte par la CIJ, auréolée de la « stature morale »[13] de ses membres et du prestige consistant à juger des Etats souverains, a développé ses propres usages et traditions, ceux d'un monde à part, peu réactif à l'air du temps pour ne pas dire conservateur, préférant s'en tenir aux règles classiques d'indépendance et d'impartialité des juges et renvoyer à l'éthique et à la déontologie de chacun, plutôt que « normer » le champ des conflits d'intérêts. D'un autre côté, le monde extérieur évolue à un rythme effréné. Une plus grande sensibilité aux questions éthiques se manifeste, dans un contexte de « désacralisation de l'autorité »[14]. L'intolérance aux conflits d'intérêts se propage, comme le montre la « prolifération »[15] d'instruments adoptés au niveau interne[16], européen[17], international[18]. Les « adjudicateurs » internationaux n'échappent pas ***102*** à ce mouvement éthique, qui les place sous l'empire de divers instruments à fonction régulatrice[19]. La Cour a elle-même semblé accomplir un premier pas dans cette direction, en

[11] Arrêt du 8 novembre 2019 sur les exceptions préliminaires, *CIJ Recueil 2019*, p. 558.
[12] Arrêt du 1er avril 2011 sur les exception préliminaires, *CIJ Recueil 2011*, p. 70.
[13] G. Guillaume, *in Ann. IDI*, session de Rhodes, 2011, I, p. 6, par. 12.
[14] H. Ruiz Fabri, « Conflict of Interests: Navigating the Fog », *AJIL Unbound*, vol. 113, 2019, p. 308 (« *sensitivity to conflicts of interests and more generally to ethical questions has increased, in a context of desacralization of authority* »).
[15] A. Peters, *loc. cit.*, p. 7.
[16] V. par exemple en France la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, qui définit le conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* » (Art. 2, I°).
[17] Ex : Code de conduite des membres de la Commission européenne, 2018/C 65/06.
[18] Ex : Assemblée générale des Nations Unies, résolution 51/59, Code international de conduite des agents de la fonction publique des Nations Unies (article II : conflit d'intérêts et disqualification).
[19] Lignes Directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2014) ; Projet de Code de Conduite pour les personnes appelées à trancher des différends internationaux d'investissement (CNUDCI/CIRDI) ; Code d'éthique judiciaire de la Cour pénale internationale (ICC-BD/02-01-05) ; Résolution sur l'éthique judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, 21 juin 2021 ; Code de conduite des membres et des anciens membres de la Cour de Justice de l'Union européenne, 2016/C 483/01 ; OMC, Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DSB/RC/1, 11 décembre 1996. V. aussi les Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire (2002)*, The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary* (2005), et la résolution de Rhodes de l'Institut de droit international sur la situation du juge international (2011). V. C. Kessedjian, « Le tiers impartial et indépendant en droit international », *RCADI*, t. 403, 2019, pp. 349 et s.

rendant publique en 2020 une « Compilation des décisions adoptées par la Cour concernant les activités extérieures de ses membres »[20]. Et pourtant, cette evolution ne suffit pas à infirmer les propos de Ph. Sands: « *[t]he principal judicial organ of the UN appears to have the lowest standard in the world for testing judicial independence, yet it should have the highest* »[21].

A 75 ans passés, la Cour est-elle adaptée à son époque lorsqu'il est question de conflits d'intérêts ? Le cadre en vigueur permet-il à la Cour de traiter de manière satisfaisante les inévitables conflits d'intérêts de ses juges, à l'heure où son prétoire s'ouvre à de nouvelles causes, à de nouveaux acteurs et où son activité suscite une plus grande attention des médias et de la société civile ? L'existant pourrait être jugé insuffisant (I), ce qui invite à explorer le domaine du souhaitable (II).

I. L'EXISTANT

Le cadre en vigueur au niveau de la CIJ offre des moyens de traiter les conflits d'intérêts des membres de la Cour (A). Certains conflits d'intérêts subsistent néanmoins, soit parce qu'ils sont considérés comme inévitables eu égard aux spécificités de la justice internationale, soit parce qu'ils demeurent dans un angle mort (B).

A. Des règles et mécanismes aptes à réguler les conflits d'intérêts des juges

On cherchera en vain les termes « conflit d'intérêts » parmi les textes à autorité variable régissant la Cour : Statut, Règlement, Instructions de procédure, ou la plus récente Compilation concernant les activités extérieures des juges[22]. Il n'est toutefois pas nécessaire que les mots apparaissent pour que la chose soit régulée. ******103****** Plusieurs règles ou mécanismes peuvent ainsi être analysées sous l'angle des conflits d'intérêts.

1) Certaines règles participent ainsi de la *prévention* des conflits d'intérêts des juges. C'est le cas de celles fixant les critères pour accéder à la fonction de juge ou régissant leur statut : la Cour est composée de « magistrats indépendants » élus « parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale »[23]. Leur candidature n'est pas proposée par leur Etat de nationalité mais par un ou plusieurs groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage[24], procédé qui a le mérite de sauver au moins certaines apparences. Avant d'entrer en fonction, les juges prennent « l'engagement solennel d'exercer [leurs] attributions en pleine impartialité et en toute conscience »[25]. Ils bénéficient par ailleurs d'un statut très protecteur (privilèges et

[20] Compilation adoptée le 8 septembre 2020, comportant une première partie concernant spécifiquement les activités d'arbitrage, adoptée le 2 octobre 2018, disponible sur le site internet de la CIJ [www.icj-cij.org] (rubrique Documents de base > Autres textes), consulté le 1er février 2023.
[21] Ph. Sands, « Developments in Geopolitics – The End(s) of Judicialization? », 2015 ESIL Annual Conference Final Lecture, *EJIL:Talk!*, 12 octobre 2015 [https://www.ejiltalk.org/2015-esil-annual-conference-final-lecture-developments-in-geopolitics-the-ends-of-judicialization] (consulté le 1er février 2023).
[22] V. CIJ, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, n° 7, 2021 (le recueil ne contient pas la « Compilation »).
[23] Art. 2 du Statut.
[24] Art. 4 du Statut.
[25] Art. 20 du Statut.

immunités)[26] et d'une rémunération élevée, exempte de tout impôt[27], qui sont autant de gages face à d'éventuelles pressions extérieures, notamment de la part d'Etats.

Contribuent également à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts les règles fixant des incompatibilités. Ainsi les juges ne peuvent-ils « exercer aucune fonction politique ou administrative, ni se livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel »[28]. Dans cette veine, ils « ne peuvent exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire »[29], de même qu'ils « ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre »[30]. Outre l'exemple précité du Juge Crawford concernant les Chagos, c'est ainsi que Lauterpacht, conseil du Liechtenstein dans l'affaire *Nottebohm* avant d'être élu juge, s'est abstenu de siéger dans cette affaire[31].

D'autres incompatibilités, qui prennent la forme plus souple d'instructions de procédure, concernent les juges *ad hoc*, soumis à un délai de « viduité » de trois ans séparant l'exercice de fonctions d'agent/conseil/avocat et celles de juge *ad hoc*[32]. S'il est courant dans l'arbitrage d'investissement, par exemple, qu'un arbitre ******104****** dans une affaire soit plaideur dans un autre[33], on conçoit mal en effet que le conseil d'un Etat dans une affaire donnée siège dans une autre avec les membres de la Cour en tant que juge *ad hoc*[34]. Outre le mélange des genres qu'une telle situation caractériserait, l'égalité des armes entre les Etats parties pourrait être affectée, de même que l'impartialité des membres de la Cour pourrait être discutée, au moins en apparence. Dans cet ordre d'idées, il faut aussi relever que le passage de la qualité de membre de la Cour à celle de conseil devant la Cour est censée obéir à un même délai de latence de trois années[35].

---

[26] Art. 19 du Statut. V. *Ann. CIJ 2020-2021*, p. 37.

[27] Art. 32 du Statut. Sur les traitements et autres émoluments de la Cour, v. *Ann. CIJ 2020-2021*, pp. 48-49.

[28] Article 16, par. 1, du Statut. Relevant que le juge australien Sir Percy Spender a été invité par le président de la Cour à démissionner de son poste d'administrateur de certaines sociétés, v. D. Shelton, « Legal Norms to Promote the Independence and Accountability of International Tribunals », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2(1), 2003, pp. 27-62, p. 54.

[29] Art. 17, par. 1, du Statut.

[30] Art. 17, par. 2, du Statut.

[31] Sir R. Jennings, Ph. Couvreur, *loc. cit.*, p. 456.

[32] Instruction de procédure VII adoptée le 7 février 2022 : « La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une personne exerçant des fonctions de juge *ad hoc* dans une affaire exerce dans le même temps, ou ait récemment exercé, les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans une autre affaire portée devant la Cour. En conséquence, lorsqu'elles désignent un juge *ad hoc* conformément à l'article 31 du Statut et à l'article 35 du Règlement de la Cour, les parties devraient s'abstenir de choisir des personnes exerçant les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans une autre affaire soumise à la Cour, ou ayant exercé de telles fonctions au cours des trois années précédant leur désignation. En outre, les parties devraient également s'abstenir de nommer comme agent, conseil ou avocat dans une affaire soumise à la Cour une personne exerçant des fonctions de juge *ad hoc* dans une autre affaire portée devant la Cour ».

[33] V. à ce sujet Ph. Sands, *loc. cit.* : « *We also need to address the deplorable practice of the same individual sitting as arbitrator in one case and acting as counsel in another, giving rise to situations in which you might find yourself deliberating with your fellow arbitrators in the knowledge that one or more of them is actually litigating the very point that you are seeking to write an award on. That is unacceptable* ».

[34] V. J.-P. Cot, « L'éthique du procès international. Leçon inaugurale », *RCADI*, t. 391, 2018, p. 380, qui relève qu'avant l'adoption de l'Instruction de procédure VII, « il arrivait qu'un juge *ad hoc* siège à la Cour dans une affaire le matin, puis plaide devant la même Cour dans une autre affaire l'après-midi ».

[35] Instruction de procédure VIII, adoptée le 7 février 2002 : « La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une personne ayant été jusqu'à une date récente membre de la Cour, juge *ad*

2) Si ces normes de prévention des conflits d'intérêts n'y suffisent pas[36], la CIJ est dotée de mécanismes permettant de traiter ces situations. Le déport des juges est envisagé à l'article 24, paragraphe 1, du Statut[37]. Les exemples précités concernant les juges Basdevant, Crawford et Lauterpacht illustrent cette forme d'autodiscipline des juges. Celui du juge Abraham peut également être cité, qui n'a pas siégé dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* : dans la mesure où il avait connu de certains éléments de l'affaire en tant que directeur des affaires juridiques du Quai d'Orsay, la France a désigné comme juge *ad hoc* son prédécesseur sur le banc, le juge Guillaume[38].

Une procédure de récusation – le terme n'est pas employé, pas plus que celui de déport, mais en substance c'est de cela qu'il s'agit – est également prévue. Elle est ******105****** enclenchée par le Président de la Cour, soit de sa propre initiative[39], soit après qu'une Partie a attiré son attention sur certains faits relevant de l'article 17, paragraphe 2, ou de l'article 24 du Statut[40]. Si après l'avertissement formulé par le Président, le juge concerné ne se déporte pas de sa propre initiative alors que le Président estime qu'il le devrait, il alors revient à la Cour d'en décider. Le Président constitue à cet égard un filtre incontournable, raison pour laquelle le terme de procédure de « récusation », en tant que « procès fait au juge par l'une des parties », a pu être rejeté s'agissant de l'article 24[41].

Peu de cas sont connus illustrant la mise en œuvre de ces procédures, où la pression des pairs paraît jouer en amont un rôle déterminant. Dans l'affaire du *Mur*, la CIJ a rendu une ordonnance concernant le juge égyptien Elaraby, dont Israël disait qu'il avait exprimé son opposition à son égard tant dans l'exercice de ses précédentes fonctions (notamment celles de conseiller juridique de l'Egypte) que dans des déclarations à la presse peu avant son élection à la Cour. Ayant considéré que ces éléments ne permettaient pas de considérer que le Juge Elaraby était « antérieurement intervenu » dans l'affaire au sens de l'article 17, paragraphe 2, la Cour a décidé que l'intéressé n'était pas empêché de siéger[42]. On remarque que dans cette affaire, la

hoc, Greffier, Greffier adjoint ou fonctionnaire supérieur de la Cour (secrétaire juridique principal, premier secrétaire ou secrétaire) intervienne comme agent, conseil ou avocat dans une affaire portée devant la Cour. En conséquence, les parties devraient s'abstenir de nommer comme agent, conseil ou avocat dans une affaire soumise à la Cour une personne ayant été, au cours des trois années précédant cette nomination, membre de la Cour, juge *ad hoc*, Greffier, Greffier adjoint ou fonctionnaire supérieur de la Cour ».

[36] Concernant les autres activités extérieures des juges, v. *infra* B.

[37] Art. 24, par. 1, du Statut : « Si, pour une raison spéciale, l'un des membres de la Cour estime devoir ne pas participer au jugement d'une affaire déterminée, il en fait part au Président ».

[38] V. l'arrêt du 4 juin 2008, *CIJ Recueil 2008*, p. 182, par. 6. Dans les affaires récentes opposant l'Iran aux Etats-Unis d'Amérique (*Certains actifs iraniens* ; *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955*), la juge américaine J. Donoghue, ancienne conseillère juridique au Département d'Etat, ne siège pas ; les Etats-Unis ont désigné M. Ch. Brower comme juge *ad hoc.*

[39] Art. 24, par. 2, du Statut : « Si le Président estime qu'un des membres de la Cour ne doit pas, pour une raison spéciale, siéger dans une affaire déterminée, il en avertit celui-ci ».

[40] Art. 34, par. 2, du Règlement : « Une partie qui désire appeler l'attention de la Cour sur des faits qu'elle considère comme pouvant concerner l'application des dispositions du Statut visées au paragraphe précédent, mais dont elle pense que la Cour n'aurait pas eu connaissance, avise confidentiellement le Président de ces faits par écrit ».

[41] L. Favoreu, « Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice. A propos des affaires du *Sud-Ouest africain* (Fond) », *AFDI*, vol. 11, 1961, pp. 233-277, pp. 244 et s.

[42] CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ordonnance du 30 janvier 2004, *CIJ Recueil 2004*, p. 5. Voir aussi CIJ, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de*

décision de la Cour repose sur le seul article 17, paragraphe 2, du Statut qui fixe de manière très restrictive les cas d'incompatibilité. Or, non seulement la disposition pourrait être l'objet d'une interprétation moins littérale[43], mais par ailleurs, l'article 24 pourrait être mobilisé, qui renvoie plus largement à des « raison[s] spéciale[s] » pouvant conduire un juge à ne pas siéger. Un conflit d'intérêt, avéré ou apparent, pourrait constituer une telle « raison spéciale ».

Un autre exemple peut être relevé : celui du juge Greenwood, qui avait été désigné en tant qu'arbitre par le Royaume-Uni dans l'affaire du *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni concernant l'aire marine protégée des Chagos*. ***106*** L'arbitre Greenwood avait d'ailleurs été l'objet dans cette procédure d'une demande de récusation (rejetée) en raison de ses anciennes fonctions de conseil du Royaume-Uni devant la CIJ et de sa participation au jury de sélection du conseiller juridique du *Foreign Office*[44]. Indépendamment de cette procédure de récusation, eu égard à ses fonctions antérieures de « membre d'un tribunal international » dans une affaire liée, au sens de l'article 17, paragraphe 2, du Statut, la question de sa participation en tant que juge à la procédure consultative sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* se serait posée… s'il avait été réélu en 2017 pour un deuxième mandat[45].

Il existe ainsi des règles ayant pour objet ou pour effet de prévenir les conflits d'intérêts et des procédures permettant de faire en sorte que les juges « conflictés » ne siègent pas. Le système repose néanmoins principalement sur une forme d'autorégulation des juges, avec un contrôle subsidiaire du Président et en dernier lieu de la Cour[46]. La mise en œuvre de ces mécanismes se caractérise par une certaine pusillanimité, tandis que la CIJ demeure ouverte à certains conflits d'intérêts « structurels ».

B. Une tolérance à certains conflits d'intérêts structurels

Les spécificités de la justice interétatique sont telles que ce qui serait vraisemblablement constitutif d'un conflit d'intérêts ailleurs n'est pas toujours perçu comme tel lorsqu'il est question des juges de la CIJ. Plus précisément, des conflits d'intérêts structurels sont admis car ils sont inhérents à ce type de justice. Sont visés le lien entre l'Etat partie à un différend et « son » juge (juge national, juge *ad hoc* désigné), mais également les « services de justice » que sont appelés à fournir les membres de la Cour ailleurs qu'au rez-de-chaussée du Palais de la Paix.

---

sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, *CIJ Recueil 1971*, p. 18, par. 9. Concernant la participation de membres de la Cour à des affaires bien qu'ils aient pris part à l'élaboration de textes que la Cour était invitée à interpréter, v. CPJI *série A, n° 1*, p. 11 ; CPJI *série C, n° 84*, p. 535, CPJI *série E, n° 4*, p. 262 ; CPJI *série E, n° 8*, p. 242.

[43] Voir l'opinion dissidente du juge Buergenthal, jointe à l'ordonnance, qui conclut à l'apparence de partialité du juge Elaraby en raison des propos tenus à la presse concernant le conflit israélo-palestinien : « le paragraphe 2 de l'article 17 reflète une conception de la justice et de l'équité qui sont requises des tribunaux beaucoup plus large que ne semble l'admettre la Cour » (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 30 janvier 2004, *CIJ Recueil 2004*, p. 9, par 10).

[44] V. CPA, *Reasoned Decision on Challenge*, 30 novembre 2011.

[45] On relèvera que le juge Greenwood n'est pas mentionné parmi les juges « présents » lorsque que les ordonnances du 14 juillet 2017 et du 17 janvier 2018, qui organisent certains aspects de la procédure consultative, ont été rendues (*CIJ Recueil 2017*, p. 282 et *CIJ Recueil 2018*, p. 7).

[46] Ch. Giorgetti, « The Challenge and Recusal of Judges of the International Court of Justice », *in* Ch. Giorgetti (dir.), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 3-4.

1) En premier lieu, il n'est pas concevable que le lien de nationalité entre juge et Etat soit de nature à justifier un déport. Tout au plus, lorsque le Président a la nationalité d'une Partie, il est suppléé par le vice-président dans ses fonctions[47], ce qui ne l'empêche pas de siéger sur le banc des juges[48]. Non seulement le juge concerné siège quand son Etat de nationalité est partie au différend, mais il est même admis que le juge puisse avoir des liens passés forts avec celui-ci – c'est le cas quand le juge a un passé de diplomate ou de conseiller juridique de son Etat.

Ainsi, c'est sans succès que, pour justifier son boycott des audiences de la deuxième phase de la procédure dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans* ***107*** *l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, le Kenya, a argué du fait que le membre somalien de la Cour, le juge Yusuf, avait préalablement représenté la Somalie à la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, au cours de laquelle il se serait exprimé sur la méthode de délimitation de la ZEE et du plateau continental[49]. Cette circonstance n'a pas été de nature à écarter du banc le juge concerné – il a même joint une opinion individuelle à l'arrêt de la Cour[50]. Quant aux anciens conseillers juridiques de ministère des affaires étrangères, ils sont nombreux à être passés immédiatement de ce statut à celui de juge : le cas des juges français successifs n'est pas le moins connu, dont certains d'entre eux ont même eu une expérience d'agent de leur Etat devant la Cour. L'ancien juge Guillaume, à l'occasion de la procédure arbitrale relative à l'*Aire marine protégée des Chagos*, a écrit une opinion mettant en avant l'absence de motif de déport résultant de cet usage bien établi :

> *[T]he practice of the Permanent Court of International Justice and that of the present Court is clear: a member of the Court or an* ad hoc *judge having had in the past close relations with one of the Parties to the dispute need not for that reason alone be disqualified. On the contrary, there is abundant practice to show that relations with one of the parties much closer than those alleged between Judge Greenwood and the United Kingdom does not at all prevent the person involved from sitting. In fact, many members of the International Court of Justice, as well as ad hoc judges, have formerly held posts of ministers or State officials (including that of Foreign Ministry legal advisers). On the other hand, it is prohibited for a member of the Court or an* ad hoc *judge to sit in a case if he had, in one way or another, been previously involved with the very subject matter of the case*.[51]

Les juges *ad hoc* sont eux-mêmes susceptibles d'avoir certains liens – que d'aucuns pourraient considérer comme exagérément forts – avec la partie qui les désigne : ainsi du juge désigné par le Pérou dans l'affaire du *Droit d'asile* (son ambassadeur en Colombie), du juge désigné par le

[47] Art. 32, par. 1, du Règlement.
[48] Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, c'est la vice-présidente Xue qui a fait fonction de présidente le temps du mandat du Président (somalien) Yusuf (du 6 février 2018 au 8 février 2021).
[49] Press Statement On The Maritime Delimitation Case (Somalia v Kenya) at The International Court Of Justice 15th-24th March 2021, 18 mars 2021, par. 2 [https://www.kenyaembassyaddis.org/2021/03/press-statement-on-the-maritime-delimitation-case-somalia-v-kenya-at-the-international-court-of-justice/], consulté le 10 avril 2023]. V. aussi les exemples cités par G. Guillaume, « Some Thoughts on the Independence of International Judges Vis-à-Vis States », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2(1), 2003, pp. 163-168, pp. 164-165.
[50] L'arrêt du 12 octobre 2021 de la Cour ne comporte aucune mention de la mise en cause du juge Yusuf par le Kenya, ce qui témoigne d'une certaine opacité de la procédure suivie (*CIJ Recueil 2021*, p. 206 ; opinion individuelle du juge Yusuf, *id.*, p. 293).
[51] *Statement of Judge Guillaume*, cité *in Reasoned Decision on Challenge* en date du 30 novembre 2011, par. 164.

Portugal dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (directeur général au ministère portugais de la Justice) ou du juge désigné par le Danemark et les Pays-Bas (M. Sørensen) dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (conseiller juridique auprès du ministère danois des affaires étrangères)[52]. Dans cette veine, des liens professionnels proches entre un juge *ad hoc* et un conseil ne soulèvent aucune difficulté particulière ******108****** devant la Cour, alors qu'ils pourraient alimenter une demande de récusation dans d'autres types de contentieux, l'arbitrage d'investissement par exemple[53].

Ces usages propres à la CIJ témoignent d'une tolérance manifestement plus grande à ce qui serait ailleurs qualifié de conflit d'intérêts. Cette manière d'appréhender les choses au niveau de la CIJ peut s'expliquer de différentes manières. L'une d'entre elle repose sur le mythe que les juges concernés, dont on sait qu'ils jouissent de « la plus haute considération morale », seraient parfaitement impartiaux à l'égard de leur Etat de nationalité ou de désignation. Quelques exemples permettent de donner de la chair à ce récit idéalisé, lorsqu'un juge vote contre son Etat de nationalité (cas du juge Anzilotti dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*)[54] ou contre celui qui l'a désigné (cas de la juge *ad hoc* Bastid dans l'affaire de la *Demande en révision et en interprétation en l'affaire* Plateau continental (Tunisie/Libye))[55]. A rebours de cette fiction, force est de constater que les juges votent dans la majorité des cas en faveur de « leur » Etat[56] ; il n'est même pas rare qu'ils écrivent des opinions qui – pour employer une litote – n'ont pas l'heur de les désavantager[57].

Dans ces circonstances, il est plus réaliste de considérer que les règles gouvernant la composition de la Cour (participation du juge de la nationalité des Etats parties ; institution du juge *ad hoc*) permettent moins de garantir la parfaite impartialité de l'intégralité du banc, que d'assurer un « 'équilibre des dépendances' (sinon des 'partialités') »[58]. Il y a en ce sens une dilution dans la masse des conflits d'intérêts. D'un point de vue purement éthique, la solution n'est peut-être pas idéale, mais elle a le mérite de préserver la confiance des Etats parties dans l'institution, pour qui il est important d'avoir sur le banc au moins un juge en lequel ils ont toute confiance.

---

[52] Exemples cités par Ph. Couvreur, « Article 17 », *in* A. Zimmermann et al. (dir.), *op. cit.*, p. 385.

[53] V. par ex. CIRDI, *Blue Bank c. République bolivarienne du Venezuela,* n° ARB/12/20*,* décision du Président du Conseil administratif sur les demandes de récusation de la majorité du tribunal arbitral, 12 novembre 2013.

[54] Exemple cité par M. J. Aznar-Gómez, « Article 2 », *in* A. Zimmermann et al. (dir.), *op. cit.*, p. 239, avec celui du juge Buergenthal dans l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire* Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) *(Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 19 janvier 2009, *CIJ Recueil 2009*, p. 21.

[55] CIJ, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du* Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) *(Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt du 10 décembre 1985, *CIJ Recueil 1985*, pp. 229-230 (et l'opinion individuelle de S. Bastid, pp. 247 et s.). V. P. H. Kooijmans, « Article 31 », *in* A. Zimmermann et al. (dir.), *op. cit.*, p. 533, qui cite aussi le cas du Juge *ad hoc* Gaja qui a voté contre la demande reconventionnelle de l'Italie dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, ordonnance du 6 juillet 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 321.

[56] V. les études citées par G. Guillaume, « Some Thoughts on the Independence of International Judges Vis-à-Vis States », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2(1), 2003, pp. 163-168, pp. 166-167, même si les conclusions s'avèrent plus nuancées qu'attendu.

[57] V. le commentaire de l'avis *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, *in* J.-L. Iten et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, 2e éd., Grands arrêts, Paris, Dalloz, p. 756, où au sujet de la déclaration jointe par le Juge Abraham, il est écrit : « Cette déclaration est loin d'être passée inaperçue, certains se demandant si c'est le juge ou l'ancien directeur des affaires juridiques du Quai d'Orsay qui s'est exprimé ».

[58] C. Santulli, *Droit du contentieux international*, 2e édition, Paris, Montchrestien, 2015, p. 478, n° 772.

******109******

2) En second lieu, les juges de la CIJ, en raison de leur position et de leurs compétences, apparaissent couramment comme des agents du « service public international » de la justice, auxquels des parties pourraient recourir en toute confiance. Jusqu'à récemment, il était d'usage que les membres de la Cour fournissent leurs éminents services à d'autres qu'à la CIJ[59], notamment en tant qu'arbitres – « de luxe », eu égard à leur prestige – pour tout type de contentieux (interétatique[60], d'investissement, voire commercial). Cette pratique n'a guère prêté à discussion tant que le rôle de la Cour était peu chargé et que cette activité, ne concernant au demeurant qu'un petit nombre d'entre eux, ne les accaparait pas. Le développement du contentieux transnational d'investissement (impliquant des Etats, défendeurs dans la quasi-totalité des cas) où les juges de la CIJ se sont trouvés de plus en plus sollicités, a fini par soulever de réels problèmes. Une publication électronique de jeunes chercheurs a jeté un pavé dans la mare, en montrant que les juges étaient nombreux à faire des « ménages » fort rémunérateurs en marge de leurs fonctions à la CIJ[61]. Les chiffres publiés montraient que les membres de la Cour (pas tous : certains n'ont pas cédé à la tentation ou n'ont pas été appelés) représentaient pas moins de 10% des arbitres officiant dans les affaires sur la base de traités d'investissement. Au-delà des questions d'image, cette pratique soulevait des problèmes concrets de disponibilité des juges pour leurs fonctions judiciaires premières, tandis que se multipliaient les risques de conflits d'intérêts susceptibles de nuire à l'impartialité réelle ou apparente des juges et à la réputation de la Cour. *Quid* par exemple du juge désigné arbitre par un Etat défendeur dans un différend d'investissement, quand par la suite ce même Etat est partie à un différend devant la Cour ? Comme cela a été relevé, en choisissant un arbitre parmi les juges de la CIJ, un Etat

> « envoie ainsi à ce juge un message implicite. Il lui fait part de sa confiance particulière, en le privilégiant ainsi par rapport à ses pairs auxquels il n'a pas confié la même mission. Cela peut compromettre, à tout le moins au niveau des apparences, l'impartialité du juge-arbitre. Cette circonstance devient gênante, lorsque ce même juge deviendra membre de la formation de la CIJ qui se saisira d'un autre litige auquel ledit Etat est partie, soumis, cette fois, au règlement judiciaire »[62].

******110******

La situation pourrait être tout aussi gênante quand un juge est nommé par des investisseurs dans un différend contre un Etat, lequel apparaîtrait par ailleurs comme partie dans un différend soumis à la CIJ.

---

[59] C. Kessedjian, *loc. cit.*, p. 367.

[60] J. Malenovský, « L'indépendance des juges internationaux », *RCADI*, t. 349, 2011-VI, p. 73.

[61] N. Bernasconi-Osterwalder, M. D. Brauch, « Is "Moonlighting" a problem? The role of ICJ judges in ISDS », International Institute for Sustainable Development, 2017, disponible à l'adresse : https://www.iisd.org/system/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf (consulté le 1er décembre 2022) : « *at least 7 current ICJ judges and 13 former ICJ judges have worked—or are currently working—as arbitrators (or annulment committee members at the International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID]) in investor–state dispute settlement (ISDS) cases during their ICJ terms. Those 20 individuals were appointed at least 92 times, either during or before the start of their ICJ terms, and served as arbitrators in at least 90 cases while sitting as ICJ judges* » (p. 1). V. aussi K. Fach Gómez, *Key Duties of International Investment Arbitrators. A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas*, Springer, Cham, 2019, pp. 105 et s.

[62] J. Malenovský, *loc. cit.*, p. 74.

Sous la présidence du juge Yusuf[63], la Cour a entrepris de restreindre les activités libérales des juges, à travers la publication en 2020 de la « Compilation des décisions de la Cour concernant les activités extérieures de ses membres »[64]. De manière inédite, le texte interdit aux juges les activités d'arbitre – à l'exclusion des « affaires d'arbitrage interétatique »[65], et dans ce dernier cas en les obligeant à « décliner toute proposition d'être nommés dans des fonctions d'arbitre émanant d'un Etat qui est partie à une affaire pendante devant la Cour »[66]. Une procédure d'autorisation préalable doit alors être suivie[67]. Si ces évolutions semblent motivées en premier lieu par la nécessité que les juges accordent « la priorité absolue à l'exercice de leurs fonctions judiciaires »[68] (il est vrai que l'activité arbitrale de certains juges a pu complexifier l'établissement du calendrier de la Cour…), la préoccupation que ces activités ne soient pas « de nature à porter atteinte à leur indépendance ou à mettre leur impartialité en péril »[69] est bien présente. En la matière, d'autres activités susceptibles de faire naître des conflits d'intérêts sont exclues, telles que le maintien de certains contacts professionnels établis avant la prise de fonction des juges ou la participation à des ONG (si cela interfère avec leurs fonctions), ainsi que l'exercice de « fonctions au sein d'un cabinet juridique ou du conseil d'administration d'une société commerciale »[70].

Une telle évolution, dont la mise en œuvre ne se fait pas sans accroc[71], témoigne d'une plus grande sensibilité de la Cour aux questions de conflits d'intérêts. Cette approche, qui doit être saluée, ne permet toutefois de prévenir ou de traiter que *certains* conflits d'intérêts – ceux résultant d'activités extérieures des juges. Elle n'épuise pas tous les cas de figure. *Quid* par exemple du juge candidat à sa réélection, dont la manière de juger pourrait être affectée par le souhait d'être ******111****** réélu ? *Quid* aussi des relations professionnelles/personnelles/amicales parfois fortes dans « le petit monde de la justice internationale »[72], notamment entre juges et conseils[73], qui pourraient affecter la confiance des parties en l'impartialité du juge concerné ?

[63] V. les discours de S.E. Abdulqawi Ahmed Yusuf, président de la CIJ, à l'occasion de la 73e et de la 75e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, 25 octobre 2018 et 2 novembre 2020, disponibles sur le site internet de la CIJ.
[64] *Annuaire CIJ 2020-2021*, pp. 31-32 et Annexe 21, pp. 165 et s.
[65] Compilation, par. A.1.
[66] Compilation, par. A.3.
[67] Compilation, par. A.6 : « Tout membre de la Cour souhaitant prendre part à un arbitrage doit obtenir l'autorisation préalable d'un collège de juges composé du président, du vice-président et du président du comité du Règlement. Si le juge demandant l'autorisation est l'un des membres du collège, la décision est prise par les deux autres juges […] ».
[68] Compilation, par. B, *a)*, 1.
[69] Compilation, par. B, *a)*, 2.
[70] Compilation, par. B, *e)*, 9.
[71] Alors que la Cour avait adopté dès le 2 octobre 2018 une décision sur les activités d'arbitrage, et à peine quelques jours avant que la Cour n'adopte formellement sa « Compilation des décisions concernant les activités extérieures de ses membres », le juge Tomka a accepté sa désignation par la Chine en tant qu'arbitre dans l'affaire CIRDI *Macro Trading Co., Ltd. v. People's Republic of China* (ARB/20/22), il est vrai dans le contexte d'une réélection incertaine. Le juge Tomka a démissionné de ses fonctions d'arbitre le jour où son nouveau mandat à la CIJ a débuté, après avoir été réélu le 12 novembre 2020.
[72] J.-P. Cot, *loc. cit.*, p. 380.
[73] La Présidente de la Cour R. Higgins estimait ainsi que les juges devaient éviter de participer à des moments de convivialité lors desquels ils sont susceptibles de rencontrer les représentants d'une partie à une affaire en cours (C. Kessedjian, *loc. cit.*, p. 380, note 1020).

Malgré ce qui s'apparente à une prise de conscience de la Cour, de nombreux angles morts subsistent lorsqu'il est question des conflits d'intérêts des juges de la CIJ. La focale doit être déplacée, de l'existant au souhaitable.

II. LE SOUHAITABLE

La thèse ici avancée est que le cadre en place, malgré de récentes améliorations concernant la régulation des « activités extérieures » des membres de la Cour, n'est pas adapté à l'évolution de l'environnement de la CIJ, qui n'a plus rien à voir avec celui d'il y a 75 ans. On observe en effet depuis quelques années des évolutions de type sociologique qui sont susceptibles de rendre moins tenable l'existence de conflits d'intérêts non ou mal traités parmi le banc des juges.

L'un des éléments notables est l'irruption des grandes *Law firms* anglo-saxonnes dans le contentieux interétatique[74], jusqu'alors peu ouvert aux cabinets d'avocats. Ces nouveaux plaideurs, recrutés en dehors du petit club des professeurs de droit qui détenaient une forme de monopole au sein du « barreau invisible » ou de la « mafia » (I. Brownlie) de La Haye[75], ont des pratiques qui peuvent apparaître comme « disruptives » par rapport aux usages d'antan. L'inflation des pièces soumises aux juges en est une manifestation, au point que la Cour a dû en limiter le nombre[76]. Leurs pratiques judiciaires, héritées du droit interne ou de l'arbitrage, sont également susceptibles de s'avérer moins policées, plus agressives – on sait par exemple que les demandes de récusation font partie des stratégies contentieuses classiques dans l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage interétatique n'est lui-même plus épargné par les incidents de procédure de ce type ******112****** (demande de récusation[77], révélation d'échanges entre agent et arbitre, conduisant à leur démission[78]). La contamination de la CIJ n'est peut-être qu'affaire de temps.

Le *lawfare* se pratique devant la CIJ, en ce sens que cabinets d'avocat et ONG n'hésitent plus à « monter » des affaires participant de combats politiques plus larges, sur lesquelles il revient

[74] C.P.R. Romano, « The Americanization of International Litigation », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2013, pp. 89-119, pp. 113 et s.

[75] A. Pellet *in* « Anglo-American and Continental Traditions in Advocacy before International Courts and Tribunals », avec J. Crawford et C. Redgwell, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2 (4), 2013, pp. 715-737, p. 717.

[76] Instruction de procédure III, modifiée en 2021 pour inclure une limite au nombre de pages (750) des annexes aux pièces de procédure : « Au vu d'une tendance excessive à la multiplication et à l'allongement des annexes aux pièces de procédure, les parties sont, en outre, instamment priées d'opérer une sélection rigoureuse des documents qu'elles annexent. […] ». V. A. Pellet, « 'La Cour' – Supputations indécises sur l'avenir de la CIJ », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim – Ombres et lumières du droit international*, Pedone, Paris, 2016, pp. 393-416, p. 411.

[77] Cf. la demande de récusation de l'arbitre Greenwood dans l'arbitrage sur le *Différend entre Maurice et le Royaume-Uni concernant l'aire marine protégée des Chagos* (*Reasoned Decision on Challenge* en date du 30 novembre 2011).

[78] V. CPA, *Arbitration Between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, sentence partielle du 30 juin 2016, pars. 6 et s. V. Ph. Sands, *loc. cit.* : « *It seems to me that the developments of the summer are like a missile that goes to the heart of the international system of justice […] The hope must be that this terrible episode will serve as a wake-up call to the community to redouble its efforts at applying the highest standards. We should use this moment to explore our own practices and the whole appointment process in an honest and constructive way* ».

à la Cour de se prononcer, au contentieux[79] ou par voie d'avis consultatif[80]. Certaines affaires n'ont ainsi plus grand-chose à voir avec les différends bilatéraux habituels, mais sont susceptibles d'intéresser l'humanité tout entière, comme celles relatives au désarmement nucléaire, au génocide des Rohingya ou au réchauffement climatique.

Cette évolution du rôle assigné à la Cour, appelée à se prononcer sur les grandes questions contemporaines, n'est pas sans effet sur la médiatisation de plus en plus importante dont elle est l'objet. Certaines audiences sont suivies en direct par des milliers de personnes et génèrent des commentaires non moins nombreux sur les réseaux sociaux ; la presse se fait aussi l'écho de l'activité de la CIJ – les projecteurs sont ainsi régulièrement braqués sur la Cour, par exemple à l'occasion des plaidoiries de Aung San Suu Kyi, agent du Myanmar, dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, ou des audiences relatives à la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine dans l'affaire des *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)* alors que l'agression russe n'en était qu'à ses tout débuts ; l'attention médiatique ne sera sans doute pas moindre lorsque la Cour tiendra audience ou rendra son avis dans la procédure consultative concernant les obligations des Etats à l'égard des changements climatiques.

Au moment où les attentes des opinions publiques en matière d'éthique et de transparence n'ont jamais été aussi élevées, tandis que les apparences, trompeuses ou non, affectent facilement une réputation, la Cour peut-elle prendre le risque que l'impartialité de certains de ses membres soit mise en cause en raison de conflits ******113****** d'intérêts non identifiés (une proximité trop grande entre un juge et un conseil, par exemple)[81] et donc non traités ?

Dans ce nouveau contexte, plus exigeant et moins déférent, la Cour serait bien inspirée d'envisager d'approfondir le cadre juridique applicable aux conflits d'intérêts (A), ce qui d'un point de vue formel pourrait passer par l'adoption d'un code d'éthique judiciaire (B).

A. Mieux prévenir et traiter les conflits d'intérêts

En matière de conflits d'intérêts, certains standards se dégagent des nombreux instruments existant au niveau interne et international. L'un d'entre eux consiste à définir précisément la notion afin d'aider à l'identification de telles situations. L'adage *You know it when you see it*[82] s'avère en ce domaine insuffisant, de nombreuses situations pouvant s'avérer tangentes et nécessitant un examen approfondi sur la base d'une méthode claire. De manière générale, l'identification d'une situation de conflit d'intérêts suppose de faire un état des lieux attentif des fonctions en cause, des intérêts propres, et des interférences établies, potentielles ou

[79] Ex : CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde, c. Royaume-Uni, c. Pakistan)* arrêts du 5 octobre 2016, *Recueil CIJ 2016*, p. 255, p. 833, p. 552.

[80] Ex. : *Obligations des Etats à l'égard des changements climatiques*, requête pour avis consultatif du 12 avril 2023.

[81] Concernant l'amitié, non révélée, entre un arbitre et un conseil, ayant abouti à l'annulation de la sentence arbitrale v. CA Paris, 10 janvier 2023, *PAD*, n° 20/18330 (JCP E 2023. 1061, note D. Mainguy ; JCP 2023. Doctr. 221, obs. P. Giraud ; chron. d'arbitrage, J. Jourdan-Marques, *Dalloz*, 14 mars 2023 (« A l'ami, à la mort »)).

[82] La formule est du juge à la Cour suprême des Etats-Unis Potter Stewart ; elle a été utilisée pour décrire son critère de seuil pour l'obscénité dans l'affaire *Jacobellis v. Ohio* (1964).

apparentes[83] entre les deux. La théorie des apparences[84], justement, s'avère d'un maniement délicat. En témoignent les différents critères suggérés (attentes raisonnables d'un esprit ouvert ; approche d'un observateur raisonnable proprement informé ; point de vue du tiers raisonnable ayant connaissance des faits et des circonstances)[85] pour identifier le conflit d'intérêts. Un autre test peut être fiable : le juge concerné pourrait-il être gêné, ou la Cour embarrassée, par la divulgation au public de ces liens d'intérêts ? Une réponse affirmative est généralement le signe d'un conflit d'intérêts suffisamment caractérisé.

Des normes plus approfondies de *prévention* des conflits d'intérêts pourraient également être adoptées. Une option souvent mise en œuvre consiste en l'obligation faite aux personnes concernées de faire une déclaration d'intérêts à intervalles réguliers, voire une déclaration de patrimoine en début et fin de mandat[86]. Une telle solution pourrait avoir cours aussi au niveau de la Cour internationale de Justice. ******114******

L'instauration du mandat unique des juges constituerait par ailleurs une mesure radicalement efficace de prévention de certains conflits d'intérêts. On sait en effet que le juge souhaitant être réélu est d'autant moins à l'abri des pressions des Etats membres de l'ONU que les élections sont très politisées, et passent par une authentique campagne menée par les Etats[87] et les candidats qu'ils promeuvent... L'exercice impartial de ses fonctions par le juge est susceptible d'être perturbé, au moins en apparence, par son souhait de ne pas trop déplaire à son collège électoral. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que certaines juridictions internationales connaissent le mandat unique[88] et que la proposition d'adopter ce système pour les juges de la CIJ ne soit pas inédite[89]. Dès 1954, l'Institut de droit international avait ainsi proposé d'instaurer un mandat unique de 15 ans, avec une limite d'âge fixée à 75 ans[90]. Si la seconde proposition peut être maintenue en l'état, la première mériterait d'être revue à la baisse pour mieux correspondre à l'air du temps. Un mandat unique de neuf ans aurait le mérite de ne pas trop bouleverser le système actuel de renouvellement des juges (par tiers tous les trois ans)[91] ; la rotation plus fréquente des juges aurait aussi pour effet mécanique de faire baisser la moyenne d'âge de la Cour et, on peut l'espérer, de l'ouvrir davantage aux femmes. Certes, sur le sujet des conflits d'intérêts, cela n'y changerait rien, mais d'un point de vue éthique, cela permettrait

[83] Cf. art. 3 de la Résolution préc. de la CEDH sur l'éthique judiciaire : « [Les juges] veillent à éviter tout conflit d'intérêts ainsi que toute situation, au sein de la Cour et en dehors de celle-ci, qui *pourrait raisonnablement être perçue comme génératrice d'un conflit d'intérêts* » ; art. 4, par. 2, du Code préc. d'éthique judiciaire de la CPI : « Les juges évitent tout conflit d'intérêts, ainsi que *les situations qui pourraient raisonnablement laisser conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts* » (italiques ajoutés).

[84] V. *supra* Introduction.

[85] H. Ruiz Fabri, *loc. cit. (AJIL Unbound)*, p. 309.

[86] Cf. S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 1024.

[87] Relevant que le Juge Tomka a été l'objet d'une demande de récusation (rejetée) dans une affaire entre un investisseur néerlandais et la République slovaque devant la Chambre arbitrale de Stockholm, dans laquelle l'investisseur a cherché à disqualifier l'arbitre (slovaque) Tomka au motif qu'il avait besoin du soutien de son gouvernement pour une réélection à la CIJ, v. C. Kessedjian, *loc. cit.*, p. 358.

[88] Art. 23, par. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme : « Les juges sont élus pour une durée de neuf ans. Ils ne sont pas rééligibles ».

[89] M. J. Aznar-Gómez, « Article 2 », *in* A. Zimmermann et al. (dir.), *op. cit.*, p. 242 ; J. Dugard, « Article 13 », *idem*, pp. 347-349.

[90] Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice (Rapporteur : M. Huber), Session d'Aix-en-Provence, 1954, *Ann. IDI*, 1954-II, p. 83.

[91] Art. 13 du Statut.

de corriger l'incongruité d'une Cour où les femmes sont réduites à portion congrue, même si certaines d'entre elles accèdent aux plus fautes fonctions[92].

En ce qui concerne le traitement des conflits d'intérêts, la procédure de l'article 24 du Statut[93] se caractérise par un « entre-soi » et une forme de secret (si la Cour ne se prononce pas dans son ensemble), qu'il pourrait être pertinent de corriger. Tout d'abord, le pouvoir du président de bloquer la poursuite de la procédure après qu'une partie a attiré son attention sur un cas problématique pourrait être levé, afin de permettre la mise en place d'une authentique procédure de récusation. Alternativement, il serait concevable de faire intervenir dans la procédure une autorité extérieure au banc des juges, à travers la désignation d'un déontologue. Cette personne – une personnalité extérieure présentant toutes les garanties d'indépendance – serait ainsi conduite à donner des avis dans le cadre des articles ***115*** 17 et 24 du Statut (existence ou non d'une situation de conflit d'intérêts ; recommandation ou non du déport du juge). Son rôle devrait être élargi au recueil des déclarations d'intérêts des juges, à la délivrance d'autorisation de cumul d'activités, et à la formulation de recommandations plus générales en matière d'éthique judiciaire, de sorte à développer une culture d'évitement des conflits d'intérêts[94]. Elle pourrait dans cette optique apporter une contribution importante à l'élaboration d'un code d'éthique judiciaire.

B. Un code d'éthique judiciaire ?

Les normes relatives aux conflits d'intérêts sont éparses : elles proviennent des différents textes régissant la Cour ou adoptés par celle-ci. La forme des « instructions de procédure » ou de la « compilation des décisions », dont certaines relèvent de la simple invitation faite aux juges[95], montre d'ailleurs que la Cour est à l'origine d'une *soft law* procédurale qui pourrait prendre une forme complémentaire ou alternative (la « Compilation » pourrait s'y loger), à travers l'adoption d'un Code d'éthique judiciaire[96].

Ce type d'instrument n'a rien d'inédit pour une juridiction internationale[97]. Outre le message adressé au public témoignant l'attachement de la CIJ à l'irréprochabilité de ses membres, l'adoption d'un tel document présenterait l'avantage de compiler en un seul texte l'ensemble des normes éthiques applicables à ses membres, voire aussi à ses usagers. Les règles en matière de conflits d'intérêts pourraient y être détaillées (définition, prévention, traitement)[98] – force est d'ailleurs de constater qu'elles s'avèrent assez décevantes dans les codes d'éthique de la CPI ou de la CEDH ; un meilleur exemple donné par la CIJ pourrait faire florès. Loin de s'en

[92] Depuis 1946, seulement 5 femmes ont été élues juges (R. Higgins, J. E. Donoghue, Xue H., J. Sebutinde, H. Charlesworth) alors que le nombre de juges hommes a dépassé la centaine. Les deux premières ont accédé à la présidence de la Cour, la troisième à la vice-présidente, ce qui ne suffit pas à faire de la CIJ une institution vertueuse en ce qui concerne l'équilibre femmes/hommes.
[93] V. *supra* I.
[94] Cf. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.* (*AJIL Unbound*), p. 311.
[95] Compilation des décisions concernant les activités extérieures, par. B. *f)* Mise en œuvre : « 10. Les membres de la Cour sont priés d'informer le président à intervalles réguliers de leurs engagements dans le cadre des diverses activités extérieures visées par les présentes directives, ainsi que de toute autre activité extérieure susceptible d'être prise en considération. »
[96] Suggérant le développement d'un code de conduite applicable à tous les tribunaux internationaux, v. D. Shelton, « Legal Norms to Promote the Independence and Accountability of International Tribunals », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2(1), 2003, pp. 27-62, p. 62.
[97] V. *supra* introduction.
[98] Cf. les Lignes Directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, 2014.

tenir à la question des conflits d'intérêts, le code permettrait de coucher sur le papier certaines obligations déontologiques des juges : intégrité, refus de toute forme de discrimination ou de harcèlement, diligence, respect de la confidentialité, limitation des activités extérieures, etc.

A rebours de ces propositions, on pourrait certes arguer qu'il y a des risques à vouloir trop bien faire. Mieux encadrer les conflits d'intérêts des juges, c'est aussi favoriser la multiplication des demandes de récusation par les parties, encourager l'instrumentalisation des procédures et ralentir la justice. Ces questions ne devraient être considérées que d'une main tremblante, d'autant que l'éthique des juges n'est qu'exceptionnellement prise en défaut. La rareté de l'activation de ***116*** l'article 24 du Statut en témoigne : l'autodiscipline ou le « sur-moi » de chacun y suffit dans la plupart des cas. L'indépendance est avant tout une question de caractère[99]. Dès lors, pourquoi développer les normes relatives aux conflits d'intérêts et embêter les juges avec un code d'éthique judiciaire dont ils n'ont pas vraiment besoin ?

Les propos de la présente contribution ne doivent pas être perçus comme une marque de défiance envers les membres de la CIJ, mais plutôt comme l'expression du sentiment que, dans le contexte évoqué *supra*, leur plus « haute considération morale » n'est pas un paravent immuable. La Cour mondiale devra vraisemblablement aller plus loin en matière de prévention et de traitement des conflits d'intérêts, afin de conserver la confiance des Etats et des organisations internationales qui font appel à ses services, mais aussi et surtout celle du public[100].

[99] G. Guillaume, « Some Thoughts on the Independence of International Judges Vis-à-Vis States », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2(1), 2003, pp. 163-168, p. 168.

[100] Sur l'impératif de confiance que doivent inspirer les juridictions internationales, v. S. Szurek, « La composition des juridictions internationales permanentes : de nouvelles exigences de qualité et de représentativité », *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 41-78, pp. 43 et s.